

El derecho de asilo ante la criminalización de la migración irregular en las fronteras exteriores de la Unión Europea: España como un caso de estudio

Tesis doctoral

Gustavo de la Orden Bosch

Directoras:

Dra. Joana Abrisketa Uriarte

Dra. María Nagore Casas

Doctorado en Derechos Humanos:
Retos Éticos, Sociales y Políticos

Bilbao, 2022

 **Deusto**

Instituto de Derechos Humanos
Pedro Arrupe
Human Rights Institute



UNIVERSIDAD DE DEUSTO
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS
Doctorado en Derechos Humanos: Retos Éticos, Sociales y Políticas

TESIS DOCTORAL

**El derecho de asilo ante la criminalización de la migración
irregular en las fronteras exteriores de la Unión Europea.**

España como un caso de estudio.



Gustavo de la Orden Bosch
Doctorando



Joana Abrisketa Uriarte
Directora



María Nagore Casas
Directora

ÍNDICE

Resumen	7
Abstract.....	7
Agradecimientos.....	9
Acrónimos	11
Índice de figuras y tablas	12

CAPÍTULO 1. Introducción	13
I. Justificación de la investigación.....	15
1. La delimitación del análisis al ámbito de la Unión Europea	19
2. La delimitación del análisis al Estado español como un caso de estudio	20
II. Preguntas de investigación, hipótesis y objetivos.....	23
III. Metodología.....	25
IV. Estructura	29

PRIMERA PARTE

LA COMBINACIÓN DEL CONTROL MIGRATORIO Y EL PODER PENAL EN LAS FRONTERAS DE LA UE

CAPÍTULO 2. La construcción de la política común de fronteras, inmigración y asilo	37
I. Introducción: la mutación de las fronteras como herramientas de control	39
II. Hacia una política común de fronteras, migración y asilo.....	42
1. Libertad de circulación para y por el mercado común.....	42
2. El Espacio Schengen y la (re)construcción de las fronteras	45
3. La configuración del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.....	51
4. El constante desequilibrio en el ELSJ: la primacía de la seguridad	55
III. La “crisis” de la política común de fronteras, inmigración y asilo.....	57
1. ¿Una “crisis” de qué y por qué?.....	61
2. Las respuestas políticas a la “crisis”: contención, inmovilidad y expulsión a la luz de la Agenda de Migración de 2015	64
2.1. El mecanismo de reubicación	66
2.2. El sistema de hotspots.....	70

3. A vueltas con las reformas: el “Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo”	78
IV. Conclusiones	84

CAPÍTULO 3. Categorías subjetivas: de los derechos por ciudadanía a la exclusión por irregularización..... 89

I. Introducción: ¿los derechos para quién?	91
II. Ciudadanía y alteridad en la Unión Europea	95
1. La contracara de la ciudadanía europea: la categoría de la persona “nacional de un tercer país”	99
2. El último escalón: la categoría de la persona “migrante irregular”	103
3. La migración irregular como construcción política	105
III. Entre la irregularidad y la protección: los solicitantes de asilo y el estatuto de refugiado.....	108
1. Las limitaciones de la protección internacional en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.....	109
2. Sin vías de acceso: las condiciones de entrada a la UE y su (in)aplicación a los solicitantes de asilo	115
IV. Conclusiones	119

CAPÍTULO 4. Las respuestas a la migración como “amenaza a la seguridad”: control migratorio hacia fuera, poder penal hacia dentro 125

I. Introducción: securitización, externalización y criminalización como procesos en cascada.....	127
II. La securitización de las migraciones	129
1. Las teorías de la securitización	132
2. La securitización de los movimientos migratorios	134
3. La securitización de las migraciones en la Unión Europea	136
III. La externalización de las fronteras y la dimensión externa de las políticas de migración y asilo	139
1. Las fronteras como espacios cortafuegos entre los derechos y las obligaciones..	141
2. La externalización de las fronteras y el control migratorio de la UE	143
IV. El poder penal como herramienta de control: la criminalización de la migración. 146	
1. Aproximaciones al proceso de criminalización de la migración	149
1.1. Las teorías sobre <i>crimmigration</i> : la fusión entre el Derecho de migración y el Derecho penal.....	150
1.2. La criminalización en un sentido amplio: la asociación migración-criminalidad más allá de lo legal	152

1.3. La criminalización en un sentido restringido: la ilegalidad como producto del Derecho.....	154
1.4. La criminalización de la migración en las fronteras y por fuera del territorio	156
2. Vigilar sin proteger: La criminalización de (eventuales) solicitantes de asilo	158
V. Conclusiones.....	160

CAPÍTULO 5. La expansión del derecho penal migratorio: el delito de ayuda en las fronteras 167

I. Introducción: la puesta del Derecho penal al servicio del control migratorio	169
II. Las competencias de la Unión Europea sobre control migratorio y poder penal	172
III. El control migratorio en las fronteras: de la securitización a la militarización y la criminalización	176
1. La prevención de la criminalidad transfronteriza para reducir las llegadas irregulares	178
2. Externalización y militarización en las fronteras para gestionar la “crisis”	182
IV. La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.....	187
1. El régimen jurídico de la Organización de las Naciones Unidas.....	188
1.1. La definición de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes	190
1.2. Principales diferencias entre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes	192
1.3. Las medidas de protección a las personas víctimas de trata y objeto de tráfico	194
2. El régimen jurídico de la Unión Europea	196
1.1. El delito de la trata de personas	196
1.2. El delito de la facilitación de la inmigración irregular	198
1.3. Las conductas tipificadas como facilitación en la UE.....	201
1.4. La cláusula humanitaria.....	203
1.5. Críticas contra el régimen jurídico de la facilitación de la inmigración irregular	204
V. Conclusiones.....	206

CAPÍTULO 6. La detención de migrantes y solicitantes de asilo: la inmovilidad con fines de control migratorio..... 211

I. Introducción: la detención administrativa en la criminalización de la migración.....	213
II. La política de detención de la migración en la UE: tres modelos legales.....	216
III. La legitimación y los límites a la detención en el Derecho internacional de derechos humanos y de refugiados	221

1. La regulación en el Derecho Internacional de Derechos Humanos.....	222
2. La regulación en el sistema europeo de protección de derechos humanos.....	225
IV. La detención de solicitantes de asilo	228
1. La regulación en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados	228
2. La detención de solicitantes de asilo en la Unión Europea.....	231
2.1. La detención durante el procedimiento de asilo	236
2.2. Las condiciones de la detención	238
2.3. Los supuestos habilitantes de la detención	240
2.4. Las medidas alternativas a la detención	242
3. La detención durante el procedimiento del Reglamento de Dublín III.....	243
3.1. El “riesgo considerable de fuga” como supuesto habilitante	246
V. Conclusiones.....	247

SEGUNDA PARTE

ESPAÑA COMO UN CASO DE ESTUDIO

CAPÍTULO 7. Las fronteras españolas: terreno de securitización de la migración y de externalización del control.....	255
I. Introducción: las tendencias de la gobernanza migratoria y la fragilidad de los derechos en las fronteras españolas	257
II. La forja de España como destino migratorio	259
III. Las políticas de securitización y militarización en las fronteras españolas.....	263
1. Más allá de los límites: externalización y criminalización en la frontera sur.....	266
1.1. La expansión de las fronteras españolas en el territorio de Marruecos	268
1.2. El lado penal de la cooperación: inmigración y emigración en Marruecos como delito	272
1.3. Los acuerdos con países subsaharianos: cooperación condicionada y detención migratoria como resultado	275
2. Ceuta y Melilla: el Espacio Schengen en el continente africano	278
2.1. Ciudades con vallas, lugares de ilegalización y de devolución	283
3. Hacia “rutas imposibles”: de la “crisis de refugiados” a Canarias	286
IV. Conclusiones	294

CAPÍTULO 8. Inmovilidad y expulsión como mecanismos de criminalización en España	299
I. Introducción: la criminalización tras el camuflaje administrativo del control.....	301
II. Los mecanismos de devolución y expulsión conforme a la legislación española ...	302
1. Denegación de entrada y devolución	305
2. “Devolución en caliente” en Ceuta y Melilla	307
III. El internamiento de migrantes y solicitantes de asilo.....	313
1. El internamiento en un CIE.....	316
2. El internamiento en un CETI	321
3. El internamiento en un CATE.....	326
IV. Conclusiones	331
CAPÍTULO 9. España, ¿país de asilo? La criminalización de la migración en las fronteras como causa de desprotección	335
I. Introducción: otras respuestas al porqué de la ausencia del asilo en las fronteras españolas.....	337
II. “No es país de refugio”: la ausencia del asilo en las fronteras	339
III. El diseño normativo del derecho de asilo en España.....	343
1. Del asilo como protección al asilo como “fraude”	344
2. La adaptación del asilo español a los estándares del SECA	347
IV. El acceso al sistema español de asilo: garantías y derechos según en dónde y para quién	350
1. El procedimiento ordinario dentro del territorio.....	353
2. El procedimiento extraordinario en las fronteras y en los CIE.....	354
3. El procedimiento especial (sin ley específica) en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla	358
4. El procedimiento extraterritorial (no reglamentado) en las embajadas	362
V. Conclusiones.....	365
CAPÍTULO 10. Conclusiones	369
CHAPTER 10. Conclusions	389
Bibliografía.....	407

El derecho de asilo ante la criminalización de la migración irregular en las fronteras exteriores de la Unión Europea. España como un caso de estudio

The right to asylum in the face of the criminalisation of irregular migration at the external borders of the European Union. Spain as a case study

RESUMEN

La presente tesis doctoral analiza el impacto de la criminalización de la migración irregular sobre el derecho a solicitar asilo en las fronteras exteriores de la Unión Europea (UE). Teniendo en cuenta la diversidad de espacios fronterizos, regímenes jurídicos y realidades migratorias de los Estados miembros, el análisis se centra en las fronteras españolas. Este estudio parte de la premisa de que la falta de vías regulares de acceso al territorio en los regímenes del Espacio Schengen y el sistema de asilo de la UE resulta en la búsqueda de protección internacional a través de vías migratorias irregulares. En tales circunstancias, la hipótesis de la tesis sostiene que la asociación entre solicitantes de protección y migrantes irregulares expande los elementos de la criminalización de la migración irregular –contención, inmovilidad y expulsión– hacia el sistema de asilo.

La investigación se centra en la dimensión jurídica de la criminalización de la migración, con el objetivo de determinar la relación entre el control migratorio, el asilo y el poder penal en el Derecho Internacional, el Derecho de la UE y el Derecho español. La finalidad es identificar cómo opera la criminalización de la migración en la UE y qué función cumple el Derecho. Uno de los principales cometidos de esta investigación consiste en desvelar el “camuflaje” del poder penal bajo normas de naturaleza administrativa, como son aquellas que regulan el control de las fronteras, las condiciones de entrada y permanencia de personas extranjeras en el territorio, el funcionamiento de los sistemas de protección, la detención de migrantes y solicitantes de asilo, y la devolución y expulsión del territorio.

La tesis se estructura en dos partes. La primera analiza la confluencia entre el control migratorio, el asilo y el poder penal, y la enmarca en la dimensión jurídica y política de la UE. El análisis muestra la existencia de un proceso en cascada, desde la securitización hasta la criminalización de la migración irregular, que extiende sus efectos por asociación a los solicitantes de asilo. La segunda parte estudia la relación entre la criminalización en las fronteras españolas y la circunstancia de que España no sea un “país de asilo”. La investigación sostiene que en España los elementos de contención, inmovilidad y expulsión permean en el sistema de asilo y configuran una causa adicional de desprotección en las fronteras.

ABSTRACT

This doctoral thesis analyses the impact of the criminalisation of irregular migration on the right to seek asylum at the external borders of the European Union (EU). Given the diversity of border areas, legal regimes and migration circumstances across the Member States, the analysis only focuses on Spanish borders. The premise of this study is that the lack of regular channels of access to the territory within the Schengen Area and the EU asylum systems results in people seeking international protection through

irregular migration channels. In these circumstances, the research hypothesis argues that the association between protection seekers and irregular migrants expands the elements operating in the criminalisation of irregular migration –containment, immobility and expulsion– into the asylum systems.

The research focuses on the legal dimension of the criminalisation of migration, with the aim of determining the relationship between migration control, asylum and the power of criminal law mechanisms in international law, EU law and Spanish law. The purpose is to identify how the criminalisation of migration operates in the EU and the role that the law plays in this process. One of the main tasks of this research is to unveil how the power of mechanisms akin to those used in criminal law is ‘camouflaged’ under administrative rules, such as those regulating border control, the conditions of entry and stay of non-nationals in the territory, the operation of protection systems, the detention of migrants and asylum seekers, and the issuing of return and expulsion orders.

The thesis is structured in two parts. The first analyses the convergence between migration control, asylum and criminal law power within the EU's legal and political framework. The analysis shows the existence of a cascading process, from securitisation to criminalisation of irregular migrants, which extends its effects to asylum seekers by association. The second part studies the relationship between criminalisation at Spanish borders and the fact that Spain is not a ‘country of asylum’. It argues that constraints, prevention of freedom of movement and returns permeate the asylum system in Spain and have become an additional cause of lack of protection at the borders.

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis no hubiese sido posible sin el apoyo de la Dra. Joana Abrisketa Uriarte. Gracias a su confianza, tuve la oportunidad de incorporarme al Programa de Doctorado en Derechos Humanos, en el marco del Proyecto MINECO que dirige como investigadora principal. Su apoyo ha sido constante desde el primer día. No sólo ha sido una directora atenta y cuidadosa de cada detalle, sino que además es una fuente de motivación incombustible y de inspiración permanente para seguir apostando por la labor académica.

El primer día que nos conocimos, Joana me advirtió que “el doctorado es un trabajo muy solitario”. Sin embargo, yo he sido afortunado por contar con la dirección y el acompañamiento tanto de Joana como de la Dra. María Nagore Casas, ambas investigadoras y docentes de Derecho Internacional, a cuyo grado de conocimiento y manejo de la materia alguna vez me gustaría siquiera poder aspirar.

Además, en estos años he tenido el placer de conocer otras tantas personas que han sido un apoyo fundamental. En especial, he tenido el privilegio de trabajar como asistente de investigación predoctoral en el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, con el Dr. Gorka Urrutia Asua como director y la Dra. Dolores Morondo Taramundi como investigadora principal del equipo. De todos y cada uno de los miembros del Instituto he aprendido mucho más de lo que una tesis puede reflejar. En particular, quiero agradecer a Maite Sagasti Goicoechea por la revisión externa del documento, y a Isabel Lamas Souto por la ayuda con la maquetación.

Gracias a las compañeras y compañeros del doctorado y a aquellas personas con quienes comparto despacho en la universidad. Las “penurias” del doctorado son más llevaderas en equipo, las alegrías se multiplican, y los saberes y las ganas de aprender se expanden escuchando otros puntos de vista y mirando desde otras perspectivas.

Gracias a las compañeras y compañeros de Zehar Errefuxiatuekin y de Ongi Etorri Errefuxiatuak, de quienes aprendo el compromiso, el trabajo en equipo, la entrega desinteresada y la esperanza de que aún podemos construir algo mejor, más humano.

Las personas “nuevas” han sido clave en este tiempo, pero por supuesto quienes vienen desde antes, las y los “de siempre”, no han dejado de estar, aún a pesar de las vueltas del camino. Cada una y cada uno es consciente de mi profundo agradecimiento. Una mención muy especial de gratitud y dedicatoria va dirigida a mi familia, a mis padres, que, a la distancia pero siempre cerca, me apoyan incondicionalmente en todo lo que me propongo.

Gracias a la Universidad de Deusto por permitirme crecer en su claustro. A la Facultad de Derecho, y, en especial, a su Decana, la Dra. Gema Tomás Martínez, y a su Vice-Decano de Relaciones Internacionales, el Dr. Felipe Gómez Isa, por permitirme colaborar como docente de Derecho Internacional Público en el Grado de Derecho y en el LLM in International Legal Studies, respectivamente.

Gracias a Deusto Campus y, en particular, a Aitor Arbaiza Valero, por confiar en mí la coordinación del Programa de Voluntariado y Servicio “Vuela” en Melilla, que ha sido una experiencia fundamental para el desarrollo y el cierre de la tesis.

Infinitas gracias al personal de la Biblioteca de la Universidad de Deusto por su excelente servicio, por la calidad de su atención y por la respuesta inmediata a los pedidos de bibliografía. Gracias a todas las personas que realizan los trabajos cotidianos e invisibilizados del ámbito universitario, sin quienes no sería posible la investigación.

Todas y cada una han sido clave para que este trabajo adquiriera finalmente la forma de una tesis. Más allá del papel, espero siempre seguirles encontrando.

ACRÓNIMOS

ACNUR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
CAJI	Cooperación en asuntos de justicia e interior
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CATE	Centro de Atención Temporal de Extranjeros
CETI	Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EASO	Oficina Europea de Apoyo al Asilo (European Asylum Support Office)
ELSJ	Espacio de libertad, seguridad y justicia
EUAA Asylum)	Agencia de Asilo de la Unión Europea (European Union Agency for Asylum)
LOEx	Ley Orgánica de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RLOEx	Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009)
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
SIVE	Sistema Integral de Vigilancia Exterior
SIS	Sistema de Información Schengen
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TCE	Tribunal Constitucional de España
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

ÍNDICE DE FIGURAS Y TABLAS

Figura 1. Solicitudes de asilo en los Estados miembros de la UE-28, 2005-15	58
Tabla 1. Llegadas irregulares en Grecia, Italia, Bulgaria, España, Malta y Chipre en 2015 (hasta el 1 de diciembre)	59
Tabla 2. Llegadas irregulares por rutas del mar Mediterráneo y de África occidental	59
Tabla 3. Porcentaje de solicitantes de asilo recibidos por cada Estado sobre las cuotas comprometidas en el mecanismo de reubicación en favor de Italia y Grecia	69
Tabla 4. Mecanismos de criminalización formal y material en la UE	173
Tabla 5. Instrumentos jurídicos de la UE dirigidos a la prevención y sanción de delitos en el contexto de la migración y/o al control migratorio	176
Tabla 6. Llegadas irregulares, intercepciones, muertes y desapariciones, e intentos de cruces en el mar según datos disponibles, entre 2013 y 2019	184
Tabla 7. Cruces irregulares en puestos de control y por fuera de ellos, detección de documentos falsos y de facilitadores, devoluciones resueltas y practicadas, denegaciones de entrada, y personas en situación irregulares según datos de Frontex en 2018 y 2019	185
Tabla 8. Nacionalidad de la población en Ceuta y Melilla en 2021	280
Tabla 9. Llegadas irregulares por rutas migratorias a través del mar Mediterráneo, África occidental, Balcanes y países de Europa del este	287
Figura 2. Llegadas irregulares por rutas migratorias a través del mar Mediterráneo, África occidental, Balcanes y países de Europa del este	288
Tabla 10. Operaciones de búsqueda y rescate realizadas por Salvamento Marítimo entre 2017 y 2020	289
Tabla 11. Llegadas irregulares a las fronteras españolas entre 2017 y 2021	292
Tabla 12. Características y diferencias entre CIE, CETI y CATE	315
Tabla 13. Solicitudes de asilo en España y en el conjunto de Estados miembros de la UE entre 2010 y 2021.	342

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

I. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La gobernanza actual de las migraciones se rige por una serie de procesos conexos, cuyo eje gira en torno a la seguridad y al poder soberano de los Estados para controlar sus fronteras. Este control fronterizo, tradicionalmente ligado a la protección del territorio como elemento clave en la configuración del Estado, opera hoy con diferentes finalidades. Desde las últimas décadas del siglo XX, la expansión de la globalización y el incremento de la movilidad humana entre fronteras ha provocado que el foco del control se dirija a preservar la seguridad y el orden público interior. A pesar de la tendencia hacia la liberalización de las fronteras para garantizar la libertad de circulación en un contexto económico globalizado, los Estados mantienen un especial interés por controlar a las personas que atraviesan sus fronteras. El territorio ha dejado de ser el principal objeto de protección. La soberanía en las fronteras se manifiesta en el *ius excludendi* y el *ius includendi*, mediante los cual se designan los sujetos autorizados a entrar y transitar por el territorio y se asignan, como consecuencia, diferentes estatutos de derechos. Ante la multiplicación de las personas en movimiento, la vigilancia fronteriza se reafirma como un mecanismo de control social.

Desde la perspectiva del Estado, el poder de control persigue neutralizar los nuevos riesgos que la movilidad transfronteriza puede conllevar para la seguridad. Liberalizar las fronteras para garantizar la circulación de bienes, servicios y personas incrementa las oportunidades para la criminalidad transfronteriza. La naturaleza de la amenaza ya no es primordialmente horizontal, es decir, entre Estados enfrentados. Los agentes de la inseguridad son ahora en su mayoría actores no gubernamentales. De este modo, una buena parte de la criminalidad transfronteriza queda asociada a la movilidad humana. La trata de seres humanos, el tráfico ilícito de personas, el narcotráfico, el contrabando de armas, y el terrorismo internacional, son algunas de las modalidades delictivas potenciadas por la globalización de las migraciones. En este orden de ideas, los atentados terroristas que marcaron el inicio del siglo XXI provocaron un salto cualitativo

hacia la percepción de la movilidad como amenaza a la seguridad. Los límites entre las políticas externa e interna de la seguridad se difuminan, al igual que las propias políticas en el ámbito de la migración y el asilo. Ante ello, las fronteras reafirman sus funciones esenciales de protección y de control.

En este contexto, las migraciones caen bajo la sospecha. Desde la perspectiva del Estado como agente securitizador, la criminalidad se infiltra en los desplazamientos transfronterizos y, en concreto, en aquellos que transitan de manera irregular, es decir, que no cumplen los requisitos para el cruce de sus fronteras y la permanencia en su territorio. En esta línea, opera un claro proceso de securitización de la migración irregular. En especial, la percepción de “peligro” emerge de los movimientos irregulares del Sur global hacia el Norte global, de aquellos que cuentan con reducidas alternativas de acceso regular al territorio. Como resultado, la securitización no se cierne sobre cualquier desplazamiento, sino sobre determinados tipos de población en movimiento, aquella que recurre a vías irregulares, con determinados orígenes y perfiles sociales, culturales y étnicos. En el proceso de la globalización, existe también una migración “no deseada”, ya sea porque resulta inútil a los intereses del mercado, o porque desafía pretendidas identidades nacionales homogéneas, o porque su exclusión social (aún sin expulsión del territorio) resulta funcional a las propias reglas del mercado. Como paradoja, es la propia globalización la que produce una buena parte de esos desplazamientos después rechazados.

Dicho esto, la primera reacción de los Estados en materia de seguridad y migración consiste en proyectar el control migratorio más allá de su territorio, adelantarse al movimiento para frenarlo antes de que llegue a las fronteras. El control se deslocaliza, desplegándose en territorios extranjeros o en zonas internacionales, y se externaliza, delegando responsabilidades a otros agentes, ya sean privados o terceros países, aquellos de origen y de tránsito. Ahora bien, en caso de que el migrante alcance la frontera, la reacción del Estado consiste en recurrir al sistema tradicional para la gestión de amenazas a la seguridad, esto es, al ejercicio del poder penal, ya sea a través de su legislación estrictamente penal o bien de mecanismos cuyo funcionamiento o efectos resultan semejantes. Frente al migrante en la frontera, la soberanía se materializa nuevamente en el *ius excludendi* y el *ius includendi*, asumiendo la tarea de determinar quién tiene derecho a entrar y permanecer y quién debe ser expulsado. Según el diseño del Derecho internacional, en su función de límite al poder soberano, el ejercicio del *ius migrandi*

puede quedar sujeto a restricciones, salvo en aquellos casos en que la persona migrante se encuentre en necesidad de recibir protección internacional.

En este contexto, la tesis doctoral persigue comprender en qué condiciones jurídicas queda el derecho de asilo ante la serie de procesos en cascada que gobiernan hoy las migraciones; estos son la securitización, la externalización y la criminalización. En concreto, el análisis pretende esclarecer cuál es el impacto de la criminalización de la migración irregular sobre el acceso al derecho a solicitar asilo en las fronteras exteriores de la Unión Europea (UE) y, en concreto, en las del Estado español. Para ello, la investigación analiza la compatibilidad entre los sistemas de control de fronteras, migraciones y asilo con relación al marco jurídico español, europeo e internacional de derechos humanos. Además del estudio de la norma, se pretende identificar cuáles son los límites, las deficiencias y los puntos ciegos del sistema jurídico para garantizar una efectiva protección internacional.

El interés de la investigación radica en el hecho de que la búsqueda de protección internacional impulsa en muchas ocasiones a recurrir a vías irregulares. Resulta razonable pensar que el carácter forzado, y muchas veces urgente, del desplazamiento puede impedir *de facto* la posibilidad de cumplir las condiciones exigidas para el cruce regular de las fronteras. Ello es asumido tanto por el Derecho internacional de los refugiados, que prohíbe sancionar al solicitante de asilo en situación de migración irregular (art. 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951), como por el Derecho de la UE, que prevé criterios específicos de determinación del Estado responsable de la solicitud cuando la entrada se produce de manera irregular (art. 13 del Reglamento de Dublín III).

Como consecuencia de la asociación entre migración irregular y asilo, prevista por el propio sistema jurídico que establece las condiciones de regularidad, este trabajo pretende esclarecer cómo se aborda desde el Derecho el impacto que produce la criminalización de la migración irregular en las fronteras sobre las personas en búsqueda de protección internacional. Tomando en consideración la tendencia actual de recurrir al ejercicio del poder penal como mecanismo de control migratorio y la estrecha relación entre migración irregular y asilo, el interés radica en determinar, en primer lugar, qué garantías de protección ofrece el Derecho para contrarrestar el impacto eventualmente negativo de la criminalización sobre el sistema de asilo y, en concreto, las posibilidades de acceso a este último. En segundo lugar, una vez establecido el eventual marco de

garantías jurídicas, el siguiente interrogante que surge es en qué medida el propio Derecho contribuye a la expansión del proceso de criminalización de la migración irregular hacia el sistema de asilo. Como hipótesis general, este trabajo sostiene que la criminalización de la migración expande sus efectos hacia el ámbito de la protección internacional, específicamente cuando los solicitantes de asilo se encuentran en las fronteras y recurren a vías irregulares de desplazamiento. Como consecuencia de la asociación entre el migrante irregular y el solicitante de asilo que se encuentra aún fuera del territorio, los elementos del proceso de criminalización –contención, inmovilidad, expulsión– permean en el sistema de protección y obstaculizan el acceso al derecho de asilo en las fronteras exteriores.

La investigación se centra en la dimensión jurídica de la criminalización de la migración, con el objetivo de determinar la relación entre el control migratorio, el poder penal y el asilo en el Derecho internacional, el Derecho de la UE y el Derecho español. Este análisis persigue establecer en qué medida el sistema jurídico vigente recurre al poder penal como una herramienta de control migratorio y de gestión en los sistemas de asilo, y hasta qué punto ello resulta compatible con las obligaciones de protección internacional de los Estados y de la UE. La finalidad es identificar cómo opera la criminalización de la migración en la UE y qué función cumple el Derecho.

Al respecto, cabe señalar que el poder penal se entiende en sentido amplio, comprendiendo tanto la potestad de los Estados y de la UE de crear y aplicar el Derecho penal, como de implementar mecanismos de naturaleza administrativa que contienen dispositivos de carácter tradicionalmente sancionador o con efectos similares. Un ejemplo paradigmático de estos últimos lo constituyen los mecanismos de privación de libertad y de exclusión del territorio, esto es, la detención administrativa de migrantes y solicitantes de asilo y la expulsión o el retorno, que según las circunstancias sirven de mecanismos sancionadores o de control.

Uno de los principales desafíos del estudio consiste en aproximarse al proceso de criminalización desde una perspectiva ceñida al Derecho. En este sentido, la criminalización no es un concepto jurídico cuyas características se puedan desprender con facilidad de la literalidad de las normas. Por el contrario, el propio Derecho puede esconder la criminalización bajo normas y sistemas que en principio son ajenos al ámbito penal, como es el sistema de asilo para hacer efectivo el derecho a la búsqueda de

protección internacional. Uno de los principales cometidos de esta investigación consiste en desvelar el “camuflaje” del poder penal bajo normas de naturaleza administrativa, como son aquellas que regulan el control de las fronteras, las condiciones de entrada y permanencia de personas extranjeras en el territorio, la detención de migrantes y solicitantes de asilo, la devolución y expulsión del territorio, y el funcionamiento de los sistemas de protección internacional.

La tesis doctoral se enmarca dentro de dos proyectos de investigación sucesivos, financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad de España y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), entre los años 2018 y 2025. Ambos proyectos se desarrollan por un equipo de investigadores de la Universidad de Deusto y otras universidades españolas y europeas, del que las dos directoras de la tesis doctoral forman parte. En concreto, Joana Abrisketa Uriarte se desempeña como la investigadora principal y María Nagore Casas como investigadora. Los dos proyectos llevan por título, respectivamente: “Las políticas de asilo de la Unión Europea: confluencias entre las dimensiones interna y externa (EURASYLUM I)” (DER 2017-82466-R) y “El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo y los Estados del Mediterráneo en el contexto post-covid (EURASYLUM II)” (DER 113999RB-100).

1. La delimitación del análisis al ámbito de la Unión Europea

El objeto de estudio de la tesis doctoral se circunscribe al ámbito de la UE. Esta delimitación obedece a las características que presentan los Estados miembros y la organización en materia de fronteras, migración y asilo en el marco de la Unión. En este sentido, los Estados miembros de la UE en su conjunto se encuentran entre los primeros lugares de destino y tránsito de las migraciones a nivel mundial. Asimismo, los Estados miembros son lugares de recepción de un gran número de personas refugiadas y en búsqueda de protección. Por otro lado, a lo largo de su proceso de integración, la UE ha experimentado una reconfiguración del sentido tradicional de las fronteras de los Estados. Al respecto, el territorio de la Unión configura el mayor espacio de libertad de circulación sin control de fronteras a nivel global, tras la absorción y adopción del Espacio Schengen para la libre circulación entre fronteras interiores y el consecuente refuerzo del control en las fronteras exteriores.

Como consecuencia de esta reconfiguración de la frontera tradicional del Estado nación, el proceso de securitización de los movimientos migratorios en la UE adquiere una dimensión propia y posiblemente amplificadas. Asimismo, su evolución hacia un espacio político y jurídico común ha delineado nuevas categorías subjetivas y estatutos de derechos, entre los que destaca la creación de una ciudadanía europea, contrapuesta a una amplia categoría de la alteridad que engloba otra nacionalidad que no sea la de un Estado miembro. Aún más, en el ámbito migratorio, la categoría del “nacional de un tercer país” ofrece un amplio margen de apreciación a los Estados para fijar las condiciones de la regularidad, que se mantiene como un reducto de la soberanía del Estado en el control de acceso y permanencia en el territorio. Por último, el objetivo de la Unión en materia de asilo persigue la creación de un sistema común de reconocimiento, acogida y determinación de responsabilidades de los Estados. Este sistema común apenas prevé vías especiales de acceso al territorio, que continúan sujetas a la discrecionalidad del Estado. Su objetivo consiste en crear un mecanismo que prevenga los movimientos secundarios, esto es, el tránsito de un país a otro, en búsqueda de la “mejor” protección.

En definitiva, la atribución de competencias a la Unión en los tres ámbitos – fronteras, migración y asilo–, así como la conservación de otras como inherentes e inalienables a la soberanía del Estado, están marcadas por la preocupación en torno a la seguridad. La fusión de los tres campos y su puesta en común, desde una perspectiva securitaria que activa estrategias de poder penal, convoca y cuestiona dos componentes esenciales del Estado: el control de las personas que atraviesan fronteras y el ejercicio del monopolio de la fuerza. A partir de esta fusión, tanto el poder penal como el control migratorio adquieren nuevas funcionalidades.

2. La delimitación del análisis al Estado español como un caso de estudio

En la UE convergen las competencias de los Estados miembros y las atribuidas a la propia Unión. La puesta en común de tales poderes en ámbitos sensibles de la soberanía, con el objetivo de construir políticas y normativas compartidas, añade un interés adicional al estudio. Los procesos que gobiernan las migraciones provienen de poderes tradicionalmente ligados a la soberanía: la protección de la seguridad externa e interna, la proyección de la jurisdicción más allá del territorio, y el ejercicio del poder penal o de mecanismos con efectos similares. En el ámbito de la Unión, resulta de

particular interés comprender cómo operan tales procesos. En especial, debido a las posibles consecuencias en materia de responsabilidad internacional, es ineludible discernir qué papel desempeñan la Unión y los Estados respectivamente.

Ahora bien, es sabido que la UE se compone de una pluralidad de Estados miembros, con diferentes sistemas y tradiciones jurídicas, con diversas realidades sociales y económicas, cuyas asimetrías no pueden soslayarse en el análisis. Una de las principales diferencias entre los Estados miembros estriba en el tipo de fronteras que presentan en el marco del Espacio Schengen. Debido a factores geográficos y a la realidad de las rutas migratorias, los Estados con fronteras exteriores en el sur y este de la Unión asumen una mayor responsabilidad en el control de los desplazamientos por vías terrestres y marítimas. Asimismo, en materia de fronteras, migración y asilo, los Estados mantienen sus márgenes competenciales como una manifestación inalienable de su soberanía. En el caso de la presente tesis doctoral, tras el análisis de los procesos en cascada hacia la criminalización de la migración irregular en la UE, el estudio se enfoca en España.

La selección del Estado español como un caso de estudio se justifica por las razones que exponemos a continuación. En primer lugar, las fronteras españolas revisten especial interés para el objeto de investigación porque España presenta una de las mayores extensiones de fronteras exteriores de la UE en el sur, que desde la década de 1990 se han convertido en lugar de paso y de destino de las rutas que atraviesan el continente africano. Estas fronteras son tanto marítimas, en el mar Mediterráneo y en el océano Atlántico, como terrestres, en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Estas últimas, además, representan las únicas fronteras terrestres de la UE en continente africano, al igual que sucede con las fronteras marítimas del Atlántico en el archipiélago de las Islas Canarias.

En segundo lugar, debido a las particularidades de los Estados del sur europeo, en combinación con el proceso histórico político de España, el territorio español es lugar de inmigración desde finales del siglo XX. Hasta entonces, las fronteras españolas eran principalmente puertas de salida de población emigrante. Desde la década de 1990, las fronteras marítimas y terrestres del sur español se convirtieron en puertas de entrada de migrantes, muchos de ellos en grupos numerosos. A partir de aquel momento, España ha implementado una serie de mecanismos de seguridad y control fronterizo, impulsados en gran medida por la incorporación al Espacio Schengen. En Ceuta y en Melilla se erigieron vallas a modo de muros físicos que materializan la frontera. Desde entonces se han

sucedido diferentes “crisis migratorias” a nivel estatal, que han reforzado los procesos de securitización, externalización y criminalización de la migración irregular.

Ahora bien, a pesar de ser un lugar estratégico de destino y tránsito de las migraciones, el Estado español presenta un bajo índice de solicitudes de asilo en fronteras y una reducida tasa de reconocimiento de refugiados en comparación con otros Estados miembros de la UE. Ante ello, resulta ineludible encontrar una respuesta. Las explicaciones hasta el momento se centran en las deficiencias del sistema español de asilo así como en la escasez de oportunidades económicas. Estas características, que son compartidas con otros Estados del sur de la UE con una incipiente tradición de asilo, provocarían que las personas en búsqueda de protección internacional decidan de manera autónoma no presentar en estos países la solicitud de asilo y continuar su tránsito hacia otros Estados del norte. Este trabajo pretende analizar esta realidad de España considerando los elementos propios de la criminalización de la migración irregular en las fronteras, a fin de determinar si pueden considerarse un motivo adicional para explicar que España no sea considerado un país de asilo.

La llamada “crisis de refugiados” entre 2015 y 2016 provocó una multiplicidad de estudios sobre la situación migratoria y las deficiencias de la protección internacional en las fronteras de la Unión. Una gran parte de tales análisis se centran en Grecia y en Italia como principales países de recepción de las llegadas de migrantes por vía marítima. Por su parte, como se analiza en la segunda parte de la tesis, durante estos años de crisis humanitaria en las fronteras del Mediterráneo, España no resultó especialmente afectada. El número de llegadas a territorio español se mantuvo relativamente estable. Sin embargo, desde 2017 en adelante, los efectos de las políticas de externalización y contención desplegadas por Grecia, Italia y la UE repercutieron en España. En 2021, el Estado español se colocó en el segundo lugar de destino de personas migrantes por vía marítima, especialmente a través de la ruta atlántica hacia las islas Canarias. En ese mismo año, esta última ruta fue la primera en número de desapariciones y muertes. Incluso, el número de incidentes en la ruta atlántica superó el correspondiente a todas las diferentes áreas del mar Mediterráneo. No obstante, la búsqueda de asilo en las fronteras españolas se ha mantenido en cifras bajas. Estas circunstancias justifican la necesidad de dar respuesta al interrogante en torno al impacto de la criminalización de la migración irregular sobre el asilo en las fronteras españolas.

II. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

El objeto de investigación viene suscitado por dos preguntas principales de investigación, que se corresponden con las dos partes en que se divide el trabajo: la primera parte se centra en el análisis de la conexión entre el control migratorio y el poder penal en las fronteras de la UE, y, la segunda parte, en el impacto de la criminalización de la migración irregular en el diseño normativo y en los resultados del sistema de asilo en las fronteras españolas.

La primera pregunta de investigación indaga en qué medida la combinación del control migratorio y el poder penal afecta al derecho de solicitar asilo en las fronteras exteriores de la UE. Para dar una respuesta, resulta necesario determinar previamente qué indican las políticas de la UE en materia de fronteras, migración y asilo, y cómo contribuyen a los procesos de securitización y externalización, y a la consecuente criminalización. El análisis se centra en el Derecho de la UE, que, al igual que el Derecho internacional, entiende que los solicitantes de asilo pueden ingresar por vías irregulares. Por tanto, resulta de interés establecer qué garantías de protección al asilo ofrece el marco jurídico europeo para contrarrestar el eventual impacto negativo de la criminalización de la migración irregular.

La hipótesis sostiene que la política común de la UE en materia de fronteras, migración y asilo se construye primordialmente en torno al eje de la seguridad. Esta última es la moneda de cambio en el proceso de atribución de competencias desde los Estados miembros a la Unión. La deconstrucción del sentido tradicional de las fronteras del Estado nación ha permitido la creación de un extenso espacio de libertad de circulación dentro del marco de las fronteras interiores, a cambio de controles reforzados en las fronteras exteriores y estrictas y reducidas vías de acceso. La securitización de la migración ha permeado de manera exponencial en el sistema europeo y ha activado mecanismos de poder penal como respuesta en las fronteras exteriores. La criminalización de la migración irregular se extiende por asociación a los solicitantes de asilo en situación de migración irregular.

En esta primera parte, el objetivo del estudio consiste en esclarecer cómo funciona la combinación entre el control migratorio y el poder penal en las fronteras exteriores de la UE. Para ello, resulta necesario identificar los instrumentos políticos y jurídicos que

recurren al poder penal como una herramienta de control migratorio en las fronteras. Como resultado de tal combinación, la finalidad del estudio se centra en determinar qué tipo de proceso de criminalización de la migración tiene lugar en la UE, a quiénes afecta y qué función cumple el Derecho en dicho proceso.

La segunda pregunta de investigación se enfoca en el caso de España, atendiendo a su situación específica y a las particularidades de sus fronteras marítimas y terrestres. La pregunta principal que se plantea es si existe relación entre la criminalización de la migración irregular en las fronteras españolas y la circunstancia de que España no sea un “país de asilo”. Tras el análisis propuesto en la primera parte de la tesis, es necesario considerar cuál ha sido la influencia entre los respectivos marcos políticos y jurídicos de la UE y de España en el ámbito de las fronteras, la migración y el asilo.

La hipótesis de esta segunda parte afirma que España ha sido un terreno propicio en la gestación y el desarrollo de los procesos de securitización, externalización y criminalización de la UE en el control de las migraciones en el sur europeo. La consolidación de España como un país de inmigración en paralelo a la ampliación del Espacio Schengen y la construcción de la política común de fronteras, migración y asilo, han convertido al Estado español en uno de los pioneros en la implementación de los marcos políticos y jurídicos del control migratorio en las fronteras que hoy son una tendencia compartida en el conjunto de la Unión. La sospecha ante el falso solicitante de asilo, ínsita en la lógica del Espacio Schengen, ha marcado desde su inicio la construcción del sistema español de asilo. Como resultado, el solicitante de asilo es considerado y tratado como un migrante irregular hasta que excepcionalmente demuestre lo contrario.

El objetivo de esta segunda parte se dirige a establecer si el proceso de criminalización de la migración irregular es una causa adicional para explicar que España no sea un “país de asilo”, en añadidura a los motivos habitualmente considerados por la doctrina tales como la situación económica en los países de destino, las nacionalidades de los solicitantes de asilo en España, o las deficiencias procedimentales del sistema español de asilo. En esta línea, el trabajo busca analizar la influencia de los elementos del proceso de criminalización, en concreto los mecanismos de contención, inmovilidad y expulsión en el diseño y los resultados del sistema español de asilo en las fronteras. En el marco de la UE, el interés recae también en determinar el diálogo entre España y la Unión

en la construcción de sus respectivas políticas y legislaciones en fronteras, migración y asilo.

En definitiva, este trabajo se inscribe en la búsqueda de respuestas a las preguntas más amplias y generales que plantean los estudios sobre la criminalización de la migración y el asilo. Éstos indagan en qué medida la combinación entre poder penal y control migratorio transforman la funcionalidad de cada uno de estos dos ámbitos de poder del Estado. A continuación, el interrogante que este marco teórico plantea es hasta qué punto resulta legítimo que los Estados (y la UE) recurran al poder penal como una herramienta de control de los movimientos migratorios. En caso de que se considere legítimo, el siguiente interrogante es hasta qué punto resulta efectivo. En el supuesto de que se considere efectivo, la duda que se abre es cuáles son las consecuencias colaterales que la efectividad tiene en materia de derechos y hasta qué punto los derechos pueden ceder sin desvirtuarse.

III. METODOLOGÍA

La tesis doctoral propone una investigación sobre los sistemas jurídicos de la UE y España en materia de fronteras, migración y asilo, a fin de identificar la combinación entre el control migratorio y el poder penal y sus consecuencias en el derecho de asilo y el sistema de protección internacional. Para ello, la investigación realiza un análisis sistemático del marco jurídico que en la UE y en España rigen el control de las fronteras y las migraciones y, en particular, el acceso al sistema de asilo y protección internacional. La articulación entre control migratorio y poder penal puede venir revestida por una naturaleza formalmente no penal del derecho de fronteras, extranjería y asilo, de modo que el análisis no puede limitarse a una interpretación hermenéutica de la norma, sino que requiere un análisis crítico de los sistemas que subyacen a ella. Este análisis tiene como finalidad establecer qué garantías ofrece el marco jurídico para que la combinación entre control migratorio y poder penal no contrarreste la protección internacional y, en concreto, el acceso al derecho de asilo. En función de los resultados, el trabajo busca determinar además en qué medida el propio Derecho contribuye a la expansión del proceso de criminalización de la migración irregular hacia el sistema de asilo.

En la primera parte de la tesis, dedicada al estudio del Derecho de la UE, se realiza una identificación, sistematización y evaluación de políticas, instrumentos legales y

mecanismos de control migratorio y de protección internacional en las fronteras. El estudio busca detectar la conexión de tales elementos con el ejercicio del poder penal. En particular, como se señaló anteriormente, la investigación analiza la compatibilidad entre el sistema de control de fronteras y migraciones con relación al marco jurídico europeo e internacional de derechos humanos y, en particular, del derecho de asilo. Además del estudio de la norma, se pretende identificar cuáles son los límites, las deficiencias y los puntos ciegos del sistema jurídico para garantizar una efectiva protección internacional.

En la segunda parte de la tesis, dedicada al estudio de la situación en las fronteras españolas, el análisis se aborda desde una perspectiva aplicada, que atiende a la relación dialógica entre España y la UE en la construcción de sus respectivas políticas y legislaciones en los ámbitos de fronteras, migración y asilo. La investigación se enfoca en el diseño y la implementación jurídica de los elementos propios del proceso de criminalización de la migración irregular en las fronteras españolas, en concreto en los mecanismos de contención, inmovilidad, y expulsión. Este análisis pretende determinar sus efectos sobre el diseño legal del sistema de asilo y sus resultados en materia de protección internacional en España.

La investigación se aborda desde una perspectiva comprensiva de las áreas del Derecho internacional de derechos humanos, el Derecho internacional de los refugiados y el Derecho de la UE, en conjunción con la criminología. Con relación a esta última, el trabajo se inscribe en las teorías de la criminología crítica, es decir, aquellas que persiguen responder cómo y por qué se producen los procesos de criminalización, a partir de la identificación de las causas estructurales que subyacen a la construcción de lo criminal, a fin de identificar sus consecuencias y prevenir la criminalidad y el uso del poder penal a través de medidas que tiendan a la promoción de sociedades más equitativas. De este modo, el análisis del Derecho no se limita a un examen de las normas jurídicas, sino que se complementa con un estudio de los efectos que provoca el ordenamiento jurídico. Para ello, se recurre a datos cuantitativos y cualitativos recogidos por instituciones públicas, organismos y organizaciones no gubernamentales, e investigadores académicos, sobre las prácticas que en diferentes momentos tienen lugar en los espacios de fronteras y en las realidades de la migración y la búsqueda de protección internacional.

La tesis doctoral se desarrolló en simultáneo a la participación como voluntario en dos organizaciones de promoción y protección de derechos de las personas migrantes

y solicitantes de protección en la ciudad de Bilbao: Zehar Errefuxiatuekin (ex CEAR-Euskadi) y Ongi Etorri Errefuxiatuak. Si bien los usuarios de ambas organizaciones se encuentran en Bilbao y la investigación no ha incluido un trabajo etnográfico ni de entrevistas, muchos de ellos han atravesado las fronteras españolas de manera irregular y permanecen en tales circunstancias. De este modo, el trabajo de voluntariado permitió aproximarse al problema de investigación desde una posición más cercana y consciente de las realidades por las que atraviesan los migrantes en situación administrativa irregular y los solicitantes de asilo en los espacios de frontera y en los territorios de tránsito y destino.

Además, la investigación se enriqueció durante la experiencia del doctorando como coordinador del Programa Universitario Europeo de Voluntariado y Servicio de Aprendizaje “Vuela 2022” en la ciudad autónoma de Melilla, organizado por Deusto Campus Solidaridad. Este programa se desarrolló entre los días 4 y 22 de julio de 2002, y consistió en la colaboración con dos organizaciones no gubernamentales que prestan asistencia a migrantes y solicitantes de asilo en Melilla y, en particular, a personas alojadas en el Centro de Estancia Temporal de Migrantes. El doctorando se desempeñó como coordinador de siete estudiantes: seis de los grados de Derecho y Relaciones Internacionales y de Trabajo Social, de la Universidad de Deusto y la Universidad Pontificia Comillas, y una del Máster Universitario en Intervención en Violencia contra las Mujeres, de la Universidad de Deusto. En el marco del programa, los estudiantes colaboraron con las tareas de asistencia jurídica del Servicio Jesuita a Migrantes (SJM) y las actividades de integración social de la asociación Geum Dodou. Asimismo, como parte del programa, el grupo realizó una visita de tres horas al recinto del CETI de Melilla el día 15 de julio de 2002. La visita fue dirigida por la jefa del Área Social, Doña María Dolores Morales Patricio. De este modo, la coordinación de las actividades del programa y la estancia en Melilla permitió al doctorando obtener información directa sobre las prácticas que tienen lugar en esta ciudad autónoma y, en especial, en la valla fronteriza, en el CETI y en el régimen de salidas de los migrantes a la península. La importancia de esta experiencia reside en que una buena parte de tales prácticas no se encuentran reguladas jurídicamente, o en ocasiones no se adecuan por completo a lo dispuesto en la ley.

Un propósito general que inspira a la investigación consiste en contribuir al desarrollo de las recientes teorías que desde la criminología crítica buscan explicar el

fenómeno de la criminalización de la migración. En concreto, el objeto de estudio ha dado lugar al surgimiento de la corriente denominada “criminología de la movilidad” o “criminología de frontera”. Como se explica en el desarrollo del trabajo, estas corrientes de la criminología de las migraciones representan un ámbito incipiente de estudio, desarrollado principalmente a partir de inicios del siglo XXI en Estados Unidos y Europa. Las nuevas teorías proponen una aproximación integral a la complejidad del objeto de estudio, lo que requiere la conjunción de diferentes áreas de estudio, tales como el derecho penal, la sociología jurídica, las relaciones internacionales, las ciencias políticas, la geografía humana, entre otras.

De este modo, la presente investigación conecta el Derecho internacional, el Derecho de la UE y la criminología. El aporte se centra especialmente en el estudio del caso español desde la perspectiva criminológica e internacional. Desde los estudios jurídicos, la situación migratoria en las fronteras exteriores de España suele abordarse desde perspectivas que se posicionan de manera relativamente unilateral en el campo del Derecho internacional, el Derecho constitucional, el Derecho administrativo o el Derecho penal. Son menos numerosos los estudios que tratan la cuestión desde el campo de la criminología. Por ello, el presente análisis pretende abordar el estudio del tratamiento migratorio en las fronteras aunando elementos del Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho de migraciones, el Derecho de refugiados y la criminología.

Asimismo, la tesis doctoral pretende contribuir al desarrollo de la investigación del Derecho de extranjería como un objeto de estudio científico. En el caso particular de España, esta rama jurídica suele ser considerada un ámbito específico del Derecho administrativo, que recibe escasa atención por parte de la ciencia del Derecho. Se trata de una rama jurídica que se presume eminentemente práctica, pero que requiere de una mayor atención académica. De modo ilustrativo, el Derecho de extranjería no se encuentra incluido en los planes de estudios de grado de las facultades españolas de Derecho. El aprendizaje de esta rama queda circunscrito, por ejemplo, al estudio de una parte del Derecho administrativo sancionador, o al trabajo de clínicas jurídicas que emprenden su servicio en algún caso de extranjería, como actividad optativa o extracurricular. No obstante, el derecho de extranjería reclama cada vez más la atención de la ciencia del Derecho. La realidad social española y la práctica del Derecho demuestran que el campo de la extranjería es cada vez más requerido y aplicado. Ello conlleva la necesidad de un adecuado diseño de la legislación, así como también de su

aplicación, por parte de los operadores jurídicos. Como paso previo, la formación y la reflexión crítica que deben aportar las facultades de Derecho y las universidades en general resultan esenciales.

IV. ESTRUCTURA

La tesis se estructura en dos partes. La primera, bajo el título “La combinación del control migratorio y el poder penal en las fronteras de la UE”, responde a la primera pregunta de investigación, que plantea en qué medida la combinación del control migratorio y el poder penal afecta a los solicitantes de asilo en las fronteras exteriores de la UE. La respuesta a este interrogante busca comprobar la hipótesis de que el proceso en cascada, desde la securitización hacia la criminalización de la migración irregular, extiende sus efectos por asociación a los solicitantes de asilo en las fronteras exteriores de la Unión.

La segunda parte, bajo el título “España como un caso de estudio”, aborda la segunda pregunta de investigación que indaga sobre la relación entre la criminalización de la migración irregular en las fronteras españolas y la circunstancia de que España no sea un “país de asilo”. El desarrollo del análisis toma como hipótesis que el Estado español ha sido uno de los pioneros en la implementación de elementos propios del proceso de criminalización, que permean en el sistema de asilo y que configuran una causa adicional de desprotección en las fronteras y en los centros de detención y recepción de migrantes.

La primera parte consta de cinco capítulos, a través de los cuales se busca fijar el marco jurídico, teórico y político de los regímenes de fronteras, migración y asilo en la UE, centrandose particularmente la atención en la combinación entre control migratorio, protección internacional y poder penal.

El capítulo 2 analiza la evolución del proceso de integración de la UE para comprender el proceso de reconfiguración de las fronteras europeas. Este proceso ha dado lugar a la atribución de un nuevo significado a las fronteras de los Estados miembros, que requiere ser descifrado para comprender su alcance en relación con el poder soberano de los Estados de controlar la entrada y salida de personas extranjeras de sus territorios. En simultáneo a las mutaciones provocadas por la globalización de las migraciones desde

finales del siglo XX, la UE configura un caso especial de estudio al momento de analizar la tensión entre la liberalización de las fronteras y el control de las personas en movimiento. En particular, el caso de la UE ha sido marcado desde sus inicios por la preocupación que la reconfiguración de las fronteras puede tener en materia de seguridad exterior e interior. Tal preocupación ha crecido exponencialmente desde inicios del siglo XXI, tras los atentados terroristas ocurridos en diferentes ciudades europeas y tras la llamada “crisis de refugiados” en 2015 en el marco del aumento de las llegadas irregulares de migrantes como consecuencia de los conflictos y la desestabilización política en terceros países.

El capítulo 3 estudia las categorías subjetivas que resultan del marco jurídico sobre ciudadanía y extranjería en la UE. Tales categorías vienen perfilándose a lo largo de la evolución de la integración europea y la construcción de un espacio político y jurídico común. La construcción del concepto de ciudadanía europea ha sido uno de los más importantes avances de la integración política. En contraposición a la categoría de la ciudadanía europea, la “alteridad” queda subsumida en la amplia categoría del nacional de un tercer país, que a su vez puede encajar en otras diferentes categorías según si la persona extranjera cumple las condiciones de entrada y permanencia en el territorio. En este marco, el capítulo realiza un estudio de las diferentes categorías, los estatutos de derechos que se reconocen a cada una, y la relación que existe entre tales categorías, la seguridad y el poder penal. El análisis busca determinar cuál es la posición de las personas solicitantes de protección internacional dentro de esa combinación.

El capítulo 4 sienta las bases del marco teórico de la investigación y analiza el marco político en que se desenvuelve la gobernanza de las migraciones en la UE y su posicionamiento a nivel global. Al respecto, el capítulo considera que la gobernanza de las migraciones opera a través de una serie de procesos en cascada que parten de las migraciones como posibles amenazas a la seguridad y que decantan en su criminalización. Al respecto, el estudio se detiene en las teorías sobre la *securitización* de las migraciones, esto es el campo de estudio que busca responder cómo y por qué las migraciones son percibidas como amenazas a la seguridad de los Estados. Debido a esta percepción, los Estados implementan políticas de *externalización* para mantener el “riesgo” lejos de sus territorios y gestionar desde fuera la neutralización del mismo y las posibilidades o no de llegadas a las fronteras. En caso de que los migrantes alcancen las fronteras europeas de forma irregular, los Estados y la Unión recurren al poder penal como mecanismo

tradicional de respuesta ante amenazas a la seguridad. Como parte clave del marco teórico, este capítulo se centra especialmente en el estudio sobre el significado del proceso de *criminalización* y su comprensión a los efectos de la tesis.

El capítulo 5 ahonda en las competencias atribuidas a la UE en materia de control migratorio y poder penal. Como consecuencia del principio de atribución en el marco de una organización internacional, el análisis determina hasta qué punto la Unión es un actor determinante en la criminalización de las migraciones. A continuación, el capítulo considera cuáles son los instrumentos de la organización que recurren al derecho penal para la gobernanza migratoria. En concreto, el análisis se centra en el llamado Paquete de Facilitación de la migración irregular, como el único marco jurídico que combina control migratorio y derecho penal en específico en las fronteras. De este modo, el estudio del Paquete de Facilitación resulta fundamental para comprender cómo opera en la UE la criminalización a través de normas estrictamente penales, a quiénes afecta y qué garantías de protección ofrece el Derecho a solicitantes de asilo.

El capítulo 6 amplía el campo de estudio hacia la criminalización mediante mecanismos de naturaleza administrativa, formalmente no penales, pero que despliegan dispositivos tradicionalmente incorporados al sistema punitivo o con efectos similares. En este marco, el capítulo refiere a la detención de migrantes y solicitantes de asilo. El estudio se enfoca en la regulación de la detención en la UE, con los objetivos de, por un lado, ofrecer una tipología de sus mecanismos y, por otro, determinar las garantías de protección ante detenciones arbitrarias y la compatibilidad del régimen jurídico con relación a lo dispuesto en el Derecho internacional. En especial, el capítulo analiza el régimen de detención de solicitantes de asilo, para establecer en qué medida la criminalización de la migración irregular aumenta las posibilidades de que las personas en búsqueda de protección sean privadas de su libertad en las fronteras.

A continuación, el desarrollo de la tesis da inicio a su segunda parte, referida a la situación migratoria en las fronteras españolas. Esta segunda parte consta de tres capítulos que trazan una perspectiva aplicada del análisis general de la primera parte sobre el caso de España. Los bajos números de solicitudes de asilo y de reconocimiento de refugiados en España impulsan a considerar si el proceso de criminalización es una causa que permita explicar la insignificancia de España en materia de protección internacional.

El capítulo 7 analiza la reciente conversión de España en un país de migración, tanto de destino como de tránsito. El cambio de dirección de los desplazamientos a lo largo de las fronteras españolas, de lugar de salida de emigrantes a puerta de entrada de inmigrantes hacia Europa, se produjo de manera concomitante a la incorporación de España a la UE y al Espacio Schengen. El estudio se centra en los efectos de ese cambio político sobre las migraciones y la configuración de las fronteras españolas como fronteras exteriores de la Unión. En concreto, el capítulo se detiene en la implementación de políticas de securitización y externalización del control fronterizo y migratorio por parte del Estado español, en cuanto procesos de contención que hoy representan la tendencia política en el conjunto de la Unión. Asimismo, el análisis evalúa el impacto de la llamada “crisis de refugiados” de la UE a partir de 2015 sobre España. En este marco, destaca la posición de España entre los principales lugares de destino a través de vías migratorias irregulares y entre las rutas más mortíferas a nivel global.

El capítulo 8 analiza el marco jurídico español que regula los instrumentos de inmovilidad y expulsión del territorio. De este modo, en combinación con el capítulo anterior, se completa el estudio de los elementos propios del proceso de criminalización. En particular, el capítulo destaca la situación de las fronteras como zonas de excepcionalidad donde los derechos se reconocen a través de marcos jurídicos extraordinarios propios del proceso de securitización. Como consecuencia, el estudio profundiza en las connotaciones especiales de la criminalización en las fronteras españolas, atendiendo a la particularidad de sus confines marítimos y terrestres, principalmente en Ceuta, Melilla y Canarias como lugares bajo soberanía española en el continente africano.

El capítulo 9 tiene como base todos los capítulos anteriores para considerar el sistema español de asilo y la realidad que reflejan sus datos. En este sentido, el análisis pretende contribuir a las teorías que explican el bajo número de solicitudes de asilo en las fronteras y la reducida tasa de reconocimiento de personas refugiadas en España en comparación con otros Estados miembros de la UE. El capítulo toma como punto de partida los elementos de criminalización de la migración irregular para determinar su influencia en el sistema de asilo. El estudio aborda cómo los elementos de contención, inmovilidad y expulsión, propios de la gobernanza de la migración irregular en las fronteras, permean en el acceso al sistema español de asilo, en su diseño legal y en su funcionamiento.

Por último, se presentan las conclusiones generales de esta tesis doctoral, que confirman el proceso de criminalización de la migración irregular y su impacto en el sistema de asilo, impulsado por la asociación entre migrantes irregulares y personas solicitantes de asilo.

PRIMERA PARTE

LA COMBINACIÓN DEL CONTROL MIGRATORIO Y EL PODER PENAL EN LAS FRONTERAS DE LA UE

CAPÍTULO 2. LA CONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA COMÚN DE FRONTERAS, INMIGRACIÓN Y ASILO

I. INTRODUCCIÓN: LA MUTACIÓN DE LAS FRONTERAS COMO HERRAMIENTAS DE CONTROL

Hasta tener la oportunidad de presentar una solicitud de asilo en el Estado de destino, una persona que ha abandonado su país de nacionalidad o de residencia en búsqueda de protección internacional, se encuentra en una condición jurídica indeterminada que se califica en sentido amplio como migración. Dependiendo de las condiciones en que se produzca la entrada y permanencia en el territorio, su situación migratoria será regular o irregular, según se cumplan los requisitos habilitantes que disponga el ordenamiento jurídico del Estado de tránsito o de destino.

En este contexto, la situación de muchas personas en búsqueda de asilo es catalogada en general y *prima facie* como migración irregular, tanto debido a las dificultades o la imposibilidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos habilitantes de entrada al territorio, como a la falta de un sistema que facilite el acceso al derecho de asilo en el Estado de llegada. Ante la ausencia de canales regulares de entrada, la búsqueda de protección conduce a transitar por vías irregulares o a recurrir a los servicios de tráfico ilícito de migrantes para eludir los controles fronterizos y alcanzar el territorio del Estado de destino. Incluso, como sostiene Dauvergne, el imaginario colectivo asocia en gran medida a las personas refugiadas y solicitantes de asilo con migrantes irregulares, debido a diferentes motivos tales como la proveniencia de situaciones de carencia y desesperación, los prejuicios étnicos y raciales, o la idea preconcebida sobre ambos sujetos como personas que abusan de los servicios sociales de los Estados de bienestar (Dauvergne, 2004: 601). En otras palabras, el asilo queda asociado a la migración irregular debido a la condición compartida de la otredad.

Ahora bien, como consecuencia de los subterfugios que encaminan a la migración –y la búsqueda de protección internacional– hacia condiciones de irregularidad, los Estados activan mecanismos securitarios para prevenir y sancionar situaciones consideradas “ilegales”. A partir de allí opera un círculo que se retroalimenta. La condición irregular del extranjero, debido a la infracción de las normas relativas a la

entrada y permanencia en el territorio, sirve de argumento para considerar vulnerada la “seguridad” o el “orden público” y denegar así la protección del Estado. Esta idea se refuerza bajo el entendimiento de que la irregularidad migratoria puede ser un elemento de otras conductas delictivas como la trata o el tráfico de personas. Siguiendo esta lógica, a lo largo de las rutas migratorias, los migrantes no son identificados como sujetos en búsqueda de asilo o merecedores de protección sino como infractores a las leyes administrativas, o incluso, como criminales en aquellos países que penalizan como delito la entrada o permanencia irregular (Mountz, 2011: 119).

De este modo, las políticas de control de fronteras, de gestión de la inmigración y de protección internacional mantienen una estrecha conexión, que en el ámbito de la UE presenta las particularidades propias del proceso de integración y puesta en común de tales políticas entre los diferentes Estados miembros. En este marco de la Unión, los avances hacia la consolidación de una política común de inmigración y asilo han tenido lugar de manera gradual y paralela a la conformación de la propia organización y, en particular, al proceso de “(de)construcción” o reconfiguración de las fronteras estatales. La integración ha supuesto una atribución paulatina de competencias por parte de los Estados miembros, cuya transición se explica a través de la ampliación de miras respecto al objetivo de la organización a lo largo de su historia, desde la creación de un mercado común hasta la construcción de un espacio político y jurídico homogéneo, de libre circulación dentro de las fronteras interiores y con fronteras exteriores compartidas. En concreto, el proceso de integración regional ha resultado en la “deslocalización” de las fronteras interiores y exteriores de cada Estado miembro y de la organización en su conjunto, debido a la supresión de los controles fronterizos interiores y su traslado y refuerzo hacia el exterior.

La armonización de las políticas en torno a fronteras, migración y asilo, en cuanto elementos fundamentales del espacio político y jurídico común, es desde un principio una de las cuestiones más delicadas y controvertidas para la integración en Europa. Como sostienen Carrera y Balzacq (2005: 4), en la combinación de fronteras, inmigración y asilo convergen tensiones donde anidan miedos nacionalistas, marcos ideológicos en pugna y sensibilidades políticas en constante conflicto. En tal panorama, explica Zetter (2007: 186), la integración se presenta como una amenaza a la soberanía y a la pervivencia del Estado nación, agravada por una supuesta vulnerabilidad constante de las fronteras de los Estados del sur que son atravesadas irregularmente por refugiados y migrantes (Carrera

y Balzacq, 2005: 4; Zetter, 2007: 186; García Coso, 2014: 22). En definitiva, el debate político de la integración envuelve cuestiones difíciles de acomodar, ya que atañen a competencias tradicionalmente ligadas a la propia esencia del Estado, los alcances y las limitaciones a la soberanía estatal, la atribución de competencias a las instituciones europeas, y la búsqueda del método de decisión más adecuado, en el marco de un proceso de integración *sui generis* marcado por la intergubernamentalidad y la aspiración a la “comunitarización” de las políticas.

En efecto, la evolución de la UE hacia la armonización de la gestión de fronteras, la inmigración y el asilo conlleva transformaciones en la concepción tradicional de las categorías de “soberanía” y “fronteras”, en cuanto a su funcionalidad dentro del sistema de Estados imperante en Europa desde la Paz de Westfalia. En palabras de García Gestoso (2004: 20), el fenómeno de la integración europea se caracteriza por la transferencia de atribuciones de los Estados a un ente nuevo, lo que conlleva una merma en la soberanía estatal entendida como capacidad de decisión última y suprema, manifestada en la facultad de no reconocer la vigencia de ningún otro ordenamiento que el propio dentro de los límites del territorio.

En la evolución del proceso de integración europea, tiene lugar una atribución paulatina de competencias a las instituciones de la Unión que impactan sobre la potestad de los Estados miembros de ejercer el control sobre el cruce de sus fronteras, habilitar el acceso y permanencia en sus respectivos territorios, y determinar el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a las personas nacionales y extranjeras. Tal atribución de competencias tiene como causa principal el proceso de deconstrucción de las fronteras estatales para la abolición de los controles interiores sobre la movilidad (de mercancías, servicios, capitales y personas) y su traslado y refuerzo hacia lo exterior (control de fronteras exteriores y externalización del control migratorio).

El modelo clásico de Estado nación ha experimentado mutaciones en sus elementos y en su justificación: siendo la población y el territorio dos componentes esenciales en la configuración del Estado (Heller, 2015), la competencia personal y territorial de la soberanía se manifiesta mediante la prerrogativa de determinar los sujetos sometidos a su alcance dentro de un territorio, así como también mediante el poder de controlar y seleccionar a los sujetos habilitados a entrar y permanecer en ese espacio geográfico. En este sentido, la potestad de control de la movilidad humana a través de las

fronteras es un elemento fundamental en el mantenimiento del Estado como entidad política (Kivisto y Faist, 2010). Por su parte, a lo largo del tiempo, el desarrollo del Derecho Internacional ha ido estableciendo algunas limitaciones a ese poder de control y selección del Estado, entre las cuales se encuentran las obligaciones básicas de protección derivadas del Derecho Internacional de los Refugiados (Juss, 2004). Sin perjuicio de ello, el *ius includendi* y el *ius excludendi*, como potestades inmutables del Estado en sus fronteras dirigidas a autorizar la entrada de personas extranjeras o excluir a aquellas “no deseadas”, continúa siendo un ingrediente fundamental de la soberanía (Balzacq y Carrera, 2005: 55-56; Pastore, 2004: 90). En cambio, el *ius migrandi* se mantiene como un derecho sometido a un constante cuestionamiento, negacionismo y limitación.

A partir de estas bases, el propósito del capítulo consiste en analizar las relaciones dialógicas y dialécticas entre fronteras, inmigración y asilo. El estudio persigue comprender la evolución de la integración en la UE y, en particular, de su marco jurídico hacia la construcción de una política común en los tres ámbitos mencionados. Al respecto, el capítulo clarifica las competencias que corresponden a las instituciones europeas y a los Estados miembros, en el marco de un proceso singular de deconstrucción del sentido tradicional de las fronteras. En suma, el capítulo busca definir el proceso de reconfiguración de las fronteras en la UE, a la luz de una serie de causas clave: la supresión de los controles interiores, el refuerzo de las fronteras exteriores, la deslocalización del control migratorio, y el impacto en las tareas de control y selección de las personas migrantes que, debido a múltiples causas, intentan acceder al territorio.

II. HACIA UNA POLÍTICA COMÚN DE FRONTERAS, MIGRACIÓN Y ASILO

1. Libertad de circulación para y por el mercado común

El proceso de “comunitarización” de las fronteras, la migración y el asilo, entendido como la puesta en común de las políticas en tales ámbitos en el marco del proceso de integración europea, ha acompañado el paso desde la concepción originaria de la organización regional con fines exclusivamente económicos hasta la construcción de un espacio político y jurídico compartido. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), en 1957, ceñía el objetivo principal de la unión de los Estados miembros a la implementación de un mercado común entre sus fronteras. Los asuntos

relativos a migraciones y asilo quedaban, en principio, fuera de las competencias de la CEE, de conformidad con el presupuesto tradicional de que la potestad de control sobre el cruce de las fronteras representa un ejercicio inderogable de soberanía nacional. No obstante, ya en 1957 se evidenciaba la necesidad de adoptar medidas comunes en torno a la entrada y circulación de personas, teniendo en cuenta que el establecimiento de un mercado común exigía la supresión de los derechos de aduana y de los obstáculos a la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, según lo dispuesto en el entonces artículo 3 del Tratado de Roma.

En este momento fundacional, el abordaje de los movimientos migratorios se realiza desde una perspectiva ceñida a la lógica de mercado y circunscrita a la movilidad de trabajadores nacionales de los Estados miembros. Como explica Perales (2017: 20), durante la fase inicial de integración en un mercado común, los factores económicos priman sobre los personales; aunque, de todos modos, el reconocimiento de la libertad de desplazamiento facilita un sentimiento de comunidad. La libre circulación se garantiza a los nacionales de Estados miembros que encuadren en la categoría de trabajadores, es decir a la población económicamente activa, incluidos sus familiares. No se alude aún de supresión de fronteras interiores como garantía del derecho a la libertad de circulación, sino de la “abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad” entre trabajadores con respecto al empleo, la retribución y demás condiciones laborales (Tratado de Roma, art. 48.2). Conforme a lo establecido en el artículo 49 del Tratado de Roma, en 1968 entró en vigor el Reglamento relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad¹, libertad que se reconocía como un derecho de toda persona nacional de un Estado miembro a desarrollar una actividad por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro.

En materia de asilo, el Tratado de Roma, adoptado pocos años después de la aprobación de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951, no preveía ninguna competencia sobre protección internacional a la CEE. Como explican Léonard y Kaunert (2019: 55), aunque el preámbulo del Tratado señalaba el propósito de crear una unión más estrecha entre los pueblos de Europa, el asilo superaba los alcances del objetivo estrictamente económico de establecer un mercado común, lo que iba en línea también

¹ Reglamento (CEE) No 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257 de 19/10/1968 p. 0002-0012).

con la concepción tradicional del asilo como una decisión de soberanía nacional. Durante aproximadamente treinta años no existió ningún desarrollo en el ámbito del asilo por parte de las instituciones europeas, con algunas contadas excepciones. Así, por ejemplo, en 1964, en la misma sesión en que se adoptó el Reglamento relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y la Directiva relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la residencia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias, el Consejo emitió una Declaración con respecto a las personas con estatuto de refugiado². Según esta Declaración, si bien sostenían que no era posible reconocer a los refugiados la misma libertad de circulación que a los nacionales, los Estados miembros se comprometían a examinar “con un interés particular” la entrada en sus territorios de aquellos reconocidos y establecidos en otro Estado miembro de la Comunidad, que buscaran ejercer una actividad salarial, a fin de otorgarles “un trato tan favorable como sea posible”.

Durante esta fase inicial de integración, no existía aún una preocupación por el abordaje conjunto de la gestión de la migración de terceros países hacia los Estados miembros. La puesta en común de la regulación de los movimientos migratorios de nacionales no comunitarios y solicitantes de asilo se presentó como un reto a la integración europea a partir de la década de 1980, debido a la confluencia de factores internos e internacionales (Melis, 2001: 1; Léonard y Kaurnet, 2019: 55). Simultáneamente se daban los pasos hacia la supresión de los controles fronterizos en el marco del mercado común. Las discusiones tuvieron lugar a través de procesos paralelos: un proceso interno, dentro del ámbito de la CEE, y un proceso externo, entre algunos Estados miembros de manera multilateral a través del Acuerdo de Schengen de 1985³.

Por un lado, el proceso interno se vio obstruido debido a las preocupaciones de los Estados miembros en torno a la repercusión que acarrearía la abolición de los controles de fronteras en la seguridad interior, la necesidad de implementar medidas

² Declaración, de 25 de marzo de 1964, de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, reunidos en el seno del Consejo, con respecto a los refugiados (64/305/CEE). Diario Oficial n° 078 de 22/05/1964 p. 1225-1225.

³ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. «BOE» núm. 81, de 5 de abril de 1994, páginas 10390 a 10422.

compensatorias (políticas comunes en materia de visados, cooperación judicial y policial, sistemas de información, y la determinación del Estado responsable de las solicitudes de asilo), y en cómo evitar los fenómenos conocidos como “refugiados en órbita” y “asylum shopping”, es decir, que se presentaran múltiples solicitudes de asilo al mismo tiempo en diferentes Estados miembros⁴. Por otro lado, el proceso externo encauzó la supresión de fronteras interiores entre los Estados firmantes del Acuerdo de Schengen de 1985 y el establecimiento de un sistema común de control de sus fronteras exteriores. Con posterioridad, el proceso externo acabó siendo absorbido e interiorizado por la Comunidad Económica.

2. El Espacio Schengen y la (re)construcción de las fronteras

En el marco del proceso comunitario tendente a la supresión de controles fronterizos dentro del mercado común, en 1986 los Estados miembros de la CEE firmaron el Acta Única Europea⁵ (AUE), a través de la cual buscaban fortalecer el proceso de integración. Las modificaciones sustanciales introducidas en el AUE permitieron el paso de un mercado común, previsto originariamente por el Tratado de Roma, hacia un mercado interior. Asimismo, se atribuyeron competencias a la CEE en materia de cooperación en política exterior.

La conformación del mercado interior se incorporó mediante el AUE al Tratado CEE, como un objetivo a alcanzar de manera progresiva hasta 1992. La aspiración consistía en establecer “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada” (art. 8.a). Ésta es la primera oportunidad en la que se prevé la eliminación de controles fronterizos internos a nivel comunitario, no sólo respecto de nacionales de Estados miembros y sus familiares sino también de cualquier persona, con independencia de la nacionalidad. No obstante, el ámbito subjetivo de la libre circulación fue objeto de diferentes interpretaciones. Si bien la mayoría de Estados miembros no introdujo divisiones entre nacionalidades, algunos hicieron una interpretación restrictiva de la disposición, como en el caso de Reino Unido

⁴ Para un análisis sobre las propuestas y discusiones en el proceso interno de la CEE, véase Léonard, Kaunert, 2019: 55-56.

⁵ Acta Única Europea (DO L 169, 29.6.1987, p. 1–28).

que restringió el reconocimiento de la libre circulación a los nacionales de otros Estados miembros (Léonard y Kaunert, 2019: 56).

Como señalan Mangas Martín y Liñán Nogueras (2016: 90), la efectividad de la supresión de los controles interiores trajo aparejada la cooperación reforzada en los ámbitos de justicia e interior, y, en particular, develó la necesidad de una gestión integrada de fronteras y una regulación común de los procesos migratorios internos y externos. La fecha de puesta en marcha del mercado interior se fijó el 31 de diciembre de 1992, pero no llegó a cumplirse debido a la oposición de Reino Unido y la implementación del Acuerdo Schengen entre algunos Estados europeos (Guild, 2007: 27). Como resultado, los inicios del proceso de supresión de fronteras interiores para la libre de circulación de personas no tuvieron lugar dentro del ámbito de la CE, sino a través de acuerdos bilaterales y multilaterales entre algunos Estados miembros.

El antecedente del Acuerdo Schengen se remonta al Acuerdo de Saarbrücken, de 13 de julio de 1984, para la progresiva supresión de controles entre las fronteras de Alemania y Francia, firmado por el canciller alemán Kohl y el presidente francés Mitterrand. Posteriormente, el ámbito geográfico se extendió mediante la firma del Acuerdo de Schengen en 1985, entre Alemania, Bélgica, Francia, Holanda y Luxemburgo, para la supresión gradual de controles entre sus fronteras interiores. En palabras de Léonard y Kaunert (2019: 57), el Acuerdo de Schengen, dirigido a implementar la libre circulación de personas lo antes posible, puede ser considerado la “prueba piloto” para la adopción del sistema por parte de la CEE.

La supresión de controles fronterizos interiores, como proceso político externo a la CE, se perfeccionó en 1990 mediante la firma del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, entre Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo. La eliminación de los controles interiores fue posible tras la introducción de medidas compensatorias que garantizaran el reforzamiento de las fronteras exteriores, como corolario de la especial preocupación en torno a la seguridad interior que despertaba el proceso entre los Estados miembros. De hecho, la redacción del Convenio de 1990 fue principalmente obra de los representantes de los ministerios de interior. Ello se refleja también en su contenido, teniendo en cuenta que 128 artículos (de un total de 142) se refieren a medidas compensatorias, dirigidas a reforzar las fronteras exteriores y la cooperación judicial y policial para combatir las amenazas a la seguridad interior

derivadas de la criminalidad transfronteriza (Léonard y Kaunert, 2019: 57). Como explica Guild (2021: 23), uno de los principales problemas para los Ministerios del Interior era la pérdida de sus competencias para proporcionar seguridad, especialmente con relación a los movimientos secundarios de solicitantes de asilo y refugiados. La abolición del control en las fronteras interiores les facilitaría el *asylum shopping*, esto es, el desplazamiento entre diferentes Estados y la presentación de múltiples solicitudes hasta conseguir la “mejor” protección en algún Estado.

Además, el título II del Convenio incluye el acuerdo entre los Estados parte de adoptar una visa uniforme (capítulo 3), imponer sanciones tanto a transportistas de personas extranjeras sin la debida documentación (capítulo 6, art. 26) como a personas que, con ánimo de lucro, asistieran a extranjeros para entrar o residir de manera irregular en el territorio de alguno de los Estados parte (capítulo 6, art. 27). Asimismo, se establecen reglas para la determinación del Estado responsable de la solicitud de asilo (capítulo 7) y para acuerdos de readmisión entre los Estados parte (capítulo 7, art. 33 y 34), con el objetivo de restringir el *asylum shopping* y los movimientos secundarios. Además, se prevé el establecimiento del SIS (Sistema de Información Schengen), como base de datos compartida (título IV, capítulo 1). No se contempla, en cambio, un sistema común de procedimiento de las solicitudes de asilo, que según el artículo 32 debe regularse de acuerdo a la legislación de cada Estado.

Posteriormente, la adhesión de otros Estados al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen⁶ y el encaje con el objetivo de un mercado interior condujeron a la adopción del sistema Schengen por parte de la Unión a través del Tratado de Ámsterdam en 1997, como se analiza en el siguiente apartado. A partir de entonces, como sostienen Mangas Martín y Liñán Noguera (2016: 90), la supresión gradual del control fronterizo interno se convirtió en “elemento referencial de la construcción europea en este terreno, a pesar de nacer y desarrollarse durante bastante tiempo fuera de su marco”. En efecto, el espacio Schengen configura un sistema paradigmático de la complejidad y el avance de la integración europea, en cuanto refleja en buena parte la construcción *sui generis* de una organización económica, monetaria, jurídica y política, a la vez que configura un

⁶ Italia (1990), España y Portugal (1991), Grecia (1992), Austria (1995) y Dinamarca, Finlandia y Suecia (1996).

exponente de la transformación de los conceptos tradicionales de soberanía estatal y fronteras.

La supresión de controles fronterizos supone una importante ruptura de la noción tradicional de fronteras estatales como elemento de demarcación territorial de la soberanía del Estado. Según Guild (2007: 55), en este proceso de reconfiguración de controles fronterizos, la soberanía se mueve más allá de la frontera. Del Valle Gálvez (2002: 329) explica que, si bien las tres funciones de la frontera (frontera-límite, frontera-lugar de control, frontera-motivo de cooperación) se ven afectadas, es la función de la frontera como lugar de control la que ha sido completamente transformada y reordenada en el caso europeo. Siguiendo a Walters (2002: 568), la mutación no significa una disminución o reducción de la soberanía de los Estados, como demuestra el hecho de que las fronteras (exteriores) continúan siendo centrales para los Estados como herramientas de poder⁷, especialmente en la política común de asilo. Al respecto, sin perjuicio de la abolición del control de los movimientos migratorios, el sistema de determinación del Estado responsable de las solicitudes de asilo creó fronteras invisibles entre los Estados miembros que sólo afectan a los solicitantes de asilo (Guild, 2021: 24). En este marco, las fronteras mantienen un rol fundamental en la prevención y corrección de los movimientos secundarios de solicitantes de asilo.

En sentido estricto, la supresión opera sobre la potestad de control de entrada y salida del territorio comprendido dentro de las fronteras compartidas por los Estados miembros. A su vez, la responsabilidad de control migratorio se traslada hacia las fronteras exteriores. De ello da cuenta la adopción de medidas compensatorias, o complementarias a la formación del espacio Schengen, para reforzar el control sobre el cruce de fronteras exteriores, tales como sistemas informáticos destinados al control de los movimientos de personas entre fronteras, gestionados por la Agencia eu-LISA⁸: el

⁷ Walters (2002: 568): “Some commentators regard this growth of supranational and regional influence in border control and immigration policy as one aspect of a wider ‘loss of sovereignty’ for the state under globalizing conditions [...]. From the perspective of any given state we might well speak of a certain loss of sovereignty. But this should not be confused with a diminution of sovereign power more generally. If we can accept that sovereignty is not necessarily but rather historically bound up with statehood then what is at stake seems to be a mutation in the form that sovereignty is taking [...]. The fact that borders are still valued by political authorities, if nothing else, suggests that we are far from departing the logics of sovereignty.”

⁸ EU-LISA, Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Reglamento (UE) 2018/1726 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), y

Sistema de Información de Schengen (base de datos compartida sobre personas y objetos no autorizados a ingresar o en búsqueda), el Sistema de Información de Visados (base de datos compartida sobre visados de corta duración), y el Sistema EURODAC⁹ (sistema biométrico para la identificación, a través de huellas digitales, de personas nacionales de terceros países carentes de documentación, con el objetivo de garantizar la aplicación del Reglamento de Dublín).

En esta línea se inscribe la creación y el progresivo refuerzo de capacidades de la actual Guardia Europea de Fronteras y Costas (Frontex)¹⁰, como agencia europea dirigida a apoyar y asistir a los Estados miembros en el control y vigilancia de las fronteras exteriores. Asimismo, entre las medidas compensatorias en las fronteras exteriores, destaca el Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur)¹¹ para el intercambio de información y cooperación operativa en las fronteras exteriores entre autoridades nacionales y entre éstas y Frontex, con especial énfasis en la detección, prevención y lucha contra la inmigración irregular y la delincuencia organizada.

La lógica del Espacio Schengen gira en torno a la libertad de circulación entre las fronteras interiores de los Estados miembros, acompañada de una especial preocupación sobre las facilidades que la pérdida del control puede reportar a la criminalidad

por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 1987/2006 y la Decisión 2007/533/JAI del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n.º 1077/2011. PE/29/2018/REV/1 (OJ L 295, 21.11.2018, p. 99–137)

⁹ Reglamento (UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (OJ L 180, 29.6.2013, p. 1–30).

¹⁰ Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (“Frontex”). En 2016 la agencia fue sustituida por la Guardia Europea de Fronteras y Costas, ampliándose sus competencias para asistir a los Estados miembros en el control de las fronteras exteriores, la devolución de inmigrantes y la lucha contra la criminalidad transfronteriza (Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo). En 2019 se introdujo otra reforma para dotar a Frontex de un cuerpo permanente de diez mil guardias (Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1052/2013 y (UE) 2016/1624).

¹¹ 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) (OJ L 295, 6.11.2013, p. 11–26).

transfronteriza. La abolición de los controles interiores desplaza la funcionalidad de la frontera hacia el exterior. En añadidura, Mitsilegas (2007) observa que el refuerzo de las fronteras exteriores en la UE se ha intensificado a partir del siglo XXI como consecuencia de dos factores. Un primer factor, de dimensión global, tiene que ver con las políticas contra el terrorismo a partir de los atentados del 11S en 2001. Un segundo factor, de dimensión europea, guarda relación con la ampliación del Espacio Schengen tras la incorporación de los Estados de Europa del Este a la UE entre los años 2004 y 2007. A estos dos factores se añade posteriormente el incremento del número de llegadas irregulares por vía marítima y terrestre en las fronteras del sur y este de la UE, como se analiza en el punto III de este capítulo.

Ahora bien, la abolición de los controles en las fronteras interiores no impide la implantación de otros tipos de controles por parte de los Estados miembros. El artículo 23 del Código de Fronteras Schengen¹², bajo la rúbrica “controles dentro del territorio”, habilita el ejercicio de las competencias de policía de los Estados miembros en virtud de su derecho interno, bajo la condición de que no tengan un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas. En concreto, la disposición establece que no se considerará como inspección fronteriza las medidas policiales que no tengan como objetivo el control de fronteras; que estén basadas en “información y experiencia policiales de carácter general” sobre posibles amenazas a la seguridad pública y que se destinen a combatir la delincuencia transfronteriza; que sean “concebidas y se ejecuten de un modo claramente diferenciado de las inspecciones sistemáticas de personas en las fronteras exteriores; o que se realicen a través de inspecciones aleatorias.

Por otro lado, el artículo 25 del Código de Fronteras Schengen autoriza a los Estados miembros a restablecer los controles en las fronteras interiores cuando se presente una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior. Asimismo, a propuesta de la Comisión, el Consejo puede recomendar a los Estados miembros el restablecimiento de los controles. La medida de restablecimiento de los controles puede operar sobre una parte específica o sobre la totalidad de las fronteras interiores, y tiene como efecto la implementación de los controles correspondientes en las fronteras exteriores. La medida se prevé como último recurso, con carácter excepcional y temporal, limitado a un período

¹² Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (OJ L 77, 23.3.2016, p. 1–52).

de tiempo. Los plazos no pueden superar los 30 días o el tiempo que se prevea que persistirá la amenaza¹³. Tales plazos pueden ser prorrogados con posterioridad por períodos renovables de 30 días hasta un máximo total de 6 meses.

Con carácter extraordinario, cuando circunstancias excepcionales pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores, el plazo del restablecimiento de los controles puede extenderse como máximo hasta dos años¹⁴. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el plazo máximo de dos años no puede superarse aun cuando el Estado considere que la amenaza persiste¹⁵. Entre las propuestas de reforma al Código de Fronteras Schengen¹⁶, presentadas en diciembre de 2021 y actualmente bajo discusión entre las instituciones de la UE, la Comisión Europea plantea una modificación al marco jurídico del restablecimiento de controles en fronteras interiores, según la cual, cuando la amenaza al orden público o la seguridad interior persista, los Estados podrían mantener los controles más allá de los dos años notificando previamente a la Comisión.

3. La configuración del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

En paralelo a la formación del Espacio Schengen, la firma del Tratado de la Unión Europea (TUE)¹⁷, que tuvo lugar en Maastricht en 1992, significó otro importante avance en el proceso de integración europea. En primer lugar, la denominación de CEE fue sustituida por la de Comunidad Europea (CE), y se instauró el nombre de Unión Europea. En esta oportunidad se introdujeron como áreas de interés común los ámbitos de justicia e interior y de política exterior y seguridad común. En el marco de la delimitación de competencias mediante “pilares”, el Título VI del TUE regulaba la “Cooperación en

¹³ Cuando la amenaza exija una actuación inmediata, se prevé que el Estado puede restablecer inmediatamente los controles fronterizos por un período no superior a diez días, debiendo notificar al mismo tiempo a los demás Estados miembros y a la Comisión. Cuando la amenaza persista, el Estado puede prorrogar los controles durante períodos renovables que no sobrepasen 20 días (Código de Fronteras Schengen, art. 28).

¹⁴ Código de Fronteras Schengen, art. 29.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de abril de 2022, asuntos acumulados C-368/20 y C-369/20 (ECLI:EU:C:2022:298).

¹⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (COM/2021/891 final), 14.12.2021, artículo 1, apartados 8 a 15.

¹⁷ Tratado de la Unión Europea (DO C 191 de 29.7.1992, pp. 1-112).

asuntos de justicia e interior” (CAJI) como pilar intergubernamental (o tercer pilar: artículos K1 a K9), incluyendo el asilo, la política de inmigración y el cruce de fronteras exteriores. Los Estados miembros se disponían a una acción conjunta en los asuntos de justicia e interior y de política exterior y seguridad, pero no habría aún una transferencia de competencias en tales materias, tradicionalmente ligadas a la esencia de la soberanía estatal. Desde el punto de vista institucional, la competencia se desarrollaría mediante el método intergubernamental, y el TJUE no tendría atribuciones judiciales en este espacio.

Con posterioridad, el Tratado de Ámsterdam¹⁸, firmado en 1997, incorporó el sistema Schengen en el Derecho primario de la Unión, introduciendo así una reforma fundamental hacia la (de)construcción de las fronteras interiores y exteriores. Según Del Valle Gálvez (2002: 301), a partir del Tratado de Ámsterdam, se implantó un “modelo europeo de fronteras, alternativo al internacional”. El Tratado estableció la implementación gradual del acervo Schengen en un plazo de cinco años entre todos los Estados miembros¹⁹, con excepción de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, que recurrieron al método *opt-out* para conservar los controles en sus respectivas fronteras²⁰.

En virtud del Tratado de Ámsterdam²¹, a partir de 1997, los Estados que se adhieran como miembros de la UE son parte también del Espacio Schengen. Con motivo de tal previsión, la posterior incorporación de los Estados europeos del este implicó una profunda transformación en el diseño original del proyecto de abolición de fronteras interiores (Mitsilegas, 2007). Actualmente, el Espacio Schengen reúne a un grupo heterogéneo de Estados con diferentes capacidades económicas y sociales para la recepción de migrantes y solicitantes de protección internacional (Dreyer-Plum, 2019:

¹⁸ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (DO C 340, 10.11.1997, p. 1–144).

¹⁹ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos - Protocolos anejos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea - Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea (DO C 340, 10.11.1997, p. 93), art. 2: “A partir de la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el acervo de Schengen, incluidas las decisiones que haya adoptado hasta la fecha el Comité ejecutivo creado por los acuerdos de Schengen, será inmediatamente aplicable a los trece Estados miembros [...]”.

²⁰ Tratado de Ámsterdam, Protocolos, op. cit., arts. 2, 3 y 4. Reino Unido e Irlanda establecieron una “zona de viaje común entre sus respectivos territorios”.

²¹ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (DO C 340, 10.11.1997, p. 1–144).

540). Esta asimetría entre los Estados miembros provoca desavenencias y desequilibrios en la discusión y ejecución de las políticas comunes de migración y asilo²².

A partir del Tratado de Ámsterdam, la supresión de las fronteras interiores y el traslado de la potestad de control hacia las fronteras exteriores condujeron a una mayor “comunitarización” de la CAJI, que pasó a formar parte de un proyecto integrador aún más amplio: la construcción de un “espacio de libertad, seguridad y justicia” (ELSJ). La construcción de este espacio común se erigió en un objetivo principal del proceso de integración europea, cuyos elementos –libertad, seguridad y justicia– se consideran intrínsecamente relacionados y a través de los cuales se persigue una mayor puesta en común de lo político, social y jurídico²³. En particular, en el ámbito de la movilidad, el ELSJ reúne los campos de la migración y la criminalidad, considerados como partes de un mismo problema de seguridad interna (Bigo, 2016: 1077).

Conforme al antiguo artículo 2 del TUE, tras la reforma del Tratado de Ámsterdam, uno de los objetivos de la integración consiste en “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”²⁴. En pos de ese fin, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) atribuyó competencias al Consejo para “establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia”, quedando comprendida la facultad de adoptar medidas sobre control de fronteras, inmigración y asilo (TCE, art. 61). Asimismo, se reconoció

²² Sobre el problema de la asimetría entre Estados en el ámbito del SECA, Dreyer-Plum (2019: 540): “Unlike the founding Schengen States, the current Schengen area is comprised of heterogeneous countries with very different economic and social capabilities to accommodate asylum seekers. The EU’s legal provisions must respond to this imbalance in the CEAS, and take the different capabilities of Member States into consideration when trying to reach a sustainable and fair agreement on the attribution of jurisdiction for asylum applications.”

²³ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión, Hacia un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, Bruselas 14.07.1998, COM (1998) 459 final: “Los tres conceptos de libertad, seguridad y justicia están estrechamente vinculados. La libertad pierde gran parte de su sentido si no se puede vivir en un medio seguro, basado en un sistema judicial en el que todos los ciudadanos y residentes de la Unión puedan confiar. Estos tres conceptos indisolubles tienen un mismo ‘denominador común’, las personas, y la plena realización de uno supone la de los otros dos. El equilibrio que debe mantenerse entre ellos debe ser el hilo conductor de la acción de la Unión.”

²⁴ TUE, art. 3.2 (texto vigente): “la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”.

expresamente la libertad de circulación a toda persona con independencia de su condición de ciudadano de la Unión o nacional de un tercer Estado (TCE, art. 62.1).

El desarrollo del ELSJ se configuró en este momento inicial como un “objetivo transpilar” sujeto a un doble régimen jurídico comunitario e intergubernamental (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016: 92). Las materias relativas a fronteras, inmigración y asilo se trasladaron al pilar comunitario (TCE, título IV: artículos 61 a 69 TCE –actual TFUE, artículos 67 a 72), incluyendo las medidas relativas a la eliminación de controles en fronteras interiores, el cruce de fronteras exteriores, la regulación de visados, las políticas de asilo e inmigración, así como también los asuntos de cooperación judicial civil y cooperación administrativa. Por otro lado, la cooperación en materia policial y judicial penal (Título VI) se mantuvo como un asunto de competencia intergubernamental. Además, de manera transitoria, el Tratado de Ámsterdam estableció un procedimiento legislativo especial por un plazo de cinco años, según el cual los Estados tenían un rol predominante en la implementación del ELSJ. De acuerdo a este procedimiento de transición, las medidas en materia de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas eran adoptadas por decisión unánime del Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo. Por su parte, la Comisión Europea compartía la iniciativa legislativa con los Estados. Tras el período de transición, la Comisión contaría con el monopolio de la iniciativa y el Consejo debería decidir por mayoría cualificada previo dictamen del Parlamento Europeo, de acuerdo al procedimiento legislativo establecido en el artículo 251 del TCE.

Si bien la atribución de competencias al Consejo implicó un avance hacia la comunitarización, el proceso quedó obstaculizado debido al método de decisión intergubernamental y la exigencia de la unanimidad, que impidieron la adopción de medidas efectivas por parte del Consejo. Estos obstáculos se superaron tras la reforma del Tratado de Niza en 2003, que modificó el artículo 67 y habilitó la adopción de medidas sobre algunos aspectos de la política de inmigración por mayoría cualificada. Conforme este otro método de decisión, la iniciativa legislativa correspondía a la Comisión, mientras que los Estados conservaban la competencia de formular sugerencias.

4. El constante desequilibrio en el ELSJ: la primacía de la seguridad

A partir del Tratado de Ámsterdam, de 1997, el Consejo Europeo se encargó de desarrollar y dirigir el ELSJ a través de programas de acción quinquenales: el Programa de Tampere (1999)²⁵, el Programa de La Haya (2004)²⁶, y el Programa de Estocolmo (2009)²⁷. Todos ellos fueron planteados de conformidad a los avances en el proceso de integración a través de los sucesivos tratados de reforma y en consonancia con la coyuntura política europea e internacional imperante en cada momento.

El Programa de Tampere representa una pieza clave para la comprensión de la política sobre migración y asilo en la UE, ya que sentó el punto de partida de diferentes estrategias que se han desarrollado en estos ámbitos y que aún hoy se mantienen en proceso de discusión. En este sentido, las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere definieron como prioridad el establecimiento de una política común de inmigración y asilo, a las que definió como cuestiones “distintas pero estrechamente relacionadas”. Según el Programa, la política común debería articularse sobre la base a los siguientes elementos: i) la colaboración con los países de origen; ii) un sistema europeo común de asilo; iii) un trato justo de los nacionales de terceros países, mediante acciones de integración a partir del reconocimiento de derechos y obligaciones “comparables” a los de la ciudadanía; iv) la gestión de los flujos migratorios para promover la migración regular y “hacer frente a la inmigración ilegal en su origen”, a través de la lucha contra la trata de personas y la explotación económica de migrantes, la celebración de acuerdos de readmisión o y la incorporación de “cláusulas modelo en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y terceros países”.

En 2004, el Programa de La Haya reafirmó la consolidación del ELSJ como una prioridad política para la Unión. El abordaje se realizó desde una perspectiva eminentemente securitaria, como resultado de la intensificación de la preocupación a nivel internacional sobre la seguridad tras los atentados terroristas ocurridos en América (Nueva York, 2001) y Europa (Madrid, 2004). El componente de la seguridad adquiría

²⁵ Consejo Europeo, Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

²⁶ Consejo Europeo, El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DO C 53, 3.3.2005, p. 1–14).

²⁷ Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DO C 115, 4.5.2010).

aún mayor centralidad al momento de considerar el control de las fronteras en el marco del ELSJ. El Programa destacó que, ante las nuevas amenazas a nivel global, había aumentado “la importancia de la coordinación y coherencia entre las dimensiones interna y externa” de la seguridad. El Consejo Europeo resaltó la necesidad de adoptar una “actitud común más eficaz” frente a la inmigración irregular, la trata de seres humanos, el terrorismo y la delincuencia organizada²⁸. Al mismo tiempo, el Programa dio cuenta también de la utilidad económica que reportaba la inmigración regular a Europa²⁹.

La firma del Tratado de Lisboa en 2007 profundizó la centralidad del ELSJ como objetivo principal de la UE. Para ello se suprimió la división de materias en pilares de carácter comunitario e intergubernamental, que podía ser considerada uno de los motivos de la falta de convergencia política (Carrera y Balzacq, 2005: 55; Apap y Carrera, 2003: 7-8). En su lugar, se estableció el desarrollo del ELSJ como una competencia de naturaleza compartida entre la Unión y los Estados miembros³⁰, y en lo institucional se dispuso la aplicación del procedimiento ordinario o de codecisión para la adopción de medidas en materia de inmigración y asilo.

A partir de entonces, el Título V del TFUE regula los tres componentes del ELSJ a través de diferentes capítulos: la ausencia de controles en las fronteras interiores, la configuración de una política común de asilo, inmigración y control de fronteras exteriores (componente “Libertad” –capítulo 2–), medidas de cooperación judicial en materia penal y de cooperación policial (componente “Seguridad” –capítulos 4 y 5–, y medidas de cooperación judicial en materia civil (componente “Justicia” –capítulo 3–). Como señalan Mangas Martín y Liñán Nogueras (2016: 96), “la estructuración normativa del ELSJ confirma la crítica de fondo que alude no sólo a una amalgama de objetivos

²⁸ Programa de La Haya, op. cit.: “La seguridad de la Unión Europea y de sus Estados miembros reviste actualmente mayor urgencia, en particular a la luz de los atentados terroristas cometidos en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 y en Madrid el 11 de marzo de 2004. Los ciudadanos de Europa tienen la legítima expectativa de que la Unión Europea, al tiempo que garantiza el respeto de las libertades y derechos fundamentales, adopte una actitud común más eficaz ante los problemas transfronterizos como la migración ilegal, la trata y la introducción clandestina de seres humanos, el terrorismo y la delincuencia organizada, así como respecto a su prevención. Particularmente en el ámbito de la seguridad, ha crecido la importancia de la coordinación y coherencia entre las dimensiones interna y externa, que debe propiciarse con firmeza.”

²⁹ Programa de La Haya, op. cit.: “1.4. Migración legal y lucha contra el empleo ilegal”: “La migración legal desempeñará un papel importante en el refuerzo de la economía basada en el conocimiento en Europa y en el impulso del desarrollo económico, contribuyendo así a la ejecución de la estrategia de Lisboa. Podría desempeñar asimismo un papel en las asociaciones con terceros países.”

³⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 4.1.j.

políticos difícilmente reconducibles a unidad, sino a una marcada descompensación entre sus componentes, con un peso específico excesivo del vector securitario en detrimento de una casi banalizada concepción de la libertad, lo que no obsta para admitir que la situación ha mejorado ostensiblemente con la regulación del [Tratado de Lisboa]”. Los componentes del ELSJ se encuentra en un constante desequilibrio, en el que la seguridad mantiene la primacía.

En 2009, el Programa de Estocolmo centró su estrategia en la consolidación de la ciudadanía europea y el enfoque de derechos ínsito en el Tratado de Lisboa. En materia migratoria, las medidas previstas mantuvieron el propósito de reforzar la gestión de las fronteras exteriores con el objetivo de impedir la migración irregular y la delincuencia transfronteriza. El abordaje se realizó también desde una perspectiva estrechamente vinculada al elemento securitario, en ausencia de consideraciones relativas a su impacto en los derechos de las personas migrantes (Vilá Costa, 2010: 17). El Consejo enfatizó una vez más la idea del control de fronteras como mecanismo de protección de la ciudadanía³¹, siguiendo la tendencia a asociar la preservación de la seguridad exterior como una garantía para el mantenimiento de la seguridad interior³².

III. LA “CRISIS” DE LA POLÍTICA COMÚN DE FRONTERAS, INMIGRACIÓN Y ASILO

Tras la llamada “Primavera árabe”, miles de personas se desplazaron desde los países de Oriente Próximo y Medio a causa de la inestabilidad política y la persistencia de situaciones de conflicto en la región. A partir de 2011, el número de cruces irregulares detectados por Frontex en las fronteras exteriores de la UE fue en aumento, con especial incidencia en las fronteras del sur a través de las diferentes áreas del mar Mediterráneo, así como también en las fronteras terrestres de los Estados miembros del este a través de la llamada ruta balcánica. Asimismo, desde 2013, el número de solicitudes de asilo

³¹ Programa de Estocolmo, op. cit.: “La UE debe continuar desarrollando sus políticas integradas de gestión de fronteras y concesión de visados para facilitar el acceso a Europa de los ciudadanos que no pertenecen a ella, sin menoscabar la seguridad de sus propios ciudadanos. Es preciso contar con controles fronterizos reforzados para impedir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza. Al mismo tiempo, se debe garantizar el acceso a quienes necesiten de protección internacional y a los grupos de personas en situación de vulnerabilidad, tales como los menores no acompañados.”

³² Programa de Estocolmo, op. cit.: “En la lucha contra la delincuencia transfronteriza, la seguridad interior se ha de vincular necesariamente a la seguridad exterior. Por consiguiente, debe tenerse en cuenta la estrategia de seguridad exterior de la UE y fortalecerse la cooperación con terceros países.”

presentadas en los 28 Estados de la UE experimentó un considerable crecimiento. En el año 2015, el número de llegadas alcanzó la cifra de 1.005.504 personas, cuatro veces más que en el año 2014, según datos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)³³. A nivel global, ACNUR registró en 2015 una cantidad de 65,3 millones de refugiados y desplazados internos en el mundo, lo que suponía un incremento de más de 50% en los últimos cinco años (ACNUR, 2016: 5). Más de la mitad (54%) de los refugiados a nivel mundial procedía de tres países: la República Árabe Siria (4,9 millones)³⁴, Afganistán (2,7 millones) y Somalia (1,1 millones) (ACNUR, 2016: 3). Si bien una gran parte de esos desplazamientos forzados se dirigieron a países vecinos, la UE evidenció un aumento del número de personas en búsqueda de protección internacional.

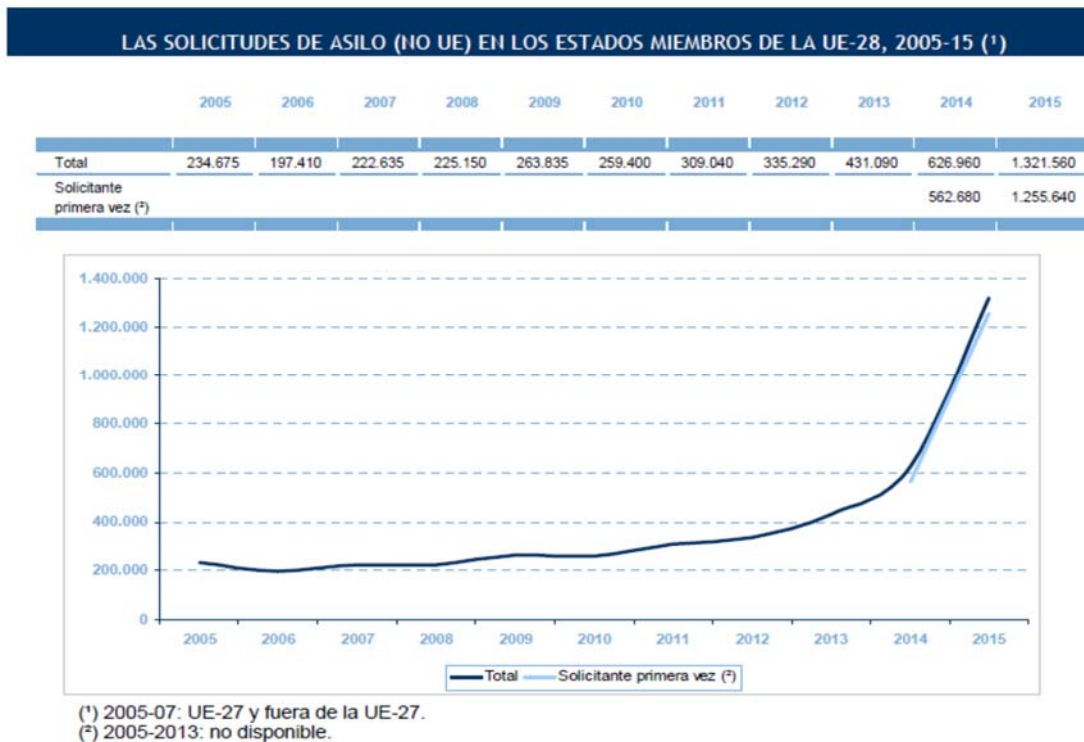


Figura 1. Solicitudes de asilo en los Estados miembros de la UE-28, 2005-15. Fuente: Defensor del Pueblo (2016: 7).

³³ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “La OIM contabiliza 3.771 muertes de migrantes en el Mediterráneo en 2015 y más de un millón de llegadas de migrantes por mar”, 1.5.2016. Disponible en <https://www.iom.int/es/news/la-oim-contabiliza-3771-muertes-de-migrantes-en-el-mediterraneo-en-2015-y-mas-de-un-millon-de-llegadas-de-migrantes-por-mar>

³⁴ Según datos de Frontex, el número de llegadas irregulares en 2014 ascendió a 280.000, que en aquel año significaba una cifra sin precedentes. La Agencia atribuía este récord al conflicto en Siria, ya que la mayoría de los cruces detectados eran de personas que llegaban de Siria a la UE en búsqueda de protección internacional (Frontex, Risk Analysis 2015, p. 17, disponible en: <https://data.europa.eu/data/datasets/ara-2015?locale=en>).

Si bien la diversificación de las vías de entrada ha sido una constante que ha acompañado el desarrollo de la política común de asilo (Abrisketa, 2021: 152), el incremento de las llegadas por vía marítima a partir de 2015 fue otro cambio significativo en los flujos migratorios hacia Europa. La mayoría de las llegadas irregulares registradas en aquel año se produjeron por vía marítima: 971.289 por mar (97%), 34.215 por tierra (3%). El principal país de llegada por una amplia diferencia fue Grecia, seguido por Italia. En ese mismo año, las muertes en las rutas marítimas del Mediterráneo se estiman en un total de 3.692.

Hasta el 1 de diciembre de 2015	Total	Mar	Tierra
Grecia	821.008	816.752	4.256
Italia	150.317	150.317	
Bulgaria	29.959		29.959
España	3.845	3.845	
Malta	106	106	
Chipre	269	269	
Total	1.005.504	971.289	34.215

Tabla 1. Llegadas irregulares en Grecia, Italia, Bulgaria, España, Malta y Chipre en 2015 (hasta el 1 de diciembre) Fuente: Organización Internacional para las Migraciones: <https://www.iom.int/es/news/mas-de-un-millon-de-migrantes-y-refugiados-han-llegado-europa-en-2015-informo-la-oi>

País de llegada	Llegadas	Muertes
Italia	150.317	2.889
Malta	106	<i>Ruta del Mediterráneo Central</i>
Grecia	816.752	731
Chipre	269	<i>Ruta del Mediterráneo Oriental</i>
España	3.845	72
		<i>Rutas del Mediterráneo Occidental y de África Occidental</i>
Total estimado	971.183	3.692

Tabla 2. Llegadas irregulares por rutas del mar Mediterráneo y de África occidental. Fuente: Organización Internacional para las Migraciones: <https://www.iom.int/es/news/mas-de-un-millon-de-migrantes-y-refugiados-han-llegado-europa-en-2015-informo-la-oi>

Según datos de la OIM y del ACNUR, el éxodo de personas desplazadas en 2015 representó “el mayor flujo migratorio desde la Segunda Guerra Mundial” (ACNUR, 2016: 5)³⁵. Como resultado, conforme las estadísticas de Frontex, en 2014 se habían detectado 170.000 cruces irregulares (del total de 280.000) a través de la ruta del Mediterráneo Central; mientras que en 2015 se registraron 885.386 cruces irregulares por el Mediterráneo oriental y 764.038 a través de la ruta balcánica del oeste³⁶. Las solicitudes de asilo presentadas en el conjunto de Estados de la UE en 2015 ascendieron a aproximadamente 1,22 millones, más del doble registrado en el año anterior³⁷. Esta cifra representa más de la mitad de las solicitudes de asilo presentadas por primera vez en aquel año a nivel mundial, cuyo número alcanzó la cifra récord de aproximadamente 2 millones (ACNUR, 2016: 3).

En 2016, la cantidad de personas que arribaron de manera irregular al territorio de la UE a través del Mar Mediterráneo fue de 362.376, de las cuales el 53% provenía de los diez países de mayor población refugiada de origen a nivel global³⁸. A pesar de la significativa disminución de las llegadas por vía marítima en comparación con el año anterior, en 2016 la cifra de muertes aumentó a más de 5.000³⁹.

Ahora bien, la “crisis” repercutió de manera disímil en cada uno de los Estados miembros, dependiendo del lugar de llegada y del posterior traslado. Por un lado, los principales países afectados por el aumento de llegadas fueron Grecia e Italia, mientras que un alto número de migrantes se trasladaron a Alemania. Asimismo, los efectos de las políticas allí implementadas se reflejaron posteriormente en otros países, debido a las variaciones que produjeron en las rutas migratorias hacia la UE. Este último ha sido el caso de España, que se analiza en la segunda parte de este trabajo. Por otro lado, la crisis dejó en evidencia las asimetrías en los sistemas nacionales de asilo, así como también las

³⁵ Organización Internacional para las Migraciones, Noticias, 22/12/2015, “Más de un millón de migrantes y refugiados han llegado a Europa en 2015, afirmó la OIM. Disponible en: <https://www.iom.int/es/news/mas-de-un-millon-de-migrantes-y-refugiados-han-llegado-europa-en-2015-informo-la-oim>

³⁶ Estos datos dan cuenta de un doble conteo teniendo en cuenta la entrada a Turquía a través de la ruta balcánica y posteriormente un reingreso al territorio de la UE al cruzar a Grecia.

³⁷ Eurostat, Asylum statistics, 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics

³⁸ UNHCR, Bureau for Europe, Monthly Data Update, December 2016

³⁹ UNHCR, Operational Data Portal, Refugee Situation, Mediterranean Situation: <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>

deficiencias de la UE en la construcción y la aplicación de estándares comunes a través del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

1. ¿Una “crisis” de qué y por qué?

Durante los años 2015 y 2016, la emergencia humanitaria en las fronteras exteriores de la Unión, principalmente en las aguas del mar Mediterráneo de Grecia e Italia, puso en evidencia los defectos de la gestión integrada de fronteras y de la política común de migración y asilo. El aumento exponencial de las llegadas irregulares dio lugar a una situación que fue definida desde las instituciones europeas y los gobiernos de los Estados miembros como una “crisis migratoria” o “crisis de refugiados”.

Ahora bien, el término “crisis” lleva ínsita una carga de ambigüedad que resulta necesario esclarecer. La búsqueda de su significado y razón dependerá de la situación a la que refiere en cada caso concreto, pero de manera general es posible afirmar que las “crisis” hacen referencia a circunstancias graves y excepcionales a las que debe responderse de manera inmediata. Si nos referimos a crisis políticas, por lo general las respuestas consisten en la implementación de medidas que pueden ser igualmente extraordinarias, flexibles e informales y que, como tales, pueden estar reñidas con los principios democráticos y con las obligaciones de protección de derechos fundamentales (Ansems de Vries, Carrera y Guild, 2016: 2).

En el ámbito concreto de la gestión de las fronteras y la gobernanza de las migraciones, la utilización del término “crisis” obedece a un cambio sobrevenido en los movimientos migratorios y la incapacidad de que las fronteras desarrollen con normalidad su función de selección y control de los sujetos habilitados a cruzarlo. De ahí que, desde la perspectiva del Estado, las “crisis migratorias” lleven aparejada la idea de una amenaza a la seguridad interior, motivada en la desestabilización de la frontera como mecanismo de preservación del territorio y el poder. El Estado enfrenta así una situación de amenaza o de peligro, a la que hace frente mediante el refuerzo excepcional de las funciones de control, vigilancia y defensa que tradicionalmente cumplen las fronteras, o bien mediante la implementación de medidas extraordinarias como el cierre total de los pasos fronterizos.

Como resultado, en las situaciones que el Estado califica como “crisis migratorias”, la persona migrante se convierte en una amenaza a la seguridad. Frente a la migración masiva o en grupos, la subjetividad y las circunstancias personales quedan

diluidas y las personas se resumen en números o en estadísticas. La situación se agrava en el caso de personas que huyen de sus lugares de origen o residencia en búsqueda de protección, ya que la deshumanización que aparejan las crisis las coloca en situaciones de mayor vulnerabilidad. De este modo, uno de los problemas principales que derivan de la calificación de las “crisis migratorias” es que no permite atender de manera auténtica a la situación de emergencia humanitaria que puede plantear la migración irregular.

En concreto, la calificación del incremento de llegadas entre 2015 y 2016 como una “crisis” resulta cuestionable. En especial, la referencia en el debate político y mediático a la situación de “crisis”, ya sea de “migrantes” o de “refugiados”, pone el foco en los factores externos, sin atender a las fallas internas del sistema. Al respecto, como sostiene Campesi (2011b), la crisis fue principalmente política, no migratoria. Además, la adjetivación de la crisis como “migratoria” o “de refugiados” se utilizó de manera indistinta, optando por una u otra según la legitimidad que se otorgue al movimiento de quienes intentan cruzar la frontera, principalmente en función del lugar de origen o la nacionalidad. La utilización arbitraria de tales etiquetas, en definitiva, alimenta la confusión de los respectivos estatutos jurídicos. En este sentido, como sostiene Campesi (2018), la crisis es también “epistémica” y muestra las contradicciones y la arbitrariedad en las que se puede incurrir al categorizar la movilidad humana. Mientras la utilización del término refugiado denota que se trata de un movimiento forzado, inevitable y en consecuencia legítimo, el de migrante deja margen para cuestionar su legalidad. Aun así, la adjetivación “de refugiados” señala a los solicitantes de protección internacional como agentes de producción de la situación de crisis.

En esta línea, la “crisis” de 2015 no fue una consecuencia de los desplazamientos sino de la ineficacia de las políticas de frontera, migración y asilo. En primer lugar, quedó en evidencia que el problema no es el incremento del número de llegadas en sí mismo sino la falta de vías regulares de acceso en las fronteras de la Unión para personas en búsqueda de protección internacional (Ansem de Vries y Guild 2018: 2158; Ansem de Vries, Carrera y Guild, 2016: 2).

La incapacidad para gestionar el aumento de llegadas desencadenó una crisis política (Den Heijer, Rijpma y Spijkerboer, 2016: 607) y una “crisis de protección” (Dreyer-Plum, 2019: 540). En concreto, develó las deficiencias del SECA y del sistema de reparto de responsabilidades entre los Estados miembros al momento de responder a

movimientos migratorios masivos (Abrisketa, 2021: 146). La activación efectiva de mecanismos de solidaridad podría haber remediado la situación, teniendo en cuenta que el número de llegadas en 2015 equivalía a un 0,3 % del total de población de los entonces 28 Estados miembros. Sin embargo, la ausencia de voluntad política para colocar la acogida por encima de la seguridad se demostró, por ejemplo, ante la falta de aplicación de la Directiva 2001/55⁴⁰, de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas⁴¹. Los mecanismos de solidaridad y de distribución equitativa de responsabilidades entre los Estados miembros en materia de asilo, así como la voluntad política de ponerlos en funcionamiento, demostraron su fragilidad.

En 2015, la solución implementada por los Estados miembros fue suspender las reglas del SECA: Grecia e Italia omitieron en gran medida la toma de huellas digitales de solicitantes de asilo y su registro en el sistema EURODAC, y, otros Estados miembros no devolvieron a Grecia e Italia a muchas personas que habían entrado por las fronteras exteriores de estos dos países (Den Heijer, Rijpma y Spijkerboer, 2016: 612). Algunos Estados miembros, como Francia, suspendieron la libertad de circulación en fronteras interiores y reactivaron los controles, en aplicación del artículo 25 del Código de Fronteras Schengen que autoriza al restablecimiento cuando se presente una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior. Asimismo, en 2016, el Consejo recomendó a cinco Estados (Austria, Alemania, Dinamarca, Suiza y Noruega) la reintroducción de controles, en virtud del artículo 29 del Código de Fronteras Schengen⁴², al considerar que las deficiencias graves en la gestión de las fronteras exteriores por parte de Grecia provocarían desplazamientos irregulares a otros Estados miembros, lo que suponía una grave amenaza al orden público y la seguridad interior con capacidad de

⁴⁰ Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DO L 212 de 7.8.2001, p. 12/23).

⁴¹ La Directiva de Protección Temporal ha sido activada por primera vez en el año 2022 para brindar protección a las personas desplazadas de Ucrania tras la invasión de Rusia el 24 de febrero de 2022. Respecto a la activación del mecanismo de protección temporal y la diferencia en el tratamiento a refugiados ucranianos y de otras nacionalidades, véase: Reilly y Flynn (2022).

⁴² Decisión de ejecución 2016/894 del Consejo, de 12 de mayo de 2016, por la que se establece una Recomendación de realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen (DO L 151, de 8 de junio de 2016).

poner en peligro el funcionamiento del sistema Schengen. La recomendación se prorrogó en tres oportunidades hasta alcanzar un período de dieciocho meses⁴³.

Esta serie de medidas adoptadas por diferentes Estados miembros y por el Consejo y la Comisión Europea demostró la interconexión entre los diferentes sistemas de fronteras, migración y asilo. En concreto, las deficiencias del SECA evidenciaron su estrecha vinculación con la gestión de las fronteras exteriores, y a su vez impactaron en la libertad de circulación. Quedó demostrado que el correcto funcionamiento del sistema común de asilo y del sistema de gestión integrada de fronteras opera como una condición para la supresión de controles en las fronteras interiores (Den Heijer, Rijpma y Spijkerboer, 2016: 615). Como explica Fernández Rojo (2021: 3), la “crisis” destacó también la creciente interdependencia entre el ELSJ y la política común de seguridad y defensa. La confluencia entre las dimensiones interna y externa se manifestó con especial incidencia en aras a la preservación de la seguridad.

2. Las respuestas políticas a la “crisis”: contención, inmovilidad y expulsión a la luz de la Agenda de Migración de 2015

Frente al elevado número de cruces irregulares en las fronteras exteriores, los Estados miembros y las instituciones europeas implementaron una serie de medidas políticas y legislativas a la luz de las prioridades señaladas por la Comisión Europea en la Agenda de Migración de mayo de 2015⁴⁴, con el objetivo de cumplir con la función de control y clasificación de las personas que intentaban ingresar al territorio de la Unión. Las estrategias pueden resumirse en una mayor externalización del control migratorio, la limitación de la libertad de circulación de los migrantes en espacios de fronteras mediante

⁴³ Decisión de ejecución 2016/1989 del Consejo, de 11 de noviembre de 2016, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen (DO L 306, de 15 de noviembre de 2016, considerando 5, p. 13); Decisión de ejecución 2017/246 del Consejo, de 7 de febrero de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen (DO L 36, de 11 de febrero de 2017); Decisión de ejecución 2017/818 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen (DO L 122, de 13 de mayo de 2017).

⁴⁴ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea de Migración, Bruselas, 13.5.2015 COM(2015) 240 final.

la instalación de centros de primera acogida e identificación, la reubicación de aquellos solicitantes de asilo con mayores probabilidades de reconocimiento, y la devolución de aquellos clasificados como migrantes irregulares.

Tales estrategias responden a los tres ejes principales sobre los que se asienta la Agenda de Migración de 2015: el reforzamiento de la cooperación con terceros países de origen y de tránsito, la devolución de los migrantes que no tengan derecho a permanecer en el territorio, y la reubicación de los solicitantes de protección internacional cuyo procedimiento sea formalmente admitido como medida paliativa en beneficio de los Estados miembros con mayor presión migratoria. En la práctica, ante la situación de crisis en las fronteras exteriores, los dos últimos ejes de la Agenda se materializaron en la instalación de “hotspots” en Grecia e Italia y la implementación de un mecanismo de reubicación hacia el resto de Estados miembros. Estas dos medidas presentan una estrecha relación operativa (Guild y Moreno-Lax, 2018), teniendo en cuenta que una de las funciones de los hotspots es facilitar la aplicación del mecanismo de reubicación de aquellas personas que, tras su identificación y control en Italia y Grecia, sean elegibles como solicitantes de asilo y reúnan las circunstancias de aplicación del mecanismo de reubicación.

A continuación, el análisis se centra sobre dos de las estrategias mencionadas: el mecanismo de reubicación de determinadas solicitantes de asilo entre los Estados miembros como medida a favor de Grecia e Italia, y la implementación del sistema de hotspots como germen de un nuevo régimen fronterizo europeo (Vradis et al., 2019) y su implementación desde 2015 en territorios fronterizos de los Estados heleno e italiano. La especial atención en el análisis de ambas medidas guarda relación con su carácter de mecanismos de inmovilidad, categorización y expulsión de las personas en las fronteras. Tal naturaleza, como se analizará más adelante, refleja la introducción de elementos propios del proceso de criminalización de la migración irregular. Por otro lado, en el capítulo relativo al marco teórico y político, analizaremos la estrategia referente a la externalización del control migratorio por parte de la UE y los Estados miembros hacia terceros países, en cuanto representa una tendencia política en la gobernanza de las migraciones impulsada por las dinámicas de securitización.

2.1. El mecanismo de reubicación

La primera respuesta de la Comisión Europea ante la “crisis” se dio en septiembre de 2015, y consistió en la propuesta de un mecanismo temporal de reubicación entre los Estados miembros. Con base en el artículo 78.3 TFUE, la Comisión propuso la reubicación como una medida de excepción a las normas del Reglamento de Dublín III por el que se determina el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo⁴⁵. El Consejo aprobó dos Decisiones para la implementación de un mecanismo provisional en favor de Italia y Grecia para el reparto de determinadas cuotas de solicitantes de protección internacional entre los Estados miembros⁴⁶. La adopción del mecanismo fue motivo de división en el seno del Consejo y fue alcanzada por mayoría, con el rechazo de Eslovaquia, Hungría, República Checa y Rumania.

El plan de reubicación se implementaría durante un período de dos años y alcanzaría a 160.000 solicitantes de asilo llegados a Grecia e Italia después del 15 de abril de 2015 (40.000 según la primera Decisión, 120.000 según la segunda Decisión). Únicamente serían reubicadas aquellas personas cuyas nacionalidades hubieran alcanzado el 75% de concesiones del estatuto de refugiado en los Estados miembros según datos de Eurostat. De este modo, el sistema de reubicación se dirigía a facilitar el acceso a la protección internacional, pero condicionado a un criterio objetivo de riesgo en función de la nacionalidad (Tazzioli y Garelli, 2018: 11). Debido a ello, algunas organizaciones denunciaron que los beneficios del mecanismo de reubicación quedaban limitados en la práctica a personas nacionales de Siria, Eritrea, Yemen o de otros países que no solían emprender la ruta migratoria hacia Italia o Grecia, quedando fuera otros que no cumplían el requisito de la tasa de reconocimiento de protección, como Afganistán, Irak, Sudán o Nigeria⁴⁷. En definitiva, la crítica apuntaba a que el sistema de

⁴⁵ Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DO L 180 de 29.6.2013, p. 31/59).

⁴⁶ Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia (DO L 239, 15.9.2015, p. 146–156); Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia (DO L 248, 24.9.2015, p. 80–94).

⁴⁷ Eldiario.es, 25.9.2017, “España, entre los Estados que más han incumplido su cuota de refugiados junto a los países del Este”. Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/espana-incumplido-cuota-refugiados-paises_1_3168858.html

determinación de responsabilidad en el mecanismo de reubicación estaba orientado principalmente a evitar los “movimientos secundarios” y no a garantizar una mejor protección.

En principio, el mecanismo de reubicación era de obligado cumplimiento por parte de todos los Estados miembros. Estos únicamente podían rehusar la reubicación de un solicitante de asilo⁴⁸ cuando existieran motivos razonables para considerar que constituiría un peligro para la seguridad nacional o el orden público o que se pudieran aplicar las disposiciones de exclusión establecidas en los artículos 12 y 17 de la Directiva 2011/95/UE⁴⁹. La segunda decisión del Consejo introdujo los criterios de reparto en función de factores que facilitarían la absorción e integración de los solicitantes de asilo en el Estado miembro: el tamaño de la población (40%), el producto interior bruto (40%), el promedio de solicitudes de asilo y el número de refugiados reasentados por cada millón de habitantes en el período 2010-2014 (10%), y la tasa de desempleo (10%).

A pesar del carácter vinculante del sistema de reubicación conforme el art. 78.3 del TFUE, diferentes motivos condujeron a una deficiente implementación del reparto de responsabilidades entre los Estados miembros. Del total previsto de 160.000, se reubicó a 29.401 solicitantes de asilo, esto es un 30% del número acordado en el Consejo (Šelo Šabić, 2017: 6).

La falta de voluntad política de los Estados miembros en garantizar el funcionamiento y objetivo del sistema de reparto quedó demostrada en el incumplimiento de las cuotas asignadas. En primer lugar, los Estados que manifestaron su rechazo a la adopción de la medida optaron por incumplir por completo el acuerdo. Hungría y Eslovaquia recurrieron ante el TJUE la decisión del Consejo europeo sobre las reubicaciones, y Polonia suspendió su participación en el mecanismo de reparto tras los atentados terroristas ocurridos en París el 13 de noviembre de 2015. En la resolución de las impugnaciones esgrimidas por Hungría y Eslovaquia, el TJUE sostuvo que las Decisiones del Consejo establecían un mecanismo imperativo para todos los Estados

⁴⁸ Según lo dispuesto en el art. 5.7 de la Decisión UE 2015/1601, op. cit.

⁴⁹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) (DO L 337, 20.12.2011, p. 9–26).

miembros, cuyo incumplimiento constituía una infracción del derecho de la Unión⁵⁰. Con posterioridad, en abril de 2020 el TJUE resolvió los recursos por incumplimiento presentados por la Comisión Europea contra Polonia, Hungría y República Checa, condenando a los tres Estados por no acatar las obligaciones del mecanismo reparto⁵¹.

El acuerdo no sólo fue incumplido por los Estados del Grupo de Visegrado que desde un primer momento habían manifestado su rechazo a la medida. Entre los demás, Malta fue el único en dar cumplimiento a la cuota de 137 solicitantes de asilo que le fue asignada. Por su parte, España, que en el Consejo había manifestado su consentimiento al sistema de reparto, recibió el 11% (1.910) de la cuota de solicitantes de asilo que le correspondía (un total de 17.313), presentando uno de los índices más bajos de cumplimiento.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría contra Consejo de la Unión Europea* (ECLI:EU:C:2017:631).

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 2 de abril de 2020, *Comisión Europea contra República de Polonia y otros* (ECLI:EU:C:2020:257).

Country	Commitment Legally Foreseen*	Places Formally Pledged**	Number of Relocated Refugees	Percentage of relocated persons in relation to legally foreseen
Austria	1953	50	15	0,8%
Belgium	3812	1530	997	26,2%
Bulgaria	1302	1070	50	3,8%
Croatia	968	316	78	8,1%
Cyprus	320	205	143	44,7%
Czech Republic	2691	50	12	0,4%
Denmark	0	0	0	
Estonia	329	396	141	42,9%
Finland	2078	2128	1975	95,0%
France	19714	6940	4468	22,7%
Germany	27536	13250	8479	30,8%
Greece	0	0	0	
Hungary	1294	0	0	0,0%
Ireland	600	1152	552	92,0%
Italy	0	0	0	
Latvia	481	627	321	66,7%
Lithuania	671	1160	382	56,9%
Luxembourg	557	545	430	77,2%
Malta	131	205	148	113,0%
Netherlands	5947	2825	2442	41,1%
Poland	6182	100	0	0,0%
Portugal	2951	3218	1496	50,7%
Romania	4180	2182	728	17,4%
Slovakia	902	60	16	1,8%
Slovenia	567	579	217	38,3%
Spain	9323	2500	1279	13,7%
Sweden	3766	3777	2276	60,4%
United Kingdom	0	0	0	
Norway	0	1500	1509	
Switzerland	0	1530	1237	
Lichtenstein	0	10	10	
Total	98255	47905	29401	29,9%***

Tabla 3. Porcentaje de solicitantes de asilo recibidos por cada Estado sobre las cuotas comprometidas en el mecanismo de reubicación en favor de Italia y Grecia. Fuente: Šelo Šabić (2017: 6).

Por otro lado, el fracaso del sistema de reubicación se atribuyó a su carácter coercitivo, desvinculado del consentimiento, las necesidades o las preferencias de los solicitantes de asilo afectados, así como también a la falta de consideración sobre las

desigualdades y diferencias entre los sistemas nacionales de asilo y las condiciones de acogida a nivel interno entre los Estados miembros (Den Heijer, Rijpma and Spijkerboer, 2016: 628). En contra de su objetivo formal de servir como mecanismo de distribución solidaria de responsabilidades, el sistema de reubicación reforzó el rol de Grecia e Italia como espacios fronterizos de contención (Tazzioli y Garrelli, 2018: 12), como quedó demostrado con la implementación y el funcionamiento real del sistema de hotspots que se analiza en el siguiente apartado.

Finalmente, a pesar de las reticencias políticas y la inoperatividad del sistema de reparto provisional, la Comisión Europea insistió en la implementación de un mecanismo de reubicación en la propuesta de reforma del SECA presentada en 2016⁵². En particular, la propuesta de reforma del Reglamento de Dublín III presentada el 4 de mayo de 2016 preveía un sistema de reubicación, definido como un “mecanismo de asignación correctora de activación automática” o “mecanismo corrector solidario”⁵³. El objetivo de esta reforma consistía en distribuir de manera más equitativa las responsabilidades derivadas de las solicitudes de asilo y garantizar una tramitación más eficaz. La reubicación tendría lugar de manera automática cuando el Estado recibiera un 150% de su cuota asimilable de solicitudes de asilo. Sin embargo, la propuesta no prosperó.

Como se analiza más adelante, el Pacto Europeo de Migración y Asilo, presentado por la Comisión en septiembre de 2020, reformula el mecanismo de solidaridad y presenta la propuesta de un sistema permanente de distribución de responsabilidades, en el que los Estados pueden optar por la reubicación, el patrocinio de los retornos de migrantes irregulares, el apoyo operativo y de desarrollo de capacidades en materia de asilo, acogida y retorno, o la cooperación con terceros países.

2.2. El sistema de hotspots

Ante la necesidad de asistir a los Estados con una presión migratoria extraordinaria en las tareas de control y clasificación de los flujos migratorios mixtos, la

⁵² Comisión Europea, Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa, COM (2016) 197 final, 6 de abril de 2016.

⁵³ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido), COM (2016) 270 final, pp. 4 y 14.

Comisión Europea implementó el llamado enfoque de “hotspots” o “puntos críticos” en la Agenda Europea de Migración de 2015. El sistema consiste en el despliegue de un conjunto coordinado de operaciones de diferentes agencias europeas, dirigidas a prestar asistencia a las autoridades nacionales en las tareas de identificación, registro y selección de personas solicitantes de protección internacional en las fronteras exteriores de la Unión. El sistema se implantó como un mecanismo de responsabilidad colectiva entre la UE y todos los Estados miembros que dio lugar a una nueva práctica fronteriza en la UE (Vradis et al. 2019).

Como explica Fernández Rojo, los hotspots pueden ser definidos como “áreas geográficas sujetas a flujos migratorios mixtos repentinos, específicos y excepcionales que los sistemas nacionales de frontera y asilo no pueden procesar de manera efectiva” (Fernández Rojo, 2018: 1025). La implementación de estas áreas depende del previo requerimiento realizado por el Estado miembro, y en ellas tienen lugar las tareas de identificación, registro, reubicación o retorno, desarrolladas por las autoridades nacionales con la cooperación de las agencias europeas a fin de gestionar de manera eficaz la llegada de flujos migratorios mixtos. En palabras de Tsourdi (2016b: 1015; 2017), el sistema de colaboración y coordinación entre agencias y autoridades nacionales da lugar a una suerte de “administración europea integrada”, que constituye una novedad significativa en la política común de asilo.

La Agenda de Migración de 2015 no contiene una definición de “hotspots” pero hace referencia a los diferentes procedimientos que tienen lugar en ellos mediante la actuación integrada de las principales agencias europeas en materia de fronteras, asilo y seguridad:

“En primer lugar, la Comisión implantará un nuevo enfoque de «puntos críticos», en los que la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA), Frontex y Europol trabajarán sobre el terreno con los Estados miembros situados en primera línea para proceder rápidamente a la identificación, el registro y la toma de huellas dactilares de los migrantes. Los trabajos de las agencias se complementarán mutuamente. Los solicitantes de asilo serán inmediatamente canalizados a un procedimiento de asilo en el que los equipos de apoyo de la OEAA ayudarán a tramitar lo más rápidamente posible los casos de asilo. Para las personas que no necesitan protección, Frontex ayudará a los Estados miembros coordinando el retorno de los migrantes irregulares. Europol y

Eurojust ayudarán al Estado miembro de acogida en sus investigaciones con vistas al desmantelamiento de las redes de tráfico y trata de seres humanos.”⁵⁴

Según una nota informativa del comisario europeo de Migración Dimitris Avramopoulos, remitida al Consejo de Justicia y Asuntos de Interior con fecha 15 de julio de 2015, un hotspot “se caracteriza por la irrupción de flujos migratorios mixtos que provocan una presión migratoria específica y desproporcionada, estrechamente vinculada al tráfico ilícito de migrantes, ante lo cual los Estados miembros afectados pueden requerir apoyo y asistencia para su gestión”⁵⁵.

A partir de 2015, la mayoría de los hotspots fueron instalados en islas italianas y griegas sobre el mar Mediterráneo, que presentaban un elevado número de llegadas, en consonancia con la tendencia a utilizar las islas como espacios de control migratorio (Mountz, 2011). Se proyectó el establecimiento de once hotspots en Italia y Grecia⁵⁶, de los cuales a finales de 2021 se encontraban operativos cinco en Grecia (Lesvos, Chios, Samos, Leros y Kos)⁵⁷ y cuatro en Italia (en Apulia -Taranto-, y Sicilia -Lampedusa, Pozzallo y Messina)⁵⁸. El objetivo de esta política es prestar asistencia en las tareas de identificación y examen de la solicitud de asilo. Según el resultado de este examen, se activan los mecanismos de reubicación de solicitantes de protección internacional o de deportación de quienes no tienen derecho a permanecer en el territorio.

En los hotspots, la ayuda a los Estados miembros se canaliza mediante operaciones conjuntas de las agencias de Frontex, Europol y la nueva Agencia de la Unión

⁵⁴ Comisión Europea, Una Agenda Europea de Migración, op. cit., p. 7.

⁵⁵ *Explanatory note on the “Hotspot” approach*, 15.07.2015, p. 3, traducción propia: “A ‘Hotspot’ is characterized by specific and disproportionate migratory pressure, consisting of mixed migratory flows, which are largely linked to the smuggling of migrants, and where the Member State concerned might request support and assistance to better cope with the migratory pressure”. Disponible en: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2015/jul/eu-com-hotspots.pdf>.

⁵⁶ Grecia identificó como hotspots a las islas de Lesbos, Chios, Samos, Leros y Kos, e Italia lo hizo con las zonas de Augusta, Lampedusa, Porto Empedocle, Pozzallo, Taranto y Trapani: European Commission, Factsheet “The hotspot approach to managing exceptional migratory flows”, 8 September 2015: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_hotspots_en.pdf; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo. Gestión de la crisis de los refugiados: estado de ejecución de las acciones prioritarias con arreglo a la Agenda Europea de Migración, Bruselas, 14.10.2015 COM(2015) 510 final.

⁵⁷ European Council of Refugees and Exiles, Asylum Information Database (AIDA), Country Report: Greece. Disponible en: <https://asylumineurope.org/reports/country/greece/>

⁵⁸ European Council of Refugees and Exiles, Asylum Information Database (AIDA), Country Report: Italy. Disponible en: <https://asylumineurope.org/reports/country/italy/>

Europea para el Asilo (European Union Agency for Asylum –EUAA–)⁵⁹. La coordinación se realiza en cada Estado miembro por un Grupo Operativo Regional de la Unión Europea (European Union Regional Task Force -EURTF-), presidido por la Comisión Europea. Entre las diferentes agencias, Frontex desempeña un papel predominante, mientras que EASO tiene un papel secundario, lo que evidencia la prioridad del control fronterizo y migratorio sobre las obligaciones de protección internacional (Rijpma, 2016: 19; Santos Vara, 2018: 161; Fernández Rojo, 2018: 1028 y 1042). Asimismo, la preeminencia de Frontex contradice el concepto de hotspot como un enfoque de convergencia de múltiples actores y agencias europeas (Den Heijer, Rijpma and Spijkerboer, 2016: 628).

En primer lugar, Frontex asiste en las tareas de identificación, determinación de la nacionalidad, toma de huellas dactilares y su registro en el sistema EURODAC, en la recolección de datos de inteligencia sobre las redes de tráfico ilícito de migrantes, y en las operaciones de retorno de aquellos que no puedan permanecer en la UE y deben ser expulsados⁶⁰. En segundo lugar, EASO asiste en el registro y examen de las solicitudes de asilo, y en la canalización de los solicitantes hacia el procedimiento de asilo, reubicación o protección internacional. En tercer lugar, Europol reúne la información sobre redes de tráfico y ordena las investigaciones correspondientes.

La toma de huellas dactilares es considerada un paso fundamental en el proceso de identificación y registro, tanto a efectos del proceso de acogida como en el eventual procedimiento de asilo, ya que de ese modo el sistema EURODAC permite determinar el Estado de primera entrada. Asimismo, resulta clave a efectos del retorno de migrantes irregulares, como lo sostuvo la Comisión Europea en su Recomendación de 2017 sobre efectividad del retorno. Al respecto, la Comisión dispone que la negativa a la toma de huellas dactilares debe considerarse como un supuesto de riesgo de fuga que habilita al

⁵⁹ Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) 439/2010 (PE/61/2021/REV/1) (DO L 468, 30.12.2021, p. 1–54). El 19 de enero de 2022 la EUAA reemplazó a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO, por sus siglas en inglés).

⁶⁰ Las tareas de Frontex se enmarcan en el artículo 40 del Reglamento 2019/1896, que regula el despliegue de equipos de apoyo a la gestión de la migración en los hotspots (Reglamento UE 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos UE no. 1052/2013 y UE 2016/1624 (PE/33/2019/REV/1) (DO L 295 de 14.11.2019, p. 1/131).

internamiento⁶¹. Posteriormente, la clasificación inicial a efectos de la elegibilidad para la protección internacional se realiza en primer lugar con motivo de la nacionalidad, sin considerar circunstancias personales, lo que entraría en contradicción con la prohibición de discriminación por motivo de nacionalidad contemplada en el artículo 3 de la Convención de Ginebra de 1951⁶².

Teniendo en cuenta su función de control en las fronteras exteriores, los hotspots configuran una especie de espacio de tránsito institucionalizado, que debido a la alta presión migratoria y las demoras en los procedimientos se han convertido de facto en centros de detención y deportación (Garelli y Tazzioli, 2016, Tazzioli 2016, Dimitriadi 2017). En los hotspots de Italia y Grecia, las diferencias legales entre privación y restricciones a la libertad de circulación se encuentran difuminadas, de tal modo que en la práctica ambas formas pueden tener lugar dentro de un mismo centro y dependiendo de cada persona o, incluso, una misma persona puede experimentar sendas medidas a lo largo del procedimiento (Majcher, 2018). Según Ansems de Vries, Guild y Carrera (2016: 4), la realidad y las prácticas que tienen lugar en estos espacios en Italia y Grecia los han convertido cada vez más en zonas de bloqueo migratorio, centrados en la detención y devolución.

En esta línea, Ansems de Vries y Guild (2018: 2163) sostienen que los hotspots se caracterizan por situaciones de violencia y vulneraciones de derechos que dan lugar a lo que las autoras denominan como “políticas de exhausto” (*politics of exhaustion*). Por tal, las autoras entienden “una forma de violencia estructural que impacta y se intensifica a lo largo del tiempo sobre aquellas personas que son conducidas y retenidas en esta suerte de espacios de tránsito institucionalizados e informales, y que incluyen también otras formas de violencia cotidiana y directa” (Ansems de Vries y Guild, 2018: 2163)⁶³.

⁶¹ Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (C/2017/1600) (DO L 66, 11.3.2017, p. 15–21), apartado 15.1.

⁶² En Italia, el Decreto llamado “el Decreto de siete días” ordenaba la salida del país a quien se le negara la solicitud de protección en este primer momento.

⁶³ Traducción propia: “The politics of exhaustion can thus be understood as a form of structural violence that impacts and intensifies over time as people continue to be pushed across and held up in a range of institutionalised and informal spaces of transit, and which also includes forms of direct, daily violence” (Ansems de Vries y Guild, 2018: 2163).

Múltiples denuncias se han dirigido hacia los hotspots activos en Italia y Grecia, con motivo de las condiciones de vida en los centros y la ausencia de un régimen legal que ofrezca garantías de protección a los derechos en los procedimientos de migración y asilo (European Council on Refugees and Exiles, 2016; Amnesty International, 2016; Oxfam Intermón, 2016; Human Rights Watch, 2016)⁶⁴. En especial, tras la firma de la Declaración UE-Turquía⁶⁵, los hotspots de Grecia que inicialmente eran centros abiertos han pasado a ser centros de detención dirigidos a garantizar el cumplimiento del acuerdo en materia de devoluciones de migrantes a Turquía (European Parliament, 2016: 9; Tazzioli, 2016). Según la legislación griega, la restricción de libertad de los migrantes en los centros de identificación puede extenderse hasta un período de 25 días⁶⁶.

A pesar de la importancia atribuida a los hotspots para la gestión eficaz de la presión migratoria, el sistema no cuenta con una base normativa específica que regule su instalación y funcionamiento. Su implementación en 2015 en Italia y Grecia se realizó según las previsiones contenidas en la Agenda Europea de Migración como propuestas presentadas ese mismo año por la Comisión para la aplicación del enfoque hotspots. La ausencia de una regulación clara y precisa podría estar relacionada con el carácter excepcional y urgente con que se abordaron las situaciones de presión migratoria en Italia y Grecia.

En su comunicación relativa al cumplimiento de la Agenda Europea de Migración en 2017, la Comisión Europea reconoció que no existe un marco claro sobre las funciones y responsabilidades de las agencias europeas en los hotspots. Sin embargo, la Comisión no ha presentado una propuesta de regulación general, sino que implementa medidas

⁶⁴ Véase también: Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants on his mission to Greece, 24/4/2015, A/HRC/35/25/Add.2, disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/G1709841.pdf>; ACNUR, 8/9/2017, “ACNUR insta a que se tomen medidas urgentes para mejorar las condiciones en las islas griegas”, disponible en: https://www.acnur.org/noticias/briefing/2017/9/5af2c6fe10/www.html#_ga=2.77621970.732815385.1628088380-1352973626.1622550287; OHCHR, 2/8/2016, “Italy’s migrant hotspot centres raise legal questions”, disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/LegalQuestionsOverHotspots.aspx>

⁶⁵ Consejo Europeo, comunicado de prensa, Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016, disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

⁶⁶ Ley 4375/2016, art. 14 (véase: *Greece: Law No. 4375 of 2016 on the organization and operation of the Asylum Service, the Appeals Authority, the Reception and Identification Service, the establishment of the General Secretariat for Reception, the transposition into Greek legislation of the provisions of Directive 2013/32/EC, 3 April 2016*, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/573ad4cb4.html>).

flexibles y no vinculantes de acuerdo a las necesidades prácticas y operacionales (Fernández Rojo, 2018: 1028; Santos Vara, 2018: 161).

A pesar de la ausencia de una normativa específica y de la ambigüedad de la regulación jurídica vigente, el enfoque hotspots se ha normalizado de manera progresiva como una herramienta común para la gestión integrada de fronteras y el control migratorio (Majcher, 2018). En la Agenda Europea de Migración de 2015, la Comisión Europea recurre al artículo 78.3 TFUE para activar un mecanismo de intervención de emergencia. En igual sentido se pronuncian el Consejo en las dos Decisiones sobre reubicación, analizadas en el apartado anterior, con base además en el artículo 80 TFUE. Ambas disposiciones del TFUE establecen la posibilidad de que el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, adopte medidas provisionales para asistir a un Estado miembro que enfrenta “una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países” (art. 78.3 TFUE), de acuerdo al principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros (art. 80 TFUE).

Con posterioridad a la implantación de urgencia en 2015, el mecanismo queda consagrado en los Reglamentos de Frontex (desde 2016)⁶⁷ y la EUAA (desde 2021)⁶⁸, dos de las tres agencias cuyas funciones operan de manera conjunta en el sistema de hotspots. En cambio, el Reglamento de Europol⁶⁹, la tercera agencia llamada a actuar en el sistema de hotspots, no contiene previsiones específicas sobre las funciones que en ellos debe desplegar y se limita a señalar que la agencia tiene como cometido coordinar, organizar y ejecutar actuaciones de investigación y operativas para respaldar y reforzar las actuaciones que lleven a cabo las autoridades competentes de los Estados miembros⁷⁰.

⁶⁷ Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) no. 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) no. 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (DO L 251, 16.9.2016, p. 1–76) (derogado).

⁶⁸ Reglamento (UE) 2021/2303, op. cit.

⁶⁹ Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo (OJ L 135, 24.5.2016, p. 53–114).

⁷⁰ Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan

Los instrumentos que regulan el funcionamiento de Frontex y EUAA⁷¹ hacen una referencia general a las funciones de asistencia que ambas agencias prestan a los Estados miembros que presenten una alta presión migratoria y que requieran su apoyo. En cuanto a la regulación de Frontex, el Reglamento 2016/1624⁷², posteriormente reemplazado por el Reglamento 2019/1896⁷³, introdujo la siguiente definición de “punto crítico” (hotspot): “una zona establecida a petición del Estado miembro de acogida en la que el Estado miembro de acogida, la Comisión, los organismos de la Unión competentes y los Estados miembros participantes cooperan con el objeto de gestionar un reto migratorio desproporcionado, existente o potencial, caracterizado por un aumento significativo del número de migrantes que llegan a las fronteras exteriores” (art. 2.23).

En definitiva, como resultado de la “crisis” a partir de 2015 el sistema de hotspots se implantó como una nueva práctica de control fronterizo en la Unión (Vradis et al., 2019), que generó un espacio institucionalizado y al mismo tiempo informal de “administración europea integrada” en los ámbitos de fronteras, migración y asilo (Tsourdi, 2016b: 1015; 2017). Como señala Fernández Rojo (2018: 1046), el enfoque de hotspots ha provocado una expansión de las funciones operativas de las agencias involucradas (Frontex, Easo y Europol) en áreas que con anterioridad y tradicionalmente eran de competencia exclusiva de los Estados. Una de las principales deficiencias del refuerzo de funciones operativas reside en la falta de disposiciones claras y específicas que regulen el funcionamiento de las agencias en la práctica, lo que incrementa la situación de anomia en los espacios fronterizos.

A pesar de las deficiencias de los hotspots, el llamado “Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo”, presentado por la Comisión Europea en septiembre de 2020, propone

las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo (DJ L 135, 24.5.2016, p. 53–114), art. 4.1.c.

⁷¹ Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) no. 439/2010 (DO L 468 de 30.12.2021, p. 1/54), arts. 16.2.1 y 21.

⁷² Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (DJ L 251, 16.9.2016, p. 1–76).

⁷³ Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1052/2013 y (UE) 2016/1624 (OJ L 295, 14.11.2019, p. 1–131).

la introducción de procedimientos en frontera similares a los que tienen lugar en los hotspots. Como se analiza a continuación, entre otras medidas controvertidas, el Nuevo Pacto expande y normaliza la implementación del hotspot como un mecanismo de control migratorio sobre toda persona que cruce o haya cruzado irregularmente una frontera exterior.

3. A vueltas con las reformas: el “Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo”

El desarrollo del SECA ha seguido diferentes fases. La primera tuvo lugar entre el Tratado de Ámsterdam de 1999, tras la atribución de competencias a la UE en materia de asilo, hasta 2005. La segunda fase finalizó en 2005 tras la reforma de los instrumentos legales que componen el SECA. Actualmente la tercera fase se encuentra aún en construcción y en debate, tras la presentación de dos propuestas de reformas legislativas presentadas por la Comisión Europea. Al respecto, se advierte que esta tercera fase está siendo la más complicada de alcanzar. Los motivos obedecen a varias causas: la mayor complejidad que ha adquirido el sistema a lo largo de su evolución hacia lo común; las mayores reticencias de los Estados miembros en atribuir mayores competencias a la Unión en materia de asilo; la centralidad y la naturaleza controvertida que ha adquirido el sistema de asilo tras la crisis de refugiados en 2015.

En efecto, el primer avance hacia la tercera fase tuvo lugar tras el aumento exponencial de llegadas irregulares en 2015. Con motivo de la crisis, la Comisión Europea desplegó una serie de propuestas de reformas del SECA. Sin embargo, las diferentes posturas de los Estados miembros con relación a la recepción de refugiados en sus respectivos territorios condujeron al estancamiento de las negociaciones. Como se explicó anteriormente, tales resistencias son evidentes al analizar los resultados de las cuotas asignadas en el mecanismo de reubicación, así como los recursos presentados contra el carácter obligatorio de ese sistema ante el TJUE por parte de Hungría y la República Checa. Como corolario del fracaso del sistema de solidaridad, varios Estados miembros reestablecieron los controles en sus fronteras interiores. Fueron los casos de Francia, Austria, Alemania, Dinamarca. Esta reintroducción de los controles no puede separarse del fracaso de la reubicación de los solicitantes de asilo en 2016 (Guild, 2021: 29), lo que demuestra la estrecha vinculación entre la política de fronteras y la política de asilo.

En cualquier caso, la crisis de refugiados de 2015 evidenció la necesidad de reformar el SECA y adaptarlo a la realidad de las numerosas llegadas marítimas irregulares, que afectaban principalmente a los Estados periféricos. En consecuencia, a partir de 2016 las medidas propuestas se centraron en la obligación de solidaridad entre los Estados miembros, según lo dispuesto en el artículo 80 del TFUE. En este contexto, la “crisis” fue el desencadenante y, al mismo tiempo, el freno a las reformas de la tercera fase del SECA.

El fracaso de las negociaciones sobre los mecanismos de solidaridad entre los Estados miembros condujo a redoblar la apuesta por la cooperación con terceros países. En otras palabras, una vez más la balanza política se inclinó hacia la externalización del control fronterizo y migratorio hacia países vecinos. En marzo de 2016 se emitió la Declaración UE-Turquía⁷⁴ que, con otro nombre, refleja un acuerdo de control de migrantes y de reparto de refugiados. Ante las deficiencias de la dimensión interna, se apostó nuevamente por la contención de los migrantes en los países de tránsito y la prevención de su llegada. Más allá del reforzamiento de la dimensión externa y la externalización del control, que se analizan más adelante, baste señalar aquí que la “crisis” confirmó una vez más la estrecha relación entre las políticas de fronteras, migración y asilo. El fracaso de las medidas propuestas por la Comisión en 2016, centradas en mejorar los mecanismos de solidaridad en materia de asilo entre Estados miembros, implicó el cierre de fronteras interiores y la externalización del control fronterizo y migratorio hacia terceros países.

Frente a este panorama, en septiembre de 2020 la Comisión Europea presentó el llamado “Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo”⁷⁵, compuesto por un paquete de medidas de reforma. La iniciativa representó un abordaje más amplio e integral, comprensivo de las políticas de fronteras, migración y asilo. Ahora bien, las diferentes medidas se centran principalmente en las fronteras y en su vinculación con el sistema de asilo. De hecho, Churruca Muguruza explica que “el Pacto, más que un pacto sobre migración y asilo, es un pacto sobre control de fronteras” (Churruca Muguruza, 2021: 41). Asimismo, debido a la incidencia de las propuestas de reforma en materia fronteriza,

⁷⁴ Consejo Europeo, Declaración UE-Turquía, op. cit.

⁷⁵ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo (COM/2020/609 final).

la Comisión Europea presentó también una serie de enmiendas al Código de Fronteras Schengen⁷⁶. Como explica Guild (2021: 30), el objetivo del Nuevo Pacto consiste en vincular las solicitudes de asilo a los procedimientos de las fronteras exteriores. Por otro lado, los avances en el ámbito de migración resultan superfluos en lo que se refiere a vías regulares de entrada y de permanencia en el territorio de los Estados miembros.

El Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo incluye cinco propuestas legislativas, que se encuentran aún en negociación:

- Propuesta de Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración⁷⁷.
- Propuesta de Reglamento por el que se introduce un control de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores⁷⁸.
- Propuesta de Reglamento por el que se establece un procedimiento común de protección internacional en la Unión⁷⁹.
- Propuesta de Reglamento sobre situaciones de crisis y fuerza mayor⁸⁰.
- Propuesta modificada de Reglamento sobre la creación de “EURODAC”⁸¹.

A continuación, el análisis se centra en las medidas que impactan especialmente en las personas solicitantes de asilo en las fronteras exteriores: por un lado, el

⁷⁶ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, 14.12.2021, COM(2021) 891 final 2021/0428 (COD).

⁷⁷ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX [Fondo de Asilo y Migración] (COM/2020/610 final).

⁷⁸ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817 (COM/2020/612 final).

⁷⁹ Comisión Europea, Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE (COM/2020/611 final).

⁸⁰ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo (COM/2020/613 final).

⁸¹ Comisión Europea, Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de datos biométricos para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) XXX/XXX [Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración] y del Reglamento (UE) XXX/XXX [Reglamento sobre el Marco de Reasentamiento], para la identificación de un nacional de un tercer país o un apátrida en situación irregular, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818 (COM/2020/614 final).

procedimiento de control previo de entrada y los procedimientos rápidos de asilo y retorno; por otro, el mecanismo obligatorio y flexible de solidaridad entre Estados miembros para la distribución de responsabilidades.

En primer lugar, la estrecha relación entre las política de asilo y fronteras en el Pacto se materializa en tres medidas: 1) la introducción del procedimiento de “pre-screening” o pre-examen, para un control previo de admisibilidad sobre la entrada y la tramitación de la solicitud de asilo; 2) la extensión de los procedimientos fronterizos más allá de las fronteras exteriores, de tal modo que se puedan realizar incluso en el interior del territorio, siempre que el Estado pueda alegar que la persona entró irregularmente por una frontera exterior; 3) la expulsión inmediata de toda persona que no tenga derecho a acceder o cuya solicitud de asilo sea rechazada en el pre-examen u otro procedimiento fronterizo.

En la Propuesta de Reglamento sobre control en las fronteras exteriores, la Comisión propone establecer un “procedimiento *fluidido* en la frontera, aplicable a todos los ciudadanos de terceros países que circulen sin autorización”⁸². Se trata de un mecanismo que no es realmente “nuevo” en la política de migración, ya que copia el modelo de los hotspots. Según Campesi, se trata de “vino viejo en una botella nueva” (Campesi, 2021)⁸³. La diferencia es que normaliza y extiende el hotspot sin limitarlo a situaciones de afluencia masiva por mar, ni a la cooperación con los Estados ribereños del Mediterráneo, ni al ámbito estricto de la frontera exterior. El procedimiento se aplica a todo nacional de un tercer país que haya ingresado de forma irregular, ya sea que se encuentre en la frontera, en zonas de tránsito o incluso en el territorio de un Estado miembro.

Las novedades del Pacto en el diseño de estos procedimientos fronterizos se resumen en dos puntos principales. Por un lado, el conjunto de procedimientos fronterizos (control previo de entrada, asilo y retorno) se desarrollan bajo la ficción de no entrada al territorio. En este sentido, Abrisketa Uriarte (2021a: 315) advierte que el texto de la propuesta no aclara en qué lugar se lleva exactamente el control, lo que es causa de inseguridad jurídica. Por otro, el solicitante de asilo interceptado en la frontera exterior no es transferido directamente al sistema de protección internacional. Conforme a las

⁸² Comisión Europea, Nuevo Pacto de Migración y Asilo, op. cit., punto 2.1, p. 4.

⁸³ Campesi (2021): “Old wine in a new bottle” (traducción propia).

últimas propuestas de la Comisión, el solicitante de asilo es sometido a un procedimiento previo de identificación y a controles sanitarios y de seguridad, durante el cual podrá formalizar la solicitud de asilo. Posteriormente, se le transfiere a uno de los tres procedimientos: el procedimiento de asilo ordinario para los “auténticos” solicitantes de asilo, un procedimiento fronterizo acelerado para los inmigrantes irregulares “sospechosos” y un procedimiento de retorno para aquellos cuya solicitud ha sido denegada.

El proceso pre-screening y la ficción de no entrada se extiende incluso más allá de la frontera exterior. Puede ser aplicado dentro del territorio sobre nacionales de terceros países en situación irregular, cuando existan indicios de que han eludido los controles de frontera y de entrada. Como sostiene Guild (2021: 32), “[e]l solicitante de asilo llevará a sus espaldas la frontera exterior de la UE incluso cuando se encuentre en el corazón de la UE”. La propuesta no fija un plazo determinado de permanencia irregular, por lo que la persona podría encontrarse hace años en tal situación y aun así considerarse que nunca ha ingresado a la UE. Esta circunstancia confirma que en la propuesta prima el objetivo del control sobre la protección y sobre las posibilidades de regularizar la situación de migración. Al respecto, no existen excepciones sobre las condiciones de arraigo que pueda tener la persona.

Ahora bien, la novedad de la propuesta consiste en unificar los procedimientos de identificación, asilo y retorno. Así, la Comisión busca asegurar el resultado de la expulsión y eliminar la posibilidad de permanecer irregular tras el rechazo de entrada o de la solicitud de asilo. De hecho, la Comisión se refiere ahora en conjunto al “sistema general de asilo y retorno”⁸⁴. Este procedimiento se realiza bajo la ficción legal de no entrada en el territorio⁸⁵. Como sostiene Campesi (2020):

“the proposals put forward by the Commission seem to encourage member countries to multiply the sites of border enforcement, transforming EU borders into a space in which ‘anomalous zones’ will proliferate. This is ‘a geographical area in which certain legal rules, otherwise regarded as embodying fundamental policies of the larger legal system, are locally suspended’.”

⁸⁴ Comisión Europea, Nuevo Pacto de Migración y Asilo, op. cit., punto 2.1, p. 4.

⁸⁵ Article 4.1: During the screening, the persons referred to in Article 3, paragraphs 1 and 2 shall not be authorised to enter the territory of a Member State.

Esta ficción se encuentra en contradicción con lo dispuesto en el Código de Fronteras Schengen (Abrisketa Uriarte, 2021a: 317), que prevé que “por motivos humanitarios, o de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1” (art. 6.5). Además, el diseño de este sistema previo de controles y de admisibilidad de la solicitud de asilo fuera del territorio o antes del ingreso pueden estar reñidos con las obligaciones derivadas de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, teniendo en cuenta el retraso que implica en la activación de la protección internacional.

En este sentido, la ficción de no entrada al territorio no deja en claro en qué lugar se realiza el procedimiento: en el puesto fronterizo, en zonas de tránsito, o en centros de detención. Más aún, debido a la insistencia del Pacto en la dimensión externa, no cabe descartar el procedimiento pueda realizarse en territorio fuera de la UE. No sólo el lugar del procedimiento es incierto, sino también la situación en la que se encuentra la persona. La Comisión señala que las personas pueden ser “retenidas” en la frontera, sin aclarar las condiciones de la retención, si se trata de una restricción o de una privación de la libertad. En definitiva, ello queda librado al Estado. El tiempo de retención puede extenderse durante 6 meses.

Todas estas propuestas legislativas incluyen nuevas formas de detención y de expulsión. Es decir, la contención, la inmovilidad y el rechazo, tres elementos típicos de la criminalización como se analiza más adelante, se legalizan y normalizan, en un marco jurídico ambiguo, con escasas garantías procesales contra la arbitrariedad y la no discriminación. La detención se encuentra prevista para todas las etapas en las fronteras exteriores: para el control antes de la entrada, para el traslado de los solicitantes de asilo entre Estados, para la devolución de aquellos cuya solicitud ha sido denegada.

Por otro lado, el Pacto contiene propuestas dirigidas a paliar las irresueltas deficiencias de los mecanismos de solidaridad entre los Estados miembros. Para ello la Comisión presenta la Propuesta de Reglamento sobre Asilo y Migración, que sustituye al Reglamento de Dublín III. Sin embargo, como explica Abrisketa Uriarte (2021a: 328), el cambio se limita a la denominación y mantiene el mismo esquema del sistema Dublín en cuanto al ámbito de aplicación material.

La propuesta de un nuevo Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración⁸⁶ prevé un mecanismo de solidaridad en favor del Estado miembro objeto de presión migratoria o de desembarcos tras operaciones de búsqueda y salvamento⁸⁷. Asimismo, la Comisión formula una serie de recomendaciones para aumentar la cooperación entre Estados miembros ante las operaciones de rescate por buques privados⁸⁸. Sin embargo, las propuestas no contienen modificaciones sustanciales al sistema Dublín y mantienen el criterio residual del primer lugar de entrada.

La implementación de un mecanismo permanente de solidaridad serviría para distribuir equitativamente las responsabilidades de protección. Sin embargo, tal equidad no queda garantizada ya que el Pacto contiene un sistema de solidaridad flexible o «a la carta» (Sundberg Diez y Trauner, 2021), que permite a los Estados miembros optar entre diferentes formas de contribución. Además de la reubicación de solicitantes de protección, tales contribuciones consistirían en el patrocinio de los retornos de migrantes irregulares; el apoyo operativo y de desarrollo de capacidades en materia de asilo, acogida y retorno; o la cooperación con terceros países para “responder a las tendencias migratorias que afectan al Estado miembro beneficiario”⁸⁹. En definitiva, la distribución de responsabilidades y, en particular, la efectividad del mecanismo de reubicación continúa condicionada a la discrecionalidad de cada Estado miembro y su eficacia puede quedar obstruida por políticas que prioricen la expulsión o la contención de los flujos migratorios fuera de las fronteras exteriores.

IV. CONCLUSIONES

La construcción de la política común de fronteras, migración y asilo ha sido desde un principio una de las áreas más problemáticas y controvertidas a la hora de conjugar las competencias de la Unión y las que corresponden a sus Estados miembros. La integración en este punto ha sido cuestionada por algunos Estados debido a sus avances en perjuicio

⁸⁶ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración, COM (2020) 610 final, 23 de septiembre de 2020.

⁸⁷ *Ibid.*, artículos 45 a 49.

⁸⁸ Comisión Europea, Recomendación (UE) 2020/1365 de la Comisión, de 23 de septiembre de 2020, sobre la cooperación entre Estados miembros en relación con las operaciones de búsqueda y salvamento realizadas por buques que sean propiedad de entidades privadas o estén explotados por entidades privadas.

⁸⁹ Propuesta de Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración, COM(2020) 610, art. 45.d.

de la soberanía estatal. Como consecuencia, en la UE, la puesta en común de las fronteras operó inicialmente por impulso del propósito utilitarista propio de la integración europea primigenia, vinculada al objetivo de articular un mercado común, donde estuviera garantizada la libertad de circulación de mercancías, de servicios y de personas en condición de trabajadoras (y de su mano de obra). Progresivamente, la perspectiva comercial se ha ampliado hasta alcanzar el objetivo de construir un espacio político y jurídico compartido, desprovisto de (control en) fronteras interiores. A lo largo de ese proceso, los Estados no han abandonado sus recelos al atribuir competencias en áreas especialmente sensibles al conjunto de elementos que configuran su entidad política y que se sustentan en una concepción tradicional de fronteras nacionales. Sin embargo, la soberanía no ha sido mermada, sino que ha mutado sus formas y ha moldeado nuevas líneas y formas fronterizas.

Desde la conformación de los Estados nación en Europa, las fronteras han servido como elementos de defensa del territorio y de la seguridad interior de los Estados. En particular, han actuado como dispositivos de control de las personas que las atraviesan. A partir de esta prerrogativa soberana, los Estados han promulgado sus leyes de inmigración y han regulado las condiciones de acceso y de permanencia de personas extranjeras en correlación con las necesidades de sus respectivas poblaciones y mercados. Como resultado, las fronteras han delineado las características de las sociedades y los márgenes de la ciudadanía, en tanto que elemento subjetivo sobre el que los Estados ejercen sus poderes. En otras palabras, los espacios fronterizos han actuado desde su primera configuración como lugares de ejercicio pleno del *ius includendi* y del *ius excludendi* de los Estados, a los que queda sujeto el *ius migrandi* de las personas. El proceso de reconfiguración de las fronteras europeas no ha cambiado esa esencia.

A lo largo del tiempo, las fronteras europeas han experimentado un notable proceso de deconstrucción y reconfiguración respecto a su sentido original en el Estado nación. Si bien tales fenómenos han acompañado al proceso de globalización a nivel internacional, la particularidad de la abolición del control en las fronteras interiores y de la puesta en común de la gestión de las fronteras exteriores convierten a la UE en un caso paradigmático. El primigenio objetivo del mercado común europeo ha abonado a la postre un espacio de libertad de circulación sin controles en fronteras interiores. Tras la absorción del Acuerdo Schengen, como un sistema creado originalmente mediante acuerdos multilaterales entre Estados miembros –enmarcado en este primer momento en

el Derecho Internacional—, la Unión ha configurado el mayor espacio de libertad de circulación a nivel mundial. Actualmente, el Espacio Schengen incluye a un grupo heterogéneo de 26 Estados, con diferentes realidades políticas, económicas y sociales, que reúnen a una población de más de 420 millones de personas⁹⁰.

La construcción y la expansión de un espacio compartido de libertad de circulación han estado sujetas desde un principio a que existan garantías suficientes de un control reforzado de las fronteras exteriores y a estrictas garantías de preservación de la seguridad interior. Tal control se ha enfocado en la prevención de la criminalidad transfronteriza asociada a la movilidad humana, y como consecuencia en la lucha contra la migración irregular en las fronteras. Para ello, la reconfiguración de las fronteras interiores exige la introducción de medidas y mecanismos que trasladan el ejercicio del control hacia fuera; no sólo hacia los límites geográficos externos de los Estados miembros periféricos, sino también hacia otros espacios internacionales o sujetos a la soberanía y jurisdicción de terceros Estados. A su vez, en las fronteras interiores se han instalado diferentes mecanismos de vigilancia no estrictamente fronteriza pero que hacen también al control de fronteras, tales como los acuerdos de cooperación policial o los acuerdos de readmisión entre Estados miembros.

La libertad de circulación interior y la gestión integrada de las fronteras han sido acompañadas de una política común de inmigración. Esta última consiste en unos mínimos comunes que dejan un amplio margen de discrecionalidad y control a cada Estado miembro. En el campo de la migración, los Estados muestran los mayores recelos soberanistas. En efecto, hasta el momento, el desarrollo de políticas y normas comunes sobre migración regular es escaso y parcializado, principalmente en lo relativo a la apertura y la regulación de vías comunes de acceso y de permanencia en el territorio de los Estados miembros. Por el contrario, la puesta en común de las políticas de inmigración se traduce principalmente en medidas de prevención y expulsión de la migración irregular. Frente a la ausencia y obstrucción de las vías de entrada, se han multiplicado las vías de salida obligada.

En cambio, en materia de asilo, la Unión ha desarrollado un sistema conforme al Derecho Internacional, de acuerdo a los lineamientos de la Convención y Protocolo sobre

⁹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Una estrategia para un espacio Schengen plenamente operativo y resiliente” (COM/2021/277 final), 2.6.2021.

el Estatuto de los Refugiados, que limita los poderes de control fronterizo y migratorio de los Estados miembros y los condiciona al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Progresivamente, desde la puesta en común de la política de asilo en el Tratado de Ámsterdam de 1997, se ha desarrollado el SECA, con el objetivo de adoptar reglas uniformes que determinen el Estado responsable, que configuren un sistema homogéneo de reconocimiento y acogida, y que desincentiven los movimientos secundarios de solicitantes de asilo. Sin embargo, tal sistema común de asilo no contiene previsiones especiales sobre las vías de acceso de personas solicitantes de asilo y refugiadas al territorio de los Estados miembros. Las opciones de entrada quedan libradas a la regulación interna sobre inmigración y protección internacional de cada Estado.

La “crisis de refugiados” de 2015 demostró la ausencia de una voluntad política por ampliar los canales de acceso al territorio y colocar la protección por encima de la seguridad. La falta de vías regulares y seguras de acceso, tanto en el Derecho de la UE como en los ordenamientos internos de los Estados, desembocaron en un incremento exponencial del número de llegadas irregulares, impulsadas en gran medida por la desestabilización política tras la “Primavera árabe”. El impacto no fue igual en todos los Estados miembros, tampoco entre los Estados con fronteras exteriores. Los principales “afectados” por las entradas fueron Grecia e Italia. Las respuestas políticas a la “crisis” desembocaron en un conjunto de regímenes y prácticas fronterizas dirigidos a la contención de los movimientos migratorios en los lugares de tránsito o de primera entrada, como el refuerzo del proceso de externalización o la implementación del sistema de hotspots. Estas respuestas se plantearon en un primer momento como medidas extraordinarias ante una situación de emergencia. Sin embargo, a lo largo del tiempo, la excepción en las fronteras se ha convertido en la regla.

En suma, las fronteras continúan sirviendo como instrumentos fundamentales para la preservación de la seguridad de los Estados y, en el ejercicio de esa función, operan hoy como dispositivos de control social. El primer control de las poblaciones es aquel que se ejerce en los espacios fronterizos al seleccionar los sujetos habilitados a su cruce. El reconocimiento y la atribución de estatutos jurídicos diferenciados opera en las fronteras mediante un proceso de selección de los sujetos que las cruzan. Esta selección se basa en una definición básica por negación: quien no es ciudadano con derecho a entrar y permanecer, es extranjero sujeto a la autorización del Estado. Como se analiza en el siguiente capítulo, a partir de esta clasificación binaria inicial entre ciudadano y

extranjero, la seguridad moldea la alteridad a través de un conjunto de categorías subjetivas en las que quedan clasificados los migrantes y que justifican un diferente tratamiento en los procesos de inclusión o exclusión del territorio y en el reconocimiento de los derechos que a cada uno corresponde.

**CAPÍTULO 3. CATEGORÍAS SUBJETIVAS: DE LOS DERECHOS POR CIUDADANÍA
A LA EXCLUSIÓN POR IRREGULARIZACIÓN**

I. INTRODUCCIÓN: ¿LOS DERECHOS PARA QUIÉN?

Migración, asilo y frontera son tres conceptos interconectados. La definición de migrante internacional y de refugiado, respectivamente, no se entenderían sin las fronteras que se interponen en el paso de las rutas migratorias. A partir de la centralidad de los espacios fronterizos en la construcción de las identidades, los estatutos de las personas migrantes y refugiadas se bifurcan. Las fronteras operan, en este sentido, como elementos de selección y clasificación de los sujetos que las atraviesan. De este modo, el resultado de la conexión entre migración, asilo y frontera es la creación de categorías migratorias (Crawley y Skleparis, 2018), que resultan determinantes al momento de analizar las mayores o menores facilidades para cruzar los puestos fronterizos, las posibilidades de hacerlo cumpliendo o no las condiciones legales, así como las probabilidades de que el derecho a entrar, salir y gozar de la libertad de circulación sea efectivamente reconocido.

La palabra migrante es un concepto político y sociológico, no definido en los instrumentos legales de Derecho Internacional, ya que no existe una definición universalmente aceptada (OIM, 2019: 133). Siguiendo el Glosario sobre Migración de la OIM (OIM, 2019: 132), la categoría de “migrante internacional” refiere a cualquier persona que se desplaza o que se ha desplazado a través de una frontera internacional, fuera del Estado del que es ciudadana o nacional (o, en el caso de personas apátridas, fuera de su país de nacimiento o de residencia habitual), de forma permanente o temporal, por medios regulares o irregulares, y debido a una amplia variedad de motivos. Esta definición de migrante es lo suficientemente amplia como para incluir a las personas refugiadas, solicitantes de asilo o en búsqueda de protección internacional. Ahora bien, a pesar de la falta de una definición jurídica del concepto de migrante, como explica Barbero (2010: 13), las migraciones internacionales son procesos intrínsecamente jurídicos debido a la superposición de los múltiples ordenamientos jurídicos que construyen la categoría del extranjero-inmigrante.

A diferencia del migrante internacional, la categoría de “refugiado” cuenta con una definición legal, siendo esencial que la persona reúna una serie de requisitos previstos por el Derecho Internacional para ser reconocida como tal. Según la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados⁹¹, la condición de refugiado corresponde a “cualquier persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. También aquí la frontera cobra especial importancia, debido al requisito de encontrarse fuera del país, es decir, de haber cruzado fronteras internacionales para poder ser reconocido como refugiado. En este sentido, un refugiado es también –previamente– un migrante internacional.

El abordaje político y teórico de la categoría amplia de “migrante” suele basarse en la distinción entre la movilidad voluntaria y la movilidad forzada como dos modalidades que pueden diferenciarse según los motivos que impulsan a las personas a abandonar sus lugares de origen y trasladar su residencia. La movilidad voluntaria suele estar asociada a la migración por motivos económicos, en búsqueda de empleo y de “mejores oportunidades de vida”. Por otra parte, la migración forzada viene asociada a una movilidad coaccionada por temores fundados a sufrir persecución o a ser víctima de graves violaciones de derechos humanos.

En el plano legal, las diferentes razones de la movilidad se traducen en la división binaria de migrante y refugiado, como dos categorías legales susceptibles de una distinción tajante y mutuamente excluyente. Al respecto, desde un punto de vista jurídico formal, Dauvergne (2013: 77) señala que la esencia del Derecho Internacional de los Refugiados requiere que los refugiados no sean considerados ni tratados como migrantes, ya que las obligaciones que derivan de sus disposiciones representan la única limitación al poder soberano de los Estados de controlar la entrada de personas extranjeras a sus

⁹¹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137.

territorios. En este sentido, la autora coincide con Hathaway (2007) en cuanto a la idea de que los movimientos de refugiados no son una forma de inmigración, e incluso son un terreno en disputa dentro del ámbito de la “migración forzada” (Hathaway, 2007: 354).

Por otro lado, también como consecuencia del Derecho, la categoría de “migrante” es objeto de una segunda clasificación, consistente en la división entre migración regular e irregular, determinada por el cumplimiento de los requisitos legales de entrada y permanencia en el territorio. Según la OIM, “migrante documentado” o regular es aquel “que está autorizado a ingresar y a permanecer en un Estado de conformidad con las leyes de ese Estado o con los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte, y que dispone de los documentos necesarios para probar su situación regular en el país” (OIM, 2019: 133). Por el contrario, el migrante en situación irregular es aquella persona “que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional y no ha sido autorizada a ingresar o permanecer en un Estado de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte” (OIM, 2019: 134).

Sin embargo, en la práctica las características de las respectivas categorías se presentan muchas veces de manera difusa y superpuesta. Ante ello, resulta común afirmar que los flujos migratorios tienen una “naturaleza mixta”. En este sentido, el ACNUR define a los movimientos migratorios mixtos en los siguientes términos:

“Un movimiento en el que varias personas viajan juntas, por lo general en forma irregular, utilizando las mismas rutas y medios de transporte, pero por razones diferentes. Las personas que viajan como parte de movimientos mixtos tienen diferentes necesidades y perfiles y pueden incluir a solicitantes de asilo, refugiados y refugiadas, personas objeto de trata, niñas y niños no acompañados o separados y migrantes en situación irregular.” (UNHCR, 2016: 281).

Ahora bien, los movimientos migratorios pueden considerarse mixtos no sólo porque en ellos convergen personas que pueden ser clasificadas como migrantes, solicitantes de asilo o refugiadas, sino porque entre ellas mismas pueden confluir múltiples situaciones que no pueden ser reducidas a una única categoría. Así, por ejemplo, una persona LGTBI puede emprender una ruta migratoria en búsqueda de “oportunidades laborales” en otro país, ya que en el suyo no encuentra un trabajo debido a la persecución sufrida por pertenecer a un determinado grupo social.

Como sostiene Schuster (2016), en la realidad, los diversos motivos que impulsan al desplazamiento pueden presentarse de manera solapada, no sólo durante la ruta sino a lo largo de todo el proceso migratorio. De este modo, quienes sufren situaciones de conflicto o graves violaciones de derechos humanos se encuentran en contextos de mayor inestabilidad y pobreza económica, y la idea de un lugar seguro abarca también la búsqueda de oportunidades de trabajo y educación; asimismo, la falta de empleo en el lugar de origen puede estar motivada por razón del género, la etnia o la religión (Schuster, 2016: 297). En consecuencia, una buena parte de los desplazamientos forzados a través de las fronteras internacionales no encajan con facilidad y precisión en los requisitos formales del estatuto de refugiado según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo.

Las migraciones voluntarias y forzadas pueden ser entendidas, entonces, no como una dicotomía sino como un *continuum* (Schuster, 2016: 299; Bivand Erdal y Oepeen, 2018: 981), en el cual el nivel de autonomía en la toma de la decisión migratoria varía entre dos extremos, la voluntariedad y la obligatoriedad sin alternativas. De un extremo a otro, la migración oscila entre movimientos de carácter proactivo (voluntario) o reactivo (forzado). Sin embargo, aún en este último caso existe un cierto grado de autonomía (Schuster, 2016: 300-301). En este *continuum*, la tendencia política de los Estados a restringir la llegada y el cruce de las fronteras a las personas migrantes no sólo coarta las posibilidades de acceso al asilo, sino que incrementa la vulnerabilidad de quienes huyen, ya que, como explica Dauvergne (2013: 77), para ser “efectivos” los desincentivos que colocan los Estados para llegar a sus territorios pueden ser mayores que los motivos de persecución que motivan la huida del lugar de origen.

Como efecto del *continuum* de las categorías en movimiento, se ha señalado que el etiquetamiento de los flujos migratorios como mixtos resulta en una simplificación arbitraria de la enorme complejidad de la movilidad humana y de la multiplicidad de motivos que se superponen en la decisión de migrar (Gauci y Mallia, 2017: 121). Tal simplificación opera a través de la clasificación de las personas que atraviesan fronteras internacionales dentro de las categorías binarias dominantes de migrantes y refugiados, lo que Apostolova (2015) y Crawley y Skleparris (2018) denominan “el fetichismo de las categorías”. Como explican López Sala y Moreno-Amador (2020: 7), el problema es que tales categorías “fracasan en capturar adecuadamente la complejidad de los determinantes políticos, sociales y económicos de la migración y su cambiante significado para los

individuos a lo largo del tiempo y el espacio.” En definitiva, la ley es incapaz de abarcar la absoluta complejidad y diversidad de las circunstancias personales que impulsan a la migración.

Las clasificaciones legales se basan en el doble y divergente interés del Estado: por un lado, prevenir la migración irregular y garantizar que la entrada y permanencia en el territorio se produzca bajo condiciones de legalidad y, principalmente, en función de las variables económicas del mercado; y, por otro, cumplir con sus obligaciones en materia de protección internacional. En este sentido, al igual que los derechos humanos representan límites al poder de los Estados, el Derecho Internacional de los Refugiados puede ser considerado el único límite legal a la prerrogativa soberana de los Estados de autorizar o no el cruce de sus fronteras y la permanencia en sus territorios (Dauvergne, 2013: 77).

Debido al solapamiento de las condiciones de migrante irregular, solicitante de asilo y refugiado, y teniendo en cuenta la naturaleza mixta de los flujos migratorios, la distinción de categorías podría ir en detrimento de las garantías de protección ya que, en definitiva, las restricciones a la migración “voluntaria” o “económica” afectan por igual a todos los migrantes, incluidos aquellos forzados a desplazarse fuera de sus lugares de origen y residencia (Schuster, 2016: 304). Al no responder estrictamente a la realidad, la construcción de categorías legales diferenciadas puede ser contraproducente para garantizar la protección de derechos.

II. CIUDADANÍA Y ALTERIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Desde la perspectiva del Estado, la facultad de distinguir entre ciudadanía y extranjería significa la posibilidad de delimitar el sujeto pasivo en el ejercicio del poder. En este sentido, Dauvergne (2004) sostiene que en la era de la globalización el control de la movilidad humana es el último bastión de la soberanía de los Estados. Desde la perspectiva de la persona, el encuadre dentro de una u otra categoría determina el reconocimiento de uno u otro estatuto jurídico de derechos, libertades y obligaciones. La combinación de ambas perspectivas perfila una identidad y un sentido de pertenencia en torno al territorio y al entramado social, cultural, político y jurídico.

En el marco de la UE, uno de los avances más significativos del proceso de integración hacia un espacio político y jurídico común ha sido la configuración de la categoría de “ciudadanía europea”, en cuanto estatuto que se reconoce a las personas nacionales de los Estados miembros. El Tratado de Maastricht introdujo esta categoría⁹², que fue posteriormente definida por el Tratado de Ámsterdam⁹³ e incorporada en la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE)⁹⁴. En virtud del Tratado de Maastricht, el estatuto de ciudadano europeo reconoce los derechos a la libertad de circulación y residencia en el territorio de cualquiera de los Estados miembros, el sufragio activo y pasivo al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del lugar de residencia, el derecho de protección diplomática y consular de Estados miembros en terceros Estados, el derecho de queja ante el Defensor del Pueblo Europeo, y el derecho de petición ante el Parlamento Europeo. Por su parte, el Tratado de Ámsterdam incorporó además el derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos y a ser respondidos en las lenguas previstas en el Tratado, y el derecho de acceso a los documentos de instituciones y organismos⁹⁵.

El reconocimiento de una ciudadanía a nivel regional significa la ruptura de esta misma categoría a nivel nacional, tradicionalmente ligada a una competencia exclusivamente estatal y, en particular, a la dicotomía clásica nacional-extranjero (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2016: 149). No obstante, desde su inicio, la ciudadanía europea se perfila como dependiente de la nacionalidad de alguno de los Estados miembros, en cuanto estatuto jurídico añadido al que corresponde dentro del Estado miembro, concediendo un conjunto determinado de libertades y derechos políticos específicos para el espacio comunitario. Por otro lado, la instauración de la ciudadanía europea implica que los nacionales de los Estados miembros dejen de ser considerados sólo como trabajadores con derechos, para pasar a ser considerados sujetos con capacidad social y política (Melis, 2001: 15). A este respecto, la configuración de una ciudadanía

⁹² El Tratado de Maastricht (Tratado de la Unión Europea, 1992, op. cit.) señaló como uno de los objetivos de la Unión el de “reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión” (art. B).

⁹³ TCE, art. 17.1: “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.”

⁹⁴ CDFUE, Título V “Ciudadanía”, artículos 39 a 46.

⁹⁵ Sobre las dificultades en la implementación y el desarrollo del estatuto de ciudadanía europea, véase Liñán Nogueras (2013).

europea, aún como categoría dependiente de la nacionalidad de un Estado miembro permite superar la concepción puramente económica de la integración (para y por el mercado), hasta alcanzar el reconocimiento de un estatuto jurídico y político común de las personas nacionales en el ámbito de la Unión.

Por tanto, es posible afirmar que la categoría de ciudadano europeo responde al concepto de ciudadanía propuesto por Hannah Arendt (1973), que entiende por tal el derecho a tener derechos y el derecho a pertenecer. En palabras de Melis (2001: 44), la decisión de limitar la ciudadanía europea a los nacionales de los Estados miembros sólo puede justificarse en una pretendida identidad europea basada en una homogeneidad cultural, étnica y racial, de la que no es parte la población extracomunitaria. De este modo, se institucionaliza una identidad subjetiva europea que presupone la existencia de una comunidad europea homogénea, diferenciada y diferenciable con respecto a otras.

A partir del reconocimiento de la ciudadanía europea se perfilan una serie de categorías subjetivas, con diferentes grados en la exigencia de los requisitos y condiciones necesarias para cruzar las fronteras exteriores de la Unión y circular libremente por el territorio de los Estados miembros. Guild (2009: 188-189) señala que los diferentes estatutos en el marco de la UE pueden resumirse en las siguientes categorías:

1. Los ciudadanos de los Estados miembros
2. Los ciudadanos de los Estados miembros que residen en otro Estado miembro (cuya expulsión o exclusión sólo puede justificarse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública).
3. Los ciudadanos de la Unión Europea respecto de los cuales existe una suspensión temporal en el ejercicio de los derechos derivados de la inclusión (por ejemplo, la suspensión temporal para ciudadanos de algunos Estados miembros incorporados entre 2004 y 2007).
4. Los nacionales de Suiza, Noruega e Islandia.
5. Migrantes trabajadores turcos en la UE.
6. Nacionales de terceros países con permiso de residencia de larga duración (que gozan de una protección contra la expulsión equivalente a la que corresponde a ciudadanos de la UE que residen en otro Estado miembro).
7. Nacionales de terceros países que se encuentran en la lista “blanca” de visados Schengen (por ejemplo, ciudadanos de Estados Unidos).

8. Nacionales de terceros países que se encuentran en la lista “negra” de visados Schengen pero que cuentan con acuerdos de facilitación de visados (por ejemplo, Rusia hasta 2022)⁹⁶.

9. Nacionales de terceros países que se encuentran en la lista “negra” de visados Schengen y que no cuentan con acuerdos de facilitación de visados (por ejemplo, China); sobre las cuales pesa una presunción de amenaza a la seguridad y, como tales, deben obtener previamente un visado.

10. Nacionales de terceros países que se encuentran en la lista “negra” de visados Schengen y que, además, son considerados países que representan amenazas a la seguridad.

En definitiva, la categorización de sujetos en el espacio político se define según el país de procedencia: aquellos Estados cuyos nacionales disfrutaban de una movilidad libre o poco restringida (y que es “atraída”, como turistas, estudiantes y profesionales), y aquellos otros Estados que Aas (2013: 30) identifica como ‘*deviant states*’ (Estados desviados), cuyos nacionales se encuentran en situación de movilidad extremadamente restringida (Aas, 2013: 29). Siguiendo a Aas (2013: 34), esta clasificación de Estados se apoya sobre las desigualdades globales, la consecuente división entre Estados del norte y sur global, y la capacidad de los Estados del norte global de convertir la desigualdad en una cuestión de legalidad o ilegalidad. La circunstancia de haber nacido en uno u otro lugar determina las condiciones legales que cada persona debe cumplir, y que serán especialmente difíciles de alcanzar para nacionales del sur global, en particular para aquellas personas en situación económica más desfavorable (Dauvergne 2008: 17, Alverti 2012).

Las categorías subjetivas dan lugar a una especie de pirámide jerárquica que oscila entre la inclusión y la exclusión. Como explica Aas (2013: 30), dicha jerarquía se construye con base en un marcado criterio racial y colonial. En el vértice de la pirámide se ubica la ciudadanía europea, restringida al grupo de nacionales de los Estados

⁹⁶ Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación de Rusia sobre la facilitación de la expedición de visados a los ciudadanos de la Unión Europea y de la Federación de Rusia (DO L 129, 17.5.2007, p. 27–34). Por Decisión del Consejo, de 9 de septiembre de 2022, el acuerdo fue suspendido como parte de las sanciones de la UE contra Rusia con motivo de la agresión militar rusa contra Ucrania (Decisión (UE) 2022/1500 del Consejo de 9 de septiembre de 2022 sobre la suspensión total de la aplicación del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación de Rusia sobre la facilitación de la expedición de visados a los ciudadanos de la Unión Europea y de la Federación de Rusia (ST/12039/2022/INIT) (DO L 234I, 9.9.2022, p. 1–3).

miembros que residen en sus territorios y que gozan de todos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales reconocidos por los ordenamientos internos y por la Unión. Los siguientes escalones de la pirámide van descendiendo, a la par que se restringen progresivamente los derechos reconocidos, hasta alcanzar el último peldaño, la categoría de nacionales de terceros países en situación migratoria irregular.

1. La contracara de la ciudadanía europea: la categoría de la persona “nacional de un tercer país”

El lado opuesto a la ciudadanía europea es la categoría de “nacional de un tercer país”, cuya definición se conforma a partir de la posesión de la nacionalidad de cualquier Estado que no sea miembro de la Unión. Se trata de una categoría genérica, comprensiva de un amplio abanico de estatutos jurídicos, dentro de los cuales se clasifican a las personas extranjeras (no comunitarias) en la Unión. Como señala Del Valle Gálvez (2016: 761), en la práctica, las líneas teóricas que dividen a las diferentes categorías legales se difuminan, provocando una confusión de conceptos y estatutos jurídicos entre migrantes económicos, refugiados, solicitantes de asilo, personas con protección humanitaria o subsidiaria, que refleja la incapacidad del derecho europeo de extranjería para reconocer estatutos, derechos y respuestas claras a las personas que buscan ingresar a la UE.

El binomio ciudadanía-extranjería se construye a partir del sentido de pertenencia o no –en términos de posesión de nacionalidad– a la UE. “Nacional de un tercer país” es sinónimo de persona extranjera. En el plano jurídico, el Reglamento 810/2009, por el que se establece un Código común de visados⁹⁷, define la categoría de “nacional de un tercer país” como “toda persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado”⁹⁸. La misma definición es reiterada en el Reglamento 562/2006, por el que se establece el llamado Código de Fronteras Schengen⁹⁹, y en el Reglamento

⁹⁷ Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados) (DO L 243, 15.9.2009, p. 1–58).

⁹⁸ Reglamento (CE) 810/2009, op. cit., art. 2.1.

⁹⁹ Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO L 105, 13.4.2006, p. 1–32).

614/2013 (Dublín III), por el que se establece el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de protección internacional¹⁰⁰.

La entrada y circulación de las personas nacionales de terceros Estados queda sujeta a las políticas y marcos jurídicos tanto europeo como nacionales de inmigración y asilo. En general, según las circunstancias en las que tienen lugar el acceso y la permanencia en el territorio, las personas extranjeras son catalogadas como migrantes regulares, migrantes irregulares, refugiados y solicitantes de asilo. De este modo, la regularidad o irregularidad del estatus migratorio viene determinada por las condiciones en que se produjo el acceso al territorio europeo, las condiciones posteriores de permanencia, la presentación de una solicitud de asilo y el reconocimiento de algún tipo de protección internacional. La categorización y la atribución de los respectivos “estatutos” se realiza de manera casuística, ya que no existe un marco único de condiciones de entrada y permanencia, sino que la regulación se encuentra diferenciada en gran medida por supuestos y circunstancias particulares.

En este sentido, la política común de la UE en materia de migración y asilo se ha dirigido principalmente a la producción de normas armonizadoras en materia de asilo (una vez que la persona se encuentra dentro del territorio) y de migración irregular (Düvell, 2011: 277). Por otra parte, la migración regular se ha mantenido sujeta a la competencia de los Estados miembros, ya que éstos conservan un amplio margen de discreción al momento de regular los procedimientos y las condiciones de entrada, así como también el número de personas migrantes que están dispuestos a aceptar. En la práctica, ello viene determinado principalmente en función de la situación de las respectivas economías y mercados laborales nacionales. Como explica Moldovan, la atribución de competencias a la Unión en materia de “inmigración económica” ha sido quizás el asunto más controversial de la política común de inmigración, debido al carácter sensible de esta cuestión al interior de los Estados, donde algunos sectores sociales y políticos consideran a la población extranjera como una amenaza a la seguridad, por ejemplo, de los nacionales en el mercado de trabajo (Moldovan, 2018: 82-83).

¹⁰⁰ Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DO L 180, 29.6.2013, p. 31-59).

Ahora bien, a pesar del recelo soberanista de los Estados en la atribución de competencias en el ámbito de las migraciones, la configuración del Espacio Schengen y la (de)construcción de las fronteras exteriores e interiores ha motivado la adopción de un acervo mínimo común en materia de cruce de fronteras y visados. En términos generales, para que el ingreso sea considerado regular se requiere contar con un permiso o documento válido de entrada al territorio de cualquier Estado miembro. Una vez en el interior, la regularidad de la permanencia está subordinada al mantenimiento del permiso o de las condiciones que habilitaron el ingreso, o a su modificación a otro estatuto legal de extranjería dentro del Estado.

Si bien la normativa sobre migración regular es desarrollada en mayor medida por los propios Estados miembros a través de sus respectivas leyes internas de extranjería e inmigración, la normativa europea alcanza a algunos sectores específicos que se pretenden homogeneizar en el marco de la política común de migración. La normativa más amplia en este sentido es la Directiva 2011/98/UE¹⁰¹, que establece el procedimiento de solicitud de un permiso único de residencia y trabajo y un conjunto común de derechos para los trabajadores nacionales de terceros países. Otras directivas regulan la residencia de larga duración en la UE (Directiva 2003/109/CE¹⁰²), la autorización de residencia de estudiantes e investigadores (Directiva 2016/801/UE¹⁰³), de trabajadores altamente cualificados (Directiva 2009/50/CE¹⁰⁴), de trabajadores temporeros (Directiva 2014/36/UE¹⁰⁵), y de trabajadores sujetos a traslados intraempresariales (Directiva

¹⁰¹ Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro (DO L 343, 23.12.2011, p. 1–9).

¹⁰² Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16, 23.1.2004, p. 44–53).

¹⁰³ Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair* (DO L 132, 21.5.2016, p. 21–57).

¹⁰⁴ Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DO L 155, 18.6.2009, p. 17–29).

¹⁰⁵ Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros (DO L 94, 28.3.2014, p. 375–390).

2014/66/UE¹⁰⁶). Por otro lado, el marco jurídico sobre migración regular en la Unión ha desarrollado los derechos de las personas extranjeras que mantienen algún vínculo familiar con un ciudadano europeo¹⁰⁷. En este último supuesto, se configura un estatuto especial de residente comunitario que deriva del vínculo familiar y de su mantenimiento, por lo que a la postre el derecho de la persona extranjera queda condicionado al ejercicio del derecho a la reagrupación familiar por parte del ciudadano europeo.

En definitiva, en el diseño de la política común de inmigración, las instituciones europeas mantienen un enfoque ambivalente, restringido en sus alcances debido a la atribución de competencias en materias sensibles a la soberanía de los Estados. La postura es definida por Lirola Delgado (2010: 48-49) como una “política bifronte”. Por un lado, la migración es considerada un reto o, incluso, como un problema en términos de integración o de seguridad. Por otro, la migración es considerada una oportunidad, ligada al factor económico y laboral, que busca incrementar los beneficios económicos que aportan las personas extranjeras como turistas, emprendedoras, trabajadoras sin cualificación o con una cualificación elevada¹⁰⁸. Asimismo, la atracción de la inmigración regular es considerada por la Comisión Europea como una herramienta para afrontar el descenso de la población activa y los riesgos derivados para los sistemas de pensiones y protección social¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales (OJ L 157, 27.5.2014, p. 1–22).

¹⁰⁷ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251, 3.10.2003, p. 12–18).

¹⁰⁸ Por ejemplo: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regionales. Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos. COM (2008), 359 final, 17.06.2008, p. 3: “Aunque, hasta cierto punto, la inmigración podrá mitigar los problemas derivados del envejecimiento de la población, tendrá todavía un mayor papel en ayudar a resolver los problemas futuros del déficit de mano de obra y personal cualificado y en aumentar el potencial de crecimiento de la UE y su prosperidad, en complemento de las reformas estructurales en curso. Por ello, la inmigración se ha convertido en un factor importante en el desarrollo de la Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo, que reconoce que una gestión adecuada de la inmigración económica es un factor esencial para la competitividad de la UE. Esto también ha sido reconocido por el Consejo Europeo de la primavera de 2008.”

¹⁰⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regionales. Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos. COM (2008), 359 final, 17.06.2008, p. 2: “En el contexto de una Europa que envejece, la contribución potencial de la inmigración a la eficacia económica de la UE es importante. Los europeos viven cada vez más años, la llamada generación del «baby boom» (explosión de la natalidad) se acerca a la jubilación y los índices de natalidad son bajos. En 2007, la población activa de la UE en conjunto, es decir, el total de personas con trabajo y personas desempleadas, era de unos 235 millones. Según las últimas proyecciones demográficas, para 2060, la población de la UE en edad de trabajar se calcula que

2. El último escalón: la categoría de la persona “migrante irregular”

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la incorporación de los derechos humanos en declaraciones y tratados internacionales significó un avance fundamental en la protección de las personas con independencia de su nacionalidad, de su lugar de origen o de cualquier otro criterio que pudiera suponer una distinción arbitraria. Si bien los principales tratados de derechos humanos no refieren específicamente a las personas migrantes, el proceso de codificación puede considerarse un hito fundamental para la protección de sus derechos y una salvaguarda frente a los Estados de tránsito y destino. Sin perjuicio de ello, la protección no es total y continúa sujeta en gran medida a la discrecionalidad de los Estados. En otras palabras, a pesar de que la titularidad de derechos se desprende de la condición de ciudadano o nacional de un determinado Estado, no existe un derecho humano a vivir en el territorio de otro país diferente al de la nacionalidad (Dauvergne, 2004: 611).

Partiendo de la ausencia de una definición única y consensuada sobre la condición de migrante, el calificativo “irregular” o “ilegal” presenta complicaciones adicionales cuando se intenta esbozar una definición sobre el mismo. Sin embargo, en palabras de Dauvergne (2004: 599), la importancia que ha cobrado la migración irregular en los discursos políticos hace que el término se desprenda de su condición de adjetivo o de sus connotaciones exclusivamente jurídicas para convertirse en un sustantivo, en una entidad en sí misma.

La migración irregular se define por negación, comprendiendo todas aquellas situaciones en las que el ingreso se realice sin autorización o en las que, habiendo ingresado con un permiso válido, no se mantienen las condiciones requeridas para la permanencia regular. Según la OIM (2019: 128), la migración irregular puede definirse como un “movimiento de personas que se produce al margen de las leyes, las normas o los acuerdos internacionales que rigen la entrada o la salida del país de origen, de tránsito o de destino.” Como resultado, un “migrante en situación irregular” es aquella “persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional y no ha sido

habrá descendido en 50 millones, incluso si se mantiene un nivel de inmigración neta similar a los niveles históricos, y descendería en casi 110 millones si no se mantiene esa inmigración neta. Esta evolución presenta riesgos para la sostenibilidad de los regímenes de pensiones y de protección social y exigiría un mayor gasto público.”

autorizada a ingresar o permanecer en un Estado de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte” (OIM, 2019: 134).

En el marco del Derecho Internacional, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990¹¹⁰ contiene una definición de trabajadores migratorios “indocumentados o en situación irregular”, que comprende a aquellas personas que no han sido autorizadas a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte (art. 5.b).

En el ámbito de la UE, el Código de Fronteras Schengen¹¹¹ contiene el régimen común sobre el cruce de fronteras interiores y exteriores de la UE, mediante el cual se establece, entre otros objetivos, el control fronterizo como mecanismo contra la inmigración “clandestina” y la trata de seres humanos¹¹². Según lo dispuesto en el artículo 13, la vigilancia de las fronteras exteriores tiene por objeto impedir el cruce no autorizado y adoptar medidas contra quienes las hayan cruzado ilegalmente. Tales medidas deben consistir en sanciones que resulten efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 5.3). Por su parte, el artículo 5 determina las condiciones de entrada de nacionales de terceros Estados en los casos de estancia no superior a tres meses. Tales condiciones consisten en: contar con documento de viaje o visado –en el caso de nacionales de países sometidos a la obligación de visado¹¹³ –, documentos que justifiquen el objeto y condiciones de la estancia, y con medios de subsistencia suficientes; no estar inscrito como no admisible

¹¹⁰ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

¹¹¹ Reglamento (CE) no 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO L 105, 13.4.2006, p. 1–32).

¹¹² Código de Fronteras Schengen, considerando 6: “El control fronterizo no se efectúa únicamente en interés de los Estados miembros en cuyas fronteras exteriores se realiza, sino en interés del conjunto de los Estados miembros que han suprimido los controles en sus fronteras interiores. El control fronterizo debe contribuir a la lucha contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos, así como a la prevención de cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública y a las relaciones internacionales de los Estados miembros.”

¹¹³ Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 303 de 28.11.2018, p. 39-58).

en el SIS; y no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de algún Estado miembro.

Ante la ausencia de una definición única y común (Navarro Batista, 2012: 134), la Directiva 2008/15/CE¹¹⁴, que regula el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹¹⁵, remite al artículo 5 del Código de Fronteras Schengen y a lo dispuesto en los ordenamientos de cada Estado miembro¹¹⁶ para determinar qué se entiende por “situación irregular” en el marco jurídico europeo. Según lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2008/15 de retorno, la “situación irregular” hace referencia a “la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro”. Al respecto, el TJUE ha resuelto que la condición de irregularidad se configura por la sola razón de no cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el territorio de un Estado miembro, sin que sea necesario un tiempo mínimo de estancia o una intención de permanecer, incluyendo en consecuencia el mero tránsito por el territorio del Estado miembro¹¹⁷.

3. La migración irregular como construcción política

La irregularidad migratoria puede ser entendida como una categoría construida por el propio sistema jurídico, derivada del poder de control de los Estados sobre los sujetos habilitados a ingresar y permanecer en sus territorios. En este sentido, la condición

¹¹⁴ 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 (DO L 348 de 24.12.2008, p. 98-107).

¹¹⁵ 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 (DO L 348, 24.12.2008, p. 98–107).

¹¹⁶ 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, artículo 3: “Definiciones. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: [...] 2) ‘situación irregular’ la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro”.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de junio de 2016, asunto C-47/15, *Sélina Affum contra Préfet du Pas-de-Calais y Procureur général de la Cour d'appel de Douai* ECLI:EU:C:2016:408), párr. 47.

irregular en la migración es un producto del poder estatal, de manera similar a lo que ocurre en el ámbito penal con la construcción del delito y las formas de persecución y castigo. La calificación de una determinada actividad como criminal es realizada por el Estado, que ostenta el monopolio de la violencia, de tal modo que es posible afirmar que el delito y el castigo son una construcción social y política en un momento histórico determinado (Christie, 2004). Lo propio ocurre en el ámbito del Derecho de migraciones y, en particular, en la configuración de las infracciones a la normativa administrativa que regula las condiciones de entrada y permanencia en el territorio de los Estados.

Si bien la persona migrante es el principal agente de su movilidad, son los Estados los que producen el conjunto de políticas y normas jurídicas que establecen lo que debe entenderse por regular e irregular. De este modo, cabe advertir sobre la complejidad de las causas y de los actores que intervienen en el proceso de producción de la irregularidad (o “irregularización”), dando lugar a una categoría cuya construcción es social y política. Como explica De Genova (2002: 422), la “ilegalidad” de la migración representa un estatuto jurídico y una relación entre el individuo y el Estado, de tal modo que, al igual que sucede con la ciudadanía, configura una determinada identidad política. Además, la irregularidad es un producto de la propia ley (Düvell, 2011: 248), teniendo en cuenta que la categoría se configura en función del incumplimiento de las condiciones que el Estado decida imponer legalmente.

Como resultado, las categorías regular e irregular devienen del poder de los Estados de controlar a las personas que cruzan sus fronteras y que permanecen en sus territorios. Al respecto, siguiendo a De Genova (2002), la ilegalización, en cuanto proceso de construcción de la condición de irregular (o “ilegal”), es utilizada por el Estado como un mecanismo de control y disciplina social, ya que a tal condición va asociada el constante riesgo de la deportación, al que el autor refiere como “deportabilidad” (*deportability*). Lo propio sucede también con la condición regular (Calavita, 2005; Fabini, 2017), ya que para su mantenimiento es necesario cumplir con una serie de requisitos relacionados con la productividad (por ejemplo, mantener un contrato de trabajo) y buena conducta (por ejemplo, carecer de antecedentes penales).

El poder de decisión del Estado encierra las potestades de selección y exclusión. En la práctica, tal poder se materializa en las mayores facilidades o restricciones de acceso y permanencia en el territorio según la nacionalidad de origen. En este sentido, Guild

(2009: 15) define el término *migrante irregular* como alguien respecto de quien el Estado ha aprobado una ley que convierte su mera existencia en una infracción legal¹¹⁸. A su vez, como explica Foucault (1988: 285) utilizando el ejemplo de los tráfico ilícitos, la existencia de una prohibición legal desencadena otras tantas prácticas ilegales:

“[L]a existencia de una prohibición legal crea en torno suyo un campo de prácticas ilegalistas sobre el cual se llega a ejercer un control y a obtener un provecho ilícito por el enlace de elementos, ilegalistas ellos también, pero que su organización en la delincuencia ha vuelto manejables. La delincuencia es un instrumento para administrar y explotar los ilegalismos.” (Foucault, 1988: 285).

Ahora bien, la dicotomía regular-irregular puede ser difícil de distinguir en la práctica, debido a la misma multiplicidad y complejidad de causas y circunstancias que confluyen en cada caso. Como explica Düvell (2011: 292), el estatuto de migrante puede no ser único y presentar asimetrías que combinen elementos regulares e irregulares sobre una misma persona, como por ejemplo en el caso de un trabajador que cuenta con una autorización de residencia que no le habilita a trabajar, o que le habilita sólo a determinados trabajos, o por una cantidad específica de horas que en la práctica pueden incumplirse.

La irregularidad suele tener lugar en mayor medida una vez que la persona extranjera se encuentra en el territorio tras haber cruzado las fronteras de manera regular. En consecuencia, la especial preocupación de los Estados por la migración irregular en las fronteras no responde necesariamente a la realidad de las personas migrantes que intentan acceder a sus territorios o que ya habitan en ellos. En este sentido, Düvell (2009) identifica las siguientes causas por las que una persona extranjera incurre en una situación irregular, en orden de relevancia cuantitativa: 1) en la mayoría de casos, por superación del tiempo fijado en el permiso de permanencia, o por encontrarse en una situación laboral contraria a las leyes de inmigración; 2) en los supuestos de solicitantes de asilo, por el rechazo de la solicitud sin que opere el retorno o no se pueda proceder a la devolución; 3) por deficiencias administrativas durante los procedimientos de solicitud, renovación o apelación relativos a permisos de residencia y trabajo; 4) por entrada irregular. Por tanto, como sostiene Düvell (2011: 276), la entrada irregular, que despierta la mayor

¹¹⁸ Guild (2009: 15), traducción propia: “[A]n illegal immigrant is someone in respect of whose presence of the territory the state has passed a law making mere existence a criminal offence”.

preocupación mediática y política, es en realidad la causa menos relevante en la producción de la irregularidad.

Ahora bien, la construcción política de la categoría del migrante irregular impacta especialmente en el caso de aquellas personas en búsqueda de protección internacional. El diseño del marco jurídico, tanto internacional como regional, obliga en ocasiones a los solicitantes de asilo a recurrir a las vías irregulares de acceso al territorio a fin de ser reconocidos como tales. Como consecuencia, existe una problemática confluencia de estatutos entre las categorías del migrante irregular, a quien el Estado pretende excluir y contener fuera de su territorio, y del solicitante de asilo y refugiado, a quienes el mismo Estado tiene la obligación de proteger y no sancionar.

III. ENTRE LA IRREGULARIDAD Y LA PROTECCIÓN: LOS SOLICITANTES DE ASILO Y EL ESTATUTO DE REFUGIADO

La vinculación entre la migración irregular y el asilo, tanto en los momentos previos como posteriores a la entrada al territorio es cada vez más estrecha. Durante el itinerario migratorio, principalmente cuando éste transcurre por vías irregulares, la indefinición del estatuto que corresponde a las personas migrantes –entre la (prohibida) irregularidad y la (legítima) búsqueda de protección– les coloca en una situación caracterizada por la denegación del acceso a los derechos reconocidos a los ciudadanos y a los residentes (Solmani, 2019: 233).

Una vez que el migrante se encuentra en la frontera o dentro del territorio, se activa la posibilidad de iniciar el procedimiento de protección internacional, momento a partir del cual se configura el estatus formal de solicitante de asilo. En caso de que el resultado de la solicitud sea negativo, la permanencia en el territorio se convierte en una situación de migración irregular, siendo ésta la segunda causa más común de producción de la irregularidad según la investigación realizada por Düvell (2009). Se trata de una consecuencia indirecta del procedimiento de asilo, y especialmente del SECA en el ámbito de la UE, en cuanto impide la opción de solicitar protección internacional en otro Estado miembro (Ghio y Blangiardo, 2018). De este modo, la conexión entre migración irregular y asilo se torna aún más evidente, ya que, como explica Moldovan (2018: 85), la política común de asilo se ha construido con el objetivo principal de prevenir la

migración irregular y el abuso del sistema de asilo y garantizar el control y la seguridad de las fronteras. El acceso al asilo se encuentra restringido por el conjunto de políticas y prácticas de los Estados dirigidas a “combatir” el cruce irregular de fronteras. Esto último demuestra que, desde la perspectiva del Estado, el asilo es considerado simplemente como una vía adicional de migración irregular.

En la misma línea, según Craig (2013), la mayoría de los instrumentos legislativos del SECA, sino todos, son incapaces de disociar la protección del asilo del control migratorio, alimentando un proceso de securitización y de exclusión de los solicitantes de asilo por encima de su protección. En el marco de las reglas del sistema común, los Estados cuentan con una amplia discrecionalidad para evitar el cumplimiento de sus obligaciones de protección internacional mediante la aplicación de procedimientos breves y acelerados (Craig, 2013: 55). Como resultado, la política común de asilo no se aleja de la política común de migración y opera en definitiva como una causa adicional en la producción de la irregularidad migratoria. Ambas políticas van orientadas hacia la disuasión y la restricción de los movimientos “no deseados”. Como se analiza en el siguiente apartado, las garantías de protección contempladas en la Convención sobre el Estatuto de Refugiado quedan reducidas a la prohibición de sancionar la situación migratoria irregular y al principio de *non refoulement*, que se tornan efectivas cuando el solicitante de asilo consigue cruzar la frontera.

1. Las limitaciones de la protección internacional en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

La Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados representan el instrumento fundamental dentro del marco jurídico internacional, no sólo en lo relativo al Derecho Internacional de Refugiados sino también respecto a la regulación de la movilidad humana en general. La Convención es uno de los primeros instrumentos jurídicos internacionales del orden contemporáneo en establecer obligaciones para los Estados en materia de movilidad humana y, en concreto, de desplazamientos forzados entre fronteras por motivos de persecución. Por otro lado, debido a las escasas normas vinculantes para los Estados en materia de migración a nivel internacional, los tratados de derechos humanos también cobran una relevancia especial al momento de determinar

cuáles son las responsabilidades de los Estados y los límites al poder soberano del control fronterizo y migratorio (Wilsher, 2012: xvi).

En este contexto, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue aprobada en Ginebra en 1951, tras la Segunda Guerra Mundial, como una respuesta de la comunidad internacional a los desplazamientos forzados producidos por las persecuciones de los regímenes totalitarios en Europa. Uno de los propósitos de los Estados firmantes era distribuir y limitar sus responsabilidades de proteger a las personas que huían y llegaban a sus fronteras. De manera expresa, la Convención circunscribió en un primer momento su alcance a los acontecimientos que tuvieron lugar en Europa antes del 1 de enero de 1951 (art. 1.A.2). Posteriormente, el Protocolo de Nueva York de 1967 eliminó este límite espacial y temporal, de tal modo que la Convención de Ginebra se convirtió en el instrumento básico de protección internacional.

Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), los Estados son titulares de competencias soberanas en el momento de controlar el cruce de sus fronteras y regular las condiciones de ingreso y permanencia en sus territorios. Sin embargo, ese control debe realizarse de manera acorde a las obligaciones de protección de derechos humanos, de tal modo que los intereses nacionales no pueden significar una privación de los derechos reconocidos a personas migrantes según la normativa internacional¹¹⁹. Tales restricciones a la soberanía estatal cobran mayor sentido cuando el cruce de fronteras tiene por objeto la búsqueda de protección internacional, aun cuando la persona se encuentre en el lugar donde su vida o libertad están amenazadas.

De este modo, las obligaciones de protección internacional representan excepciones al poder de los Estados y permiten el equilibrio entre soberanía y derechos, que se fundamenta en una interpretación sistemática de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en conjunto con los tratados internacionales de derechos humanos.

El vigente artículo 1.A.2 de la Convención establece las condiciones que debe reunir una persona para que se le reconozca el estatuto de refugiado:

¹¹⁹ TEDH, Sala, Sentencia de 25 de junio de 1996, *Amuur v. France*, demanda 19776/92, párr. 41.; TEDH, Gran Sala, Sentencia de 28 de febrero de 2008, *Saadi v. Italy*, demanda 37201/06, párr 125.

“Que, [...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.”

A pesar del carácter fundamental de la protección reconocida en la Convención de Ginebra de 1951, su ámbito de aplicación presenta limitaciones, principalmente vinculadas a la dependencia de la protección al elemento geográfico. En este sentido, la protección del estatuto de refugiado está condicionada a la entrada y permanencia en el territorio del Estado. La primera limitación se desprende de la definición de persona refugiada, según el artículo 1.A.2, en cuanto requiere que la persona se encuentre fuera de su país de nacionalidad o residencia. Hathaway (2007: 353) explica que el requisito territorial de encontrarse fuera del país responde a una cuestión lógica, ya que es el presupuesto para que la comunidad internacional pueda tomar intervención en términos prácticos. Como consecuencia, la aplicación de la Convención presupone que ha tenido lugar un cruce de fronteras entre Estados, lo que en definitiva configura la situación de migración internacional.

A su vez, otros artículos de la Convención condicionan el reconocimiento de derechos a las personas refugiadas o solicitantes de asilo a la simple presencia (arts. 2, 4, 27), la presencia regular (arts. 18, 26, 32) o la residencia regular (arts. 15, 17.1, 19, 21, 23, 24, 28) en el territorio del Estado de destino. Tales términos no se encuentran definidos en la Convención, lo que genera problemas de interpretación. No obstante, aún antes del reconocimiento del estatuto de refugiado, la Convención de Ginebra establece una serie de derechos a los solicitantes de asilo –categoría que no se encuentra definida ni en la Convención ni en su Protocolo– (Wilsher, 2012: 127).

La limitación a la protección internacional derivada del elemento geográfico se acentúa debido a que la Convención no contiene ninguna disposición que contemple un derecho a la entrada y el cruce de fronteras para solicitar asilo. La garantía queda reducida al principio de *non-refoulement* (art. 33) y a la prohibición de sancionar la entrada y permanencia irregular (art. 31). En virtud del principio de *non refoulement*, el Estado no puede devolver a quien se encuentre en sus fronteras a un lugar donde su vida o libertad se encuentren en peligro. Pero la Convención no especifica los medios a través de los

cuales es posible acceder a tales fronteras ni provee un régimen especial de entrada para solicitantes de asilo. De la literalidad de sus normas, no queda claro si el solicitante de asilo debe cumplir la legislación migratoria como cualquier otra persona extranjera, o si el Estado debería ceder esta cuota de soberanía y ser deferente con la entrada de quien es perseguido y se encuentra en situación de vulnerabilidad (Moreno-Lax, 2008: 344). En cualquier caso, el artículo 31 de la Convención prohíbe al Estado penalizar al solicitante de asilo por su situación migratoria irregular.

La ausencia normativa respecto a las vías de acceso al territorio provoca que, en la práctica, los solicitantes de asilo deban cumplir las condiciones generales de entrada como extranjeros. La tensión entre protección y exclusión queda irresuelta (Craig, 2013: 56). Se trata de una brecha en el sistema de protección internacional, sobre la que los Estados asientan su soberanía para soltarse de los amarres del Derecho Internacional de Refugiados. Como resultado de esta colisión entre la aspiración de protección internacional y el control fronterizo ordinario de los Estados, los solicitantes de asilo se ven obligados a recurrir a vías irregulares para el cruce de las fronteras y el acceso al territorio. La ausencia de un régimen especial de entrada para los solicitantes de asilo se convierte así en una causa adicional en la producción de la irregularidad migratoria.

En caso de no cumplir las condiciones generales de entrada, el artículo 31 de la Convención dispone que los Estados no impondrán sanciones penales con motivo de la entrada o la presencia “sin autorización”. Al respecto, durante la negociación de la Convención, se señaló que las medidas de inadmisión o expulsión de un solicitante de asilo con motivo de su entrada irregular deberían ser consideradas como sanciones pues, en caso contrario, tales medidas provocarían un efecto contrario al objetivo de la Convención¹²⁰. Siguiendo a Moreno-Lax (2008: 347), si las medidas de interceptación de migrantes son consideradas como prácticas de *refoulement*, podría arribarse a igual conclusión con respecto al sistema de visas y de sanciones a transportistas, que, conforme

¹²⁰ Sobre el artículo 31 de la Convención, el representante de la Secretaría sostuvo: “In this way measures of expulsion or non-admittance at the frontier, intended to protect law and order, achieve opposite results when an attempt is made to apply them to refugees without taking into account their peculiar position.” Por otra parte, el representante francés manifestó que el artículo 31 debía entenderse referido tanto a sanciones de naturaleza penal como administrativa: “The French representative said that the penalties mentioned in the Article should be confined to judicial penalties only. But in so far as non-admission or expulsion had to be regarded as sanctions, they were in the vast majority of cases administrative measures, especially where they were applied at very short notice.” (UNHCR, 1990).

a una interpretación de buena fe de la Convención, deberían ser inaplicables en el caso de personas refugiadas¹²¹.

Ahora bien, una vez en el territorio del Estado de destino, la Convención de Ginebra se sostiene sobre una pretendida premisa básica de que la identificación de una persona como refugiada no presenta complicaciones en la práctica (Costello y Mouzourakis, 2016: 49). Como consecuencia de esa premisa, la naturaleza del estatuto de refugiado se considera declarativa. Así lo sostiene el ACNUR en el Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de refugiado:

“De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.”¹²²

Según la Convención, la categoría de refugiado se configura atendiendo a su condición de víctima de una situación de grave vulneración de derechos humanos. Así lo entiende, por ejemplo, el ACNUR al afirmar que “un refugiado es una víctima, o una posible víctima, de la injusticia”¹²³. Como consecuencia, el objetivo de la protección internacional es garantizar la permanencia de la persona en un lugar seguro y evitar colocarla en otro donde su vida o su libertad se encuentren en peligro. La obligación de protección se fundamenta en la desprotección del Estado de nacionalidad o en la falta de confianza de la persona respecto a la protección que puede brindarle su Estado de origen. Esta es una de las notas distintivas de la condición de refugiado frente a la de migrante, ya que la situación de vulnerabilidad exige un tratamiento especial y justifica la excepción de requisitos que de otra forma no podrían ser cumplidos, como se

¹²¹ Moreno-Lax (2008: 347): “If one could subsume interception measures into the wider notion of refoulement, one should reach a similar conclusion: visas and carriers’ sanctions applied to refugees without considering their peculiar position reach the opposite result to the one sought by the Convention. They should, hence, be equally dismissed.” En este sentido, la aplicación del sistema de visas Schengen y la normativa sobre sanciones a transportistas debería realizarse de tal manera que sea compatible con el derecho a salir del país, incluido el propio, y la prohibición de torturas y tratos o penas inhumanas o degradantes (Moreno-Lax 2008: 351).

¹²² Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párr. 28.

¹²³ Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párr. 56.

desprende del artículo 6 de la Convención (Hathaway, 2007: 352; Moreno-Lax, 2008: 331).

Sin embargo, en la práctica el reconocimiento del estatuto de refugiado requiere previamente el paso por la categoría de solicitante de asilo. A diferencia de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado que no contiene una definición de “solicitante de asilo”, el Derecho de la UE expresamente establece que por tal se entiende: “un nacional de un tercer país o un apátrida que haya presentado una solicitud de protección internacional sobre la cual todavía no se haya tomado una decisión definitiva”¹²⁴

Con todo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo ofrecen una protección limitada a las personas en búsqueda de asilo antes de que el Estado les reconozca como refugiadas y, principalmente, antes de que arriben al territorio o puedan presentar una solicitud formal de asilo. En tales circunstancias, la protección de la Convención queda circunscrita, por un lado, a la prohibición de imponer sanciones penales con motivo de la situación de migración irregular, según lo dispuesto por el artículo 31, y, por otro, al principio de *non refoulement*, reconocido en el artículo 33. Este último es la piedra angular del Derecho Internacional de Refugiados y, de acuerdo al criterio del ACNUR (UNHCR, 1994) configura una norma *ius cogens*. A diferencia de otras disposiciones de la Convención, el artículo 33.1 no incluye condiciones territoriales para su aplicación y, como tal, es consecuente con la naturaleza declarativa del estatuto de refugiado. En este sentido, como explica Moreno-Lax (2008: 333), el principio de *non refoulement* configura un derecho a la no deportación o inadmisión en la frontera, e incluso, conforme a una interpretación *pro homine*, el artículo 33.1 implica en alguna medida un derecho de entrada al Estado de acogida.

¹²⁴ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) (DO L 337, 20.12.2011, p. 9–26), art. 2.i.

2. Sin vías de acceso: las condiciones de entrada a la UE y su (in)aplicación a los solicitantes de asilo

Como sostienen Den Heijer, Rijpma y Spijkerboer (2016: 618), la dimensión exterior de la política europea común de asilo se caracteriza por las limitadas oportunidades de acceso al territorio de la UE por parte de las personas en búsqueda de protección. El diseño del SECA brinda una protección restringida al ámbito interno, ya que sus disposiciones cobran sentido únicamente cuando las personas solicitantes de asilo se encuentran en el territorio de la UE, pero no prevén vías especiales de acceso que garanticen el cruce regular de las fronteras. Al respecto, Dreyer-Plum (2019: 530) considera que, como resultado de la diversidad de actores e intereses en juego en el diseño de la política común de asilo, los instrumentos del SECA no brindan ninguna facilidad a la entrada de solicitantes de asilo y dejan sin solución el conflicto entre las políticas de control fronterizo y las obligaciones de protección internacional.

El marco jurídico sobre el cruce de fronteras exteriores y la concesión de visados para nacionales de terceros países contempla dos alternativas ambiguas para refugiados que intenten acceder de manera regular a la protección internacional de los Estados miembros de la UE (Moreno-Lax, 2008: 329): i) la autorización discrecional y excepcional de un Estado miembro mediante visados de validez territorial limitada, y ii) la exención *de facto* (y poco probable) del transportista cuando la persona alegue encontrarse en situación de búsqueda de protección internacional. Ambas alternativas se encuentran sujetas a la apreciación discrecional del Estado. Como sostuvo el TJUE en el asunto *X y X c. Bélgica*¹²⁵, el Derecho de la UE no contempla expresa ni claramente una obligación de los Estados de expedir visados humanitarios para acceder al territorio (Morgades Gil, 2021: 256). Sin embargo, siguiendo el criterio del Tribunal de Luxemburgo, la posibilidad no se encuentra obstaculizada y puede ser incluida en los ordenamientos internos.

El Reglamento 539/2001¹²⁶ contiene en sus Anexos I y II las listas de países a cuyos nacionales se les exige el requisito de visado y aquellos otros que se encuentran

¹²⁵ TJUE, Gran Sala, *X y X c. Bélgica*, sentencia de 7 de marzo de 2017, asunto C-638/16 PPU (ECLI:EU:C:2017:173).

¹²⁶ Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras

exceptuados. Este régimen diferenciado da lugar a la distinción entre países en “lista blanca” (*white list*) y países en lista negra (*black list*). Conforme al Preámbulo del Reglamento, la determinación de los terceros Estados cuyos nacionales están obligados o exceptuados del requisito de visado se realiza mediante “una evaluación, ponderada caso por caso, de diversos criterios relativos en particular a la inmigración clandestina, al orden público y a la seguridad, así como a las relaciones exteriores de la Unión con los terceros países, teniendo también en cuenta las implicaciones de la coherencia regional y de la reciprocidad” (párr. 5).

Es decir, los criterios para incluir a un país en una u otra lista obedecen a políticas diplomáticas y de control migratorio, sin atender a consideraciones sobre las situaciones de persecución o las necesidades de protección que pueden presentar las personas nacionales de los respectivos Estados (Moreno-Lax, 2008: 324). Por su parte, entre las excepciones al requisito de visado contempladas en el artículo 4 del Reglamento, tampoco se prevén motivos relacionados a la búsqueda de protección internacional. Incluso, los países de procedencia de la mayoría de personas reconocidas como refugiadas en la UE, como son los casos de Afganistán, Irak, Somalia o Sudán, se encuentran comprendidos en la “lista negra” y sus nacionales están obligados a presentar un visado de entrada de corta duración (Moreno-Lax, 2008: 324).

El Reglamento (CE) 80/2009¹²⁷, que establece el Código Comunitario sobre Visados, tampoco reconoce ninguna excepción para los solicitantes de asilo. Por el contrario, según su artículo 1, el Código “se aplicará a los nacionales de terceros países sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, de conformidad con el Reglamento (CE) no 539/2001”, reconociendo como excepciones el derecho de libre circulación de nacionales de terceros países que sean familiares de ciudadanos de la UE y de nacionales de terceros países en virtud de acuerdos entre la UE o sus Estados miembros y esos terceros países.

exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 81, 21.3.2001, p. 1–7).

¹²⁷ Reglamento (CE) no 80/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, por el que se establece un código de conducta para los sistemas informatizados de reserva y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n o 2299/89 del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 35, 4.2.2009, p. 47–55).

Por otro lado, los Estados miembros y la Unión han desarrollado un marco jurídico mediante el cual una parte importante del control migratorio se delega a las agencias de los servicios de transporte. La clave de efectividad de la delegación consiste en la imposición de sanciones a transportistas que trasladen a personas que no cumplen las condiciones legales de entrada al territorio. Como efecto, opera un proceso de privatización del control migratorio (Scholten, 2015). Así, por ejemplo, en los vuelos desde terceros países hacia un Estado miembro, el control de la documentación se realiza con carácter previo a la llegada al territorio de la UE (Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, art. 4.1) y es encomendado a las empresas transportistas. En caso de incumplimiento, la Directiva 2001/51/CE¹²⁸ establece sanciones para los transportistas que trasladen a personas extranjeras sin la documentación obligatoria. Moreno-Lax (2008: 322) denomina este supuesto como “intercepción pasiva o administrativa”. Para evitar las sanciones, los transportistas deben denegar el embarque de quienes no cumplan las condiciones de entrada. La regulación jurídica de la función de control por parte de los transportistas no incluye expresamente la posibilidad de realizar excepciones cuando se trate de persona que aleguen encontrarse en búsqueda de protección internacional.

Sin embargo, tanto el régimen de visados como la regulación sobre sanciones a transportistas debe integrarse con otras normas que contemplan excepciones basadas en el derecho de asilo y en la obligación de protección internacional (Moreno-Lax, 2008: 319). El Código de Fronteras Schengen establece que, en su aplicación, los Estados deben actuar dentro del pleno respeto de los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y del Derecho Internacional, incluida la Convención de Ginebra de 1951, y la correlativa obligación de protección internacional y el principio de no devolución (art. 4). Para ello, las reglas sobre cruces de fronteras interiores o exteriores no afectarán a “los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución” (art. 3.b). Las obligaciones de protección internacional configuran una excepción a la sanción del cruce no autorizado fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura (art. 5.3). En tales casos, el Código de Fronteras Schengen reconoce que las condiciones de entrada no pueden significar un

¹²⁸ Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (DO L 187, 10.07.2001, p. 0045–0046).

obstáculo al cumplimiento de las normas relativas al derecho de asilo y a la protección internacional (art. 14.1).

Por su parte, el Código de Fronteras Schengen establece que “por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan algunas de las condiciones establecidas en el apartado 1” (art. 6.5.c). El Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen contiene una norma similar según la cual la denegación de entrada no se aplicará cuando una Parte contratante “considera necesario establecer una excepción a este principio por motivos humanitarios o de interés nacional o por obligaciones internacionales” (art. 5.2). En ese supuesto, la autorización se realizará mediante la expedición de un visado cuya validez será limitada al territorio del Estado que autoriza la entrada, debiendo advertir de ello a las demás partes contratantes (arts. 5.2 y 16).

Asimismo, al fijar las obligaciones de los transportistas y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento, el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen deja a salvo los compromisos resultantes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 26). En línea con tal marco jurídico, la Directiva sobre sanciones a transportistas contempla en el artículo 4.2 que la obligación de imponer sanciones a transportistas “se aplicará sin perjuicio de las obligaciones de cada Estado miembro en caso en los que un nacional de un tercer país busque protección internacional”¹²⁹.

Siguiendo el razonamiento de Moreno-Lax (2008: 321), la ausencia de vías legales de acceso al sistema de asilo debe ser subsanada mediante una interpretación sistemática de las normas comunes sobre cruce de fronteras, que adecue los regímenes de migración a las obligaciones de protección internacional. A pesar de la debilidad del régimen jurídico de la UE sobre la introducción de excepciones a las condiciones regulares de acceso al territorio, la conjunción de normas internacionales y regionales permite sostener la primacía de la obligación de protección por encima del poder de control e irregularización de la categoría de solicitantes de asilo y refugiados.

¹²⁹ En igual sentido, se reconoce en el Preámbulo de la Directiva 2001/51/CE, op. cit., párr. 3: “La presente Directiva debería aplicarse sin perjuicio de los compromisos que resultan de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, tal como fue modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967.”

IV. CONCLUSIONES

Las fronteras y el control migratorio, en cuanto dispositivos de vigilancia, provocan como efecto la categorización de las personas que intentan acceder al territorio de los Estados o de aquellas que en ellos habitan. Estas categorías oscilan entre la ciudadanía, a la que se le reconocen plenos derechos, y la migración irregular, a la que el sistema jurídico se propone contener fuera y expulsar del territorio. De este modo, la categorización subjetiva construye una especie de pirámide jerárquica de los sujetos según los derechos que les son reconocidos en función de sus respectivas etiquetas. En el vértice de la pirámide se ubica la ciudadanía, cuya primera condición es la posesión de una determinada nacionalidad, a la cual queda aparejada el disfrute del amplio conjunto de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Los siguientes escalones de la pirámide descienden progresivamente, a la vez que se restringen los derechos reconocidos hasta llegar a la última categoría del migrante irregular.

Dentro de la UE, uno de los mayores hitos de la integración ha sido la construcción de una categoría autónoma de la ciudadanía europea, que deriva de la nacionalidad de un Estado miembro y que, como tal, presupone la existencia de una comunidad europea homogénea, diferenciada y diferenciable con respecto a otras. En contraposición a la ciudadanía, la categoría de extranjero se construye por negación, como toda aquella persona que no sea nacional de un Estado miembro o, en otras palabras, que sea nacional de un tercer país. Como resultado, ciudadanía y extranjería se presentan como una división binaria basada en la alteridad u “otredad”: quien no sea ciudadano (europeo) será extranjero. Por su parte, la categoría de nacional de un tercer país se sujeta a una segunda clasificación binaria, entre regular e irregular, según que la persona extranjera cumpla las condiciones fijadas por la ley para entrar y permanecer en el territorio de cada Estado.

La principal consecuencia de la categorización subjetiva es la atribución de diferentes estatutos jurídicos a cada persona, con diversos grados de reconocimiento de derechos. Con todo, aunque la categoría de irregular se defina por la infracción a la ley (o, desde otra perspectiva, por esa misma naturaleza de ilegalidad), se trata de un producto del propio sistema jurídico. Al igual que sucede en el Derecho penal con la tipificación del delito, entendido como una construcción social, política y jurídica que se consagra como una conducta criminal por la ley, en el Derecho de extranjería la irregularidad tampoco tiene autonomía ontológica. Por tanto, el migrante irregular es producto del

Derecho. La irregularidad no es un vacío, ni es sólo una zona fuera de la ley, sino que deriva y se encuentra siempre conectada y en dependencia con esta última. Es el propio Derecho el que facilita, dificulta o por completo anula las vías regulares de migración. La irregularidad migrante implica una relación con el Estado, que otorga un determinado estatuto jurídico y que, al igual que sucede con la ciudadanía, configura una determinada identidad política. Como consecuencia, la irregularización es también un proceso legal.

Ahora bien, el conjunto de categorías subjetivas se presenta en la teoría, y en la norma, como una distinción aparentemente clara, cuya aplicación permitiría catalogar fácilmente a cada persona y reconocerle un determinado estatuto jurídico. Sin embargo, en la práctica, los límites de la clasificación se difuminan y los márgenes entre una y otra categoría se desdibujan. En la realidad, las categorías no se presentan como compartimentos estancos sino como un continuum. De este modo, las categorías pueden superponerse en una misma persona. Así, por ejemplo, una mujer migrante transexual que recurre a vías irregulares para acceder a un Estado en búsqueda de “mejores oportunidades de vida” puede estar impulsada por la falta de oportunidades de trabajo en su lugar de origen debido a situaciones de persecución con motivo de su identidad de género. En otros casos, las diferentes categorías pueden sucederse a lo largo del tiempo. Por ejemplo, las personas en búsqueda de protección internacional pueden verse obligadas a recurrir a la migración irregular para salir de sus lugares y cruzar las fronteras del Estado de tránsito o de destino. Así, en la práctica, la categoría del solicitante de asilo supone en muchas ocasiones el tránsito previo por la categoría del migrante irregular, principalmente cuando no existen, o cuando son escasas, las vías regulares de acceso a los sistemas de asilo.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la codificación de los derechos humanos en declaraciones y tratados internacionales significó un avance fundamental en la protección de las personas con independencia de su nacionalidad, de su lugar de origen o de cualquier otro criterio que pudiera suponer una distinción arbitraria. Si bien los principales tratados de derechos humanos no refieren específicamente a las personas migrantes, el proceso de codificación a nivel internacional puede considerarse un avance fundamental para la protección de sus derechos y una salvaguarda frente al poder discrecional de los Estados de tránsito y destino. Sin embargo, la protección no es total y continúa sujeta en gran medida a la discrecionalidad de los Estados. En particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) recogen el derecho a salir del país, incluido el propio, pero ello no supone correlativamente un derecho de entrada al territorio de otro, que en todo caso quedará siempre sujeto a su respectiva regulación. La única garantía de protección en el momento del cruce de fronteras internacionales se reduce, tanto en el Derecho internacional de los derechos humanos como en el Derecho internacional de refugiados, al principio de *non refoulement*. Este principio, en cuanto norma básica de la protección internacional, junto con la prohibición de expulsiones colectivas y la prohibición de sancionar la entrada irregular, representan las únicas excepciones previstas en el marco internacional al monopolio absoluto del Estado en el control fronterizo. No obstante, aun así, la prohibición de devolución tampoco implica necesariamente una autorización de entrada y de permanencia.

La posibilidad de acceder a la categoría del solicitante de asilo por vías regulares depende, entonces, de las leyes de migración y de protección de cada Estado. Para pedir asilo, antes es necesario migrar. Si bien el Derecho distingue el asilo de la migración, como dos supuestos diversos que generan diferentes obligaciones para los Estados, en la práctica ambas situaciones pueden confluír. La acumulación de categorías es una consecuencia lógica derivada del propio sistema jurídico internacional y europeo de protección internacional. La Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados no contienen ninguna previsión especial que establezca la obligación de los Estados de habilitar una vía regular de acceso al asilo desde fuera del territorio. De hecho, la Convención y el Protocolo asumen que un solicitante de asilo puede encontrarse en la necesidad de recurrir a la irregularidad, al señalar que los Estados no pueden imponerle sanciones por tal motivo.

Asimismo, en el campo del Derecho de la UE, el SECA tampoco contempla formas especiales de acceso al territorio de los Estados miembros. Las reglas comunes del sistema de asilo en la Unión se limitan a las normas sobre el reconocimiento de las personas merecedoras de protección, las condiciones de su acogida y la determinación del Estado responsable de la tramitación del procedimiento. No existen normas específicas sobre el cruce de fronteras y entrada al territorio de los solicitantes de asilo, salvo una excepción establecida en términos generales en el Código de Fronteras Schengen, según la cual su aplicación será conforme a la CDFUE y al Derecho Internacional, incluida la Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Por el contrario, al igual que estos dos últimos instrumentos, el Reglamento Dublín III

asume que los solicitantes de asilo pueden verse obligados a ingresar de manera irregular, al establecer el primer lugar de entrada irregular como el criterio residual de determinación del Estado responsable del procedimiento. Por fuera de esta disposición específica del Reglamento Dublín III, no existen otras normas en el SECA que hagan referencia a cómo las personas extranjeras pueden ingresar para solicitar protección. Como se analiza más adelante, según la jurisprudencia del TJUE, los Estados pueden establecer canales de entrada para solicitantes de asilo que se encuentran en terceros países, por ejemplo mediante la expedición de visados humanitarios en las embajadas, pero el Derecho de la UE no los obliga a ello. Como resultado de la anomia relativa al acceso, la protección internacional se habilita tras el cruce de la frontera. Hasta entonces, el solicitante de asilo que no cumpla las condiciones de entrada será catalogado como un migrante irregular.

Más allá de los conflictos epistémicos derivados del llamado “fetichismo de las categorías”, el principal problema de la superposición o la sucesión concatenada de etiquetas se presenta con relación a la efectiva protección de los derechos. Este problema se agrava en el caso de las personas que se encuentran en búsqueda de asilo, cuya vulnerabilidad se exagera en caso de no poder cumplir los requisitos necesarios para una migración regular. El reconocimiento de sus derechos queda condicionado a que los solicitantes de asilo por sí mismos puedan abandonar la categoría de migrante irregular, tras cruzar las fronteras sorteando la aplicación de las leyes de migración, y presentar formalmente una solicitud de asilo que les permita “pasar” de categoría. En este sentido, en situaciones de irregularidad, las fronteras se convierten en espacios de “no derecho”, que se perpetúan y se expanden posteriormente a lo largo del territorio.

Frente a este contexto, como se analiza en el siguiente capítulo, las tendencias políticas imperantes en la gobernanza migratoria a nivel global se caracterizan actualmente por una serie de procesos que obstaculizan seriamente el paso de la migración irregular a la solicitud de protección. Los Estados del llamado norte global externalizan sus controles, mediante la aplicación extraterritorial del control migratorio y mediante la atribución de responsabilidades de contención de la migración irregular a los países del sur global, considerados lugares de origen y de tránsito. En simultáneo, estos últimos importan las lógicas y herramientas del control fronterizo y migratorio, y los aplican de manera concomitante en relación con otros países que son también lugares de origen y espacios de tránsito.

La “preocupación” de los Estados por la prevención de la migración irregular se manifestó notablemente a partir de las décadas de 1970 y 1980, tras los años de recesión económica generalizada en Estados Unidos, Europa y América Latina, con el objeto de regular el acceso a los mercados de trabajo. En el caso específico del Espacio Schengen, además, esta preocupación se multiplicó debido a la puesta en marcha del sistema de libertad de circulación entre fronteras interiores a partir de 1990. Sin embargo, las políticas actuales de gobernanza migratoria se definieron sustancialmente a partir de los primeros años del siglo XXI, y en particular desde los atentados terroristas que se sucedieron en Nueva York y en diferentes ciudades europeas a partir de 2001 en adelante.

Desde entonces, la percepción de las migraciones como una amenaza a la seguridad exterior e interior produjo otro proceso cascada. Si la migración (irregular) es una amenaza, es necesario prevenirla y contenerla lejos y, si llega, es preciso detenerla, reprimirla y expulsarla. Este conjunto de procesos de securitización, externalización y criminalización, que se analizan a continuación, provocó un mayor bloqueo en el cruce de las fronteras. Como resultado, estas últimas incrementaron su función de dispositivos de control y categorización para la preservación de la seguridad. Ante la percepción de inseguridad, los Estados han respondido mediante el método tradicional del poder penal como herramienta de defensa. En el ámbito de las migraciones, el monopolio soberano de los Estados en la vigilancia de las fronteras y el control sobre las personas que las atraviesan confluye con el monopolio para la preservación de la seguridad exterior e interior y el empleo del poder penal para hacer frente a cualquier riesgo que ponga en entredicho el llamado orden público.

CAPÍTULO 4. LAS RESPUESTAS A LA MIGRACIÓN COMO “AMENAZA A LA
SEGURIDAD”: CONTROL MIGRATORIO HACIA FUERA, PODER PENAL HACIA
DENTRO

I. INTRODUCCIÓN: SECURITIZACIÓN, EXTERNALIZACIÓN Y CRIMINALIZACIÓN COMO PROCESOS EN CASCADA

Las políticas de control migratorio de los Estados del norte global presentan en general una naturaleza compleja, en cuanto buscan abordar de manera fusionada las múltiples y diferentes problemáticas que giran en torno a la movilidad humana a través de las fronteras. Con especial intensidad desde el final de la Guerra Fría, tales políticas se han caracterizado por sus tendencias hacia la externalización, la privatización y la securitización de las estrategias y los mecanismos de control (Spikerboer, 2018: 453). Como resultado, la complejidad del fenómeno migratorio suele quedar reducida a la prevalencia del interés por preservar la seguridad del Estado, cuya prioridad se coloca por encima de la seguridad humana de las personas migrantes, las posibilidades de acceso al territorio en condiciones regulares y las necesidades de protección internacional de eventuales solicitantes de asilo (Noll, 2003a, 2018; Goldner Lang, 2018: 2). Estas dinámicas se han acentuado notablemente durante las últimas dos décadas. El énfasis sobre la preservación de la seguridad a través del control migratorio se ha materializado mediante la expansión del proceso de criminalización de la migración, esto es la asociación de los movimientos migratorios y de las personas migrantes a situaciones de criminalidad y su tratamiento mediante mecanismos propios del poder penal.

Desde los albores del siglo XXI, la gestión de la movilidad humana se desarrolla en un contexto de creciente securitización, es decir, la percepción y el tratamiento de la persona migrante como un potencial problema de seguridad. Ello exacerba la función de selectividad que cumplen las fronteras como dispositivos de control sobre los flujos migratorios. El Estado busca expandir el alcance de sus fronteras para enfrentar a las migraciones entendidas como amenazas a la seguridad. De este modo, como explica Menjivar (2014: 355), la seguridad del Estado es la raíz de una expansión multidireccional de las fronteras, tanto hacia dentro como hacia fuera del territorio.

Hacia fuera del territorio, los Estados persiguen evitar la llegada de flujos migratorios no deseados a sus territorios, mediante la implementación de técnicas y dispositivos de “control remoto” (*remot control*: Zolberg, 2003: 195) o de “vigilancia a distancia” (*policing at distance*: Bigo y Guild, 2005: 204). Para ello, los Estados de destino “exportan” sus políticas y legislaciones migratorias restrictivas hacia los países de tránsito y de origen (Lo Coco y González Hidalgo, 2021: 80), además de desplegar agentes de control –público y privados– en el territorio de otros Estados o en zonas internacionales. Como resultado, la categoría de “migrante irregular” ya no se circunscribe sólo a los límites del Estado de destino, sino que se expande temporal y geográficamente más allá (Menjivar, 2014: 363), materializándose durante todas las etapas de la movilidad, tanto al momento de la entrada o permanencia en el territorio del Estado de destino como también durante el tránsito e, incluso, frente a una potencial y eventual salida.

Los argumentos del Estado (y de la UE) para sostener la legitimidad de las políticas de control migratorio más allá de las fronteras exteriores giran en torno al objetivo de evitar los peligros ínsitos en las vías irregulares de migración (Fassin, 2005; Campesi, 2011; Walters, 2011; Cutitta, 2014, 2018). En el diseño y la implementación de las políticas extraterritoriales subyace una lógica dual que oscila entre la protección de las personas migrantes, la impermeabilidad de las fronteras y la obstrucción al acceso al territorio. De este modo, el control migratorio concentra intereses que pueden entrar en fricción: por un lado, aprovechar los beneficios derivados de la movilidad humana y, por otro, conservar el poder del Estado de controlar la entrada y permanencia de la población en su territorio (Spijkerboer, 2018: 456). La desavenencia entre el efecto deseado (la protección, en el discurso) y el efecto producido (la restricción, en el discurso y en la práctica) resulta especialmente problemática cuando las consecuencias de la externalización recaen en la movilidad forzada de personas en búsqueda de protección internacional. Como resultado, la protección de solicitantes de asilo en tránsito se debilita no sólo ante el riesgo de ser víctimas de delitos transfronterizos, sino también de las propias medidas adoptadas por los Estados para combatir esa misma criminalidad (Gammeltoft-Hansen y Tan, 2016: 638).

En simultáneo, la implementación de políticas securitarias es el paso previo a la activación de mecanismos de poder penal para afrontar el “peligro” (“la migración irregular”) al bien jurídico especialmente protegido (“la seguridad interior/exterior”).

Tradicionalmente, el poder penal se erige como la respuesta automática del Estado ante cualquier fenómeno que se construya en torno a las ideas de inseguridad y criminalidad. De este modo, el proceso de securitización se relaciona de manera directa con el fenómeno de la criminalización de los movimientos migratorios (“*crimmigration*”). El poder penal se activa para garantizar la preservación de las fronteras y el territorio (seguridad exterior) y de la ciudadanía (seguridad interior y control social).

Sin embargo, en el ámbito del control migratorio, la activación del poder penal suele operar como medida extraordinaria o de excepción, de tal modo que no incluye todo el conjunto de garantías procesales. Como observa Soliman (2019: 230), en este campo el Estado despliega un poder soberano que encuadra en la definición de soberanía de Agamben (1995, 2005), entendida como el poder de suspender la ley y decidir cuándo se aplica.

Este capítulo tiene por objeto de estudio las tendencias políticas que rigen actualmente a las migraciones, atendiendo especialmente su aplicación en el ámbito de la UE. El objetivo consiste en determinar si los procesos de securitización, externalización y criminalización, generalmente analizados como procesos independientes, pueden considerarse un proceso cascada. El primer nivel, de securitización, tiene lugar inicialmente mediante la percepción de la migración (irregular) como una amenaza para la seguridad del Estado y al conjunto de la UE. El segundo nivel, de externalización, opera como consecuencia de la securitización, que justifica que la migración (irregular) sea prevenida y contenida fuera de sus fronteras, en los países de origen y de tránsito. Por último, el tercer nivel, de criminalización, se activa en caso de fallas en el nivel anterior que permitan al migrante irregular entrar o permanecer en el territorio. Este proceso en cascada agrava sus efectos en el caso de solicitantes de asilo, especialmente cuando su categoría se superpone a la del migrante irregular.

II. LA SECURITIZACIÓN DE LAS MIGRACIONES

El concepto de securitización hace referencia al proceso constructivista y al carácter performativo de la (in)seguridad. En otras palabras, como explica Campesi (2012: 5), se trata del proceso mediante el cual una cuestión se transforma en un problema de seguridad, con total independencia de su naturaleza objetiva, o de la relevancia específica de la supuesta amenaza. El término securitización fue acuñado por Ole Wæver

tras el final de la Guerra Fría, momento de transición en los estudios sobre seguridad (Bigo, 2016: 1072; Guild, 2009: 8)¹³⁰. En el ámbito académico de las Relaciones internacionales, la ruptura de la dicotomía entre los dos grandes bloques de países enfrentados, occidental y comunista, provocó la reflexión sobre cuáles eran los problemas de seguridad política internacional en el nuevo orden mundial. En este contexto, durante la década de 1990, tuvo lugar el desarrollo de un conjunto heterogéneo de estudios críticos en el ámbito de la seguridad (C.A.S.E. Collective, 2006: 444).

Hasta entonces, los análisis sobre la seguridad desde las Relaciones internacionales se habían formulado siguiendo la línea de las llamadas teorías realistas y neorrealistas (*Strategic Security Studies*). Conforme estas teorías, la noción de seguridad respondía a la preservación y la defensa de la integridad territorial del Estado, como objeto referente frente a otros Estados¹³¹. Estas teorías tradicionales se dirigían al estudio de las políticas centradas en la acción bélica y en los recursos militares y geoestratégicos orientados a la protección de la identidad física y política del Estado nación como único objeto referente de la seguridad. Desde esta perspectiva, la seguridad era entendida como “seguridad nacional” (o seguridad del Estado como entidad política), como la ausencia de guerra y conflicto, y como una condición para la paz y el orden público (Bigo, 2016: 1073). En este entendimiento, las amenazas a la seguridad tenían un carácter objetivo, en el sentido de que podían presentarse y materializarse en la realidad como si se trataran de fenómenos naturales.

En contra de los postulados de las teorías realistas y neorrealistas, las teorías críticas pusieron en evidencia que la palabra “seguridad” es un concepto dúctil, que no se limita sólo a la descripción de la realidad, sino que tiene capacidad por sí misma para construir dicha realidad. De este modo, los nuevos estudios críticos amplían los márgenes de la noción de seguridad más allá de su acepción político militar. A su vez, el objeto referente de seguridad comprende no sólo al Estado y su integridad territorial, sino también a la sociedad y al individuo. Desde esta perspectiva crítica, los estudios sobre seguridad han derivado en una serie de teorías (Balzacq et al., 2016: 517) que, desde diferentes enfoques y sobre diversos casos empíricos, persiguen la comprensión de la

¹³⁰ Al respecto, Wæver (1995) considera el final de la Guerra Fría como un movimiento de des-securitización (Guild, 2009: 8).

¹³¹ Arnold Wolfers y Stephen Walt son exponentes de esta corriente.

securitización, es decir, el proceso mediante el cual un determinado ámbito de la realidad es abordado desde sus posibles o supuestas implicaciones contra la seguridad.

Las teorías de la securitización toman como punto de partida la construcción intersubjetiva de los términos seguridad, amenaza e inseguridad, así como también de las políticas dirigidas a tales ámbitos. En este sentido, el término securitización evoca constructivismo: la (in)seguridad no representa una situación fáctica y objetiva, no comprende una realidad tangible *per se*, sino que es una construcción hecha por actores sociales (Van Munster, 2009: 5). A su vez, el reconocimiento del carácter constructivista de la seguridad por parte de estas teorías implica, en definitiva, una crítica a la despolitización del concepto y una apuesta por su enfoque desde el ámbito político (C.A.S.E. Collective, 2006: 445).

A partir de allí, estas teorías se preguntan cómo opera la construcción de una situación o realidad como “amenaza” que pone en peligro la seguridad. Las respuestas a tal interrogante han dado lugar a diferentes enfoques y corrientes teóricas en torno a la securitización. Con carácter pedagógico, los diferentes abordajes son categorizados en “escuelas”, para dar cuenta ya sea de una evolución de las teorías en el tiempo, o bien para enfatizar su perspectiva de aproximación –más centrada hacia lo filosófico o lo sociológico–. No obstante, según Balzacq et al. (2016: 498), tal categorización resulta cuestionable, ya que los aportes de los diferentes autores no se ajustan estrictamente a los tipos ideales de cada escuela en abstracto, sino que sus desarrollos teóricos suelen combinar los diferentes enfoques. Asimismo, los análisis empíricos sobre la securitización sobre ámbitos específicos de la realidad (por ejemplo, las migraciones, el cambio climático, la salud global) requieren el estudio de diferentes dimensiones para llegar a una comprensión completa del problema (Balzacq et al., 2016: 517). En definitiva, si bien la clasificación de escuelas presenta ventajas para la comprensión de los estudios sobre la seguridad, las diferentes corrientes no son antagónicas, sino complementarias para un abordaje más completo de la complejidad inherente al proceso de securitización.

1. Las teorías de la securitización

La explicación histórica del marco teórico sobre securitización suele tomar como punto de partida el aporte crítico de la Escuela de Copenhague a las teorías realistas y neorrealistas de las Relaciones internacionales. En esta línea, las ideas formuladas por la Escuela de Copenhague son posteriormente desarrolladas, rebatidas y ampliadas por las demás corrientes, agrupadas en torno a la denominada Escuela de París (con una aproximación más centrada en la perspectiva sociológica) y en la Escuela de Aberystwyth (que indaga sobre alternativas a la securitización) (C.A.S.E. Collective, 2006). Estas tres “escuelas” principales se relacionan y comparten una base teórica común: la (in)seguridad no representa una situación fáctica y objetiva, ni tiene realidad objetiva *per se*, sino que responde a una construcción social e intersubjetiva.

La formulación inicial de la teoría de la Escuela de Copenhague se centra en el proceso de securitización a través del discurso (*speech acts*). En este sentido, Wæver (1998: 6) señala que “por definición, algo es un problema de seguridad cuando las élites declaran que así sea”¹³². En consecuencia, la Escuela de Copenhague aborda la securitización desde el análisis retórico, haciendo especial énfasis en la comunicación y las narrativas. Los elementos que intervienen en el proceso son los siguientes: i) agentes de securitización, ii) actos discursivos (*speech acts*), iii) audiencia, y iv) adopción de medidas extraordinarias.

En líneas generales, el proceso inicia mediante el señalamiento por parte del agente de securitización (*securitizing actor*), a través de su discurso, de un determinado ámbito de la realidad como amenaza a la seguridad de un objeto de referencia (*reference object*). Al respecto, las teorías sobre securitización han centrado su atención en el Estado o la nación como objetos de referencia. Por ello, los agentes de securitización generalmente cuentan previamente con un ámbito de poder y legitimación para definir la (in)seguridad y adoptar medidas extraordinarias para su abordaje. A partir de allí, el carácter intersubjetivo de la securitización implica que el proceso, para ser efectivo, requiere la aceptación de ese discurso por parte de la audiencia, como paso previo a la adopción de medidas extraordinarias, por fuera o más allá de la ‘política normal’, para enfrentar la amenaza. Dicha aceptación da lugar a lo que se denomina el “movimiento

¹³² Wæver, 1998: 6, traducción propia: “By definition, something is a security problem when the elites declare it to be so”.

securitizador” (*securiting movement*). Las medidas extraordinarias consisten principalmente en la restricción de las libertades, el incremento del control y la vigilancia, y la erosión de las garantías.

La importancia de la intersubjetividad en el proceso de securitización, como uno de los principales postulados de la Escuela de Copenhague, es a su vez uno de los principales motivos de crítica debido a la ambigüedad en la que puede resultar (Léonard y Kaunert, 2019: 22). La dependencia de la efectividad de la securitización a la aceptación de la audiencia plantea interrogantes que pueden debilitar la capacidad explicativa de la teoría. En este sentido, se han formulado críticas en torno al concepto de audiencia (¿quién/quienes se encuentran comprendidos/as? ¿hay una única audiencia o múltiples audiencias?) así como también a la aceptación del *speech act* (¿cómo y cuándo se manifiesta?).

Tales observaciones críticas han permitido el desarrollo de teorías conexas que han enfatizado en las prácticas de securitización. Desde esta óptica, el proceso de construcción de un determinado ámbito de la realidad como (in)seguro opera no sólo mediante el discurso, sino también a través de las prácticas que desarrollan los agentes de securitización, lo que permite soslayar la ambigüedad que se cierne sobre la identificación de la audiencia y su aceptación.

Con intención pedagógica, las teorías que se desarrollan a partir de los análisis de la Escuela de Copenhague se enrolan en otras dos. Por un lado, la Escuela de París, cuya aproximación se realiza principalmente desde la sociología, con una marcada inspiración en las teorías de Bourdieu (en particular, el concepto de *habitus*) y Foucault (en particular, los conceptos de *gubernalidad* y *dispositif*). Por otro, la Escuela de Aberystwyth, que critica a las teorías anteriores su perspectiva centrada en el Estado y propone modificar el punto de mira hacia las personas. En este sentido, desde una aproximación teórica neomarxista, señala que el Estado es un agente productor de inseguridades, frente a lo cual la seguridad humana requiere de la emancipación de las personas.

Se advierte que los diferentes abordajes académicos sobre la securitización pueden conducir a resultados dispares. La constatación de que un determinado ámbito de la realidad se encuentra securitizado depende del elemento sobre el que se haga énfasis. De este modo, las diferentes bases teóricas pueden llevar a diferentes resultados. Para explicarlo, Balzacq (2014: 98) pone como ejemplo el caso de la migración después del

atentado terrorista en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 (11S): desde un análisis centrado en el lenguaje, es posible cuestionar la producción de un proceso de securitización, mientras que las prácticas implementadas a partir de entonces denotan un claro proceso de securitización. Ante ello, Balzacq et al. (2016) advierte que ambos enfoques resultan válidos, aunque pueden resultar incompletos o contradictorios por sí solos. Ante ello, propone recurrir a herramientas que permitan acercar posiciones para obtener un acercamiento integral al fenómeno, como la teoría foucaultiana de la gubernamentalidad (*gubernmentality* o *analytics of government*), que puede servir de puente de unión de ambos enfoques, a fin de alcanzar una comprensión más integral del fenómeno de la securitización.

2. La securitización de los movimientos migratorios

A la hora de estudiar la gobernanza migratoria en el momento contemporáneo, el proceso de la securitización constituye un factor fundamental a tener en cuenta. En este sentido, la percepción de las migraciones como un problema de seguridad de los Estados es cada vez más evidente y explícita en el discurso y las respuestas políticas y jurídicas implementadas para el control migratorio tanto dentro como fuera de las fronteras (Spijkerboer, 2018: 453). En especial, los atentados terroristas que tuvieron lugar a inicios del siglo XXI, en Nueva York, Londres y Madrid, han arraigado con firmeza la tendencia política hacia el tratamiento de la migración como un asunto de seguridad interior (Bigo, 2005; Huysmans, 2006; Bosworth y Guild, 2008). A partir de entonces, los atentados despertaron un miedo a la “globalización de la violencia” (Bigo y Guild, 2005: 253) y el miedo al terrorismo internacional quedó solapado con el miedo a la migración irregular (Dauvergne, 2004: 588).

Desde la Teoría del Estado y el Derecho Internacional, la concepción de las fronteras como elementos de “seguridad nacional” no es novedosa ni contemporánea. Desde el siglo XVII, la delimitación fronteriza en el proceso de formación de los Estados nación ha servido o se ha justificado por motivos de seguridad del territorio, la ciudadanía y la preservación del orden público. En este sentido, según Melossi (2003: 371), la criminalización de las personas migrantes ha sido una característica constante en la historia de la modernidad. En palabras de Michel Foucault, el Estado, en cuanto soberano del territorio, es un “arquitecto del espacio”, desde cuya posición desempeña una función

de disciplina, de regulación y de garantía de distintos tipos de circulación: personas, mercancías, etc. (Foucault, 2008: 39). De este modo, Foucault señala que, así como el problema de la soberanía durante la Edad Media era la ampliación y la conservación del territorio, a partir del siglo XVII la preocupación de la soberanía girará en torno a la regulación de la circulación, y con dicho objetivo se configurarán diferentes mecanismos de seguridad:

“[...] vemos aparecer un problema muy distinto: ya no fijar y marcar el territorio, sino dejar fluir las circulaciones, controlarlas, seleccionar las buenas y las malas, permitir que la cosa se mueva siempre, se desplace sin cesar, vaya perpetuamente de un punto a otro, pero de manera tal que los peligros inherentes a esa circulación queden anulados. Ya no la seguridad del príncipe y su territorio, sino la seguridad de la población y, por consiguiente, de quienes la gobiernan.” (Foucault, 2008: 74).

Desde mediados del siglo XX en adelante, la globalización ha distendido progresivamente las fronteras nacionales en algunos aspectos, pero también las ha reforzado en otros. A pesar de las dificultades que supone definir el término globalización¹³³, el proceso puede ser entendido como la propensión a una mayor interconexión internacional (Hirst y Thompson 2002: 247). A partir del final de la Guerra Fría, como advierten las escuelas de los Estudios críticos sobre seguridad, las fronteras han perdido progresivamente su función de defensa militarizada frente a los ataques de otros Estados y se han convertido en elementos de prevención y en espacios de lucha ante otros tipos de amenazas, provenientes de actores no estatales como, por ejemplo, las redes de criminalidad transnacional (Campesi, 2015b; Bosworth y Guild. 2008). De este modo, las transformaciones de la noción de frontera han venido acompañadas por un proceso de securitización como paradigma dominante (Bigo, 2001).

En este contexto, las políticas de migración evidencian la contradicción en las lógicas de la globalización (Fassin, 2011: 214). La tensión se produce debido al enfrentamiento entre, por un lado, la libertad de circulación de bienes, servicios, capitales y personas (trabajadoras), por la que aboga el modelo globalizador del sistema económico, y, por otro lado, la protección de la seguridad de las personas (ciudadanas), del Estado y del propio sistema económico. Siguiendo a Menjivar (2014: 354), mientras las reglas del comercio mundial se liberalizan, las políticas de migración (no deseada) se

¹³³ Dauvergne (2004: 592) sostiene que la globalización escapa a cualquier intento de ser definida.

endurecen. Como señala Barbero (2010), se observan dos tendencias contrapuestas: por un lado, la desregularización y la ausencia del Estado en determinados ámbitos como en el medio ambiente, la economía, las telecomunicaciones, y, por otro lado, la reafirmación del poder del Estado a través del control cada vez más estricto sobre las migraciones. En especial, la racionalidad del sistema económico globalizado ha intensificado los controles migratorios en contextos de crisis del capitalismo global (Fernández Bessa y Brandariz García, 2016; Perelló Carrascosa, 2018: 300).

Como efecto de la securitización de la migración, las fronteras de los Estados se vuelven más selectivas y centradas en el control de las personas extranjeras que intentan cruzarlas, principalmente cuando el cruce se produce de manera irregular (Gerard y Pickering, 2013: 597). Huysman (2006: 64) identifica tres esferas en las que la migración es considerada una amenaza en términos de seguridad y que explican el carácter multidimensional de su securitización: 1) la seguridad interna, que justifica la intervención de las agencias policiales en el control migratorio; 2) la identidad cultural, que presenta a la migración como un problema de integración social y política; y 3) el sistema de seguridad social o de Estado de bienestar, en el que las personas migrantes y refugiadas son señaladas como responsables del carácter cada vez más competitivo del sistema.

En definitiva, el proceso de securitización de las migraciones encierra una tensión entre la preservación de la “seguridad” (como función de la entidad con soberanía nacional) y la “libertad” de circulación (como ejercicio de derechos humanos). En términos más generales, esa tensión se puede entender como una parte de la tradicional dialéctica entre el poder y los derechos, que ha dado lugar a los cambios sistémicos más importantes a lo largo de la historia.

3. La securitización de las migraciones en la Unión Europea

El proceso de construcción y evolución de los Estados europeos, desde la Paz de Westfalia hasta la actual integración en la UE, constituye un caso paradigmático, y a la vez particular, dentro del estudio sobre las mutaciones globales en torno al concepto y el sentido de las fronteras (nacionales / internas / externas), la ciudadanía (europea) y la alteridad (extranjera). En la combinación de estas tres nociones entran en disputa las tensiones entre seguridad (“soberanía”) y libertades (“derechos”) de circulación; entre la

potestad del control de las migraciones y las obligaciones de protección internacional de los Estados. Con las fronteras como elementos de referencia del poder, la “seguridad” funciona como un filtro que clasifica a las personas que intentan cruzarlas y circular el territorio. Al respecto, como explica Guild (2009: 2), la seguridad es un componente esencial para la delimitación de las categorías subjetivas que se construyen desde la frontera, con especial énfasis en la categoría del “migrante irregular”. Esta última se diseña en función de la prevención, la represión y la expulsión de los sujetos considerados como productores de inseguridad.

Las corrientes teóricas sobre la securitización han centrado gran parte de su atención en los movimientos migratorios, principalmente en Europa y, en particular, en los Estados miembros de la UE. Incluso, una de las críticas contra estas teorías se dirige a su marcada perspectiva occidental y eurocéntrica (Wæver, 2014; Buzan & Hansen, 2010; Bilgin, 2010). No obstante, en las últimas décadas el marco teórico ha expandido sus horizontes hacia otras latitudes, para el análisis de la securitización de las migraciones en América y Oceanía, en especial hacia los principales Estados industrializados receptores de migración, como Estados Unidos, Canadá (Bourbeau, 2011; Atak, Hudson, Nakache, 2018) y Australia (Humphrey, 2013; Kampmark, 2017; Ghezelbash et al., 2018).

En el ámbito de la UE, la construcción de la política común de asilo e inmigración se inscribe en la tendencia global hacia la intensificación de la securitización de los movimientos migratorios. A partir de la década de los ochenta, tras la recesión económica en Estados Unidos, Europa y América Latina, la preocupación por la regulación de las vías de entrada y permanencia en el territorio de los Estados se justificaba principalmente por razones económicas propias del mercado de trabajo. Sin embargo, en el caso especial de los Estados europeos, la progresiva conformación del Espacio Schengen motivó también el incremento del control fronterizo y migratorio a partir de las preocupaciones generadas a raíz de la abolición del control en las fronteras interiores.

Como resultado de la reconstrucción de las fronteras de la Unión y los Estados miembros, el Espacio Schengen intensificó el proceso de securitización de las migraciones. La eliminación de los controles en las fronteras internas reforzó la función de las fronteras exteriores como instrumentos de control fronterizo (Mitsilegas, 2009). Al respecto, Walters señala que en el Espacio Schengen las amenazas a la seguridad ya no

proviene de las relaciones geopolíticas con otros Estados, sino de personas, generalmente racializadas y no cristianas (Walters, 2002: 570). En este sentido, el funcionamiento del Espacio Schengen sigue una lógica dual en la que queda en evidencia la tensión entre la liberalización de las fronteras (hacia lo interno) y la securitización (hacia lo interno y, en especial, hacia lo externo) de los movimientos migratorios (irregulares).

En consecuencia, la construcción del marco jurídico común sobre fronteras y migración es el resultado de múltiples variables solapadas, y a veces contradictorias (van Munster, 2009: 11). Tales variables giran en torno a mecanismos y objetivos diversos: i) la supresión de controles y la libertad de circulación sin discriminación por nacionalidad hacia lo interno (por tiempo limitado en el caso de nacionales de terceros Estados), ii) el reforzamiento de controles hacia lo externo, iii) la libertad de residencia y trabajo para ciudadanos de la Unión, y iv) las restricciones en las vías de acceso a permisos de residencia y trabajo para nacionales de terceros países. Como explica Basaran (2011: 63), el desafío para el Estado liberal es crear un orden legal que justifique las limitaciones a las libertades fundamentales en su territorio. En este sentido, la combinación de las cuatro variables mencionadas encierra la paradoja de introducir prácticas restrictivas y excluyentes en regímenes de modelo liberal que promueven una movilidad transfronteriza sin controles.

La profundización del modelo globalizador y, en particular, los atentados terroristas a nivel internacional que marcaron los inicios del siglo XXI (Nueva York, Madrid, Londres), reforzaron la securitización de la migración de terceros países hacia la UE. En este contexto, de manera progresiva, el debate político en torno a las migraciones ha sido cooptado en buena medida por los grupos conservadores antinmigración. Como sostienen Gonzalo, Fanjul et al. (2021: 2), en la arena política europea, el resurgimiento de corrientes políticas de extrema derecha y su irrupción en las instituciones democráticas han provocado que los valores y principios fundacionales de los Estados derechos, entre ellos “derechos escritos en piedra como el de asilo y refugio” sean puestos en cuestión.

Como resultado de la securitización de las migraciones, las fronteras exteriores operan como instrumentos de defensa ante la “amenaza”. De ahí la especial preocupación de las instituciones de la UE y los Estados miembros en el control de las fronteras exteriores, hacia donde se dirigen las principales estrategias y políticas de control

migratorio. Un amplio conjunto de dispositivos y mecanismos de seguridad se despliegan, mediante el desembolso de cientos de millones de euros en dispositivos tecnológicos de vigilancia, tales como radares, cámaras térmicas, drones y sensores de movimientos. Como sostienen Ahmed y Tondo (2021), la UE se encuentra construyendo un “muro digital” a lo largo de sus fronteras marítimas y terrestres. El discurso es aquí también ambivalente, oscilando entre la defensa de la seguridad y la protección de los derechos de las personas que arriesgan sus vidas por cruzar las fronteras. Esta ambivalencia, propia del denominado “humanitarismo” (*humanitarianism*), justifica la implementación de técnicas de control que ocultan su naturaleza excluyente bajo una narrativa de protección de derechos (Walters; 2011; Aas y Gundhus, 2015: 2). Incluso, el discurso humanitarista sirve de justificación para la expansión del derecho penal como herramienta para la gobernanza migratoria (Bosworth, 2017b; Lohne, 2018), alimentando el proceso de criminalización de la migración tanto dentro como fuera de las fronteras. En esta línea, el Estado recurre al castigo de la criminalidad asociada a la movilidad humana para prevenir las vulneraciones de derechos que sufren las personas migrantes en las vías irregulares. Como corolario, las políticas de control migratorio y fronterizo caen en un círculo vicioso en el que el mismo control incrementa los peligros para la vida humana y deja a los derechos en situación de desprotección.

III. LA EXTERNALIZACIÓN DE LAS FRONTERAS Y LA DIMENSIÓN EXTERNA DE LAS POLÍTICAS DE MIGRACIÓN Y ASILO

En el ámbito de la UE, la “crisis de refugiados” de 2015 fue el inicio de un nuevo proceso de discusión y reforma de la política europea común de inmigración y asilo. Sin embargo, las dificultades en la toma de decisiones y el fracaso en alcanzar consensos sobre la dimensión interna explosionaron la tendencia a la externalización del control fronterizo y migratorio, mediante la delegación de responsabilidades a otros actores públicos y privados y la proyección extraterritorial de los alcances del poder del Estado sobre las personas (eventualmente) migrantes. En este sentido, la externalización del control fronterizo y migratorio opera en dos direcciones que se complementan y retroalimentan. Por un lado, la externalización se produce mediante prácticas extraterritoriales desplegadas por el propio Estado interesado fuera de sus fronteras. Por otro, se externaliza el control con relación a los actores responsables, de tal modo que las

tareas de vigilancia y gestión de los movimientos migratorios se traslada hacia otros sujetos, ya sean agentes privados (por ej., transportistas) u otros Estados (principalmente países vecinos con fronteras compartidas)¹³⁴.

Como explican Moreno-Lax y Lember-Pedersen (2019: 5), la externalización del control fronterizo puede ser definida como un conjunto de procesos mediante los cuales los Estados persiguen complementar sus políticas territoriales de control migratorio mediante un control extraterritorial desarrollado a su favor por terceros países. En definitiva, el interés de los Estados en el despliegue de políticas de externalización consiste en que la gestión de los flujos migratorios se realice fuera del territorio nacional, e incluso en algunos casos sin necesidad de toma de contacto (*contactless control*: Moreno-Lax y Giuffré, 2017: 4), como mecanismo para prevenir la llegada de la migración “no deseada”.

Tales medidas presentan particularidades en cuanto suponen una proyección del control fronterizo que configura “fronteras virtuales” (Abrisketa Uriarte, 2017: 129) en los territorios de los Estados de origen y tránsito convertidos en “guardianes” de las fronteras de destino. En palabras de Guild (2006: 45), como efecto de la externalización, los límites del control sobre la movilidad humana no coinciden con la demarcación territorial de los Estados. De este modo, se produce una ruptura en la vinculación tradicional entre soberanía, jurisdicción y territorio, presupuestos tradicionales de la responsabilidad internacional de los Estados.

En efecto, desde el punto de vista jurídico, la externalización del control fronterizo y migratorio suscita el problema de la responsabilidad de los Estados, principalmente ante eventuales vulneraciones de derechos humanos que ocurren fuera del territorio nacional pero como consecuencia de la ejecución del control externalizado. En este sentido, los Estados pueden utilizar la geografía para escapar de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de refugiados (Mountz, 2011: 120). Como resultado, el control migratorio extraterritorial y externalizado convierte a las fronteras en espacios cortafuegos entre los derechos de las personas migrantes y las obligaciones de los Estados.

¹³⁴ Para un análisis sobre las diferentes medidas de externalización en la UE, véase Nagore Casas, 2017: 34-48.

1. Las fronteras como espacios cortafuegos entre los derechos y las obligaciones

Las políticas de externalización del control fronterizo y migratorio, centradas en la seguridad y el cierre de las fronteras exteriores, soslayan su impacto sobre la efectividad de los derechos de las personas migrantes, obstruyendo la determinación de responsabilidades del Estado. Como corolario, un amplio conjunto de derechos humanos queda en entredicho, tales como el derecho a salir del país de origen, el principio de *non refoulement*, la prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes, y el derecho a la tutela efectiva (Abrisketa Uriarte, 2017: 129; Moreno-Lax, 2017: 474; ECRE, 2014: 33; Triandafyllidou y Dimitriadi, 2014: 15). Como agravante, en el caso de personas migrantes en búsqueda de protección internacional, los mecanismos de externalización impiden la llegada a las fronteras del Estado de destino y el acceso al sistema de asilo, dando lugar a lo que Hyndman y Mountz (2008: 250) denominan “*neo-refoulement*”.

En este sentido, en su análisis sobre el impacto de las estrategias de externalización en las personas solicitantes de asilo, Hyndman y Mountz (2008) sostienen que, al externalizar el control, los Estados despliegan de facto prácticas susceptibles de vulnerar el principio de *non-refoulement*. Con motivo de su naturaleza extraterritorial, las prácticas de externalización impiden la activación de la prohibición de devolución, ya que la persona no ha podido arribar a la frontera, o no se encuentra bajo la jurisdicción del Estado de destino, sino que permanece en el lugar de origen o de tránsito (Abrisketa Uriarte, 2017)¹³⁵.

Como resultado, los migrantes quedan sujetos a prácticas de *pull-back* o *push-back by proxy* que pueden contravenir las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos y protección internacional. En primer lugar, el refuerzo del control migratorio en los Estados de origen y tránsito obstaculizan el derecho a salir del país (Abrisketa Uriarte, 2017: 151; Noll, 2003a: 278). En segundo lugar, se produce la denegación extraterritorial de acceso al sistema de asilo, ya que la restricción de llegadas a las fronteras de los (eventuales) países de recepción torna inaplicables la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, así como también las obligaciones que puedan derivar

¹³⁵ En este sentido: UNHCR, 26/01/2007, “Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol”, párr. 24.

de otros instrumentos europeos e internacionales de derechos humanos, en cuanto éstos requieren que la persona solicitante de asilo se encuentre fuera de su país de origen o bajo la jurisdicción del Estado. Las políticas de externalización de fronteras producen una ruptura de las concepciones de soberanía y jurisdicción, tradicionalmente ligadas al elemento territorial del Estado. En la práctica se configuran espacios de “jurisdicción múltiple” (Aas y Gundhus, 2015: 8, 14), que difuminan la determinación de responsabilidades entre los actores involucrados¹³⁶.

En este sentido, el control migratorio externo plantea la necesidad de definir cuándo existe ejercicio de jurisdicción o control efectivo fuera del territorio. Ante ello, de manera concomitante al desarrollo de la externalización como tendencia política, se ha desarrollado también una nutrida jurisprudencia sobre el ejercicio del poder más allá de los confines del Estado y los alcances de la jurisdicción extraterritorial como presupuesto de responsabilidad internacional¹³⁷. La jurisprudencia ha desarrollado criterios casuísticos de responsabilidad de los Estados por ejercicio extraterritorial de jurisdicción o de control efectivo¹³⁸. Sin embargo, permanece abierta la definición sobre el alcance de la

¹³⁶ Council of Europe, Commissioner for Human Rights (2010: 14): “Article 2 of Protocol No. 4 to the ECHR provides that everyone shall be free to leave any country, including his own. While there is no right of entry into another country, where member states collude or incite third countries to prevent their nationals from leaving their states of origin (or current residence) out of fear that the individuals might become ‘illegal’ immigrants in a European state, there is certainly a question of liability under this Article.”

¹³⁷ Por ejemplo: TEDH, Gran Sala, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Sentencia de 23 de febrero de 2012, asunto No. 27765/09 (ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509), párr. 92; Comité contra la Tortura, *J.H.A. v. España*, Resolución de 10 de noviembre de 2008, Comunicación No. 323/2007, CAT/C/41/D323/2007, párr. 6.1.

¹³⁸ En este sentido, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Comité Contra la Tortura (CCT): TEDH, *Soering c. Reino Unido*, núm. 14038/88, 7 de julio de 1989; TEDH, *Louzidou c. Turquía (Objeciones Preliminares)*, núm. 15318/89, 23 de marzo de 1995; TEDH, *Amuur c. Francia*, núm. 19776/92, 25 de junio de 1996; TEDH (Gran Sala), *Bankovic y otros c. Bélgica y otros*, núm. 52207/99, 12 de diciembre de 2001; TEDH, *Issa y otros c. Turquía*, núm. 31821/96, 16 de noviembre de 2004; TEDH, *Women on Waves y otros c. Portugal*, núm. 31276/05, 3 de mayo de 2009; TEDH, *Al-Saadoon y Mufhi c. Reino Unido*, núm. 61498/08, 30 de junio de 2009; TEDH, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, núm. 61498/08, 2 de marzo de 2010; TEDH, *Medvedyev y otros c. Francia*, núm. 3394/03, 29 de marzo de 2010; TEDH (Gran Sala), *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, núm. 55721/07, 7 de julio de 2011; TEDH (Gran Sala), *Al-Jedda c. Reino Unido*, núm. 27021/08, 7 de julio de 2011; TEDH (Gran Sala), *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, núm. 27765/09, 23 de febrero de 2012; TEDH (Gran Sala), *Hassan c. Reino Unido*, núm. 29750/09, 16 de septiembre de 2014; TEDH (Gran Sala), *Jaloud c. Países Bajos*, núm. 47708/08, 20 de noviembre de 2014; TEDH (Gran Sala) *Khlaifia c. Italia*, núm. 16483/12, 15 de diciembre de 2016. TJUE (Gran Sala), *Parlamento Europeo/Consejo*, C-355/10, EU:C:2012:516, de 5 de septiembre de 2012; TJUE (Gran Sala), *X y X c. Bélgica*, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173, de 7 de marzo de 2017. CorteIDH, Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018; CorteIDH, *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272. CIDH, Report 51/96, Decision of the Commission as to the merits of case 10 675 (*Haitian Interdiction case*), de 3 de marzo de

responsabilidad que pueden generar los acuerdos de control migratorio externo, por ejemplo, en casos de actuación de terceros Estados en presencia de Estados miembros, o bajo coordinación o por delegación de estos últimos (Goodwin-Gill, 2007; Liguori, 2016, Pijnenburg, 2019). Al respecto, según el informe del Relator Especial contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, las medidas de *pull-back* pueden dar lugar a situaciones de complicidad o de responsabilidad compartida por las posibles vulneraciones de derechos humanos que tengan lugar¹³⁹.

Asimismo, la delegación de funciones de control migratorio supone otorgar poderes de intervención y discreción a terceros Estados sobre la salida del país de origen o tránsito de eventuales solicitantes de protección internacional. La delegación de poderes implica correlativamente un traspaso de responsabilidad para evitar el ejercicio de jurisdicción (Kneebone, 2008). El problema se agrava ante el riesgo de devoluciones indirectas o, más aún, en el caso de acuerdos con terceros Estados “no seguros”, ya que pueden significar una delegación de control a las mismas autoridades causantes de la persecución que motiva la solicitud de asilo.

2. La externalización de las fronteras y el control migratorio de la UE

Durante el proceso de integración de la UE, las fronteras de los Estados miembros han experimentado una significativa mutación tanto en su dimensión interna, a través de la conformación del espacio Schengen (Walters, 2002), como en su dimensión externa, mediante las políticas de externalización del control migratorio (Guild, 2009: 179; Moreno-Lax, 2017: 154). En sendas dimensiones existe una tensión sobre la relación tradicional entre fronteras territoriales, soberanía y control de la movilidad humana entre Estados. A su vez, ambas dimensiones se complementan (Chetail, 2016: 4): la eliminación de controles entre las fronteras interiores de los Estados miembros ha

1997. CCT, *J. H. A. c. España*, 21 noviembre 2008, Comunicación 323/2007, CAT/C/41/D323/2007; CCT, *Sonko c. España*, 20 de febrero de 2012, Comunicación 368/2008, CAT/C/47/D/368/2008.

¹³⁹ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/37/50, 23 de noviembre de 2018, párr. 57: “En resumen, los Estados de destino no puede eludir sus propias obligaciones internacionales externalizando o delegando sus prácticas de control de las migraciones a otros Estados o agentes no estatales que escapan a su control jurisdiccional; por el contrario, con su instigación, apoyo o participación pueden incurrir en complicidad o responsabilidad conjunta en las operaciones de retención ilegal y en las consiguientes violaciones de los derechos humanos, incluidos la tortura y los malos tratos.”

conducido a un incremento de los controles sobre el cruce de las fronteras exteriores por nacionales de terceros países. Las tareas de control migratorio, antes concentradas dentro de las fronteras de un mismo Estado, se reparten ahora entre diferentes entidades, de tal modo que los Estados con fronteras terrestres y marítimas exteriores cumplen una función especial de contención y prevención de los flujos migratorios (Weber *et al.*, 2019: 3).

La tendencia a la externalización no es exclusiva de la UE, sino que se advierte a nivel global en las políticas de migración y asilo adoptadas por otros países receptores, como Australia (McAdam, 2013; Bar-Tuvia, 2018), Estados Unidos (Morris, 2003; Frelick, Kysel y Podkul, 2016) y Canadá (FitzGerald, 2020). Este fenómeno a nivel global es definido por Gammeltoft-Hansen y Tan (2016: 638) como el “paradigma de la disuasión” (*deterrence paradigm*)¹⁴⁰. No obstante, el caso de la UE presenta una particularidad adicional debido a su naturaleza de organización intergubernamental y supranacional, que en materia de fronteras, asilo e inmigración debe regirse por principios de cooperación, solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades entre los propios Estados miembros¹⁴¹.

Sobre la base del artículo 78.2.g) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999 señalaban que la “colaboración con los países de origen” representa un elemento fundamental para la construcción de una política común europea de migración y asilo. Los otros tres elementos necesarios consisten en la creación de “un sistema común de asilo”, la garantía de un “trato justo a nacionales de terceros países” y la “gestión de flujos migratorios” en todas sus etapas. En teoría, la combinación de los cuatro elementos reseñados pretende una aproximación integral al fenómeno de la movilidad humana, que permita el abordaje de manera conjunta por parte de los países de origen, tránsito y destino, en el marco del control migratorio como ejercicio legítimo de soberanía¹⁴². La apuesta por la

¹⁴⁰ Gammeltoft-Hansen y Tan (2016: 638): “As a result, asylum policy in the developed world today is best characterised as a deterrence paradigm, wherein policy-makers employ a wide array of non-entree measures in response to asylum-seekers arriving in developed states”.

¹⁴¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 80. Al respecto, véase: Thym y Tsourdi (2017), Tsourdi (2019: 87).

¹⁴² Sobre la legitimidad del ejercicio del control migratorio: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, núm. 9214/80, 9473/81 y 9474/81, 28 de mayo de 1985, párr. 67: “[...] as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory”.

externalización fue posteriormente reiterada en las Conclusiones del Consejo de Sevilla de 2002¹⁴³.

En especial, a partir del aumento de la presión migratoria entre 2013 y 2016 debido al incremento del número de llegadas irregulares a las fronteras exteriores de la UE (principalmente a las fronteras este y sur), que dio lugar a la denominada “crisis de refugiados”, el desarrollo de la dimensión interna del SECA quedó bloqueado, mientras que el recurso a la externalización se acentuó exponencialmente, en particular mediante acuerdos de colaboración en las tareas de control migratorio con terceros Estados vecinos, como son los casos de Turquía, Libia y Marruecos. En este contexto, los acuerdos de cooperación con países vecinos del sur europeo se han desarrollado en paralelo al reforzamiento de políticas de vigilancia y control fronterizo, incluyendo la construcción de muros y barreras fronterizas (como en el caso de Ceuta y Melilla en España, que se analiza en la segunda parte de este trabajo). De este modo las políticas migratorias en las fronteras exteriores, y especialmente en el Mar Mediterráneo, se rigen por una lógica dual de cohesión y fragmentación del territorio (Ferrer-Gallardo y Kramsch, 2016: 162). Siguiendo a Ferrer-Gallardo y Kramsch (2016: 164), los países vecinos son invitados a participar del Espacio Schengen sólo para reforzar la vigilancia de las fronteras exteriores de la UE, sin acceder a los beneficios de la libertad de circulación por las fronteras interiores.

Una buena parte de las políticas de externalización se centran en la celebración de acuerdos bilaterales entre Estados miembros (principalmente aquellos con fronteras exteriores) y terceros países de origen y de tránsito, dirigidos a que las agencias de los terceros Estados desarrollen tareas de control y contención de las personas que atraviesan sus territorios con dirección a la UE. A cambio, la UE ofrece y garantiza medidas de cooperación con los terceros Estados, que se materializan en capacitación, financiación y equipamiento de las agencias policiales, militares o de control fronterizo (Nagore Casas, 2022: 223) así como en el aseguramiento de ventajas comerciales o en la liberalización del régimen de movilidad para los ciudadanos de tales terceros Estados. A través de este tipo de acuerdos con terceros países de origen y de tránsito, el interés de los Estados de la UE en la prevención de la inmigración irregular se convierte en el control de la

¹⁴³ Consejo Europeo, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Sevilla, 21 y 22 de junio de 2002, 24.10.2002, DOC 13463/02, párr. 27.

emigración irregular, poniendo en cuestión la eficacia del derecho a salir del país (García Andrade, 2010: 321).

La finalidad de los acuerdos con terceros Estados es de naturaleza compleja en cuanto, a corto plazo, se dirigen al reforzamiento de las capacidades de control migratorio por parte de las autoridades de los terceros Estados, y, a largo plazo, tienen como propósito afrontar las causas de la migración mediante la prestación de cooperación al desarrollo¹⁴⁴. En lo inmediato, la política de colaboración busca promover la participación de terceros Estados y reforzar sus capacidades en las tareas de control y seguridad de las fronteras exteriores de la UE. Para ello, los acuerdos se concentran en la readmisión de migrantes irregulares expulsados de los Estados miembros, el ejercicio compartido del control de vías regulares de salida y entrada de los respectivos territorios, el cierre, vigilancia y prevención de vías irregulares, y la lucha contra delitos transfronterizos asociados a las rutas migratorias, tales como la trata y el tráfico ilícito de personas, el narcotráfico o el terrorismo. Las respuestas a la criminalidad transfronteriza provocan el entrecruzamiento del control migratorio y el poder penal. La percepción de la migración irregular como un problema de seguridad, provocada por la criminalidad en las fronteras y expandida hacia el territorio de los Estados, activa mecanismos tradicionales de poder penal.

IV. EL PODER PENAL COMO HERRAMIENTA DE CONTROL: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN

La creciente conexión entre las políticas de control migratorio y el poder penal ha despertado el interés de diferentes disciplinas por comprender el funcionamiento y los fundamentos del proceso de criminalización de la migración. Los diversos desarrollos teóricos en torno al fenómeno han dado lugar al campo de estudio de la “criminología de la movilidad” (*criminology of mobility*) (Aas, 2011; Aas y Bosworth, 2013; Aliverti,

¹⁴⁴ Tales objetivos son señalados, por ejemplo, en el plan presentado en 2016 por la Comisión Europea sobre el “Nuevo marco de asociación en materia de inmigración”, inspirado a su vez en la Agenda Europea de la Migración de 2015: Comisión Europea, 7.6.2016, COM (2016) 385, “Comunicación de la Comisión sobre la creación de un nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración”.

2012b; Bosworth, 2012), como una nueva rama de la criminología crítica¹⁴⁵ cuyo objeto de análisis se centra en las relaciones entre el sistema penal y el sistema migratorio.

En términos generales, la criminología crítica (*critical criminology*, o *radical criminology* en Estados Unidos) busca responder cómo y por qué se producen los procesos de criminalización, a partir de la identificación de las causas estructurales a nivel social y cultural que subyacen a la construcción de lo criminal. A partir de esta definición, DeKeseredy añade que esta preocupación de la criminología crítica por la identificación de las causas estructurales de la criminalización busca la prevención de la criminalidad a través de medidas que tiendan a la promoción de sociedades más equitativas DeKeseredy (2015: 240).

En esta línea de la criminología crítica, ante el fenómeno de la criminalización de la migración en particular, Bosworth (2017a) señala que la pregunta de investigación de la “criminología de la movilidad”, o criminología de la migración, podría resumirse en cómo los Estados han puesto el sistema penal al servicio del control de la movilidad humana.

“The criminology of mobility is interested in the processes of inclusion and exclusion at the borders of and within states which draw from and extend arsenals usually reserved for the criminal justice system, law enforcement and the military without their usual protections” (Pickering, Bosworth y Aas, 2015: 382).

El enfoque de la criminología sobre las migraciones ha abierto un campo emergente que tiene su origen en el progresivo trasvase de mecanismos tradicionalmente penales a los controles fronterizos y migratorios (Miller, 2003: 613), lo cual ha convertido a estos últimos en objetos de interés y de estudio para la criminología (Bowling, 2013). Los antecedentes de este campo teórico se encuentran en los estudios sobre raza, etnia, postcolonialismo y feminismo desarrollados a lo largo del siglo XXI y, en particular, a partir de la década de 1970 (Pickering, Bosworth, Aas, 2015).

Desde los primeros años del siglo XXI, la literatura da cuenta de la acentuación del proceso de criminalización de la movilidad humana, y en especial de la migración

¹⁴⁵ Walton y Young (1998: vii): «Radical criminology [...] has since proliferated, developed and flourished. The various currents that form its past, whether Marxist, radical feminist or anarchist, continue in fierce dispute but have in common the notion that crime and the present-day processes of criminalization are rooted in the core structures of society, whether it is class nature, its patriarchal form or its inherent authoritarianism».

irregular, señalando que en torno a ésta se genera una idea de peligrosidad (Bosworth y Guild 2008: 703; en el caso de solicitantes de asilo: Bathia, 2015) y, como resultado, una “dinámica de hiper-criminalización” (“*dynamic of hypercriminalisation*”) (De Giorgi, 2010: 152). Siguiendo la teoría de Simon (2007) sobre la funcionalidad de la política criminal como estrategia de gobernanza, los diferentes análisis persiguen responder cómo y por qué se produce la asociación entre las migraciones y la criminalidad, identificando los medios y los fundamentos a través de los cuales opera el proceso de criminalización de las personas migrantes.

La fusión se produce entre dos ámbitos de sensible interés para los Estados, ya que se trata de campos de poder en los cuales éstos ostentan un monopolio de acción y regulación: el monopolio del uso legítimo de la fuerza y la violencia (Weber, 2016) y el monopolio del control de las fronteras y la circulación (Torpey, 2000). Las mutaciones que provoca la fusión entre movilidad humana y criminalidad suscitan interrogantes en torno la transformación de las funciones que desempeñan el derecho penal y el derecho de migración (Pickering y Ham, 2015). Como señalan Gerard y Pickering (2013: 587), la aparición en escena del sistema penal como herramienta de gobernanza de las migraciones “atomiza” los factores estructurales que influyen en el fenómeno migratorio (por ejemplo, conflictos armados, economía global, etc.) y los reduce a una decisión individual de cruzar las fronteras de manera irregular.

La intensificación de la movilidad humana, como resultado de la globalización, no se traduce en mejores condiciones para el ejercicio del derecho a la libertad de circulación. Por el contrario, las fronteras cobran un nuevo sentido y reafirman su centralidad en la preservación del poder de control de los Estados, en la construcción de las identidades nacionales y en la reafirmación de la pertenencia y la exclusión social. En estos términos, la persona migrante es considerada un “otro” a quien, en función de sus circunstancias (formalmente por su lugar de origen y nacionalidad, pero materialmente condicionado también por perfiles étnicos y raciales –Palidda, 2011–), se le atribuye o no el derecho de ingresar, transitar y permanecer en el territorio del Estado. La ausencia de derecho activa una serie de mecanismos penales dirigidos a la prevención de la movilidad y la expulsión del territorio. La criminalización deviene así en un instrumento de construcción y refuerzo de identidades nacionales (Bosworth y Guild, 2008).

Aquellos sin derecho son impulsados hacia condiciones de irregularidad que incrementan sus posibilidades de ser considerados como “amenazas” a la seguridad del Estado y de la sociedad. Los análisis en torno a esta asociación entre (in)seguridad y migración ha generado un lugar de encuentro para las relaciones internacionales y la criminología, disciplinas tradicionalmente diferenciadas por considerar que sus respectivos objetos de investigación eran inconexos al responder a diferentes niveles: un nivel macro, el de los Estados, en el caso de las relaciones internacionales; y un nivel micro, el de los individuos, en el caso de la criminología. Como señala Bigo (2016), la comprensión de la securitización de las migraciones implica la conjunción de estas dos perspectivas tradicionalmente disociadas: por un lado, las relaciones internacionales, centrada en el análisis de los conflictos o guerras entre Estados, donde existen amenazas o enemigos externos; y, por otro, la criminología, enfocada en el estudio de la criminalidad por parte de individuos dentro de las fronteras de un Estado¹⁴⁶.

La activación del poder penal como dispositivo de control de las migraciones opera a partir de una perspectiva eminentemente securitaria (García Hernández, 2018: 214), que justifica la exacerbación de los mecanismos de vigilancia sobre personas migrantes que son consideradas posibles amenazas a la seguridad y que han alcanzado las fronteras del Estado. En el ámbito jurídico, el proceso de criminalización da lugar al desarrollo de normas propias de un “derecho penal del enemigo” según la teoría formulada por Günter Jakobs (Guia, 2011: 18; Jakobs, 1997), esto es un sistema jurídico penal en el que la ilicitud se configura en el autor antes en el acto, que impone sanciones penales o de intensidad semejante sin brindar las garantías sustantivas y procesales del derecho penal.

1. Aproximaciones al proceso de criminalización de la migración

Los diferentes enfoques sobre la criminalización de la migración coinciden en su aproximación desde una posición crítica que propone la observación y comprensión de sus causas, funcionamiento y consecuencias. Estos análisis difieren en los elementos que consideran comprendidos en el término “criminalización”. En este sentido, el proceso de

¹⁴⁶ Bigo (2016) sostiene que es necesario “decolonizar” el concepto seguridad de las relaciones internacionales (guerra y seguridad externa) y de la criminología (criminalidad y seguridad interna), de un modo tal que sus análisis se complementen sin caer en una fusión que haga perder sus diferencias.

criminalización de la migración opera en diferentes niveles. Como sostienen van der Woude y van Berlo (2015: 63), es posible identificar un nivel político, en el que crimen y migración son asociados cada vez con mayor frecuencia en los debates y discursos políticos; un nivel legislativo, a través de la interconexión entre las normativas relativas a la migración y el derecho penal; y un nivel práctico, el de la realidad material de los procedimientos y los modos de ejecución del control por parte de los actores estatales.

De este modo, si bien el Derecho es una herramienta clave para la combinación entre migración y poder penal, la criminalización no es un concepto estrictamente jurídico, sino que en él confluye una serie de otros factores políticos y sociales de mayor amplitud. Los alcances del término varían en cada análisis según los elementos que sean tenidos en cuenta, desde una perspectiva amplia (más allá del derecho, comprensiva de las narrativas y las prácticas) hasta una perspectiva formalista ceñida a la ley.

1.1. Las teorías sobre *crimmigration*: la fusión entre el Derecho de migración y el Derecho penal

A partir de inicios del siglo XXI, la academia llamó la atención sobre la creciente conexión entre el derecho penal y el derecho de inmigración, a través de la cual opera un proceso de “criminalización del derecho de migración” (Miller, 2003: 616). Las líneas de separación entre ambas ramas se difuminan y su diferencia se torna nominal. Desde entonces, dentro del campo de la criminología, se empieza a desarrollar una nueva rama en torno a la movilidad humana, que indaga sobre la relación entre el control migratorio y el sistema penal. Si bien se trata de un campo de análisis relativamente novedoso, sus bases abrevan en corrientes teóricas de largo recorrido sobre un abanico de cuestiones que, con anterioridad, parecían inconexas y segmentadas, como son los estudios relativos a la exclusión, la integración y la identidad (Pickering, Bosworth y Ass, 2015: 3).

En 2006, Juliet Stumpf introdujo el término *crimmigration* para hacer referencia a la fusión entre el derecho de inmigración y el derecho penal en Estados Unidos. El estudio de Stumpf buscaba desentrañar el cómo y el porqué de la convergencia de estas dos ramas jurídicas, centrándose en los efectos que produce esta asociación con relación a la teoría de la pertenencia social (*membership theory*). Este análisis seminal toma como punto de partida el hecho de que, a diferencia de otras ramas del Derecho centradas en la regulación de relaciones civiles o comerciales entre individuos, el derecho de inmigración

y el derecho penal se dirigen a regular la relación entre el individuo y el Estado, configurando en su esencia sistemas de inclusión y exclusión (Stumpf, 2006: 380).

A partir de esa base, Stumpf centra la atención en la fusión entre migración y criminalidad en el campo jurídico. Al respecto, señala que dicha fusión se manifiesta en tres sentidos (Stumpf, 2006: 381): i) el solapamiento de normas sustantivas (por ejemplo, la incorporación de sanciones que afectan a la situación migratoria –como la deportación– a modo de penas en los delitos comunes cometidos por migrantes; o la tipificación de delitos especiales por infracciones al derecho de inmigración –como la entrada irregular, la contratación de trabajadores migrantes irregulares, o los matrimonios de conveniencia–); ii) la semejanza de los mecanismos de aplicación; y iii) la semejanza de los procedimientos de enjuiciamiento de infracciones al derecho de inmigración.

Según Stumpf, estas conexiones entre el Derecho penal y el Derecho de inmigración resultan tanto extrañas como lógicas (Stumpf, 2006: 379). Por una parte, la extrañeza deviene de la unión de ámbitos que presentan diferente naturaleza jurídica y finalidad: el derecho penal persigue la resolución de conflictos sociales y la protección de intereses públicos o privados de especial sensibilidad para el Estado y las personas, mientras que el derecho de inmigración se dirige a regular las condiciones de entrada, permanencia y salida del territorio del Estado. A pesar de dicha extrañeza, Stumpf observa que la fusión de ambos campos resulta lógica si se atiende a la funcionalidad política y social que ambas ramas jurídicas están llamadas a cumplir. Tanto el derecho penal como el derecho de inmigración cumplen una función de selección social, a través de la cual el Estado determina la pertenencia al entramado social y la inclusión o exclusión de los sujetos habilitados al ejercicio de la libertad de circulación. En ambos sistemas, la reacción a la infracción consiste en una sanción basada en la exclusión: en el derecho penal la exclusión opera tradicionalmente a través de la prisión y en el derecho de inmigración a través de la deportación o expulsión del territorio (Stumpf, 2006: 396-397). Ambas sanciones comportan en definitiva una segregación del ámbito social. Asimismo, si bien con diferente intensidad, la segregación es espacial o territorial: la prisión recluye en un espacio determinado que extrae a la persona del terreno social, mientras que la deportación conlleva una expulsión absoluta del territorio del Estado.

A partir del estudio seminal de Stumpf, se han desarrollado numerosos estudios en torno a lo que desde entonces se conoce como *crimmigration*. Los diferentes análisis

difieren en los alcances del proceso de criminalización. A modo didáctico, con el objetivo de comprender aquello que se entiende por criminalización de la migración, distinguimos los análisis que atienden al proceso en un sentido amplio, en un sentido restringido y en el contexto particular de las fronteras.

1.2. La criminalización en un sentido amplio: la asociación migración-criminalidad más allá de lo legal

Los estudios sobre criminalización en un sentido amplio hacen referencia a la asociación migración-criminalidad que opera no sólo a través del Derecho sino también de otros medios, como los discursos, narrativas y prácticas desplegadas por parte de los múltiples actores políticos, judiciales y sociales que entran en juego en el campo de las migraciones. En este sentido, el proceso de criminalización trasciende el ámbito estrictamente legal y, en consecuencia, su análisis no puede desarrollarse de manera aislada a las consecuencias prácticas que derivan de la aplicación de la ley (*law enforcement*) y al contexto político, institucional y social en el que tiene lugar (van der Wouden y van der Lauden, 2013, 2017; van der Wouden, van der Lauden, Nijman, 2014). En esta línea, por ejemplo, Palidda (2011: 23) considera que la criminalización de la migración es un fenómeno social que se produce en un “contexto polisémico”:

“By the criminalization of migrants, we mean all the discourses, facts and practices made by the police, judicial authorities, but also local governments, media, and a part of the population that hold immigrants/aliens responsible for a large share of criminal offences.”

En esta misma línea, Cholewinski (2007) hace referencia a la criminalización de la migración irregular en un sentido amplio comprensivo de la “cultura de la sospecha y la desconfianza” alrededor de la movilidad humana y, en especial, de la migración irregular:

“‘Criminalisation’ [...] is understood not only in the narrow dictionary sense of ‘making an activity illegal’ by the imposition of penal sanctions on the migrant where there were none previously, or to reflect the increased involvement of international criminal groups in irregular migration movements, but more broadly to encompass the culture of suspicion and distrust surrounding the movements of third country nationals, and irregular migrants in particular. To a certain degree, this culture of distrust has been generated and then reinforced by the developing EU migration law and policy, particularly in the adoption of measures that stigmatise migrants, in the absence of a

more principled approach based on detailed human rights guarantees.” (Cholewinski, 2007: 302).

Esta noción amplia de criminalización tiene la ventaja de trascender la norma jurídica y permitir un análisis de la realidad en la que opera el Derecho. De tal modo, resulta especialmente útil para comprender el proceso de *crimmigration* en la práctica, identificar el rol fundamental de otros actores claves como las agencias de control y los medios de comunicación masiva en la construcción y el mantenimiento de imaginarios, prejuicios y estereotipos sociales e institucionales en torno a la migración.

Asimismo, la criminalización entendida en sentido amplio puede ser útil para determinar cuáles son las bases y los objetivos implícitos en las políticas de gestión y control de la población migrante. Así, por ejemplo, el estudio de Palidda (2011) se enfoca en el factor racial que subyace al proceso de criminalización. Asimismo, esta perspectiva amplia permite identificar las fluctuaciones en la aplicación de las normas jurídicas y determinar los factores coyunturales (políticos, económicos, sociales) que intervienen en la aceleración o desaceleración del proceso de criminalización en un determinado momento. En este sentido, por ejemplo, Palidda advierte que la proliferación de discursos de criminalización no está relacionada a un incremento en las tasas de criminalidad ni a una mayor cantidad de población migrante en el territorio, sino a situaciones de crisis económicas. Por su parte, en una línea similar, Melossi (2003) añade la incidencia de crisis políticas y sociales.

Respecto al papel que desempeña el Derecho, la criminalización entendida en un sentido amplio es principalmente el resultado de la aplicación de la ley por parte de los agentes de control (policía, policía de inmigración, policía de fronteras), quienes cuentan con un amplio poder de discrecionalidad y selectividad al momento de ejercer el control criminal y migratorio (Fabini, 2017; van der Woude, van der Leun, 2017). De este modo, los estudios sobre el ejercicio discrecional del poder por parte de los agentes de control advierten sobre la naturaleza dinámica y multiescalar del control (Wonders, 2017; Brandariz y Fernández Bessa, 2020); y, asimismo, permiten romper con la idea del Estado como una entidad homogénea, para comprenderlo como una entidad compuesta por múltiples actores con diversos intereses, por ejemplo en el nivel municipal, provincial y nacional (Moffette, 2020). De tal modo, la gobernanza migratoria y, en particular, la conexión entre migración y poder penal se presentan como procesos dinámicos y

asimétricos, de una complejidad que excede lo estrictamente legal y que requiere una comprensión integral de un fenómeno intrínsecamente político y social.

1.3. La criminalización en un sentido restringido: la ilegalidad como producto del Derecho

Los estudios sobre criminalización en un sentido restringido se desarrollan principalmente desde un *enfoque jurídico crítico*, que estudia el papel del Derecho como herramienta de la asociación migración-criminalidad. Dentro de esta perspectiva pueden incluirse los estudios seminales sobre criminalización de la migración en Estados Unidos, como los de Teresa Miller (2003), Juliet Stumpf (2006) y Stephen Legomsky (2007), que estudian las reformas de la legislación migratoria y la paulatina fusión de las infracciones y sanciones en el sistema penal y en el derecho de inmigración.

Desde esta perspectiva ceñida al análisis de la norma jurídica, la criminalización es producto del Derecho, ya sea como resultado de la tipificación de la “conducta migratoria” como delito o por la previsión de una sanción de naturaleza penal. Debido a la complejidad del proceso de criminalización, como sostiene Brandariz García (2021), no existe consenso sobre cuáles son las medidas que resultan de la fusión entre control penal y control migratorio. Sin embargo, en términos generales es posible sostener que la criminalización en sentido restringido opera cuando:

i) la norma califica como delito una determinada conducta relacionada a la migración (por ejemplo, el cruce de frontera sin visado u otro documento habilitante), de modo que sólo una persona extranjera en condición de migrante puede ser sujeto activo del delito;

ii) la norma impone, ante un delito común (cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona), una sanción que produce efectos en el régimen de migración cuando el sujeto activo es una persona extranjera (por ejemplo, ante la comisión de un delito contra la propiedad, la norma prevé como sanción la deportación).

iii) la norma califica como delito una conducta que puede cometer cualquier persona y que supone la involucración con una persona migrante (por ejemplo, la facilitación para el cruce de frontera o la permanencia en el territorio).

A la par de los análisis sobre criminalización en sentido jurídico restringido, encontramos una tercera aproximación que podríamos clasificar como perspectiva

jurídica material. Ésta adopta el enfoque jurídico formalista y añade la posibilidad de que la asociación migración-criminalidad derive de la aplicación y los efectos derivados de una norma no penal. Con independencia de su calificación jurídica, una norma puede “criminalizar” cuando en su aplicación y en sus efectos intervienen agentes (de seguridad, policiales, militares), o se producen prácticas (deportaciones, detenciones), o se generan consecuencias (restricciones severas de libertades y derechos), que suelen desplegarse en el contexto del sistema penal. Esta aproximación presenta la ventaja de combinar la perspectiva jurídico formalista con una visión realista, que atiende no sólo a la literalidad de las normas (penales y no penales) sino también a sus consecuencias.

Por tanto, conforme a la aproximación material, las sanciones contenidas en normas no penales, como por ejemplo en normas administrativas, pueden provocar efectos de intensidad suficiente para desdibujar los márgenes de la naturaleza jurídica no penal, de modo que las restricciones de derechos derivadas de sanciones administrativas pueden suponer un castigo de tipo penal¹⁴⁷. En este sentido, por ejemplo, la detención administrativa de migrantes en las fronteras puede ser comprendida como una manifestación del proceso de criminalización. Así lo sostiene Parkin (2013) en su análisis sobre los estudios en torno a la criminalización de la migración en la UE, al distinguir tres áreas del proceso: criminalización discursiva (*discursive criminalisation*), intersecciones entre derecho penal y control migratorio, y detención de migrantes.

Asimismo, desde una perspectiva material, Majcher (2013:3) identifica dos dimensiones del proceso de criminalización de la migración: una dimensión formal, relativa a la aplicación del derecho penal para el enjuiciamiento de infracciones a la norma administrativa de extranjería; y una dimensión material, relativa a la aplicación de mecanismos tradicionalmente asociados al derecho penal para el control migratorio (como, por ejemplo, la detención). Como sostiene García Hernández (2018: 198), ambas dimensiones se interrelacionan:

“Given shifts in the substantive and procedural frameworks governing immigration law and criminal law, it is not surprise that law enforcement tactics

¹⁴⁷ Como se analiza más adelante, desde la sentencia dictada en el caso *Engel and other v. The Netherlands*, el TEDH ha desarrollado criterios específicos para definir los alcances de los términos “acusación en materia penal” y “pena” contenidos en los artículos 6 y 7, respectivamente, del CEDH. Tales criterios hacen referencia a la calificación jurídica de la infracción, la naturaleza de la infracción y la naturaleza e intensidad o gravedad de la sanción (TEDH, Sentencia de 8 de junio de 1976, demandas no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, párr. 82).

have similarly altered course. Confinement, long as feature of traditional criminal punishment but rarely used to regulate migration, has become commonplace in immigration operations.”

En esta aproximación material es posible ubicar también a los estudios de Mitsilegas (2015) sobre la criminalización de la migración en la UE. Mitsilegas (2015: 2) define la criminalización de la migración en los siguientes términos:

“the threefold process whereby migration management takes place via the adoption of substantive criminal law, via recourse to traditional criminal law enforcement mechanisms including surveillance and detention, as well as via the development of mechanisms of prevention and pre-emption.”

En este trabajo, el análisis sobre la criminalización responde a una definición material como la propuesta por Mitsilegas. Desde una perspectiva jurídica crítica, se trata del enfoque apropiado para realizar un análisis del Derecho que refiera tanto a la coherencia y congruencia normativa como a las consecuencias derivadas del sistema jurídico más allá de la literalidad de las normas.

1.4. La criminalización de la migración en las fronteras y por fuera del territorio

Los análisis sobre *crimmigration* se han centrado principalmente en la persecución y punibilidad de las personas migrantes en el territorio del Estado de tránsito o destino. Como quedó señalado anteriormente, estos enfoques dirigen su atención al impacto que produce la aplicación de mecanismos de derecho penal sobre personas extranjeras, evidenciando la creación de herramientas de control, ilícitos y sanciones especiales en función del sujeto activo: se trata de infracciones que sólo pueden cometer personas extranjeras, o de mecanismos de control o sanciones que sólo se pueden aplicar a ellas por su situación migratoria.

En paralelo al desarrollo de los estudios centrados en el territorio, la implementación de nuevos mecanismos de control fronterizo, a través de las políticas de externalización y privatización, ha ampliado el foco de atención de algunos autores hacia el proceso de criminalización que opera en las fronteras e incluso, fuera de éstas, en los propios Estados de origen y tránsito. Estos análisis han desarrollado la llamada “criminología de frontera” (Aas y Bosworth, 2013; Bosworth, Franko, Pickering, 2018), según la cual las fronteras se han convertido en dispositivos de control social y castigo

(Bowling, 2013), a través de la convergencia entre sistema penal y políticas migratorias. Como resultado, advierten que también las fronteras precisan ser analizadas desde una perspectiva criminológica. Esta aproximación criminológica permite introducir un factor disruptivo de los límites epistemológicos tradicionales del derecho penal y la criminología, asentados en la dimensión interna de las respuestas a la criminalidad (dentro del territorio del Estado), con la finalidad de comprender los alcances del proceso de criminalización en el marco de la globalización (en las fronteras y fuera de ellas).

La concepción tradicional de las fronteras, entendidas como espacios geográficos fijos, ha mutado a través de las políticas centradas en la externalización y privatización del control fronterizo. En cuanto dispositivos de control, las fronteras no son sólo un espacio de demarcación geográfica, sino un elemento móvil que opera hacia dentro y fuera de los límites estrictamente espaciales (Weber, 2006: 24). La exportación de mecanismos penales hacia las fronteras y fuera de ellas expande los límites del sistema penal, tradicionalmente ceñidos al territorio del Estado y al mantenimiento del orden público “interior”. En gran medida, las fronteras han dejado de ser espacio de defensa frente a ataques de otros Estados para convertirse en espacios de prevención y lucha contra la criminalidad de actores no estatales (Soliman, 2021: 229). En particular, frente a la deslocalización del control migratorio a través de la difusión de normas y actores involucrados, la criminología de frontera advierte la proyección de la criminalización de la migración hacia las fronteras y fuera de las mismas.

En este sentido, la geopolítica cobra relevancia para comprender el funcionamiento del control migratorio y el control penal (Aas, 2013: 27), tornando necesario el diálogo entre los ámbitos de estudio de las relaciones internacionales y la criminología (Bigo, 2016). Poco después de darse a conocer la teoría pionera de Stumpf sobre el proceso de “crimmigration”, Aas sostuvo que la criminología debía tomar en consideración los cambios sociales provocados por la movilidad humana a nivel global, ya que se evidenciaba un emergente orden de estratificación global que afectaría las nociones relativas al ámbito penal (Aas, 2007: 284). La inequitativa distribución geopolítica de poderes entre los Estados del norte y el sur global conlleva un diferente trato a las personas en movimiento según su lugar de origen y nacionalidad: la movilidad de algunos ciudadanos es incentivada (como turistas, estudiantes, trabajadores, emprendedores), mientras que la de otros es rechazada, condicionando la entrada a requisitos de difícil cumplimiento (Dauvergne, 2008: 2; Aas, 2013: 29), de tal modo que

se crea una estratificación de Estados en función de la “desviación” de sus ciudadanos en términos de (in)seguridad (Aas, 2013: 29). Como sostiene Campesi (2015b: 9), la frontera, tradicionalmente entendida como instrumento de delimitación política, muta su sentido y despliega ahora una función de “jerarquización social” (*gerarchizzazione sociale*). La prioridad del control en la frontera se realiza con independencia de los motivos que impulsen el tránsito, pudiendo entrar en colisión con las obligaciones de protección internacional de los Estados con relación a las personas en búsqueda de asilo que se encuentran aún fuera de su territorio.

2. Vigilar sin proteger: La criminalización de (eventuales) solicitantes de asilo

En el ámbito del Derecho Internacional de Refugiados, la primera conexión con el derecho penal se produjo a través de la introducción de las cláusulas de exclusión en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que operan como causas de justificación para la no protección de personas autoras de delitos graves, tales como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, u otros hechos reñidos con los valores de Naciones Unidas (Bond, 2012: 39). Precisamente, los redactores de la Convención de Ginebra de 1951 tomaron especiales precauciones para que la protección del estatuto de refugiado no entorpeciera el juzgamiento de criminales (Dauvergne, 2013: 82), contemplando en especial como supuesto de exclusión la comisión de graves delitos comunes (sin carácter político) antes del reconocimiento del estatuto de refugiado (artículo 1.F.b). Esta conexión formal entre derecho penal y derecho de asilo, contemplada por la Convención, ha recibido especial atención por parte de la doctrina, así como también por parte del ACNUR al momento de interpretar los alcances de la Convención¹⁴⁸. También en la práctica las cláusulas de exclusión son especialmente atendidas al momento de evaluar una solicitud de asilo y el reconocimiento o no del estatuto de refugiado.

¹⁴⁸ ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional N° 5: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”, HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003, párr. 2: “La lógica de las cláusulas de exclusión –que ha de tomarse en consideración para su aplicabilidad– se fundamenta en que ciertos actos son tan graves que vuelven a sus autores indignos de recibir protección internacional como refugiados. El propósito primario de estas cláusulas es privar a los culpables de atrocidades y delitos comunes graves de la protección internacional normalmente brindada a los refugiados. Con ello se impediría que tales personas abusen de la institución del asilo para evadir la rendición de sus cuentas ante la justicia.”

Asimismo, la preocupación de los Estados en materia de seguridad permea incluso en el principio angular del Derecho Internacional de Refugiados. De una lectura combinada de los dos incisos del artículo 33 se desprende que, acto seguido de reconocer el principio de *non refoulement* como una garantía esencial del sistema de protección, existen excepciones basadas en que la persona refugiada pueda representar una amenaza a la seguridad del Estado. Así, el principio de *non refoulement* no puede ser argüido por una persona sobre quien existan “razonables sospechas” de representar un peligro para la seguridad del país, o que, debido a una condena por la comisión de un delito grave, pueda constituir un “peligro” para la comunidad del país. Como principio general, la persona no puede ser devuelta simplemente por estar implicada en actividades criminales, sino que debe tratarse de determinados tipos de ilícitos caracterizados por su especial gravedad, y que además supongan que la persona configura un peligro para la comunidad (Dauvergne, 2013: 83).

Progresivamente, y en especial a partir de los atentados terroristas que marcaron los inicios del siglo XXI, la conexión entre el derecho de refugiados y el derecho penal ha ampliado su alcance a través de la sospecha instalada sobre el asilo como una vía de acceso para personas vinculadas con organizaciones o acciones terroristas (Dauvergne, 2013: 78; Kaushal y Dauvergne, 2011; Léonard y Kaunert, 2019: 129). Las sospechas contra personas solicitantes de asilo recaen sobre cuáles son sus intenciones para acceder al territorio, o bien que su situación de huida es en realidad un acto de evasión del sistema judicial de sus países de origen.

En este sentido, Dauvergne (2013: 76) sostiene que la criminalización del asilo se ha puesto en marcha desde la década de 1990, a través de los acuerdos de “países seguros” (*safe third country agreements*), las sanciones contra transportistas, los regímenes de visados, las restricciones al acceso a servicios sociales, la imposición de condiciones de elegibilidad como requisitos de acceso a los sistemas de asilo, y principalmente la proliferación de la detención como parte del procedimiento de solicitud de asilo. Como manifestación de la combinación entre securitización y criminalización, tanto en el ámbito de la migración como en el del asilo, el poder penal ha implementado sus mecanismos pero no sus garantías. La problemática conexión de sistemas se complejiza, además, teniendo en cuenta sus diferentes niveles de formación: el sistema penal y el sistema de migración, con una sólida base nacional; el sistema de asilo, con una fuerte impronta internacional.

Léonard y Kaunert (2019) consideran que en la UE existe un proceso de securitización del asilo debido a su asociación a la migración irregular. Si bien el desarrollo del derecho de refugiados, tanto a nivel internacional como en el de la UE, ha tendido hacia la consolidación de derechos y garantías en los sistemas de asilo, la creciente asociación de entre migración irregular y asilo permite sostener que este último queda sometido a lógicas securitarias similares que imperan en la primera. Lo mismo sucede con el proceso de criminalización. De hecho, la criminalización puede ser entendida como una consecuencia derivada del proceso de securitización: frente al tratamiento de un determinado ámbito de la realidad (en este caso, la migración irregular y, por extensión, el asilo) como amenazas a la seguridad, la respuesta tradicional de los Estados ha consistido en la activación de los mecanismos de derecho penal, instrumentos del monopolio de la violencia pública que operan los gobiernos.

Como producto de la asociación entre solicitantes de asilo y migrantes irregulares, el proceso de criminalización del asilo se desarrolla de manera simultánea al de la inmigración irregular. Ello refleja la importancia de incluir la intersección entre el derecho de refugiados y el derecho penal como una parte sustancial en las nuevas teorías que se desarrollan desde la criminología de la migración (Dauvergne, 2013: 89). En definitiva, ambos sistemas guardan relación con las restricciones de acceso al territorio de los Estados y el conjunto de mecanismos y dispositivos que tienden al rechazo de las personas extranjeras “no deseadas”. Las circunstancias que impulsan el desplazamiento de una gran parte de los solicitantes de asilo conducen al recurso a migrar en condición irregular, exponiendo a las personas a infringir las normas que regulan el acceso y la permanencia en el territorio. Según los imperativos y estándares del Derecho Internacional, tales infracciones no podrían ser motivo de enjuiciamiento en contra de la persona solicitante de asilo. No obstante, en la práctica, la confluencia entre la búsqueda de protección y la migración irregular conducen a un mismo proceso de criminalización. En tales circunstancias, la persona solicitante de asilo es un migrante regular hasta poder formalizar su solicitud.

V. CONCLUSIONES

Las políticas de control fronterizo y migratorio imperantes a nivel global y, en particular, en el ámbito de la UE, configuran una serie de procesos concatenados de

securitización, externalización y criminalización. La percepción de las migraciones como amenazas a la seguridad activa un conjunto de respuestas por parte de los Estados que se desarrollan como un proceso en cascada. En primer lugar, determinados movimientos migratorios son asociados, a través de discursos y prácticas, a situaciones de riesgo para la seguridad y el orden público. Ante ello, los Estados receptores han implementado mecanismos de control migratorio dirigidos a prevenir la llegada de los movimientos “no deseados” y contenerlos en los lugares de origen y de tránsito. Los agentes del mismo Estado desarrollan sus funciones de control fuera del territorio, o bien atribuyen responsabilidades de vigilancia y contención a los agentes de terceros Estados (de origen y tránsito) o a agentes privados (por ejemplo, empresas de transporte de pasajeros). El objetivo consiste en evitar las llegadas irregulares. En caso de que aun así consigan llegar, los Estados activan en sus fronteras y dentro de sus territorios mecanismos tradicionalmente penales, para controlar, detener, clasificar y expulsar a quienes no se le atribuya el derecho de entrada y permanencia.

Las fronteras son un elemento esencial en el desarrollo de los tres procesos. Su función como herramienta de preservación de la “seguridad nacional” no es novedosa. De hecho, la delimitación fronteriza en la formación de los Estados nación obedeció a la necesidad de protección frente a amenazas externas, a la conservación de la seguridad dentro del territorio y al mantenimiento de un determinado orden público. Superados los procesos de expansión territorial durante la Edad Media, a partir del siglo XVII los Estados han cumplido principalmente la función de regular la circulación por sus territorios ya definidos y demarcados geográficamente. Precisamente con el objetivo de garantizar una mayor y más fluida circulación de capitales, desde finales del siglo XX, la globalización ha distendido progresivamente la rigidez de las fronteras. Al mismo tiempo, el control ha sido reforzado en otros ámbitos, principalmente aquellos dirigidos a prevenir la criminalidad transfronteriza. El cierre de vías de circulación para los movimientos “no deseados” –esto es, de aquellos que pueden entorpecer el “normal funcionamiento” de las economías internas y la configuración social del Estado– ha alimentado un contexto de criminalidad asociada a la movilidad humana. Así, como advierten las escuelas de los estudios críticos sobre seguridad, las fronteras han perdido progresivamente su función de defensa militarizada frente a los ataques de otros Estados y se han convertido en elementos de prevención y en espacios de lucha contra otro tipo de amenazas, provenientes de actores no estatales como las redes de criminalidad transnacional.

Ante la intensificación de la movilidad humana, producto de la globalización, las fronteras han cobrado un nuevo sentido que reafirma su centralidad en la preservación del poder de control de los Estados, en la construcción de las identidades nacionales y de las dinámicas de pertenencia y de exclusión social. En este contexto, el migrante es un “otro” a quien, en función de sus circunstancias (formalmente por su lugar de origen y su nacionalidad, pero materialmente condicionado también por su perfil étnico y racial), se le atribuye o no el derecho de ingresar, transitar y permanecer en el territorio del Estado. La ausencia o la denegación del derecho activan una serie de mecanismos securitarios y penales dirigidos a la prevención de la movilidad y eventualmente la expulsión del territorio. Aquellos sin derecho son impulsados hacia condiciones de irregularidad que incrementan sus posibilidades de ser catalogados como “amenazas” a la seguridad.

En el caso particular de la UE, las fronteras de los Estados miembros han mutado notablemente, tanto en su dimensión interna, a través de la conformación del espacio Schengen, como en su dimensión externa, mediante las políticas de externalización del control migratorio. En ambas dimensiones la concepción tradicional de frontera ha cedido frente a la tensión constante entre la abolición del control en las fronteras entre Estados miembros, por un lado, y el reforzamiento del control en las fronteras exteriores, por otro. La condición para la eliminación de controles en las fronteras interiores ha consistido en incrementar los controles sobre el cruce de las fronteras exteriores por parte de nacionales de terceros países. Las tareas de control migratorio, antes desarrolladas por cada Estado de manera independiente, se reparten ahora entre diferentes agentes de la UE, de los Estados miembros, de terceros Estados, y del sector privado. Todos en su conjunto desarrollan una función especial de contención y prevención de los movimientos irregulares. La efectividad de sus prácticas de control y seguridad, principalmente en las fronteras exteriores, es presupuesto para la movilidad entre fronteras interiores sin controles.

Los argumentos de los Estados –y de la UE– para sostener la legitimidad de las políticas de control migratorio más allá de sus fronteras exteriores giran en torno al objetivo de evitar los peligros ínsitos en las vías irregulares de migración. Además del argumento de la peligrosidad por las condiciones materiales de las rutas migratorias irregulares, los Estados legitiman sus prácticas de control fronterizo y migratorio en la

prevención de los riesgos que para los migrantes supone la criminalidad asociada a la movilidad transfronteriza, tales como la posibilidad de ser víctimas de delitos de trata y tráfico ilícito de personas. Asimismo, el control se justifica en la lucha contra otras formas de criminalidad transfronteriza, tales como el narcotráfico o el terrorismo. Estos argumentos se multiplicaron desde los inicios del siglo XXI, tras los atentados terroristas en ciudades como Nueva York, Madrid y Londres. Asimismo, en el caso particular de la UE, las medidas de prevención del tráfico ilícito de migrantes se incrementaron notablemente tras la “crisis de refugiados” desde 2015. El elevado número de muertes e incidentes en las rutas migratorias impulsaron la implementación de políticas de control con una lógica ambivalente, que oscila entre la protección de las personas migrantes, la impermeabilidad de las fronteras y la obstrucción al acceso al territorio de los Estados.

Las preocupaciones en torno a la seguridad marcaron la configuración del Espacio Schengen desde sus inicios. La garantía de la preservación de la seguridad es desde entonces el requisito primero para el funcionamiento del sistema de libre circulación, y ello ha permeado toda la política común de gestión integrada de fronteras, migración y asilo. No obstante, desde la crisis de refugiados de 2015, el “movimiento securitizador” de las migraciones se tornó aún más evidente. El aumento exponencial de las llegadas irregulares, principalmente por vía marítima, fue considerado una amenaza susceptible de poner en riesgo el normal funcionamiento de Schengen y del SECA. Como se analizará en el siguiente capítulo, las llegadas irregulares fueron asociadas a redes de tráfico ilícito de migrantes, y levantaron las alarmas de la seguridad interior de los Estados miembros. En estas circunstancias, el proceso de securitización tuvo lugar principalmente a través de las prácticas de las agencias de la UE y de los Estados. Por este motivo, tras analizar las propuestas teóricas de las diferentes escuelas de la securitización, el caso especial de la UE puede ser comprendido principalmente desde los análisis de la Escuela de París, en cuanto atiende no sólo al discurso sino también a las prácticas. Por el contrario, la propuesta de la Escuela de Copenhague por sí sola no resulta suficiente, ya que los discursos, narrativas y normativa de la UE se caracterizan por su apego a las reglas del Estado de Derecho, los principios democráticos y humanitarios, y la protección de los derechos de las personas.

En el siguiente capítulo se analizará cómo las respuestas a la “crisis” encuadran dentro del proceso de criminalización. Ante la percepción del aumento exponencial de llegadas como una amenaza a la seguridad, las estrategias de la UE en la dimensión

exterior se concentraron en la externalización mediante la celebración de acuerdos de control migratorio con terceros países, como refleja el acuerdo de cooperación entre el conjunto de Estados miembros y Turquía o el memorándum de entendimiento entre Italia y Libia. Asimismo, la vigilancia de las fronteras exteriores se incrementó mediante la implantación de varias operaciones a cargo de Frontex. En Grecia e Italia, como los países receptores del mayor número de llegadas, se instalaron hotspots como lugares de retención de las personas interceptadas o rescatadas en el mar Mediterráneo para su clasificación entre migrantes irregulares o legítimos solicitantes de asilo. Por otro lado, la asociación de las llegadas irregulares a redes de tráfico ilícito de migrantes motivó la aplicación de la Directiva de Facilitación de la migración irregular, cuya definición amplia del delito expande los márgenes del marco jurídico penal internacional sobre tráfico ilícito de personas.

La complejidad de los fenómenos migratorios queda reducida a la primacía de la seguridad interna, por encima de la seguridad humana de las personas migrantes, aun cuando ello pueda suponer coartar las posibilidades de acceso en condiciones regulares a personas en necesidad de protección internacional. Las fronteras expanden y exacerbando sus funciones de control de entrada, que se propagan hacia fuera del territorio del Estado mediante las políticas de externalización, y hacia dentro mediante la fusión entre el control migratorio y el poder penal. En especial, la expansión de las fronteras hacia fuera opera mediante la exportación del control migratorio hacia terceros países. Como consecuencia, también se exportan las categorías subjetivas, y la etiqueta del migrante irregular se coloca incluso antes de llegar a destino. Como producto de la securitización, aunada a la externalización, se construye la figura del migrante “eventualmente” irregular. La irregularización se expande hacia todas las etapas de la movilidad, no sólo en el destino sino también durante el tránsito e, incluso, ante una potencial salida. Por su parte, el “eventual” solicitante de asilo es detenido en origen o en tránsito, antes de poder arribar a las fronteras del Estado de destino en búsqueda de protección. En tales condiciones, los mecanismos del Derecho Internacional de Refugiados no pueden activarse, ni siquiera la garantía elemental del principio de *non-refoulement*.

De este modo, la securitización del asilo tiene lugar por su asociación a la migración irregular. Como consecuencia de la falta de vías regulares de acceso, los

solicitantes de asilo quedan expuestos a las lógicas securitarias y restrictivas que imperan en el control de la migración irregular. En igual sentido se desarrolla el proceso de criminalización del asilo, que alcanza a los solicitantes de protección por asociación a su eventual condición de migrantes irregulares. Estos procesos de asociación entre migración irregular y asilo se refuerzan, además, mediante la “cultura de la sospecha” sobre el asilo como un canal de regularización de la migración irregular. Esta idea se asienta en la constante desconfianza de que los migrantes irregulares utilizan fraudulentamente el sistema de asilo para acceder al territorio. A partir de esta premisa, los sistemas de asilo implementan mecanismos securitarios y tradicionalmente punitivos, como por ejemplo la detención de los solicitantes de protección. El recurso a tales mecanismos queda legitimado, desde la perspectiva del Estado, por la necesidad de clasificar entre migrantes irregulares y solicitantes de asilo, y comprobar que estos últimos sean “auténticos”.

El proceso en cascada de las políticas migratorias, de la securitización a la criminalización, reúne dos ámbitos de poder particularmente sensibles para el Estado: por un lado, el monopolio del control de las fronteras y la circulación en el territorio; y, por otro, el monopolio del uso legítimo de la fuerza y la violencia. Si bien pueden presentarse como dos manifestaciones diferentes de soberanía, tanto el control migratorio como el poder penal cumplen una función de selección social, de especial interés para el Estado ya que le permite moldear el elemento de la población, determinar la pertenencia al entramado social y la inclusión o exclusión de los sujetos que ingresan, circulan y permanecen en su territorio. La creciente vinculación entre ambos campos de poder genera nuevos interrogantes en torno a las funciones que tradicionalmente han cumplido. La búsqueda de respuestas a tales interrogantes convoca y reúne a variadas disciplinas que hasta el momento generaban sus reflexiones de manera independiente. Entre tales disciplinas, la criminología crítica resulta de particular interés para comprender las dinámicas de control, pertenencia y exclusión, y las mutaciones que se producen en el control migratorio y el poder penal a través de su fusión. En particular, el análisis criminológico permite develar situaciones en las que el poder se expande sin estar acompañado de las garantías a los derechos que caracterizan al derecho penal. El llamado “derecho penal del enemigo”, característico por ejemplo de las respuestas al terrorismo

desde un marco jurídico extraordinario y de excepción, se propaga hacia el control migratorio.

CAPÍTULO 5. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL MIGRATORIO: EL DELITO
DE AYUDA EN LAS FRONTERAS

I. INTRODUCCIÓN: LA PUESTA DEL DERECHO PENAL AL SERVICIO DEL CONTROL MIGRATORIO

El control migratorio en la UE se ha convertido en un objetivo prioritario para el mantenimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El control se despliega mediante la combinación de una serie de mecanismos jurídicos de naturaleza administrativa y penal, contenidos en un entramado jurídico complejo que se integra por diferentes tipos de normas. En términos generales, las infracciones a la normativa administrativa sobre entrada y permanencia en el territorio habilitan la activación de los mecanismos de persecución y sanción. Tales mecanismos tienen diferente naturaleza, administrativa o penal, según la conducta de que se trate y también según el sujeto al que se dirigen.

Como se analiza en el capítulo anterior, la implementación de mecanismos de naturaleza penal da lugar a un proceso de criminalización en torno a la migración irregular, que despierta una multiplicidad de análisis por parte de un amplio conjunto de disciplinas científicas. Entre ellas, la criminología crítica se pregunta, en primer lugar, si es legítimo recurrir al poder penal para controlar los flujos migratorios. En segundo lugar, en caso de que fuera legítimo, el siguiente interrogante es hasta qué punto resulta eficaz. Las respuestas sobre legitimidad y eficacia dependerán, en gran medida, de cuál sea la finalidad perseguida al utilizar el poder penal como medio. Por último, cabe preguntarse cuáles son los efectos de la criminalización, para lo cual será necesario previamente identificar el sentido de la “política criminal migratoria”.

Resulta evidente que en la UE existe un proceso de securitización en torno a la migración irregular y, por asociación, de las personas solicitantes de asilo y refugiadas (Léonard y Kaunert, 2019). Este proceso tiene lugar principalmente en el momento de la llegada irregular de migrantes a las fronteras exteriores, cuando el ejercicio del poder penal como parte del control migratorio se justifica en aras a la prevención y represión de delitos transfronterizos, como la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, y a la protección de las personas que son víctimas u objeto de tales conductas ilícitas, de

conformidad con los tratados internacionales para la erradicación de este fenómeno delictivo. Al respecto, durante la “crisis de refugiados”, el Parlamento Europeo estimaba que la mayoría de las personas solicitantes de asilo en 2016 habían ingresado con la ayuda de traficantes (European Parliament, 2016: 12). Ante las exiguas competencias atribuidas a la UE en materia de migración, la política y la legislación común se dirige en gran medida a la prevención y la lucha contra la inmigración irregular. En particular, el enfoque se concentra en la dimensión exterior, a través del refuerzo del control migratorio en las fronteras exteriores y en la cooperación con terceros Estados, especialmente con los principales países de origen y tránsito.

La interconexión entre sistema penal y control migratorio puede resultar en dos grandes grupos de delitos: por un lado, aquellos que sólo las personas migrantes pueden realizar, y, por otro, aquellos que puede realizar cualquier persona por el hecho de involucrarse con la persona migrante (Parkin, 2013: 7). El régimen penal de la UE se concentra en el segundo grupo, dirigiéndose a establecer reglas mínimas y comunes para la tipificación y sanción de conductas que producen o atraen situaciones de migración en condición irregular. Como resultado, el proceso de criminalización en la UE, en un sentido restringido o jurídico formal, no se dirige directamente contra las personas migrantes, sino contra personas que, de diferentes modos, faciliten la entrada, el tránsito y la permanencia de personas migrantes en situación irregular (Mitsilegas, 2015: 48). Por tanto, gran parte de las medidas para combatir la inmigración irregular se dirigen a la prevención y represión del tráfico ilícito de migrantes (Mitsilegas, 2019: 68). En este campo, la normativa de la UE establece un régimen penal amplio que persigue la ayuda a entrar, transitar o permanecer de manera irregular, aun cuando la acción no reúna todos los elementos necesarios para ser considerada tráfico ilícito de migrantes según la normativa internacional. Asimismo, se contemplan sanciones penales para los transportistas que, a través de canales regulares de entrada, trasladen hasta las fronteras exteriores a personas extranjeras sin la documentación que habilite su ingreso. Una vez en el territorio, el castigo penal en sentido estricto se dirige contra quienes contraten a migrantes irregulares como trabajadores.

En la regulación de los delitos de facilitación y del transporte de migrantes irregulares, como expresiones del proceso de criminalización en sentido estricto que tiene lugar en las fronteras, el poder penal encuentra su justificación en el poder soberano de los Estados de imponer condiciones a la entrada de personas extranjeras y prevenir la

criminalidad transfronteriza. Sin embargo, para ser conforme con las obligaciones de protección internacional, el marco jurídico debería al menos prever excepciones que no criminalicen la entrada de personas en búsqueda de asilo y de quienes asistan a personas migrantes en peligro en las fronteras. Al respecto, la mayoría de las personas rescatadas en el mar en 2015 han sido reconocidas como refugiadas (Ghezelbash et al, 2018: 317), y las nacionalidades de la mayoría de las personas rescatadas suele coincidir con las principales nacionalidades a las que se les reconoce el asilo¹⁴⁹.

De este modo, las conductas ilícitas en torno a la migración irregular comprenden tanto las infracciones *administrativas* de las personas migrantes al ingresar, transitar o permanecer de manera irregular en el territorio, como las infracciones *penales* de las personas (ciudadanas o extranjeras residentes –en situación regular–) que les “ayudan” a hacerlo, con o sin ánimo de lucro dependiendo de la acción. Ante ello, cabe preguntarse cuál es el fin adicional de este control migratorio a través de la expansión del castigo penal hacia la sociedad civil cuando actúa sin ánimo de lucro. Como hipótesis, es posible sostener que la activación de mecanismos penales en tales casos obedece a una lógica de securitización, criminalización y deshumanización de la migración irregular, según la cual se prioriza la seguridad de las fronteras y la contención de los flujos migratorios antes que la protección de las personas.

En este capítulo se identifica el conjunto de mecanismos penales previstos en la normativa de la UE con fines de control migratorio en las fronteras exteriores. El análisis se centra principalmente en la dimensión exterior de las políticas de control migratorio y poder penal, esto es, la activación de mecanismos penales ante las conductas consideradas ilícitas al momento del cruce de fronteras exteriores. El estudio se centra en la regulación del delito de facilitación de la migración irregular en las fronteras exteriores. Previamente se realiza un análisis sobre los regímenes jurídicos impulsados por las Naciones Unidas y la UE sobre los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de personas, con el propósito de identificar sus puntos en común y diferencias. El objetivo es, por un lado, analizar los efectos que tiene la combinación entre el poder penal y control migratorio, y, por otro lado, determinar si configura un proceso de criminalización de la migración irregular –y, por asociación, del asilo– en las fronteras exteriores de la Unión.

¹⁴⁹ Ver, por ejemplo, datos de los informes de Frontex, 2016 y 2020.

II. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTROL MIGRATORIO Y PODER PENAL

Desde la atribución de competencias a la UE en materia de migración y asilo, a través del Tratado de Maastricht en 1992, los Estados miembros han mantenido su interés compartido en la “lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros” (Tratado de Maastricht, artículo K.1, apartado 3.c). Este interés común sobre el fenómeno de la inmigración irregular puede ser considerada una consecuencia directa de la supresión de controles en las fronteras interiores tras la adopción del sistema Schengen por parte de la UE en el propio Tratado de Maastricht.

Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam de 1997 otorgó competencias al Consejo de la UE para adoptar medidas para la prevención y la lucha contra la delincuencia en el cruce de fronteras. De este modo, se materializó la atribución de un poder penal a la Unión frente a la criminalidad transfronteriza. En este sentido, las competencias de la UE cumplen una función coercitiva y disuasoria. Este carácter “excepcional” (penal, policial, militar) de las competencias de las instituciones europeas en materia de migración irregular puede explicarse por su falta de competencias de carácter “ordinario” sobre la regulación de las vías regulares de entrada y permanencia en los Estados miembros. La sensibilidad de esta cuestión para la soberanía de los Estados y sus regímenes internos conlleva que la UE no cuente con mayores competencias sobre las autorizaciones de entrada o el número y los criterios de admisión de personas extranjeras. Por tanto, las políticas comunitarias sobre migración se centran en el “combate” de la irregularidad sin aumentar las alternativas para la migración regular (Illies, 2009: 5-6).

Dicho “combate” se materializa a través de la implementación de mecanismos tradicionalmente penales. El poder penal se convierte en una herramienta para la pretendida eficiencia del control migratorio (Mitsilegas, 2018). La combinación da lugar a lo que podría llamarse “política criminal migratoria”. Esta política de la UE apunta a dos objetivos: por una parte, a la prevención y sanción de delitos asociados al cruce de fronteras, como son la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, estupefacientes y mercancías, y el terrorismo internacional; y, por otra parte, al control migratorio. Este segundo objetivo se centra en dos finalidades: 1) evitar la llegada de personas extranjeras

sin la documentación necesaria y/o por lugares no habilitados (sin puestos de control), y
2) expulsar a las que se encuentren en situación irregular dentro del territorio.

	Criminalización formal		Criminalización material
Migrantes			Retorno
			Prohibición de entrada
			Detención
			Vigilancia
Sociedad civil	Facilitación de la migración irregular	Entrada	
		Permanencia	
	Sanciones a transportistas		
	Sanciones a empleadores		

Tabla 4. Mecanismos de criminalización formal y material en la UE. Elaboración propia.

Los primeros instrumentos que combinan control migratorio y poder penal en el ámbito de las fronteras exteriores fueron aprobados entre los años 2001 y 2002, por decisión unánime del Consejo en consulta al Parlamento Europeo. Sólo la Directiva sobre trata de seres humanos fue reformada en el año 2011, cuando ya se encontraba vigente el procedimiento de mayoría cualificada y codecisión. En general, las herramientas penales de control migratorio en las fronteras exteriores no se dirigen directamente a las personas migrantes, sino a los transportistas y a quienes “ayuden” a personas extranjeras a entrar o que, una vez dentro del territorio, les permitan permanecer, en contravención a la normativa administrativa. En consecuencia, los sujetos activos del delito pueden ser nacionales de terceros países o de Estados miembros de la UE.

La penalización a los transportistas se encuadra en el proceso de externalización y privatización del control migratorio, ya que traslada la responsabilidad a la persona o empresa transportista, que será la encargada de realizar el control al momento y en el lugar de la salida. El régimen jurídico penal contra transportistas se contiene en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985¹⁵⁰ (art. 26) y,

¹⁵⁰ Acervo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO L 239, 22.9.2000, p. 19–62).

en particular, en la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 de dicho Convenio¹⁵¹. La infracción consiste en transportar a una persona que no cuenta con los documentos necesarios para la entrada. El transportista infractor es sancionado con multas y se le impone la obligación de devolver a la persona al lugar de procedencia. Las sanciones son aplicables aun cuando la persona extranjera solicite protección internacional¹⁵².

Por otro lado, el régimen jurídico sobre facilitación se concentra en dos normas que se conocen como el “Paquete de Facilitación” (*EU Facilitation Package*): 1) la 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 irregulares¹⁵³, y 2) la Decisión Marco del Consejo 2002/946, 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 irregulares¹⁵⁴. Ambas normas fueron aprobadas tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, siguiendo las disposiciones de sus artículos 61 y 63¹⁵⁵, mediante el sistema de decisión unánime del Consejo en consulta al Parlamento Europeo, previsto en el artículo 67 del Tratado de Ámsterdam. Se trata de un conjunto de normas dictado en el ejercicio de competencias del primer y tercer pilar, lo que explica a su vez las diferentes fuentes jurídicas utilizadas para regular una misma materia. La Directiva 2002/90 se inscribe en el ejercicio de competencias sobre políticas de migración y asilo. Por su parte, la Decisión marco 2002/946 se aprobó recurriendo a las competencias derivadas de los antiguos artículos 29, 31.e y 34.2b del TUE (actualmente, artículos 67 y 82 del TFUE) para la

¹⁵¹ Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (DO L 187, 10.7.2001, p. 45–46).

¹⁵² Directiva 2001/51, artículo 4.2: “El apartado 1 se aplicará sin perjuicio de las obligaciones de cada Estado miembro en caso en los que un nacional de un tercer país busque protección internacional.”

¹⁵³ 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 (DO L 328, 5.12.2002, p. 17–18).

¹⁵⁴ 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 (DO L 328, 5.12.2002, p. 1–3).

¹⁵⁵ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (vigente hasta el 1 de diciembre de 2009), art. 63: “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam: [...] 3. Medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: a) Condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) La inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales.”

armonización de las sanciones penales. Por otra parte, la normativa sobre trata de personas fue desarrollada inicialmente mediante el mismo sistema, pero posteriormente fue sustituida por nuevas normas aprobadas mediante el sistema de mayoría cualificada y codecisión.

Los instrumentos dirigidos al castigo de la “ayuda” definen la conducta ilícita como “facilitación” de entrada, tránsito y permanencia. La acción típica de facilitación responde a la del delito de tráfico ilícito de migrantes según la normativa internacional de Naciones Unidas, con dos importantes diferencias que provocan una significativa asimetría y ampliación del espectro de conductas comprendidas: 1) el delito de facilitación de entrada o tránsito irregular no requiere que la acción persiga la finalidad de obtener un beneficio económico o material; 2) el delito de facilitación de permanencia irregular puede cometerse utilizando medios tanto legales como ilegales, a diferencia del Protocolo de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de migrantes¹⁵⁶ que sólo refiere a medios ilegales. Respecto a la diferente terminología utilizada para hacer referencia al delito, como “facilitación de la migración irregular” o “tráfico ilícito de migrantes”, llama la atención que los instrumentos jurídicos de la UE utilizan el término amplio de “facilitación” (Directiva 2002/90, Decisión Marco 2002/946), mientras que en otros instrumentos de naturaleza política se hace referencia al “tráfico ilícito de migrantes” (Agenda Europea de Migración de 2015¹⁵⁷, Agenda Europea de Seguridad de 2015¹⁵⁸, Plan de Acción contra el tráfico ilícito de migrantes 2015-2020¹⁵⁹).

¹⁵⁶ 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. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, A/RES/55/25, Anexo III.

¹⁵⁷ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea de Migración. 13.5.2015. COM/2015/0240 final.

¹⁵⁸ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda Europea de Seguridad. 28.4.2015. COM/2015/0185 final.

¹⁵⁹ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015 - 2020) 27.5.2015. COM/2015/0285 final.

Legislación UE	
Prevención y sanción de delitos	Control migratorio
Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo	Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)
	Reglamento (UE) 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea
Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985	
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	
Decisión Marco del Consejo 2002/946 , 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	
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	
Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular	

Tabla 5. Instrumentos jurídicos de la UE dirigidos a la prevención y sanción de delitos en el contexto de la migración y/o al control migratorio. Elaboración propia.

III. EL CONTROL MIGRATORIO EN LAS FRONTERAS: DE LA SECURITIZACIÓN A LA MILITARIZACIÓN Y LA CRIMINALIZACIÓN

Desde los inicios del siglo XXI, las sucesivas “crisis migratorias” en la UE, en combinación con las crisis de seguridad por ataques terroristas en varios Estados occidentales, principalmente en Estados europeos, han tendido hacia un incremento de la securitización, militarización y criminalización en las políticas e instrumentos de control migratorio. En esta línea, Léonard y Kaunert (2019) sostienen que la respuesta de Frontex a la “crisis de los cayucos” en 2006 en las Islas Canarias, como primera operación de cooperación de la agencia con un Estado miembro, puede ser considerada también la

primera práctica de securitización y militarización de la migración irregular en la UE. A partir de entonces y a lo largo de la siguiente década, tuvo lugar un incremento de los flujos migratorios a través de canales irregulares. Ante ello, las respuestas de la UE tendieron desde la securitización hacia la militarización de las fronteras y la criminalización de la facilitación a la migración irregular.

El naufragio de una embarcación frente a las costas de la isla italiana de Lampedusa en 2013 representa un punto de inflexión en este proceso. El 3 de octubre de ese año se produjo el incendio y hundimiento de la embarcación, que se dirigía desde Libia hacia Italia con aproximadamente 500 personas, provenientes en su mayoría de Eritrea, Somalia y Ghana. El accidente tuvo como resultado la muerte de 360 personas y el rescate de 155 (41 de ellas menores de edad).¹⁶⁰ A partir de entonces, Italia puso en marcha la Operación Mare Nostrum, durante el plazo de un año, con el objetivo de prestar asistencia y salvamento a las embarcaciones que se encontraran en peligro en el mar. La operación, de carácter militar y humanitario, contaba con un presupuesto de 9 millones de euros mensuales. Comprendía la zona del Canal de Sicilia, abarcando un total de 70.000 kilómetros cuadrados. Durante el año en el que estuvo operativa, la Operación Mare Nostrum rescató a 155 mil personas en peligro en el mar¹⁶¹.

En paralelo, los esfuerzos de la UE se centraron en el combate del tráfico ilícito de migrantes mediante prácticas de securitización (Basaran, 2014). En 2014, el fin de la operación Mare Nostrum dio paso a la intervención de Frontex, que desplegó la Operación Tritón, cuyo objetivo era el control fronterizo y la prevención de la migración irregular (Kilpatrick y Smith, 2020: 89). Al respecto, cabe señalar que hasta 2016 la agencia europea careció de competencias en salvamento¹⁶². En comparación con la operación Mare Nostrum, la operación Tritón contaba con un presupuesto de 3 millones

¹⁶⁰ New York Times, 3.10.2013, “Migrants die as burning boat capsizes off Italy”, disponible en: https://www.nytimes.com/2013/10/04/world/europe/scores-die-in-shipwreck-off-sicily.html?_r=0; The Guardian, 9.10.2013, “Lampedusa shipwreck: Italy to hold state funeral for drowned migrants”, disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2013/oct/09/lampedusa-shipwreck-italy-state-funeral-migrants>

¹⁶¹ Véase: El Mundo, 20/04/2015, “Rescatar inmigrantes en peligro o patrullar los mares: las diferencias entre 'Mare Nostrum' y 'Tritón'”, disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2015/04/20/55352b9ae2704ebb368b4579.html>

¹⁶² Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (DO L 251, 16 de septiembre de 2016, p. 1-76).

de euros mensuales, equivalente a un tercio del presupuesto de la operación italiana. Asimismo, el espacio de intervención era más reducido, limitándose el patrullaje del canal de Sicilia a 30 millas desde las costas italianas frente a Calabria.

La sustitución de la Operación Mare Nostrum por otra de las características de la Operación Tritón implicó un agravamiento de la situación humanitaria en el Mar Mediterráneo. Un informe confidencial de Frontex, filtrado por Goldsmiths-University of London y la Universidad de York, daba cuenta de que la agencia preveía que la reducción de las operaciones de rescate y salvamento supondría un incremento del número de muertes en el mar¹⁶³. La reducción de las operaciones de rescate fue asumida como un desincentivo para las redes de tráfico¹⁶⁴ (Death by rescue, 2016) y las previsiones de Frontex se cumplieron. A partir de la finalización de la Operación Mare Nostrum, el número de incidentes de embarcaciones en el mar se incrementó y el Centro de Coordinación de Rescates de Roma solicitó cada vez más la intervención de embarcaciones privadas para asistir a personas en situación de peligro.

1. La prevención de la criminalidad transfronteriza para reducir las llegadas irregulares

En el año 2015 tuvo lugar el incremento exponencial del número de llegadas irregulares, con un total registrado de más de un millón de personas, principalmente a través de las fronteras exteriores del sur y este de la UE. En el mismo año la Comisión presentó tres instrumentos en los que se vinculaba estrechamente la seguridad, el control fronterizo, la migración irregular y la prevención del tráfico ilícito de migrantes. Se ponían en común las competencias sobre política común de migración y asilo y la política común de seguridad y defensa¹⁶⁵. En este sentido, la Comisión Europea adoptó la Agenda

¹⁶³ Frontex (2014: 6): “It has to be stressed that the withdrawal of naval assets from the area, if not properly planned and announced well in advance, would likely result in a higher number of fatalities.”

¹⁶⁴ Frontex (2015: 2): “The end of Operation Mare Nostrum on 31 December 2014 will have a direct impact on the JO Triton 2014. The fact that most interceptions and rescue missions will only take place inside the operational area could become a deterrence for facilitation networks and migrants that can only depart from the Libyan or Egyptian coast with favourable weather conditions and taking into account that the boat must now navigate for several days before being rescued or intercepted.”

¹⁶⁵ Ver, por ejemplo, Plan de Acción contra el Tráfico de Migrantes, 2015: 3: “El Plan de Acción debe entenderse en el contexto más general de los esfuerzos de la UE por tratar las causas profundas de la migración irregular, en cooperación con los países de origen y de tránsito, e impedir las muertes causadas por traficantes y tratantes. Debe entenderse también en conexión con el trabajo en curso para establecer una

Europea sobre Seguridad¹⁶⁶ y la Agenda Europea sobre Migración¹⁶⁷. Ambos documentos identificaron la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes como una prioridad para la UE. Las medidas dirigidas al cumplimiento de los objetivos propuestos en sendas Agendas se concretaron en el Plan de Acción contra el Tráfico de Migrantes (2015-2020)¹⁶⁸. La Agenda de Migración fija como prioridad la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes, a fin de “impedir la explotación de los migrantes por redes delictivas” y reducir los incentivos a la migración irregular. Según esta Agenda, el objetivo consiste en lograr que las redes de tráfico ilícito de migrantes dejen de ser operaciones «de bajo riesgo y alto rendimiento» para convertirse en operaciones «de alto riesgo y bajo rendimiento». En 2020, el Nuevo Pacto sobre migración y asilo presentado por la Comisión Europea reitera que el tráfico ilícito de migrantes representa una prioridad para la UE y prevé la presentación de un Plan de Acción para el período 2020-2025¹⁶⁹. De la valoración conjunta de los instrumentos jurídicos y políticos se desprende que la política criminal de la UE se dirige a enfrentar no sólo la problemática del tráfico ilícito de migrantes, sino también, y especialmente, a prevenir y castigar cualquier otro medio que facilite, en sentido amplio, la entrada, el tránsito y la permanencia de la inmigración irregular en el territorio de los Estados miembros.

A partir de 2015, el aumento del número de muertes y de personas en peligro en el mar motivó el refuerzo de las dos operaciones de Frontex en el Mar Mediterráneo: la Operación Tritón (en el Mediterráneo central) y la Operación Poseidón (en el Mediterráneo oriental), mediante el incremento de su presupuesto (26,25 millones de euros adicionales en 2015; 45 millones de euros en 2016, para ambas operaciones) y la expansión del área de operaciones de las patrullas náuticas de la Operación Tritón (hasta 138 millas náuticas al sur de Sicilia)¹⁷⁰. Asimismo, en marzo de 2015 Europol lanzó la

operación de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) destinada a sistematizar la identificación, la captura y la destrucción de las embarcaciones utilizadas por los traficantes.”

¹⁶⁶ Comisión Europea, Agenda Europea de Seguridad, op. cit.

¹⁶⁷ Comisión Europea, Una Agenda Europea de Migración, op. cit.

¹⁶⁸ Comisión Europea, Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes, op. cit.

¹⁶⁹ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo”, 23.9.2020, COM(2020) 609 final, p. 17.

¹⁷⁰ Europapress, 26/05/2015, “Frontex aprueba el refuerzo de su operación de vigilancia frente a crisis migratoria en el Mediterráneo”. <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-frontex-aprueba-refuerzo-operacion-vigilancia-frente-crisis-migratoria-mediterraneo-20150526195831.html>

operación JOT MARE, a través de la cual se constituía un equipo de inteligencia especialmente dedicado a la investigación de las redes de tráfico ilícito de migrantes en el Mediterráneo¹⁷¹.

Mediante la Decisión del Consejo de la UE se instauró EUNAVFOR MED (Decisión del Consejo 2015/778)¹⁷², definida como una “operación militar de gestión de crisis”, con la misión de contribuir “a desarticular del modelo de negocio de las redes de tráfico y trata de personas en el Mediterráneo central meridional”, mediante “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). De este modo, la Operación EUNAVFOR MED se convirtió en la primera operación militar naval de Frontex expresamente dirigida a la prevención del tráfico ilícito de migrantes (Fernández Rojo, 2021: 3). El mandato de la Operación se planteó en diferentes fases consecutivas, bajo supervisión del Consejo. A su vez, el desarrollo de cada una de las fases se realizó en estrecha vinculación con el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (Carrera et al., 2019:51).

Por su parte, también en 2015, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobó la Resolución 2240¹⁷³, mediante la cual autorizaba a los Estados miembros de Naciones Unidas, “actuando individualmente o por conducto de organizaciones regionales que combaten el tráfico de migrantes y la trata de personas”, a inspeccionar buques en alta mar frente a las costas de Libia, durante el plazo de un año, cuando existieran motivos razonables para creer que han sido, están siendo o serán utilizadas para el tráfico ilícito o la trata de personas, a apresarlos y enajenarlos cuando se confirme su utilización para tales fines (art. 8), y a aplicar “todas las medidas que dicten las circunstancias” (art. 10) para hacer frente a los traficantes y tratantes. Los buques objeto de la medida podrían o no enarbolar pabellón. El derecho de inspección fue reconocido aun cuando el Estado del pabellón no hubiere prestado su consentimiento, como una

¹⁷¹ Europol, 17.3.2015, Press Release “Joint Operational Team launched to combat irregular migration in the Mediterranean”, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/joint-operational-team-launched-to-combat-irregular-migration-in-mediterranean>

¹⁷² 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) (DO L 122, 19.5.2015, p. 31-35).

¹⁷³ Consejo de Seguridad, Resolución 2240 (2015), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7531ª sesión, celebrada el 9 de octubre de 2015, 14 de octubre de 2015, S/RES/2240 (2015).

excepción a las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹⁷⁴. La disposición, justificada “con miras a resguardar la vida amenazada de los migrantes o de las personas tratadas” (art. 7), requería que antes de la inspección se intentase de buena fe obtener el consentimiento del Estado del pabellón del buque.

La Resolución 2240 del Consejo de Seguridad fue la base jurídica para la ampliación de la Operación EUNAVFOR MED Sophia¹⁷⁵, ya que el marco jurídico ordinario del Derecho Internacional del Mar atribuye a los Estados posibilidades limitadas para adoptar medidas efectivas contra las embarcaciones sospechosas de tráfico ilícito de migrantes o de trata de personas (Butler and Ratcovic, 2016: 255). En junio de 2016 el mandato de la Operación Sophia se extendió por un año más y se ampliaron sus funciones, incluyendo ahora también el “desarrollo de capacidades y la formación de la guardia costera y la Armada libias en tareas policiales en el mar, en especial para luchar contra el tráfico ilícito y la trata de personas, como tarea de apoyo a la operación EUNAVFOR MED SOPHIA”¹⁷⁶. Asimismo, la Operación quedó encargada de la implementación de la Resolución 2291 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre el embargo de buques con armas en alta mar frente a las costas de Libia¹⁷⁷. Finalmente, la Operación Sophia concluyó el 31 de marzo de 2020¹⁷⁸ y fue reemplazada por la Operación Irini¹⁷⁹. Sin embargo, la Operación Irini difiere sustancialmente de la

¹⁷⁴ Naciones Unidas, ONU: Asamblea General, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982 (Treaty Series, vol. 1834, núm. 31363).

¹⁷⁵ El nombre Sophia se añadió por el nacimiento de una niña con ese nombre en uno de las embarcaciones de la operación (Carrera et al, 2019: 50).

¹⁷⁶ 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).

¹⁷⁷ Consejo de Seguridad, Resolución 2291 (2016), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7712ª sesión, celebrada el 13 de junio de 2016, 13 de junio 2016, S/RES/2291 (2016). Las autorizaciones contenidas en la Resolución 2292/2016 han sido prorrogadas sucesivamente: Resolución 2357/2017, de 12 de junio; Resolución 2420/2018, de 11 de junio; Resolución 2473/2019, de 10 de junio; Resolución 2526/2020, de 5 de junio.

¹⁷⁸ Decisión (PESC) 2020/471 del Consejo de 31 de marzo de 2020 por la que se deroga la Decisión (PESC) 2015/778 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA) (DO L 101 de 1.4.2020, p. 3-3).

¹⁷⁹ Decisión (PESC) 2020/472 del Consejo de 31 de marzo de 2020 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo (EUNAVFOR MED IRINI) (DO L 101 de 1.4.2020, p. 4-10); Decisión (PESC) 2021/542 del Consejo de 26 de marzo de 2021 por la que se modifica la Decisión (PESC) 2020/472 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo (EUNAVFOR MED IRINI) (DO L 108 de 29.3.2021).

anterior ya que su mandato se dirige a impedir el tráfico de armas en el marco de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre el embargo de armas a Libia, sin hacer referencia a las operaciones de búsqueda y rescate en el mar ya que no cuenta con medios navales (Fernández Rojo, 2021: 3).

2. Externalización y militarización en las fronteras para gestionar la “crisis”

El 18 de marzo de 2016 los Estados miembros de la UE firmaron la llamada Declaración UE-Turquía¹⁸⁰. Se trató de un acuerdo de colaboración, adoptado bajo la modalidad de una declaración y publicado como un comunicado de prensa del Consejo Europeo. Fue adoptado con el objetivo de “frustrar el modelo de actividad de los traficantes y ofrecer a los migrantes una alternativa a arriesgar sus vidas” (Consejo Europeo, 2016). Turquía se comprometía a adoptar “todas las medidas necesarias para evitar que se abran nuevas rutas marítimas o terrestres de migración ilegal desde Turquía a la UE”. En concreto, la Declaración establecía la devolución a Turquía de todos los migrantes que llegaran de manera irregular desde Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016, cuando no soliciten asilo o cuando su solicitud se haya considerado infundada o inadmisibles. A modo de compensación, por cada persona de nacionalidad siria devuelta a Turquía, la UE reasentaría a otro sirio procedente de Turquía. El acuerdo tuvo como resultado una disminución del número de llegadas a través del mar Egeo¹⁸¹. Como contrapartida, se produjo un incremento de las llegadas irregulares a las costas de Italia, a través de las rutas del Mar Mediterráneo central.

En 2016 se creó la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, mediante el Reglamento 2016/1624¹⁸², que amplió las tareas y competencias hasta entonces atribuidas a Frontex (anterior Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación

¹⁸⁰ Consejo Europeo, comunicado de prensa, 18 de marzo de 2016, “Declaración UE-Turquía”, disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

¹⁸¹ Según datos de la Comisión europea, en 2018 las llegadas se redujeron un 97% (Comisión Europea, “EU-Turkey Statement. Two years on”, April 2018 https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20180314_eu-turkey-two-years-on_en.pdf).

¹⁸² Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (DO L 251, 16 de septiembre de 2016, p. 1-76).

Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea¹⁸³). Entre las nuevas funciones se dispuso la cooperación para la prevención y detección de delitos transfronterizos como el tráfico ilícito de personas, la trata de personas y el terrorismo¹⁸⁴. La atribución de competencias a Frontex confirmó el proceso de militarización del control de las fronteras exteriores de la UE.

En el mismo año, en el marco de Europol, se creó el Centro Europeo de Lucha contra el Tráfico de Migrantes (EMSC, por sus siglas en inglés: European Migrant Smuggling Centre), con el objetivo de asistir a las autoridades policiales y fronterizas de los Estados miembros a la identificación y desmantelamiento de las operaciones y redes de tráfico, en cooperación con Eurojust y Frontex. La presencia y coordinación en el mar Mediterráneo de múltiples agencias y organismos, de la UE, Naciones Unidas y la OTAN¹⁸⁵, ha sido considerado como un nuevo modelo de cooperación e inteligencia (Carrera et al, 2019: 53), en línea con lo que Bigo (2014: 220) denomina la “vigilancia global preventiva” (“*global preventive surveillance*”)¹⁸⁶.

El énfasis puesto en la legislación y en las prácticas de las agencias encargadas en torno al tráfico ilícito de migrantes no se vio reflejado en una mayor seguridad de las rutas mediterráneas, sino que por el contrario incrementó el número de incidentes, muertes y desapariciones en el mar. El mar Mediterráneo se convirtió en la ruta migratoria más peligrosa del mundo¹⁸⁷. Según las estadísticas de ACNUR, a pesar de la disminución del número de llegadas en 2016 a través del Mediterráneo oriental y central, la ratio de muertes y desapariciones por cada 1000 personas aumentó en comparación con 2015 (Carrera et al, 2019: 105-106). En el año 2015, la ratio de muertes en la zona del mar Egeo era de 0,9 por cada 1000 personas, elevándose a 1,9 en septiembre de 2017. De este modo, si bien las llegadas se redujeron en un 98%, la cantidad de muertes incrementó un

¹⁸³ Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 349 de 25.11.2004, p. 1-11).

¹⁸⁴ Reglamento (UE) 2016/1624, op. cit., art. 4.a.

¹⁸⁵ La OTAN lanzó la Operación Sea Guardian, para trabajar en cooperación con Operación Sophia.

¹⁸⁶ Bigo (2014:220): “By this [Global Preventive Surveillance] I mean a form of timely geolocalized surveillance that envisions successful ‘smart borders’, or a GPS security, simultaneously open and secure; mobile borders, where experts and computer analysts smoothly regulate the political contradictions and paradoxes, by managing the world at a distance, even if the effective diagram of the practices of control may be strewn with rocks and shoals, disobedience and resistance, and victims of accidents.”

¹⁸⁷ OIM, Missing migrants Project: <https://missingmigrants.iom.int/>

111%. En el Mediterráneo central, en septiembre de 2017 las llegadas por mar habían disminuido un 42% en comparación con 2016. No obstante, la ratio de muertes por cada 1000 había disminuido poco menos de 6%.

Año	Llegadas irregulares		Intercepciones en mar	Muertes / Desapariciones	Intentos de cruces
	Llegadas por mar	Llegadas a Europa			
2013	71.600				
2014	229.430			3.184	
2015	1.046.514			3.878	
2016	363.581	369.977	52.567	5.143	427.687
2017	173.712	180.005	41.114	3.139	224.306
2018	119.570	126.370	44.917	2.299	173.586
2019	108.606	114.951	70.796	1.885	187.632

Tabla 6. Llegadas irregulares, intercepciones, muertes y desapariciones, e intentos de cruces en el mar según datos disponibles, entre 2013 y 2019. Elaboración propia: años 2013 a 2015 a partir de los datos de OIM (Kilpatrick y Smith, 2020), Frontex (European Parliament, 2016); años 2016 a 2020 a partir de los datos de OIM Missing migrants.

Estos datos reflejan el incumplimiento del objetivo de disminuir el número de muertes en el mar, a pesar de la mayor presencia e intervención de las agencias europeas, con operaciones específicamente dirigidas al salvamento en el marco de la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes.

A pesar de que a partir de 2016 disminuyó el número de cruces irregulares, la agencia mantiene la migración irregular como desafío considerando que ha aumentado el número de rechazos en frontera y de personas en situación de permanencia irregular (Frontex, 2020: 6). El informe de riesgos de Frontex para 2020 se enfoca especialmente en la migración irregular como principal desafío en su función de velar por la seguridad de las fronteras exteriores. Sostiene que el principal motivo de la disminución es la prevención de los flujos migratorios mediante la cooperación con los Estados del norte africano (Frontex, 2020: 22).

Casos registrados	2018	2019
Cruces irregulares en puestos de control	2.258	2.550
Detección de documentos falsos	6.546	5.697
Detección de facilitadores	10.642	109.89
Devoluciones (practicadas)	147.815	138.860
Cruces irregulares por fuera de puestos habilitados	149.117	141.846
Denegaciones de entrada	190.658	212.097
Devoluciones (resoluciones)	282.880	298.190
Personas en situación de permanencia irregular	367.266	402.913

Tabla 7. Cruces irregulares en puestos de control y por fuera de ellos, detección de documentos falsos y de facilitadores, devoluciones resueltas y practicadas, denegaciones de entrada, y personas en situación irregulares según datos de Frontex en 2018 y 2019. Elaboración propia a partir de datos de Frontex (2020).

En el año 2019, más de las dos terceras partes de los cruces irregulares tuvieron lugar por el mar Mediterráneo (Frontex, 2020: 22). Según la agencia, tales cruces se realizaron principalmente mediante los servicios prestados por traficantes de migrantes, que operan a distancia desde el último país de salida hacia la UE, con conexiones en los Estados de origen, tránsito y destino. Esta afirmación se repite en los informes de años anteriores. La navegación se realiza en embarcaciones de goma o pequeños barcos pesqueros, con equipos muy básicos de salvavidas y rescate. La mayoría de los cruces irregulares son realizados por personas provenientes de Oriente medio y del sur de Asia (aproximadamente 87500 –62%–), en particular de Afganistán y Siria (41%). Asimismo, en comparación con el año anterior, en 2019 se observó un ligero aumento de llegadas de mujeres, niños y niñas, (de los cuales, 2600 fueron registrados como menores no acompañados).

Según el informe presentado por Europol sobre la evaluación de amenazas del crimen organizado para la UE (informe SOCTA 2017¹⁸⁸), la trata de personas y el tráfico ilícito de personas se encontraron entre las prioridades de acción de la agencia en el período 2018-2021. En concreto, Europol señala que el tráfico representa una amenaza a

¹⁸⁸ Europol, Informe SOCTA 2017, disponible en <https://www.europol.europa.eu/socta-report>. El informe SOCTA es un informe de inteligencia que analiza e identifica las principales amenazas securitarias en juego en la UE, que propone recomendaciones de acción al Consejo de Ministros de Justicia e Interiores para los siguientes cuatro años.

las fronteras exteriores de la UE (Europol, 2017: 57). Siguiendo los datos de la agencia (Europol, 2017: 49), el tráfico ilícito de personas ha aumentado exponencialmente a partir de 2014. En 2016 se registraron 510.000 cruces irregulares por las fronteras exteriores de la UE, de los cuales casi la totalidad fueron realizados mediante los servicios ofrecidos por redes de tráfico. Al respecto, el grupo académico sobre el informe SOCTA de Europol advirtió sobre la necesidad de considerar los efectos colaterales de reforzar la política sobre crimen organizado y movilidad humana:

“In our view, policy-makers need to ensure that they track possible counter-productive effects of policies. The thousands of deaths of aspirant refugees and economic migrants in the Mediterranean Sea well illustrates this point – and the dilemmas faced by European policy-makers. Having pledged to protect and foster human rights, the EU and its Member States thus have the responsibility to monitor and minimise the harmful unintended consequences of their policy choices, keeping also in mind that criminalisation and prosecution are not the only or necessarily the best strategy for dealing with the harms of organised crime groups and their activities.” (Taylor et al, 2017: 1)

En consonancia con el informe SOCTA, según las Conclusiones del Consejo de la UE (2017) en el período 2018-2021, la trata y el tráfico fueron calificadas como amenazas de alto nivel y representaron prioridades para el combate del crimen organizado¹⁸⁹. Esta misma prioridad ya se encontraba fijada en el período 2014-2017. Si bien el Consejo no explicita un orden de prevalencia entre las ocho prioridades marcadas, el tráfico de personas se menciona en tercer lugar, y la trata de personas en quinto lugar. Las conclusiones señalan la dimensión exterior de la seguridad interna y la importancia de intensificar y mejorar la cooperación con terceros Estados de origen y tránsito.

¹⁸⁹ Con relación al tráfico, las conclusiones hacen referencia a la facilitación en los siguientes términos: “(3) To disrupt OCGs who facilitate illegal immigration by providing facilitation services to irregular migrants along the main migratory routes crossing the external border of the EU and within the EU, particularly focussing on those whose methods endanger people’s lives, those offering their services online and making use of document fraud as part of their business model.” Con respecto a la trata, la prioridad se define del siguiente modo: “(5) To fight against the trafficking in human beings (THB) in the EU for all forms of exploitation, including sexual and labour exploitation as well as all forms of child trafficking.”

IV. LA TRATA DE PERSONAS Y EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes constituyen delitos transfronterizos según la normativa internacional que analizamos a continuación. Los bienes jurídicos protegidos por cada uno presentan diferencias claras: en la trata de personas la víctima es identificable teniendo en cuenta los medios y la finalidad de explotación que persigue la conducta. En cambio, en el delito de tráfico ilícito de migrantes no existe un sujeto pasivo claramente identificado. En este contexto, si bien el delito puede provocar graves vulneraciones de derechos a las personas migrantes, la tipificación de la conducta se dirige principalmente a resguardar el poder del Estado de regular las condiciones de entrada a su territorio.

La normativa de la UE en esta materia ha seguido los lineamientos generales de los instrumentos de Naciones Unidas en la materia, con algunas importantes excepciones. En concreto, la regulación de la UE presenta diferencias significativas con relación al Protocolo de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes¹⁹⁰. La propia definición del delito varía entre un sistema y el otro: la UE utiliza el término de “facilitación de la migración irregular”, cuya definición excede el alcance del concepto de tráfico ilícito en Naciones Unidas. La amplitud del término se refleja a su vez en la expansión del poder penal hacia una mayor cantidad de conductas, lo que puede implicar la criminalización de actos de solidaridad y de asistencia humanitaria.

En este apartado se analizan los respectivos regímenes jurídicos de Naciones Unidas y de la UE sobre trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y facilitación de la migración irregular. El objetivo es determinar las características de cada uno e identificar las diferencias que presentan entre sí. La importancia de este análisis reside en que cada régimen provee los instrumentos para la prevención de la criminalidad transfronteriza asociada a la movilidad humana en las fronteras. El estudio de la normativa y la política criminal migratoria permitirá identificar el alcance y las características del proceso de criminalización en los espacios fronterizos y determinar en qué medida recae sobre la migración irregular.

¹⁹⁰ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, op. cit.

1. El régimen jurídico de la Organización de las Naciones Unidas

A finales del siglo XX, las preocupaciones de la comunidad internacional en torno a las facilidades que pudiera ofrecer la globalización a la delincuencia transfronteriza dieron como resultado el desarrollo de instrumentos para la prevención y represión del crimen organizado en el marco internacional. Hasta entonces, se habían desarrollado diferentes conjuntos de normas referidas a problemáticas específicas como la piratería marítima, la esclavitud, la prostitución y el narcotráfico (Soriano, 2014: 146). En particular, durante las primeras décadas del siglo XX, la comunidad internacional había enfocado su atención en el delito de tráfico de mujeres con fines de explotación sexual o “trata de blancas” (*white slave traffic*), que dio lugar a la primera legislación internacional en materia de inmigración irregular¹⁹¹.

A finales del siglo XX, con motivo del creciente interés de los Estados industrializados en la regulación de los flujos migratorios, el abordaje de la trata viró hacia la lógica de control migratorio y la seguridad de las fronteras (ICHRP, 2010: 66). En 1993, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó una resolución sobre tráfico de migrantes, llamando a la cooperación internacional para su prevención¹⁹². Posteriormente, se presentaron ante la Asamblea General diferentes propuestas con el objetivo de calificar el tráfico como un delito transnacional (propuestas presentadas por Estados Unidos en 1996, por Austria en 1997¹⁹³). Asimismo, en 1998 Italia presentó al Comité Legal de la Organización Marítima Internacional (OMI) una propuesta para establecer la explotación de migrantes como crimen internacional¹⁹⁴, que fue archivada

¹⁹¹ Al respecto: 1) Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948, 2) Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, modificado por el Protocolo de 1948 antes citado, 3) Convenio internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947, 4) Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, modificado por el Protocolo de 1947 antes citado; 5) Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949

¹⁹² UN General Assembly, *Prevention of the smuggling of aliens: resolution / adopted by the General Assembly*, 20 December 1993, A/RES/48/102.

¹⁹³ Letter dated 16 September, 1997 from the Permanent Representative of Austria to the United Nations addressed to the Secretary-General,” UN Doc. A/52/357, 17 Sept. 1997, at paras. 2–3 (transmitting a draft of the proposed convention). Citado en UNDOC (2017: 1).

¹⁹⁴ Proposed Multilateral Convention to Combat Illegal Migration by Sea, IMO doc. LEG 76/11/1, 1 August 1997. Citado en Kirchner y Schiano Di Pepe (1998: 665).

por la OMI al considerar el asunto fuera de su competencia sobre seguridad en el mar¹⁹⁵. Finalmente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁹⁶ definió la trata de personas como un crimen contra la humanidad, sin hacer referencia al delito de tráfico ilícito de migrantes (art. 7.2.c).

Durante la década de 1990, los Estados negociaron el alcance del acuerdo que dio lugar a la Convención sobre Delincuencia Organizada Transnacional¹⁹⁷, aprobada en Palermo en el año 2000. El lugar de aprobación no fue casual; coincidía con el lugar de surgimiento de la mafia italiana (ICHRP, 2010: 66). La Convención tiene por objeto promover la cooperación entre Estados para la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada. La definición de “grupo delictivo organizado”¹⁹⁸ restringe la aplicabilidad de la Convención a la participación de un mínimo de tres personas que actúan de manera organizada y estructurada, con intención de obtener un beneficio económico u otro beneficio de carácter material¹⁹⁹. Debe tratarse de un “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” (art. 2.a).

La Convención se complementa por tres protocolos, dos de ellos dirigidos a modalidades específicas de delincuencia transnacional organizada vinculada a la movilidad humana: el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego,

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 Julio 1998.

¹⁹⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: Resolución aprobada por la Asamblea General, 8 de enero de 2001, A/RES/55/25.

¹⁹⁸ Convención sobre Delincuencia Organizada Transnacional, art. 2.a: “Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.”

¹⁹⁹ Convención sobre Delincuencia Organizada Transnacional, art. 2.c: “Por ‘grupo estructurado’ se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.”

sus piezas y componentes y municiones. Atendiendo al objeto de la Convención de Palermo, los respectivos Protocolos son aplicables cuando los delitos tengan carácter transnacional y sean cometidos por grupos organizados. A continuación, el análisis se enfoca en los Protocolos relativos al tráfico de migrantes y la trata de personas, que se encuentran en vigor desde 2003 y 2004 respectivamente.

1.1. La definición de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes

La Convención de Palermo y los dos Protocolos bajo análisis tienen por objeto la armonización a nivel internacional de la legislación penal sobre trata de personas y tráfico ilícito de personas. Ambos contienen una definición de cada delito e identifican las conductas que deben ser tipificadas por los Estados parte como ilícitas. En este marco, el alcance de la política criminal ínsita en el régimen jurídico diseñado por Naciones Unidas contiene unos rasgos característicos. En primer lugar, refiere a delitos de naturaleza transnacional. En segundo lugar, los delitos se realizan desde una organización de personas: en el delito de trata, la organización recurre a medios fraudulentos en contra de la víctima y coloca a ésta en condiciones de explotación; en el delito de tráfico ilícito de migrantes, la organización facilita con ánimo de lucro la entrada de una persona extranjera en infracción de la normativa sobre cruce de fronteras, o habilita a través de medios ilegales su permanencia. En los dos delitos, la acción penal no se dirige a las personas que son víctimas de la trata u objetos del tráfico.

Conforme el Protocolo sobre trata de personas, un elemento constitutivo del delito refiere a los medios utilizados contra la persona migrante: la amenaza, el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, la concesión o la recepción de pagos o beneficios. Asimismo, otro elemento esencial es la finalidad de la acción, dirigida a la explotación de la víctima, que incluye la prostitución u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos. Por otro lado, como indica Guild, (2009b: 167), si bien el nombre del Protocolo relativo a la trata pone énfasis en la criminalidad contra mujeres, niños y niñas, el contenido del instrumento se mantiene relativamente neutral respecto al género y la edad de la víctima.

Por su parte, el Protocolo sobre tráfico ilícito de migrantes define la conducta ilícita como la “facilitación” de la entrada al territorio de manera ilegal “con el fin de

obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material” (arts. 3.a y 6.1). En consecuencia, la acción se consuma por el hecho de facilitar el cruce de la frontera de una manera no prevista legalmente o contraria a derecho, pero solamente en aquellos casos en que se persiga un fin lucrativo. La finalidad de la acción es un elemento sustancial del delito y un requisito para la penalización de la conducta. Por tanto, el delito de tráfico es un delito de intencionalidad específica (UNODC, 2017: xi). Asimismo, el Protocolo ordena a los Estados adoptar medidas penales contra quien facilite la permanencia irregular en el territorio cuando se recurra a medios ilegales como la creación, facilitación, suministro o posesión de documentos de viaje o de identidad falsos, y siempre que se persiga una finalidad lucrativa (art. 6.1.c).

En el delito de tráfico puede resultar complicado distinguir entre los autores y las personas objeto del delito, ya que por regla general estas últimas prestan su consentimiento al tráfico. Ante ello, la noción de “crimen organizado” ha sido controvertida, teniendo en cuenta quiénes deben ser considerados partes de la organización (Mitsilegas, 2001). Al respecto, en la negociación del Protocolo sobre tráfico ilícito de migrantes, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos expresó la necesidad de velar por la protección de los derechos de las personas objeto de tráfico y que no sean castigadas por tal condición. Esta observación fue respaldada por el grupo de Estados latinoamericanos y del Caribe, que advirtieron que el Protocolo no podía ser una herramienta de criminalización de las personas migrantes (ICHRP, 2010: 69).

Según los trabajos preparatorios del Protocolo sobre tráfico ilícito de migrantes, el objetivo del instrumento se dirige a la prevención y el castigo de la criminalidad de grupos organizados con intereses económicos, excluyendo expresamente a las personas o grupos que pudieran prestar asistencia a las personas migrantes por otros motivos, como en el caso de familiares, grupos religiosos u ONGs.

“En los travaux préparatoires se indicará que 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.”²⁰⁰.

El Protocolo sobre tráfico ilícito de migrantes destaca la importancia de la finalidad lucrativa en dos de sus disposiciones. Por un lado, el artículo 3 señala que el beneficio financiero o cualquier otro beneficio material es un elemento del delito. Por otro, el artículo 6 reitera que este elemento configura un requisito para la criminalización de la acción de facilitación. En este sentido, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNODC, por sus siglas en inglés) advierte que, atendiendo al elemento lucrativo dispuesto en el Protocolo sobre tráfico, el delito no debe confundirse con la simple acción de facilitación de la entrada irregular:

“Migrant smuggling is not always understood in accordance with the definition set out in the Smuggling of Migrants Protocol, and in many cases it is not distinguished from the phenomenon of facilitated illegal entry with no benefit motive, an act that falls beyond the scope of the Protocol.” (UNODC, 2017: iii).

Asimismo, en consonancia con los lineamientos generales de la Convención de Palermo, el Protocolo sobre tráfico asocia la finalidad lucrativa a la condición del sujeto activo del delito representado por un grupo organizado. No obstante, a pesar de la claridad del Protocolo en este punto, varios Estados signatarios del Protocolo no han incorporado en sus legislaciones penales la referencia al beneficio financiero o cualquier otro beneficio económico (UNODC, 2017: ix), como en el caso de la Directiva de Facilitación en la UE que se analiza más adelante.

1.2. Principales diferencias entre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas advierte sobre la importancia de distinguir claramente entre los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. En la Resolución 2240, de 14 de octubre de 2015, aprobada en el contexto de la “crisis de refugiados” en la UE y dirigida al desmantelamiento de las redes de tráfico ilícito de migrantes en el Mediterráneo central, el Consejo de Seguridad sostiene:

²⁰⁰ Naciones Unidas, Asamblea General (2000), Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, A/55/383/Add. 1, párr. 88.

“[...] 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” (párr. 5).

Existen algunas diferencias claras en torno a los delitos de trata de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes. En primer lugar, si bien ambas figuras se configuran mediante el cruce de fronteras internacionales, dicho cruce opera bajo modalidades diferentes según el delito. En este sentido, el tráfico ilícito de migrantes supone el quebranto de la normativa sobre ingreso al territorio, por lo que el cruce de fronteras se produce de manera irregular en todos los casos. En cambio, la ilicitud de la trata deriva principalmente de los medios utilizados y de la finalidad perseguida, sin ser determinante la forma en que tiene lugar el cruce, pudiendo ser tanto irregular como regular.

El consentimiento de la persona extranjera es otra diferencia significativa. El delito de trata supone la utilización de medios coercitivos o fraudulentos que anulan el consentimiento que pueda prestar la víctima. En cambio, en el delito de tráfico el autor presta una especie de “servicio” a la persona extranjera, por lo que es común que ésta preste su consentimiento a sabiendas de la ilicitud del acto. El Protocolo sobre tráfico ilícito impide que este consentimiento suponga la criminalización de la persona migrante como cómplice (art. 5). Sin perjuicio de la prestación del consentimiento, las diferencias entre víctimas de trata y objetos de tráfico pueden quedar desdibujadas en la práctica (ICHRP, 2010: 72), dados los motivos y las circunstancias que conducen a contratar los servicios de traficantes, así como también y especialmente por las condiciones en las que opera el tráfico colocando en grave riesgo de vulneración la vida y los derechos de las personas objeto de tráfico²⁰¹.

²⁰¹ ICHRP, 2010: 72: “For these reasons the definitions found in the two Palermo Protocols do not readily allow a clear and consistent distinction to be made in real cases between smuggled and trafficked migrants. More important, many smuggled migrants are subject to serious forms of human rights violations – in their countries of origin, during their journeys, or in their countries of destination. Here again, a simple separation between smuggling and trafficking breaks down.”

1.3. Las medidas de protección a las personas víctimas de trata y objeto de tráfico

Si bien la Convención y sus dos Protocolos son concebidos principalmente en torno a la preocupación de los Estados sobre la seguridad de las fronteras (Gallagher, 2010: 71), la normativa de Naciones Unidas prevé un marco mínimo de protección de las personas que sean víctimas u objeto de los delitos transnacionales asociados a la movilidad humana²⁰². El preámbulo del Protocolo sobre tráfico señala como uno de sus motivos de aprobación la preocupación de los Estados respecto a que “el tráfico ilícito de migrantes puede poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes involucrados” (párr. 6). Asimismo, el artículo 4 del Protocolo sobre tráfico establece expresamente que la aplicación del instrumento se dirige, junto a la investigación, persecución y penalización del tráfico, a “la protección de las personas que hayan sido objeto de tales delitos”.

Los dos Protocolos establecen el deber de los Estados de adoptar medidas de protección a favor de las personas que son víctimas de trata y objeto de tráfico. De este modo, ambos instrumentos extienden su ámbito de aplicación en comparación con la Convención de Palermo, cuyo artículo 3 limita su alcance a la prevención, investigación y enjuiciamiento. Asimismo, los dos Protocolos disponen de manera expresa una cláusula de salvaguardia²⁰³, que deja a salvo las obligaciones de los Estados y los derechos de las personas derivados del derecho internacional, incluyendo expresamente el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de derechos humanos, y, en particular, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, su Protocolo de 1967 y el principio de *non-refoulement*.

Ahora bien, la diferente perspectiva con que cada Protocolo aborda la situación de la persona “víctima” de trata u “objeto” de tráfico, se ve reflejada también en el catálogo de derechos reconocidos a cada una. El Protocolo sobre trata (art. 6) garantiza, con especial atención a la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas, los derechos a la privacidad y a la asistencia en los procedimientos judiciales y administrativos. Asimismo, establece que el Estado “considerará la posibilidad de implementar medidas dirigidas a la recuperación física, psicológica y social” (comprendiendo, en particular, el suministro de alojamiento, asesoramiento jurídico,

²⁰² Protocolo sobre trata, art. 6; Protocolo sobre tráfico, art. 16.

²⁰³ Protocolo sobre trata, art. 14.1; Protocolo sobre tráfico, art. 19.1.

asistencia médica, psicológica y material, oportunidades de empleo, educación y capacitación), y medidas para obtener una indemnización por los daños sufridos. Asimismo, en el ámbito del sistema europeo de protección de derechos humanos, según la interpretación del TEDH, el artículo 4 del CEDH obliga a los Estados a brindar medidas de protección a las personas víctimas de trata²⁰⁴.

Por su parte, el Protocolo sobre tráfico, en su artículo 16, hace una mención general a la adopción de medidas para la protección de los derechos de las personas objeto del delito, con especial atención a las necesidades de mujeres y niños, y se refiere, en particular, al derecho a la vida, la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, a medidas de protección contra cualquier violencia por el hecho de haber sido objeto de tráfico, y al derecho de asistencia consular según la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares²⁰⁵.

En particular, el Protocolo sobre tráfico establece que la persona objeto del delito no estará sujeta a enjuiciamiento penal (art. 5). No obstante, no existe una norma expresa que prohíba la sanción de la persona migrante por ingresar en el territorio del Estado de manera irregular, ante lo cual suele aplicarse la sanción de deportación (ICHRP, 2010: 72). Asimismo, tampoco existe una norma expresa que prohíba la sanción de las personas u organizaciones que presten asistencia. El Protocolo sobre tráfico deja abierta la posibilidad de que un Estado califique tales conductas como delitos (art. 6.4: “Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno”). Al respecto, como analizamos a continuación, el régimen de la UE habilita la extensión de la penalización a un amplio espectro de conductas y sujetos que quedan involucrados en la facilitación para el cruce de fronteras y la permanencia en el territorio.

²⁰⁴ TEDH, Primera Sección, *Rantsev v. Chipre y Rusia*, sentencia de 7 de enero de 2010, demanda no. 25965/04 (ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504). Para un análisis de la sentencia, véase: Stoyanova (2012).

²⁰⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril 1963.

2. El régimen jurídico de la Unión Europea

La regulación de la UE sobre la criminalidad transfronteriza asociada a la movilidad humana sigue criterios similares a los establecidos en el régimen jurídico de Naciones Unidas. De hecho, la UE es parte contratante de la Convención de Palermo y sus dos Protocolos²⁰⁶. Sin embargo, el régimen jurídico europeo presenta notorias diferencias con el régimen de Naciones Unidas en la regulación del delito de tráfico ilícito de migrantes. En concreto, la definición de la conducta ilícita en la normativa europea prescinde de la finalidad lucrativa de la acción de facilitación a la entrada irregular. Según la Comisión Europea, esta definición ampliada se justifica por las dificultades que supone la investigación del delito de tráfico ilícito de migrantes y, en particular, el seguimiento de las rutas financieras de las redes de tráfico (European Commission, 2017b: 9). Los efectos expansivos del poder penal se pretenden contrarrestar mediante la inclusión de una cláusula que permite a los Estados no castigar la facilitación cuyo objetivo sea prestar ayuda humanitaria.

1.1. El delito de la trata de personas

La Decisión marco 2002/629/JAI²⁰⁷ es la primera norma de la UE dirigida a la armonización de la definición y las sanciones del delito de trata de personas con fines de explotación laboral o sexual. Con anterioridad, el Consejo había aprobado diferentes acciones comunes, programas e iniciativas²⁰⁸ dentro del marco de la cooperación en

²⁰⁶ Decisión del Consejo 2006/616/CE, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de los artículos 179 y 181 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO L 262 de 22.9.2006, p. 24-33); Decisión del Consejo 2006/617/CE, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO L 262 de 22.9.2006, p. 34-43).

²⁰⁷ Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (DO L 203 de 1.8.2002, p. 1-4).

²⁰⁸ Acción común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DO L 63 de 4.3.1997, p. 2-6); Acción común 96/700/JAI, de 29 de noviembre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DO L 322 de 12.12.1996, p. 7-10).

asuntos de justicia, con el propósito de reforzar la cooperación judicial y policial. Asimismo, en el ámbito del Consejo de Europa, algunos Estados miembros son partes del Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos²⁰⁹, entre ellos España²¹⁰.

La Decisión marco establece la definición del delito de trata y ordena a los Estados miembros a aplicar sanciones efectivas, fijando un mínimo penal cuando concurren determinadas circunstancias agravantes. La definición de la Decisión sigue los lineamientos del Protocolo de Naciones Unidas sobre trata de seres humanos. Respecto a las medidas de protección, la Decisión contiene una norma especial, que se limita a ordenar a los Estados la investigación del delito aun cuando no medie denuncia por parte de la víctima (art. 7.1), y la prestación de “asistencia adecuada” en el caso de niñas y niños por su consideración de víctimas especialmente vulnerables (art. 7.2 y 7.3). Posteriormente se aprobó la Directiva 2004/81/CE²¹¹, sobre expedición de permisos de residencia para víctimas de trata, que instrumentaliza la protección al contemplar la expedición de un permiso de residencia temporal (por el tiempo que dure el proceso) condicionado a que la víctima coopere en el procedimiento judicial.

La Decisión marco 2002/629/JAI fue sustituida por la Directiva 2011/36²¹², sobre trata de seres humanos, que amplió las definiciones de la acción punible y de la vulnerabilidad como circunstancia agravante. La acción comprende cualquier situación de explotación que se realice de manera deliberada (art. 2). Junto a la explotación sexual y laboral, se contemplan diferentes finalidades como el tráfico de órganos, la mendicidad forzosa, la esclavitud y otras actividades delictivas. Según el considerando once de la Directiva, esta última expresión comprendería los hurtos de carteras o en comercios, la

²⁰⁹ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n° 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

²¹⁰ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n° 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, páginas 76453 a 76471).

²¹¹ Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DO L 261 de 6.8.2004, p. 19-23).

²¹² Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101 de 15.4.2011, p. 1/11).

adopción ilegal, los matrimonios forzados, el tráfico de estupefacientes u otras actividades ilícitas que suponen ganancias económicas (García Coso, 2014: 73).

La Directiva 2011/36 fija un mínimo de sanción penal para el delito de trata: cinco años de prisión, o diez años de prisión cuando exista alguna de las circunstancias agravantes: vulnerabilidad de la víctima, organización delictiva, peligro para la vida, violencia grave o daños graves. Respecto a las medidas de protección a las víctimas, la Directiva vigente contiene una regulación más amplia y detallada, de conformidad a las obligaciones derivadas del artículo 5.3 de la CDFUE (que prohíbe expresamente la trata de seres humanos) y los estándares fijados a través de la jurisprudencia del TEDH²¹³. Sin embargo, algunas de esas medidas siguen estando condicionadas a la potestad de los Estados. Según el artículo 8, los Estados *pueden* no perseguir o sancionar a las víctimas de trata que hubieran incurrido en delitos como consecuencia de los medios coercitivos utilizados contra ellas. Al respecto, según la jurisprudencia del TEDH, no existe una inmunidad frente al enjuiciamiento penal contra víctimas potenciales de trata, pero los Estados están obligados en todo caso a proveer medidas de protección a su favor cuando existan indicios suficientes del delito de trata²¹⁴. Asimismo, las medidas de protección se amplían mediante la obligación de asistencia y apoyo a las víctimas antes, durante y después del proceso penal, aunque la citada Directiva 2004/81 condiciona la protección a la contribución activa de la víctima en el proceso judicial.

1.2. El delito de la facilitación de la inmigración irregular

El delito de facilitación de la inmigración irregular se encuentra regulado por dos instrumentos jurídicos que conforman el llamado “Paquete de Facilitación” (*Facilitators Package*): la Directiva 2002/90²¹⁵, que define los delitos de ayuda a la inmigración irregular, y la Decisión marco 2002/946²¹⁶, que prevé las sanciones penales que corresponden a cada delito.

²¹³ TEDH, Primera Sección, *Rantsev v. Chipe y Rusia*, sentencia de 7 de enero de 2010, demanda no. 25965/04 (ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504). Para un análisis de la sentencia, véase: Stoyanova (2012).

²¹⁴ TEDH, Cuarta Sección, *V.C.L. and A.N. v. The United Kingdom*, sentencia de 16 de febrero de 2021, demandas no. 77587/12 and 74603/12 (ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD007758712).

²¹⁵ Directiva 2002/90/CE, op. cit.

²¹⁶ Decisión Marco 2002/946/JAI, op. cit.

La Directiva 2002/90, relativa a la facilitación de la inmigración irregular, fue aprobada por el Consejo sobre la base de una propuesta formulada por Francia en el año 2000²¹⁷. Esta propuesta fue presentada tras el hallazgo en el puerto de Dover (Reino Unido) de los cadáveres de 58 personas (54 hombres y 4 mujeres) de nacionalidad china en la parte trasera de un camión que había cruzado en ferry el Canal de la Mancha²¹⁸. El objetivo de la Directiva es armonizar la definición de facilitación en el marco de la política de lucha contra la inmigración irregular. Según la exposición de motivos, se trata de complementar “otros instrumentos adoptados con el fin de combatir la inmigración irregular, el empleo ilegal, la trata de personas y la explotación sexual de los niños”²¹⁹.

La definición de la facilitación contenida en la Directiva es más amplia que la de tráfico ilícito de migrantes prevista en la normativa de Naciones Unidas. La UE extiende el margen penal para incluir conductas que no reúnen todos los elementos esenciales para la configuración del delito internacional de tráfico ilícito en sentido estricto. Esta expansión penal opera mediante la ambigüedad de los términos utilizados y la prescindencia de elementos esenciales del delito en el régimen de Naciones Unidas, como la finalidad lucrativa en la ayuda a la entrada o la ilegalidad de los medios que habilitan la permanencia. Esta expansión es deliberada, ya que tanto la Directiva 2002/90 (art. 5) como la Decisión marco 2002/946 (art. 10) derogan la norma del Código de Fronteras Schengen (art. 27) que sancionaba la ayuda prestada en el cruce, la circulación y/o la permanencia, únicamente cuando la acción estuviera motivada por intereses lucrativos²²⁰.

²¹⁷ Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción de la Directiva del Consejo destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2000/C 253/01).

²¹⁸ The Guardian, 19 June 2000, “Grim find of 58 bodies in lorry exposes smugglers’ evil trade”: <https://www.theguardian.com/uk/2000/jun/20/immigration.immigrationandpublicservices3>

²¹⁹ Directiva 2002/90/CE, op. cit., considerando 5.

²²⁰ Acervo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO L 239, 22.9.2000, p. 19–62), artículo 27: “1. Las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros; 2. Si una Parte contratante tuviera conocimiento de hechos mencionados en el apartado 1 que quebranten la legislación de otra Parte contratante, informará de ello a esta última; 3. La Parte contratante que solicite a otra Parte contratante la persecución de hechos mencionados en el apartado 1 por quebrantamiento de su propia legislación, deberá justificar, mediante denuncia oficial o certificación de las autoridades competentes, qué disposiciones legislativas han sido quebrantadas.”

Con relación a la facilitación de la entrada o de la permanencia irregular, la Decisión marco 2002/946 establece como circunstancias agravantes de la pena los elementos que, según el régimen jurídico de Naciones Unidas, son elementos constitutivos del tipo básico de tráfico ilícito de migrantes. Según el artículo 1.3 de la Decisión marco, los Estados deben imponer una pena privativa de libertad cuya duración máxima no puede ser inferior a ocho años cuando la acción se realice con ánimo de lucro y concurra alguna de las siguientes circunstancias: la infracción se cometa como parte de las actividades de una organización delictiva, o cuando la infracción ponga en peligro la vida de las personas objeto de facilitación.

Con anterioridad a la adopción de la Directiva y la Decisión marco, no todos los Estados contaban con una figura penal que sancionara la facilitación de la inmigración irregular. En este sentido, la búsqueda de armonización no consistía en asegurar la coherencia de un marco jurídico ya existente sino en construir un régimen penal mínimo en todos los Estados miembros. Según la base de datos EURLex²²¹, casi todos los Estados miembros han traspuesto la Directiva a sus legislaciones nacionales, con excepción de Austria, Estonia y Malta (además de Dinamarca, que no se encuentra obligada por la Directiva). En la mayoría de los casos, la tipificación de la conducta se ha realizado en un sentido amplio, cubriendo acciones de ayuda que van más allá de los servicios ilegales que pueden prestar las redes de tráfico (Provera, 2015).

El “Paquete de Facilitación” no contiene ninguna referencia directa a las personas cuya entrada, tránsito o permanencia se facilita. La Decisión marco 2002/946 establece que su aplicación se debe realizar sin perjuicio de la protección a las personas refugiadas y solicitantes de asilo, y en especial de las obligaciones derivadas de los artículos 31 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, referidas a la no aplicación de sanciones penales por la entrada o permanencia irregular y la prohibición de devolución. No existe una norma similar que exceptúe del alcance penal del delito de facilitación a las personas que no sean reconocidas como refugiadas o que no hayan podido presentar una solicitud de asilo. De este modo, el marco jurídico de la facilitación no impide que las personas migrantes, cuyo acceso o permanencia se haya facilitado, sean condenadas como infractoras. Al respecto, con carácter general, el Convenio de Aplicación del

²²¹ EUR-Lex, datos sobre la trasposición de la Directiva 2002/90/CE en los Estados miembros: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=CELEX:32002L0090>

Acuerdo de Schengen²²² dispone que “[l]as Partes contratantes se comprometen a fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas” (art. 3.2).

Por otro lado, no existen medidas especiales de protección a las personas objeto de facilitación. Únicamente la Directiva 2004/81²²³, que establece las condiciones para la expedición de permisos de residencia a las víctimas de trata, dispone que los Estados podrán extender este permiso a las personas que hayan sido objeto de facilitación (art. 3.2), bajo la condición de que presten colaboración en el procedimiento penal.

1.3. Las conductas tipificadas como facilitación en la UE

La Directiva 2002/90 ordena a los Estados la incorporación de dos conductas penales a sus respectivas legislaciones. La primera conducta consiste en brindar ayuda para el cruce de las fronteras exteriores y/o el tránsito por el territorio de los Estados miembros de manera irregular, sin importar que la finalidad del autor tenga o no un ánimo lucrativo. La segunda conducta consiste en brindar ayuda, con finalidad lucrativa, para la permanencia irregular en el territorio de los Estados miembros.

La conducta típica en ambos supuestos se consuma con la ayuda intencionada, sin especificar cuáles podrían ser las modalidades particulares de la acción u omisión. En cuanto al elemento del dolo en la acción penal, tampoco existe precisión en la norma, y así da a entender que basta el conocimiento de que la persona extranjera ingresa, transita o permanece en el territorio en infracción de la normativa sobre cruce de fronteras y extranjería.

La primera conducta castiga la prestación de la ayuda para el cruce de fronteras en infracción de la normativa, esto es, sin la documentación necesaria y por lugares no habilitados. A diferencia del Protocolo sobre tráfico ilícito de personas, la Directiva no requiere la finalidad lucrativa de la facilitación. Según la Comisión Europea, la ausencia del elemento material obedece a las dificultades ínsitas en la investigación del delito de

²²² Acervo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO L 239, 22.9.2000, p. 19–62).

²²³ Directiva 2004/81/CE, op. cit.

tráfico ilícito de migrantes, relacionadas principalmente con la imposibilidad material de dar seguimiento a la financiación de las redes, debido a la utilización de dinero en efectivo para el pago del servicio (European Commission, 2017b: 9). La Comisión Europea sostiene que la inclusión del elemento lucrativo supondría dificultades desproporcionadas para la investigación y el enjuiciamiento del delito, lo que afectaría al legítimo interés de los Estados en el control migratorio. En contra de este criterio, UNODC (2017) considera que, teniendo en cuenta la significativa rentabilidad del negocio del tráfico ilícito, las estrategias para el desmantelamiento de las redes deben enfocarse en el seguimiento de las rutas del dinero.

La segunda conducta, relativa a la prestación de la ayuda para permanecer de manera irregular en el territorio, excede también el alcance del Protocolo de Palermo sobre tráfico ilícito de migrantes. Este último ordena a los Estados penalizar la “habilitación” para que una persona permanezca irregularmente recurriendo a medios ilegales, como la creación, facilitación, suministro o posesión de documentos de viaje o de identidad que sean falsos²²⁴. Según la Directiva de Facilitación, la penalización de la ayuda a la permanencia irregular requiere únicamente que su prestación se realice con intención de obtener un beneficio material, sin importar la ilegalidad o legalidad de los medios utilizados. Ante ello, la ambigüedad del término “ayuda” implica el riesgo de que, según la interpretación, la ilicitud de la conducta se extienda a cualquier vinculación con la persona migrante que suponga una transferencia económica, como, por ejemplo, un contrato de alquiler o el cobro de un servicio de cualquier otro tipo (Carrera y Guild, 2016: 13). De este modo, si bien la facilitación de la permanencia irregular requiere el elemento lucrativo, la expansión de su alcance se produce al incluir acciones de ayuda por medios lícitos.

Las conductas delictivas incluyen la instigación, la participación y la tentativa, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2002/90. Al respecto, otra diferencia significativa con relación a la normativa de Naciones Unidas es la ausencia de una disposición que excluya la penalización de la participación de la persona objeto de facilitación. La Decisión marco 2002/946 sólo excluye la aplicación de sanciones penales

²²⁴ Protocolo sobre tráfico, art. 6.1.c.

a las personas refugiadas y solicitantes de asilo (art. 6), de conformidad al artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

1.4. La cláusula humanitaria

La Directiva 2002/90 contiene la llamada “cláusula humanitaria”, que permite a los Estados no sancionar la facilitación a la entrada o el tránsito irregular cuando el objetivo de la conducta consista en la prestación de ayuda humanitaria, según establece el apartado 2 del artículo 1. El sentido de esta norma se asemeja a las mencionadas cláusulas de salvaguardia incluidas en los Protocolos de Naciones Unidas sobre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, aunque los respectivos regímenes presentan aquí también importantes diferencias.

En primer lugar, la trasposición de la cláusula humanitaria no es obligatoria sino potestativa, por lo que la excepción queda sujeta a la discrecionalidad del Estado en el diseño de su política criminal. Hasta 2022, sólo ocho Estados incluyeron alguna excepción a la persecución penal: Bélgica, Grecia, España, Finlandia, Italia, Malta, Reino Unido y Croacia. Las legislaciones de Bélgica y España reiteran casi literalmente la cláusula humanitaria contenida en la Directiva, mientras que en el resto de Estados se utilizan diferentes fórmulas que excluyen, con mayor o menor precisión, determinadas conductas y/o a determinadas personas (capitanes de buques o aeronaves, familiares) (Comisión Europea, 2020b).

En segundo lugar, la cláusula humanitaria adolece de la precisión jurídica requerida en las cláusulas de salvaguardia de los Protocolos de Naciones Unidas. De acuerdo a estas últimas, la persecución de los delitos de trata y tráfico no puede afectar las obligaciones de los Estados derivadas del derecho internacional y, en particular, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Por el contrario, la Directiva no hace mención alguna a la legislación internacional y no define el concepto de “ayuda humanitaria”.

La indefinición de la “ayuda humanitaria” en la Directiva plantea dudas sobre el alcance de la excepción²²⁵. Una alternativa es la interpretación de los términos en sentido amplio, según las dos primeras acepciones del Diccionario de la RAE, que comprendería

²²⁵ Sobre el concepto de acción humanitaria, véase Abrisketa & Pérez de Armiño (2000).

cualquier acto “que mira o se refiere al bien del género humano”, “benigno, benéfico, caritativo”. Otra alternativa es la interpretación de los términos en su sentido jurídico estricto, según el derecho internacional, que regula la ayuda humanitaria entendiendo por tal la asistencia en situaciones de catástrofe natural o humana (Muñoz Ruiz, 2016: 14). Si bien una interpretación sistemática y teleológica del Paquete de Facilitación apunta a una definición restringida de la ayuda humanitaria, la primera alternativa permite evitar los inconvenientes que derivan de la asimetría entre los regímenes de Naciones Unidas y la UE, ya que limita el alcance del delito respecto a conductas sin ánimo de lucro.

1.5. Críticas contra el régimen jurídico de la facilitación de la inmigración irregular

El paquete de medidas sobre la facilitación de la migración irregular ha recibido múltiples críticas desde las organizaciones no gubernamentales que asisten a personas migrantes (Amnesty International, 2020; Caritas, 2019) y desde algunas de las propias instituciones europeas (Parlamento Europeo, 2018). Como resultado de la Directiva de Facilitación, se cristaliza el “delito de solidaridad” (Fekete, 2009; Fekete et al., 2017), que castiga actos de ayuda desinteresada a personas migrantes en situación irregular. Como observan López-Sala y Barbero (2019: 2), la expansión penal a través de la criminalización de la ayuda a migrantes irregulares se inscribe en las nuevas formas de control migratorio.

El régimen jurídico sobre la facilitación conlleva un alto riesgo de vulneración de los derechos humanos, debido principalmente a la imprecisión de los términos de la Directiva 2002/90 y al carácter potestativo de la cláusula humanitaria. La amplitud de la definición de facilitación implica la posible criminalización de actos de ayuda o asistencia motivados por sentimientos de solidaridad hacia las personas en situación de migración irregular. En este sentido, la acción delictiva se solapa con el contenido y el ejercicio de derechos reconocidos en tratados internacionales, como la libertad de asociación, la libertad de conciencia o la libertad religiosa en su manifestación externa (Carrera et al, 2018; Morondo Taramundi, 2018). Asimismo, la criminalización de la ayuda prestada a familiares podría entrar en conflicto con los derechos relativos a la protección de la familia, como por ejemplo el derecho a la intimidad familiar, y con los derechos de niñas, niños y adolescentes. Todo ello contraviene lo dispuesto en el artículo 78 del TFUE, que obliga a que la política común de asilo sea conforme a los derechos reconocidos en la

CDFUE. El problema se ha planteado con especial magnitud en la asistencia a personas migrantes en situación de peligro en el mar²²⁶.

El Parlamento Europeo manifestó preocupación por las consecuencias que la Directiva pudiera ocasionar sobre la asistencia humanitaria y la cohesión social, y advirtió en particular sobre el riesgo de su criminalización. En consecuencia, solicitó a la Comisión Europea que adoptara directrices sobre las formas de facilitación que deben quedar exceptuadas de penalización, a fin de lograr uniformidad, coherencia y claridad en la aplicación de la Directiva (Parlamento Europeo, 2018). Incluso, las divergencias a que da lugar la trasposición discrecional de la excepción por parte de los Estados podrían socavar las propias bases de la asistencia humanitaria, en contradicción a los principios y las obligaciones de la UE en la materia según el artículo 214 del TFUE (Carrera et al., 2019: 18).

En su informe de evaluación sobre el Paquete de Facilitación, la Comisión Europea (2017b) sostuvo que la cláusula humanitaria confiere un amplio margen de apreciación a los Estados, que puede resultar contraproducente con relación al objetivo de alcanzar la armonización legislativa. Asimismo, señaló que puede tener consecuencias no deseadas respecto a la prestación de servicios y otras intervenciones por parte de la sociedad civil. No obstante, el informe de evaluación en 2017 concluyó que no existía suficiente evidencia para sostener la necesidad de revisar la normativa vigente (Comisión Europea, 2017b: 35).

En 2019, en respuesta a una petición presentada al Parlamento Europeo de modificar la Directiva para eximir de responsabilidad penal a personas que prestan asistencia humanitaria, la Comisión concluyó nuevamente que “no se dispone en la actualidad de argumentos sólidos para sostener que una revisión de la normativa vigente aportaría valor añadido frente al refuerzo de las actuaciones operativas en términos de una ejecución efectiva, en el contexto del plan de acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes”²²⁷. En particular, con relación a la imprecisión del término “asistencia

²²⁶ Para un análisis sobre la obligación de rescate y su encaje en el SECA, véase Abrisketa Uriarte (2021b). Para un análisis sobre las confluencias y contradicciones entre el Paquete de Facilitación y la obligación internacional de asistencia y rescate de personas en peligro en el mar, véase De la Orden Bosch (2022).

²²⁷ Parlamento Europeo, Comisión de Peticiones, Comunicación a los miembros, 24.7.2019, Asunto: Petición n.º 1247/2016, presentada por Paula Schmid Porras, de nacionalidad española, en nombre de la ONG Professional Emergency Aid (PROEM-AID), sobre la criminalización de personas que se ocupan de migrantes en situación irregular y la criminalización de la asistencia humanitaria en el mar.

humanitaria”, señaló que no existe una definición única a nivel europeo. Y descartó la utilidad de reformar la Directiva para añadir el elemento lucrativo a la tipificación de la facilitación de la entrada y el tránsito irregular. Para ello sostuvo que la legislación de la UE en materia penal fija normas mínimas y, en consecuencia, los Estados “seguirían teniendo la libertad, dentro de los límites del Derecho de la UE, de ir más allá de lo establecido por la Directiva y de sancionar la ayuda a la entrada o tránsito irregulares, aunque se preste sin fines de lucro”²²⁸.

En 2020, el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo presentado por la Comisión señala que las normas de la UE sobre tráfico ilícito de migrantes, en referencia a los dos instrumentos del Paquete de Facilitación, “han demostrado ser un marco jurídico eficaz para luchar contra quienes facilitan la entrada, la circulación y la estancia irregulares”²²⁹. Sin embargo, la propuesta del Nuevo Pacto se presenta acompañada de un documento con orientaciones para evitar que el paquete de la facilitación implique la criminalización de la asistencia humanitaria²³⁰. Respecto a la imprecisión del término “asistencia humanitaria”, la Comisión considera que su delimitación debe realizarse en cada caso concreto. Por otro lado, la Comisión destaca que la Directiva 2002/90 “no puede interpretarse como una vía para penalizar una actividad humanitaria que la propia ley exige, como las operaciones de búsqueda y salvamento en el mar”²³¹. Ante ello, la orientación consiste en “invitar” a los Estados a incluir en sus legislaciones la cláusula humanitaria. Como resultado, la Comisión propone mantener la discrecionalidad del Estado al incorporar la excepción a la penalización de actos de facilitación motivados por la prestación de ayuda humanitaria.

V. CONCLUSIONES

La política de la UE en torno a delincuencia transfronteriza y movilidad humana se centra en la prevención y contención de los flujos migratorios irregulares. La trata de

²²⁸ Ídem.

²²⁹ Comisión Europea, Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, op. cit., p. 18.

²³⁰ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación de las normas de la UE destinadas a definir y prevenir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares 2020/C 323/01 (DO C 323, 1.10.2020, p. 1–6).

²³¹ Comisión Europea, Orientaciones sobre la aplicación de las normas de la UE destinadas a definir y prevenir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, op. cit., p. 5.

personas y el tráfico ilícito de migrantes representan prioridades de acción que se abordan principalmente como problemas de seguridad de las fronteras exteriores. Conforme la perspectiva securitaria, la protección de los derechos de las personas víctimas de trata u objeto de tráfico queda subordinada al interés de la Unión y los Estados miembros de evitar llegadas irregulares de personas extranjeras. Los derechos se presentan como accesorios a la seguridad de las fronteras.

Ante las exiguas competencias atribuidas a la UE en materia de migración, la política y la legislación común se dirige a la prevención y la lucha contra la inmigración irregular. En particular, el enfoque se concentra en la dimensión exterior, a través del refuerzo del control migratorio en las fronteras exteriores y en la cooperación con terceros Estados, especialmente con los principales países de origen y tránsito.

Al analizar la progresiva atribución y puesta en práctica de las competencias de la UE en materia de criminalidad y migración, se observa un proceso progresivo de securitización y militarización del control migratorio como herramientas especialmente dirigidas a combatir y dismantelar el tráfico ilícito de migrantes como una vía de entrada al territorio de los Estados miembros. Este proceso se refuerza mediante la criminalización de toda acción de facilitación de la entrada y el tránsito, aún a costa de que el poder penal se expanda más allá de lo que técnicamente el Derecho Internacional entiende por el delito de tráfico ilícito de migrantes en sentido estricto. El propio concepto del delito como facilitación o ayuda, en lugar de tráfico ilícito, evidencia la intencionalidad en la ampliación de los márgenes del poder penal.

En este marco, la regulación de la UE dificulta la distinción entre personas traficantes y “traficadas” (o “facilitadoras” y “facilitadas”), que en el régimen de Naciones Unidas se puede delimitar con mayor claridad. Como resultado, la normativa de la UE se dirige no sólo a las redes de tráfico, como lo hace el Protocolo de Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de migrantes, sino también contra las personas migrantes. La estrategia para combatir el tráfico se centra en aumentar los riesgos ínsitos en las vías irregulares, suponiendo que su mayor peligrosidad hará disminuir la demanda de los servicios de tráfico ilícito. De este modo, las políticas de control migratorio dirigidas a evitar las salidas o frenar el tránsito se justifican bajo el argumento de que así se evitan los riesgos de vulneración de derechos que conllevan las vías irregulares. En suma, la

protección de los derechos queda supeditada a la condición de que las personas migrantes permanezcan fuera del territorio de la UE.

La amplitud y ambigüedad de la Directiva de facilitación expande la combinación de poder penal y control migratorio más allá de las personas migrantes. La criminalización de la migración se extiende hacia la sociedad civil en general. El régimen jurídico de facilitación de la migración irregular criminaliza cualquier interacción social con migrantes irregulares, lo que propaga la asociación de las nociones migración irregular y delincuencia. El mensaje es que las personas “regulares” (ciudadanas, residentes) no deben interactuar con migrantes irregulares, porque ello podría resultar en una conducta delictiva. Para ello, se utiliza un término lo suficientemente amplio y ambiguo, como el de “ayuda”, de modo que prácticamente queda comprendida cualquier tipo de interacción.

En la definición de la conducta de facilitación de la entrada y el tránsito irregular, la Directiva prescinde de la finalidad lucrativa de la acción, lo que representa un elemento esencial del delito de tráfico ilícito de migrantes según la normativa internacional. Ante las dificultades de seguir las “rutas del dinero”, se escoge la alternativa de seguir a las personas migrantes y a quienes puedan asistirles. Entre líneas puede leerse que la UE prioriza el control migratorio y la seguridad fronteriza, recurriendo al poder penal como herramienta, aun cuando ésta pueda alcanzar a conductas que no son consideradas ilícitas en la normativa internacional.

La llamada cláusula humanitaria de la Directiva excluye la sanción penal de la facilitación a la entrada y el tránsito cuando la ayuda se dirige a prestar ayuda humanitaria. Sin embargo, tanto la redacción como la trasposición y la práctica demuestran la ineficacia de la cláusula para evitar o restringir los alcances expansivos de la criminalización. En primer lugar, la redacción no especifica qué se entiende por ayuda humanitaria. No queda claro si se trata del concepto restringido de acción humanitaria según el Derecho Internacional Humanitario, o si incluye también otras acciones como la de socorro (*relief*). En cuanto a su trasposición, como quedó señalado, la cláusula ha sido incluida por ocho Estados. La Comisión Europea valora este dato como uno de los motivos para sostener que no existe necesidad de reformar la Directiva, y argumenta además que cinco de los siete Estados son ribereños del Mar Mediterráneo. Sin embargo, la realidad del mar Mediterráneo, las prácticas de los gobiernos (en especial, de algunos

Estados ribereños), las investigaciones penales abiertas contra ONGs de rescate y salvamento²³², y las constantes denuncias de personas y organizaciones sobre la criminalización de actos de solidaridad, conducen a sostener lo contrario.

Ante la imprecisión de la norma y sus consecuencias sobre el respeto del marco jurídico internacional de derechos humanos, corresponde realizar una interpretación teleológica *pro homine* a fin de que la cláusula humanitaria abarque todo acto de solidaridad a una persona en situación de necesidad. En caso contrario, optar por el concepto restringido de ayuda humanitaria supondría excluir una amplia variedad de acciones orientadas por un sentido de solidaridad humana y, en consecuencia, criminalizar el ejercicio de derechos humanos como la libertad de asociación, de conciencia o de religión, o el derecho a la protección familiar, de obligada observancia por la UE y los Estados miembros de conformidad a la CDFUE y el CEDH.

En especial, la amplitud del régimen jurídico sobre facilitación restringe aún más las vías de acceso a la protección internacional. Uno de los motivos principales para la contratación de los servicios de traficantes es la falta de posibilidades de acceder a los canales regulares de entrada. El problema se agrava especialmente para las personas que migran en búsqueda de protección internacional, que no cuentan con vías de acceso regular desde fuera del territorio de los Estados miembros. La amplitud y ambigüedad de la Directiva de facilitación extiende los efectos penales a la ayuda prestada a personas que buscan ingresar al territorio del Estado para solicitar protección internacional. Los procesos de securitización y criminalización de la asistencia no se acompañan de medidas que permitan garantizar el acceso al derecho de asilo.

En definitiva, el “derecho penal migratorio” de la Unión da lugar a un proceso de criminalización en sentido restringido, que no se dirige directamente contra las personas migrantes sino contra quienes les asistan. La estrategia consiste en establecer reglas mínimas y comunes entre los Estados miembros para sancionar penalmente conductas que atraen o que facilitan situaciones de migración en condición irregular. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la criminalización en el marco del Derecho de la Unión apunta contra cualquier persona, nacional de un Estado miembro o extranjera, por el solo hecho de involucrarse con un migrante irregular. Si bien no existe un marco normativo

²³² Para un análisis sobre los procedimientos judiciales iniciados contra ONGs de búsqueda y salvamento, véase: Carrera et al., 2018; FRA, 2020.

común que ordene a los Estados castigar a la persona migrante por la entrada o permanencia irregular, el poder penal se extiende hacia la sociedad civil en general, hacia personas que faciliten el cruce, el tránsito o la residencia. En sentido estricto, las herramientas penales de control migratorio en las fronteras exteriores, contenidas en la legislación de la UE, se dirigen contra los transportistas, contra quienes “ayuden” a personas extranjeras a entrar o permanecer de manera irregular, y contra quienes contraten migrantes irregulares como trabajadores.

Por fuera de este marco jurídico penal en sentido estricto, el control fronterizo y migratorio se despliega a través de otras políticas y normas de naturaleza administrativa. Entre ellas, destaca especialmente la medida de detención administrativa de migrantes irregulares y de solicitantes de asilo. A continuación, el análisis se centra en los diferentes mecanismos de privación y restricción del derecho a la libertad de circulación, a la luz de las teorías sobre la criminalización. Desde esta perspectiva, el objetivo consiste en determinar si tales medidas son susceptibles de activar el proceso de criminalización por fuera del ámbito jurídico penal, a través de herramientas de control de naturaleza administrativa pero con efectos equivalentes a las propias del poder penal.

**CAPÍTULO 6. LA DETENCIÓN DE MIGRANTES Y SOLICITANTES DE ASILO: LA
INMOVILIDAD CON FINES DE CONTROL MIGRATORIO**

I. INTRODUCCIÓN: LA DETENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CRIMINALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN

El Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho de la UE conciben la detención de migrantes como una medida de naturaleza administrativa. Esto significa que la medida se debe implementar sin intención punitiva, con la finalidad de asegurar el resultado de un procedimiento de tipo administrativo. Según el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre detención arbitraria, la detención administrativa es aquella que se produce por fuera del derecho penal, como una medida de naturaleza preventiva, fundada en motivos que suelen estar relacionados a la preservación de la seguridad de la ciudadanía o del Estado. Como tal, la detención administrativa es utilizada por un elevado número de Estados para el control de la migración irregular:

“Administrative detention may be defined as arrest and detention of individuals by State authorities outside the criminal law context, for example for reasons of security, including terrorism, as a form of preventive detention, as well as to restrain irregular migrants. As is evident from communications sent to the Working Group and the missions conducted, a large number of States resort to administrative detention as a means to counter terrorism, control irregular migration or protect the ruling regime. The practice of administrative detention is informed by the belief that by detaining a person, a preventive action has been carried out thus securing society, community and State.” (Working Group on Arbitrary Detention (2010: párr. 77).

De conformidad al criterio del ACNUR, por detención migratoria se entiende: “la privación de la libertad de una persona, generalmente de carácter administrativa, por una supuesta violación de las condiciones de entrada, estadía o residencia en el país receptor” (ACNUR, 2014: 190). En particular, las Directrices sobre detención de solicitantes de asilo señalan que por esta medida refiere: “a la privación de la libertad o al confinamiento dentro de un lugar cerrado donde al solicitante de asilo no se le permite salir a su voluntad,

incluso, aunque sin limitarse, prisiones o instalaciones de detención, centros de recepción cerrados, instalaciones o centros de retención” (ACNUR, 2012: 9).

En sentido amplio, la detención de migrantes y solicitantes de asilo persigue una finalidad de control migratorio y de gestión de los procedimientos de protección internacional. Debido al carácter no punitivo, la medida es preventiva y no puede estar orientada a la exclusión como una medida penal de privación de libertad. En este sentido, Wilsher (2012: 255) sostiene que la detención para el control migratorio está orientada a la expulsión del territorio en caso de irregularidad, por contraposición a la finalidad de segregación social ínsita en la privación de libertad de naturaleza penal²³³. En consonancia se ha pronunciado el TEDH al resolver que la detención a efectos del retorno sólo puede justificarse y ser conforme al CEDH durante el procedimiento de deportación, pues en caso contrario no respondería a una finalidad de control migratorio y comportaría una detención arbitraria contraria al artículo 5 del CEDH²³⁴.

Ahora bien, a pesar de la naturaleza jurídica formalmente administrativa, las teorías sobre *crimmigration* y criminología de frontera apuntan a que la detención de personas migrantes puede cumplir además otras funciones informales vinculadas al control social (Leerkes y Broeders, 2010; Campesi y Fabini, 2020). En particular, diferentes estudios señalan que la detención migratoria puede tener efectos punitivos en la práctica, similares a los propios de la pena de prisión, y como tal ser percibida por la persona migrante como una forma de castigo (Bosworth, 2014, 2018, 2019; Bosworth, Franko y Pickering, 2018; Campesi, 2015a; García Hernández, 2014). En consecuencia,

²³³ Wilsher (2012: 255): “Only measures that secure the physical expulsion of aliens (as opposed to their seclusion from the community) are truly immigration measures.”

²³⁴ TEDH, Sección Primera, *Mikolenko v. Estonia*, sentencia de 8 de octubre de 2009, demanda 10664/05 (ECLI:CE:ECHR:2009:1008JUD001066405), párr. 65: “While it is true that States enjoy an ‘undeniable sovereign right to control aliens’ entry into and residence in their territory (see, for example, *Saadi* [...]), the aliens’ detention in this context is nevertheless only permissible under Article 5 § 1 (f) if action is being taken with a view to their deportation. The Court considers that in the present case the applicant’s further detention cannot be said to have been effected with a view to his deportation as this was no longer feasible”. Asimismo, párr. 68: “The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the grounds for the applicant’s detention – action taken with a view to his deportation – did not remain valid for the whole period of his detention due to the lack of a realistic prospect of his expulsion and the domestic authorities’ failure to conduct the proceedings with due diligence). Véase también, TEDH, Sección Cuarta, *Louled Massoud v. Malta*, sentencia de 7 de julio de 2010, demanda 24340/08 (ECLI:CE:ECHR:2010:0727JUD002434008), párr. 69: “In the light of the above, the Court has grave doubts as to whether the grounds for the applicant’s detention – action taken with a view to his deportation – remained valid for the whole period of his detention, namely, more than eighteen months following the rejection of his asylum claim, owing to the probable lack of a realistic prospect of his expulsion and the possible failure of the domestic authorities to conduct the proceedings with due diligence.”

el recurso cada vez más común de privar de libertad a personas en movimiento implicaría una manifestación del proceso de criminalización de la migración irregular. Este proceso se caracteriza, como indica Legomsky (2007) por la incorporación asimétrica de normas penales a las políticas de migración: estas últimas importan las teorías, métodos, percepciones y prioridades asociados al poder penal, pero lo hacen sin incorporar el conjunto de garantías procesales penales (Majcher, 2013). En añadidura, la fusión entre el control migratorio y el sistema penal genera un efecto simbólico que refuerza la asociación de la migración a situaciones de delincuencia y amenaza a la seguridad (Bosworth, 2019: 86).

Desde esta perspectiva, la naturaleza administrativa o penal no depende solamente de la calificación que le otorgue el Estado en su derecho interno, sino que deben tenerse en cuenta las condiciones en que se produce la detención y los efectos que provoca la aplicación de la medida. Este examen de los elementos materiales de la detención resulta fundamental ya que, de acuerdo a la jurisprudencia del TEDH, una medida formalmente administrativa podría tener naturaleza penal en la práctica y, en consecuencia, deberían brindarse las garantías establecidas en el artículo 6 del CEDH.

En *Engel vs. the Netherlands*²³⁵, el TEDH resolvió que para determinar si una persona se encuentra privada de su libertad, en el sentido del artículo 5, es necesario analizar la situación concreta, la naturaleza de la infracción y el grado de severidad de la sanción. Para ello, sentó tres criterios para discernir la naturaleza administrativa o penal. Atendiendo al valor que el CEDH reconoce al derecho a la libertad física, el TEDH sostuvo que: “En una sociedad sujeta a la preeminencia del derecho, son de «materia penal» las privaciones de libertad susceptibles de ser impuestas a título represivo, excepto aquellas que por su naturaleza, duración o sus modalidades de ejecución no son susceptibles de causar un perjuicio importante”²³⁶.

Siguiendo este razonamiento, para determinar si la detención encuadra en el artículo 5 del CEDH, se debe tener en cuenta en primer lugar la calificación de la medida según el derecho nacional. Sin embargo, como sostiene el Tribunal de Estrasburgo en la sentencia mencionada, éste es “un simple punto de partida”, una indicación que “no tiene

²³⁵ TEDH, *Engel and other v. The Netherlands*, sentencia de 8 de junio de 1976, demandas no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071).

²³⁶ TEDH, *Engel and other v. The Netherlands*, cit. párr. 82.

más que un valor formal y relativo”²³⁷. En caso de que la medida sea calificada como administrativa, procede evaluar –de manera no acumulativa– los otros dos criterios que podrían convertirla en punitiva: la naturaleza de la infracción y el grado de severidad de la medida.

Respecto a la determinación de la naturaleza de la infracción, la sentencia del TEDH en *Engels* atiende a dos elementos: 1) el ámbito personal, considerando que las medidas penales suelen estar dirigidas a la sociedad de manera general e indeterminada, mientras que las medidas administrativas suelen referirse a un grupo específico o determinado; 2) el objetivo perseguido, asumiendo que las sanciones penales persiguen una finalidad retributiva, de incapacitación o de exclusión del infractor. Por último, se tiene en cuenta la intensidad o el grado de severidad de la medida tomando en consideración sus efectos y duración: por un lado, los efectos de retribución, incapacitación o exclusión se asocian a una medida penal; por otro, la duración puede conllevar que la medida administrativa se torne punitiva cuando se extiende excesivamente.

Las políticas de migración y asilo han tendido progresivamente a una utilización cada vez mayor de la detención. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH, sus efectos materiales pueden provocar que la medida se asemeje a una detención de naturaleza penal. A continuación, el análisis se centra en la propagación de la detención de migrantes y solicitantes de asilo como un mecanismo común de control migratorio. A efectos de estudiar el proceso de criminalización desde su aproximación jurídica, corresponde considerar cómo el ordenamiento jurídico introduce el elemento de la inmovilidad, cuáles son sus causas y cómo se ha extendido la detención desde el campo de la migración en sentido estricto hacia el control de los solicitantes de asilo como migrantes irregulares.

II. LA POLÍTICA DE DETENCIÓN DE LA MIGRACIÓN EN LA UE: TRES MODELOS LEGALES

A partir de la década de 1980, la detención de migrantes se ha convertido en un *modus operandi* común en las políticas de control migratorio a nivel global, con centros especializados y un régimen institucional particular (Flynn, 2014: 4). Bajo diversas denominaciones que, en palabras de Campesi (2011a: 179), dan cuenta de una

²³⁷ *Ibidem*.

“edulcoración semántica”, han proliferado las medidas de privación de la libertad de las personas migrantes. La tendencia se ha desarrollado de manera simultánea al abordaje político de las migraciones como un potencial riesgo para el orden público y como una amenaza a la seguridad de los Estados (Wilsher, 2012: 116), confirmando de este modo el proceso de securitización de la movilidad humana, especialmente cuando se produce a través del cruce “clandestino” de las fronteras y la permanencia no autorizada en el territorio. Desde esta perspectiva, la detención de migrantes se plantea como un imperativo dirigido a proteger los intereses sociales y nacionales (De Bruycker *et al.*, 2015: 19) y como una estrategia política habitual para el control de las fronteras y de la población extranjera bajo la jurisdicción del Estado (Wilsher, 2012: 139).

El mecanismo de detención en el contexto de la migración empezó a implementarse en Estados Unidos (Flynn, 2014)²³⁸, en coincidencia temporal con la expansión de las políticas de externalización de fronteras y, en particular, con la práctica de interdicción de embarcaciones de migrantes y eventuales solicitantes de asilo en alta mar provenientes de Cuba y Haití (Wilsher, 2012: 67). En 1992, el entonces presidente George Bush dictó la Orden Ejecutiva (*Executive Order*) 12.807, que autorizaba a los guardacostas a devolver a los migrantes interceptados en el mar. La Orden fue avalada un año después por la Corte Suprema de Estados Unidos en la resonada sentencia del caso *Sale v. Haitian Centers Council*²³⁹. A quienes no podían ser devueltos se los trasladaba a la base naval de la Bahía de Guantánamo en la isla de Cuba, que se convirtió en uno de los primeros centros de detención de migrantes en el mundo (Flynn, 2014: 5). El objetivo formal consistía en prevenir el tráfico ilícito de migrantes y disuadir el tránsito de solicitantes de asilo (Flynn, 2014: 6). Las eventuales solicitudes de asilo que presentaran las personas detenidas eran procesadas fuera del territorio estadounidense.

La política de detención en centros *offshore* fue posteriormente emulada por otros Estados. Lo que parecía una medida excepcional y extraordinaria se ha convertido, a lo largo del tiempo y en diferentes geografías, en un patrón normal del sistema de recepción de migrantes y solicitantes de asilo. Así, por ejemplo, Australia se inspiró en el modelo estadounidense de la Bahía de Guantánamo al momento de instalar los centros de

²³⁸ Para un análisis sobre la influencia de Estados Unidos en el origen y expansión de la política de detención de migrantes, véase Flynn (2014).

²³⁹ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Sentencia de 21 de junio de 1993, *Sale v. Haitian Centers Council* (509 US 155).

detención en las islas de Nauru y Papua Nueva Guinea como parte de la llamada “Solución del Pacífico” tras el caso Tampa (Dastyari, 2007; Mann, 2018). A partir de entonces, por ley del parlamento australiano, se implementó una ficción de escisión de las islas de lo que se conoce como la “zona migratoria”, aquella que se encuentra dentro del sistema de visados²⁴⁰.

Del mismo modo, la detención como dispositivo de control migratorio permeó en el marco de la UE tras el proceso de (de)construcción de fronteras interiores y exteriores y la adopción de una política común de migración. En particular, el marco jurídico europeo habilita tres formas de detención: la detención para el retorno de migrantes irregulares, regulada en la Directiva de retorno²⁴¹; la detención de solicitantes de asilo, regulada en la Directiva sobre condiciones de acogida²⁴²; y la detención para transferencias de solicitantes de asilo entre Estados miembros, regulada en el Reglamento Dublín III²⁴³. Estas normas establecen los motivos que justifican la detención de migrantes irregulares y solicitantes de asilo y fijan un plazo máximo de duración de la medida, que puede prorrogarse hasta 18 meses. En general, los Estados miembros han traspuesto todos los motivos de detención y han fijado el límite máximo de duración, de tal modo que la normativa de la UE –si bien ha introducido un conjunto de garantías procedimentales– ha normalizado la política de detención (Majcher, Flynn, Grange, 2020: 452).

Las particularidades del sistema de fronteras de la Unión condujeron a que la política de detención se concentre principalmente en los Estados miembros de “primera línea” y en terceros Estados mediante la promoción y financiación de centros de

²⁴⁰ En 2022, el tiempo promedio de detención en Australia es de aproximadamente dos años (The Guardian, 1.8.2022. “Australia holding immigration detainees for average of almost two years, freedom of information request reveals”, disponible en: <https://www.theguardian.com/australia-news/2022/aug/01/australia-holding-immigration-detainees-for-average-of-almost-two-years-freedom-of-information-request-reveals>)

²⁴¹ 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.

²⁴² Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición).

²⁴³ Reglamento (UE) n ° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida

detención²⁴⁴ (como el centro de detención instaurado por Mauritania con el apoyo de España, conocido como “Guantanamo”, que analizamos más adelante). Esta tendencia se reforzó con especial intensidad a partir de la llamada crisis de refugiados en 2015. A partir de entonces, según la investigación de Majcher, Flynn y Grange, (2020) relativa al sistema de detención en los entonces 28 Estados miembros de la UE, el número de personas detenidas se ha mantenido sin demasiadas alteraciones. Ello demuestra que el aumento de las detenciones no obedeció exclusivamente al incremento del número de llegadas sino al desarrollo de políticas y regulaciones restrictivas en materia de migración, algunas anteriores a 2015 y otras impulsadas a partir de la “crisis”.

En el contexto de la “crisis de refugiados”, las diferentes instituciones europeas promovieron la política de detención como una respuesta efectiva de control migratorio para gestionar las llegadas irregulares. El Consejo de la UE recomendó a los Estados detener a personas migrantes durante un período máximo de 18 meses a fin de retornar a aquellas personas que se negaran a cooperar²⁴⁵. Asimismo, en julio de 2015, Avramopoulos, entonces Comisionado de Migración y Asuntos Interiores, sostuvo que la detención incrementaba la eficiencia del control migratorio²⁴⁶. Posteriormente, la Recomendación presentada por la Comisión Europea en 2017 para la mayor eficacia de

²⁴⁴ Las políticas de centros offshore de Estados Unidos y Australia inspiraron también las propuestas de Reino Unido y Dinamarca para la instalación de centros de detención fuera del territorio de la UE (Noll, 2003b, p. 313; Majcher, Flynn y Grange, 2020: 460). Global Detention Project (2010) define esta política de la UE como la externalización de la detención (*detention externalization*) y la describe como: “an interlocking chain of diffusion processes whereby detention pressures and practices are exported from the core to the periphery. Policy developments at the regional level and among major destination countries place pressures on EU border states to serve as gatekeepers for Europe and bolster their detention activities. In turn, these border countries, working with EU partners (and sometimes international organisations), diffuse detention pressures outward to their non-European neighbours –both directly, by funding detention efforts in non-EU countries; and indirectly, by hardening their borders and thus leaving neighbouring countries the task of accommodating increasing numbers of irregular migrants and asylum seekers”.

²⁴⁵ Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa, 9/11/2015, Conclusiones del Consejo sobre las medidas para gestionar la crisis migratoria y de los refugiados, punto 5: “Que los Estados miembros, para hacer frente a la posible falta de cooperación de los migrantes a su llegada en la Unión Europea, y respetando plenamente los derechos fundamentales y el principio de no devolución, hagan uso de todas las posibilidades proporcionadas por el acervo de la UE, como (1) procedimientos de asilo en las fronteras o en las zonas de tránsito; (2) procedimientos acelerados; (3) no admisibilidad de posteriores solicitudes de asilo por las personas de que se trate; (4) medidas coercitivas, como, en último recurso, la detención por un período máximo necesario para la finalización de los procedimientos correspondientes.”

²⁴⁶ Avramopoulos, D. (2015). Letter from Commissioner Dimitris Avramopoulos to Ministers. Brussels, June 1, Ares (2015) 2397724. Disponible en: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2015/jun/eu-AVRAMOPOULOS-migration-letter-to-eu-ministers.pdf>

las órdenes de retorno²⁴⁷ señaló que “[e]l internamiento puede ser un elemento esencial”, especialmente “para garantizar que no se fuguen los nacionales de terceros países en situación irregular”²⁴⁸. En consecuencia, resaltó que es obligación de los Estados miembros recurrir al internamiento en virtud de lo dispuesto en la Directiva de retorno²⁴⁹, establecer un período inicial máximo de internamiento de seis meses (prorrogable hasta 18 meses en los casos de falta de cooperación o de demoras en la obtención de la documentación necesaria), y crear “capacidades de internamiento” en función de las necesidades reales y sobre todo en situaciones de emergencia debido a un número excepcionalmente elevado de personas que deban ser retornadas²⁵⁰.

Según datos de Global Detention Project (Majcher, Flynn y Grange, 2020: 2), con anterioridad a 2015, en varios Estados miembros (entre ellos, Austria, Bélgica, Alemania, Italia, Países Bajos y España) se observaba una tendencia a la disminución en el número de detenciones, que se alteró de manera significativa a partir de la “crisis de refugiados”. La normalización de la detención ante flujos masivos de eventuales solicitantes de asilo indica que el objetivo de esta política prioriza la seguridad de las fronteras antes que la protección de las personas (Majcher, Flynn, Grange, 2020: 4).

No obstante, la expansión de la política de detención no ha reducido los flujos de migración irregular. Por el contrario, en la práctica no existe evidencia de que la detención desincentive la migración y, en particular, no evita que las personas abandonen sus lugares de residencia en búsqueda de protección internacional (Edward, 2011). Esta circunstancia, unida al hecho de que la detención procede cuando existan motivos de riesgo y peligrosidad, indica que la privación de libertad de migrantes es utilizada como un instrumento para gestionar la movilidad de determinadas categorías de migrantes “no deseados” por ser considerados socialmente marginales o socialmente peligrosos (Campesi y Fabini, 2020). Desde la perspectiva de la persona migrante, la detención

²⁴⁷ Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (C/2017/1600) (DO L 66, 11.3.2017, p. 15–21).

²⁴⁸ Recomendación (UE) 2017/432, op. cit., apartado 16.

²⁴⁹ 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 (DO L 348, 24.12.2008, p. 98–107).

²⁵⁰ Recomendación (UE) 2017/432, op. cit., párr. 10.

puede ser asumida como una parte más del trayecto hasta el lugar de destino²⁵¹, especialmente cuando el desplazamiento se produce de manera forzada por causa de persecución.

III. LA LEGITIMACIÓN Y LOS LÍMITES A LA DETENCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DE REFUGIADOS

El Derecho internacional de los derechos humanos no contiene una prohibición directa sobre la detención con fines de control migratorio. Los tratados internacionales de derechos humanos y, en particular, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados no contienen ninguna regulación específica al respecto. Por el contrario, existe un consenso en que la detención representa una herramienta válida que pueden utilizar los Estados en el ejercicio de su prerrogativa soberana de controlar las fronteras, como lo ha sostenido la jurisprudencia consolidada del TEDH²⁵². Sin embargo, en todo caso, el marco jurídico internacional considera a la detención como un último recurso, de tal modo que el poder de los Estados de privar o restringir la libertad de circulación a personas migrantes y solicitantes de asilo debe desarrollarse bajo estrictas limitaciones²⁵³.

A diferencia del derecho a la vida (PIDCP, art. 6) o la prohibición de tortura (PIDCP, art. 7), el derecho a la libertad de circulación de cualquier persona se configura en el marco jurídico internacional como un derecho derogable cuyo ejercicio puede ser suspendido en circunstancias excepcionales. El artículo 4 del PIDCP dispone que la libertad de circulación puede ser suspendida en caso de emergencia pública “que ponga

²⁵¹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Informe de 2 de abril de 2012, A/HCR/20/24, punto 8. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf

²⁵² TEDH, Pleno, Sentencia de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, demandas 9214/80, 9473/81, 9474/81 (ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000921480), párr. 67; TEDH, Sala, Sentencia de 21 de octubre de 1997, *Boujlifa v. France*, demanda 25404/94 (ECLI:CE:ECHR:1997:1021JUD002540494), párr. 42; TEDH, Gran Sala, Sentencia de 28 de febrero de 2008, *Saadi v. Italy*, demanda 37201/06 (ECLI:CE:ECHR:2008:0228JUD003720106), párr. 124.

²⁵³ En el ámbito de la regulación internacional de la migración, la Convención sobre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares. El artículo 16 reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad personales, prohíbe la detención o prisión arbitraria y habilita la privación de libertad sólo por motivos y mediante procedimientos establecidos por ley. Sin embargo, ningún Estado miembro de la UE ha ratificado el tratado; los Estados partes de la Convención son en su mayoría países de origen de migrantes. Véase el estado de ratificaciones de la Convención en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=en

en peligro la vida de la nación” y que haya sido oficialmente proclamada por el Estado²⁵⁴. En sentido similar se expresa el artículo 15 del CEDH.

En el ámbito particular de las migraciones, la suspensión de la libertad de circulación cobra especial relevancia para el Estado como un mecanismo de preservación de la seguridad interior y el orden público (De Bruycker *et al.*, 2015: 38). En tales casos, el TEDH ha resuelto que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación, pero que ello no puede significar un poder de discrecionalidad ilimitada y que en todo caso debe quedar sujeto al control judicial del Tribunal²⁵⁵. El control judicial debe evaluar la proporcionalidad de la medida con relación al objetivo de control migratorio que se persigue, así como también el conjunto de factores pertinentes tales como las circunstancias que la motivan, la naturaleza del conjunto de derechos afectados, y las condiciones en las que la detención tiene lugar. Esto es así aun cuando la derogación del derecho a la libertad de circulación obedezca a la declaración de una situación de emergencia, ante lo cual los tribunales están llamados a determinar si tal suspensión constituye una respuesta real al estado de urgencia, que se justifica plenamente respecto a las circunstancias especiales de la situación y que existen garantías frente a los abusos²⁵⁶. Tal evaluación resulta crucial al momento de distinguir la naturaleza real de la medida administrativa más allá de su regulación formal.

1. La regulación en el Derecho Internacional de Derechos Humanos

El punto de partida es el reconocimiento del derecho a la libre circulación, según lo establecido en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el artículo 12 del PIDCP. No obstante, la literalidad de ambas normas es una prueba evidente de la diferente naturaleza de ambos instrumentos internacionales y de las obligaciones que de ellos derivan para los Estados. Mientras la DUDH reconoce a “toda persona” el derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un

²⁵⁴ Según la Observación General N° 29 del Comité de Derechos Humanos, tales medidas deben ser excepciones y temporales.

²⁵⁵ TEDH, Gran Sala, *A and others v. the UK*, sentencia de 19 de febrero de 2009, demanda 3455/05 (ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505), párr. 184 (asimismo, párr. 173).

²⁵⁶ TEDH, *Ireland v. the United Kingdom*, sentencia de 18 de enero de 1978, demanda 5310/71 (ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD000531071), párr. 207; TEDH, *Aksoy v. Turkey*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, demanda 21987/93 (ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD002198793), párr. 68.

Estado sin condiciones, el PIDCP señala que tal libertad corresponde a “[t]oda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”. Asimismo, el Pacto prevé expresamente la posibilidad de que la ley contemple restricciones al derecho, cuando “sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros”. Por otro lado, ambos instrumentos reconocen con igual alcance el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio. No obstante, en ninguno de los dos se menciona el derecho a entrar a otro Estado. Al respecto, el Pacto se limita a establecer que nadie puede ser “arbitrariamente privado” del derecho a entrar en su propio país.

En definitiva, tanto la DUDH y el PIDCP reconocen el derecho a la libertad de circulación sin discriminar por nacionalidad. Sin embargo, en el caso de las personas que se encuentren fuera de su país de nacionalidad, el PIDCP impone la condición de que la permanencia en el territorio sea regular. Ante ello, el Comité de Derechos Humanos señala que: “[l]a cuestión de si un extranjero se encuentra ‘legalmente’ dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado”²⁵⁷. Si bien el artículo 13.2 de la DUDH reconoce el derecho a salir del país, incluido el propio, los Estados conservan el poder de regular las condiciones de entrada a sus territorios. Así lo destaca también la jurisprudencia consolidada del TEDH: “[a]s a matter of well-established international law [States have the right] to control the entry, residence and expulsions of aliens”²⁵⁸.

Dentro de estos márgenes marcados por el Derecho Internacional, la detención de migrantes representa una herramienta que los Estados pueden desplegar legítimamente para la gestión y el control de sus fronteras (De Bruycker *et al.*, 2015: 41). No obstante, el poder estatal de controlar y restringir la libertad de circulación no es absoluto, sino que debe cumplir una serie de exigencias recogidas en el Derecho internacional de los derechos humanos y, especialmente, las obligaciones derivadas del Derecho internacional de refugiados.

²⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General 27 sobre Libertad de circulación, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999, párr. 4 (disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1400.pdf>)

²⁵⁸ TEDH, Gran Sala, *Chahal v the United Kingdom*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93 (ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD002241493), párr. 73.

En primer lugar, el Derecho Internacional autoriza la práctica de la detención de migrantes, bajo la condición de que se realice de conformidad a los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad. Según el PIDCP, las restricciones a la libertad de circulación sólo pueden justificarse “cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el [PIDCP]” (art. 12.3). En esta línea, el Comité de Derechos Humanos resalta que las restricciones que se impongan deben ser las menos intrusivas y en ningún caso pueden anular la libertad de circulación²⁵⁹.

Los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad representan garantías contra la arbitrariedad del poder del Estado y, en particular, de la medida de privación o restricción de la libertad. En concreto, el artículo 9 del PIDCP expresa que “[n]adie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias”. Los criterios para evaluar el carácter arbitrario atienden no sólo a la legalidad sino también a otros factores tales como la proporcionalidad de la medida, la necesidad de su implementación, las garantías procedimentales y las condiciones de la detención (Majcher, Flynn y Grange, 2020: 6). En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

“La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a la ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las ‘garantías procesales’. Ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además razonable en toda circunstancia.”²⁶⁰

Al respecto, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria considera que: “[s]i bien las normas internacionales de derechos humanos no prohíben en principio la detención administrativa de solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales, ésta se puede

²⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General 27 sobre Libertad de circulación, op. cit., párr. 2. Además, el párr. 14 de la Observación General 27 enfatiza: “El párrafo 3 del artículo 12 indica claramente que no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse”.

²⁶⁰ Comité de Derechos Humanos, *Hugo van Alphen v. The Netherlands*, Comunicación no. 305/1998 (HRC), U.N. Doc. CCPR/C/39/D/305/1988, párr. 5.8.

equiparar a la detención arbitraria si no se justifica a la luz de las circunstancias del caso”²⁶¹. De manera simultánea, la arbitrariedad de la detención despojaría a la persona migrante de los derechos y garantías procedimentales que debe reunir la medida de control migratorio, lo que podría suponer la mutación de su naturaleza administrativa en una de tipo penal, agravada por su ilegalidad.

2. La regulación en el sistema europeo de protección de derechos humanos

El CEDH no refiere expresamente a la arbitrariedad de la privación de libertad, sino solamente a la obligación de que en todo caso se realice de acuerdo al procedimiento establecido por ley. No obstante, según la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, el cumplimiento de esta obligación por parte del Estado no sólo requiere que exista una ley sino que se garantice la suficiente “calidad de la ley” (*quality of law*), cuya regulación debe ser accesible, precisa y previsible en su aplicación ²⁶². De este modo, el TEDH ha sostenido que la obligación de que la detención sea conforme a la ley incluye como condición inexorable que su aplicación no se realice de manera arbitraria:

“a necessary element of the ‘lawfulness’ of the detention within the meaning of Article 5 § 1 (e) is the absence of arbitrariness. The detention of an individual is such a serious measure that it is only justified where other, less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained. That means that it does not suffice that the deprivation of liberty is executed in conformity with national law but it must also be necessary in the circumstances.”²⁶³

El CEDH distingue entre las restricciones y la privación del derecho de libertad de circulación, como dos formas de limitación con diferente regulación jurídica.

²⁶¹ Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4 10 de enero de 2008.

²⁶² TEDH, Sentencia de 2 de agosto de 1984, *Malone v. United Kingdom* (demanda no. 8691/79) (ECLI:CE:ECHR:1984:0802JUD000869179), párr. 67; Sentencia de 25 de junio de 1996, *Amuur v. France* (demanda no. 19776/92) (ECLI:CE:ECHR:1996:0625JUD001977692), párr. 50; Sentencia de 28 de mayo de 2002, *Stafford v. United Kingdom* (demanda no. 46295/99) (ECLI:CE:ECHR:2002:0528JUD004629599), párr. 63; Sentencia de 12 de febrero de 2008, *Kafkaris c. Chipre* (demanda no. 21906/04) (ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD002190604), párr. 116; Sentencia de 21 de octubre de 2013, *Del Río Prada c. España* (demanda 42750/09) (ECLI:CE:ECHR:2013:1021JUD004275009), párr. 125.

²⁶³ TEDH, Segunda Sección, Sentencia de 4 de abril de 2000, *Witold Litwa v. Poland* (demanda 26629/95) (ECLI:CE:ECHR:2000:0404JUD002662995), párr. 78. En igual sentido: *Amuur v France*, cit., demanda 19776/92, párr. 50; *A. and others v. The United Kingdom* (demanda 3455/05) (ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505), párr. 164.

Concretamente, el artículo 5 refiere a la privación y el Protocolo N° 4 a otras restricciones. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, la diferencia entre una y otra no estriba en la naturaleza o esencia de la medida, sino que depende del grado o intensidad de la restricción, de tal modo que “[p]ara determinar si una persona es ‘privada de su libertad’ en el sentido del artículo 5, hay que conocer su situación concreta y tener en cuenta una serie de criterios como el género, la duración, los efectos y la manera de aplicación de la medida”²⁶⁴.

El artículo 5 del CEDH reconoce el derecho a la libertad y seguridad personal y establece una serie de garantías especiales contra la privación arbitraria del derecho. Esta disposición enumera una serie de motivos en los que la privación de libertad se considera justificada. Entre tales motivos, la norma refiere a dos supuestos que autorizan la detención en el contexto migratorio; estos son: “para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley” (párr. b); y “para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición” (párr. f).

Por otro lado, de modo similar al art. 12 del PIDCP, el artículo 2 del Protocolo N° 4 del CEDH reconoce el derecho a la libertad de circulación a “[t]oda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado” (párr. 1), y establece que las únicas restricciones válidas son aquellas que “previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros” (párr. 3). Al igual que en el PIDCP, el sistema europeo de protección de derechos humanos condiciona el reconocimiento pleno del derecho a la libertad de circulación a la entrada y permanencia regular en el Estado. Por el contrario, la libertad de circulación de las personas en situación migratoria irregular puede ser restringida, siempre que así lo disponga la ley y que existan motivos suficientes para justificar la afectación del derecho.

²⁶⁴ TEDH, Gran Sala, *Austin and Others v. The United Kingdom*, sentencia de 15 de marzo de 2012, demanda 39692/09, 40713/09, 41008/09 (ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD003969209), párr. 57.

En el caso *Ilias y Ahmed*²⁶⁵, el TEDH señaló los factores que permiten distinguir entre una restricción de la libertad de circulación y una privación de libertad en el contexto del confinamiento de extranjeros en las zonas de tránsito de los aeropuertos y en los centros de recepción, según lo dispuesto en el art. 5 del CEDH. Los demandantes en el caso son dos bangladeshíes que llegaron a Hungría desde Serbia el 15 de septiembre de 2015 y entraron en la zona de tránsito de Röszke, en territorio húngaro. Sus solicitudes de asilo fueron rechazadas el mismo día de su llegada y permanecieron casi un mes en la zona de tránsito en espera de la resolución definitiva del procedimiento. Tras la denegación judicial de sus solicitudes de asilo, el 8 de octubre de 2015 los demandantes fueron expulsados a Serbia. En la instancia del TEDH, la controversia entre las partes giró en torno a la calificación como detención del tiempo de permanencia en la zona de tránsito. El Tribunal de Estrasburgo resolvió que en el caso no hubo una privación de libertad en los términos del artículo 5 del CEDH²⁶⁶. Para ello, sentó una serie de criterios que no son necesariamente acumulativos y que atienden a los siguientes elementos²⁶⁷: 1) el carácter voluntario o forzado del ingreso y la permanencia en el centro de estancia o acogida; 2) la calificación legal que otorga el Estado a la retención; 3) la intención de las autoridades de privar de la libertad de circulación; 4) la proporcionalidad de la duración de la medida con relación al objetivo que persigue (prevenir la entrada irregular, asegurar la expulsión o examinar la solicitud de asilo); 5) la fijación de un plazo máximo de la medida y el reconocimiento del derecho a recurrir judicialmente la decisión en un procedimiento acelerado; 6) el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la posibilidad de que el migrante retenido solicite asilo; 7) las condiciones de la permanencia, el nivel de control por parte de las autoridades y la posibilidad del migrante de tener comunicación con el exterior; 8) la posibilidad de salir del centro o la zona de tránsito hacia otro Estado sin una amenaza directa para su vida o su salud.

²⁶⁵ TEDH, Gran Sala, Sentencia de 21 de noviembre de 2019, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, demanda 47297/15 (ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715).

²⁶⁶ TEDH, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, op. cit., párr. 249.

²⁶⁷ TEDH, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, op. cit., párr. 217 a 248.

IV. LA DETENCIÓN DE SOLICITANTES DE ASILO

De manera simultánea a la implementación de mecanismos de detención de migrantes, las personas solicitantes de asilo han sido progresivamente consideradas y tratadas como sujetos pasibles de ser detenidos (Costello y Mouzourakis, 2016). Las restricciones al derecho a la libertad de circulación se han convertido gradualmente en un dispositivo común para el control y la gestión de las migraciones, incluidos los movimientos de eventuales solicitantes de asilo, bajo el fundamento de la necesidad de evaluar a quienes arriban por vías irregulares y seleccionar a aquellos con derecho a cruzar la frontera e ingresar al sistema de protección internacional.

En el ámbito de los sistemas de asilo, las diferentes formas de detención a efectos administrativos han sido justificadas en el objetivo de distinguir aquellas personas con una pretensión “auténtica” de protección internacional y evitar los abusos por parte de migrantes que no reúnen las condiciones para ser reconocidas como refugiadas. Como sostiene Cornillise (2016), es posible observar una relación triangular imprecisa entre la solicitud de protección internacional, la denegación de entrada al territorio y la privación de libertad, especialmente en los procedimientos de frontera.

Conforme el Derecho Internacional de Refugiados, la detención de solicitantes de asilo es una medida sumamente excepcional. No obstante, como se analiza a continuación, en el Derecho de la UE es posible advertir que dos de los tres modelos de detención se dirigen específicamente contra solicitantes de asilo. En cualquier caso, en el plano jurídico y a modo de garantía derivada del Derecho Internacional de Refugiados, la medida no puede significar un castigo debido a la entrada o la permanencia en situación irregular.

1. La regulación en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados no contiene una disposición específica sobre la detención de personas refugiadas. No obstante, los artículos 26 y 31 contienen previsiones que los Estados están obligados a observar de manera ineludible al momento de aplicar cualquier medida que pueda suponer una restricción a la libertad de circulación. Estos dos artículos de la Convención de Ginebra de 1951 deben ser entendidos de manera sistemática como normas complementarias (De Bruycker *et al.*,

2015: 31), de tal modo que las garantías que ofrecen a la libertad de circulación sean dirigidas no sólo a personas reconocidas como refugiadas sino también a aquellas solicitantes de protección internacional durante la tramitación del procedimiento.

El artículo 26 de la Convención de Ginebra establece que los Estados deben reconocer el derecho a la libertad de residencia y circulación a los refugiados “que se encuentren legalmente en el territorio”, bajo la condición de que “observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general”. Al respecto, siguiendo la interpretación de Hathaway sobre los *travaux préparatoires*, la expresión “legalmente” (*lawfully presence*) debe entenderse referida a la circunstancia de haber presentado una solicitud de asilo, siendo suficiente que el procedimiento se encuentre en curso, aunque aún no haya una resolución definitiva sobre el reconocimiento del estatuto de refugiado (Hathaway, 2005: 175). Conforme a esta regla, en el ámbito del SECA, la Directiva sobre procedimientos reconoce que la persona solicitante de protección tiene derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro durante la tramitación de la solicitud²⁶⁸. De todos modos, en el caso de los solicitantes de asilo, la norma habilita la aplicación del régimen de extranjería y, en consecuencia, de la detención (Costello y Mouzourakis, 2016: 50). De hecho, la Directiva de procedimientos aclara expresamente que la autorización de permanencia se concede únicamente a efectos del procedimiento y no constituye un derecho a obtener un permiso de residencia.

A su vez, el primer párrafo del artículo 31 de la Convención hace referencia a aquellas personas que se encuentren “ilegalmente” en el territorio del Estado, y establece que las restricciones a la libertad del solicitante de asilo no pueden ser implementadas como una sanción penal motivada por su entrada irregular. No obstante, en el párrafo segundo de la misma disposición, la Convención no prohíbe la detención de solicitantes de asilo u otras restricciones a la libertad de circulación, bajo la condición de que tengan carácter administrativo y sean necesarias en el marco del procedimiento de asilo.

²⁶⁸ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, op. cit., art. 9.1: “Los solicitantes estarán autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia establecidos en el capítulo III. Ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.”

Artículo 31. -*Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio*

“1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.”

El principio de necesidad exige que la medida de detención no se aplique exclusivamente por el interés o conveniencia de las autoridades, sino que además resulte ineludible para el desarrollo del procedimiento de asilo (Grahl-Madsen, 1997: 106). En consecuencia, la duración de la detención se puede extender hasta el momento de la regularización de la permanencia en el territorio²⁶⁹. Asimismo, la medida no puede imponerse con finalidad disuasoria dirigida a desincentivar las llegadas de solicitantes de asilo (Noll, 2011)²⁷⁰.

Como sostienen las Directrices de ACNUR sobre detención de solicitantes de asilo: “Estos derechos en su conjunto – el derecho a buscar asilo, la no penalización por entrada o estancia irregular y los derechos a la libertad y a la seguridad personal y a la libertad de circulación– significan que la detención de solicitantes de asilo debe ser una medida de último recurso, y que la libertad es la situación predeterminada” (ACNUR, 2012: 13). En suma, la lectura del artículo 31 debe realizarse de manera integral, dado que sus dos párrafos se hallan inextricablemente relacionados, de tal modo que una medida de detención administrativa que no cumpla las condiciones establecidas en el párrafo segundo puede aparejar una detención de naturaleza penal, prohibida según el primer párrafo (Noll, 2011: párr. 76; Goodwin-Hill, 2003: 196; Wilsher, 2012: 136;

²⁶⁹ Como explica Noll (2011: párr. 115), la regularización no requiere necesariamente el reconocimiento del estatuto de refugiado, sino que puede producirse previamente mediante la admisión de la solicitud de asilo.

²⁷⁰ Noll, 2011, párr. 77-78. En igual sentido: United Nations High Commissioner for Refugees, Executive Committee, *Note on International Protection*, A/AC.96/643, 9 de Agosto de 1984, párr. 29.

Majcher, 2013: 16). En tales circunstancias, la naturaleza administrativa de la detención se desdibuja y puede derivar en una medida dirigida al control y la prevención de la migración irregular, o en una medida punitiva cuando la entrada o permanencia irregular sea considerada un ilícito penal.

2. La detención de solicitantes de asilo en la Unión Europea

Al momento de analizar el marco jurídico sobre la detención de solicitantes de asilo, es posible identificar determinadas asimetrías en la regulación internacional y europea. El Derecho Internacional de Derechos Humanos permite la privación de la libertad de circulación como una medida excepcional de último recurso. Por su parte, el Derecho Internacional de Refugiados se asienta en la presunción de la condición de refugiado del solicitante de asilo. Si bien el Derecho de la UE sigue estos lineamientos generales de la normativa internacional, la confluencia entre la política de asilo y las medidas dirigidas a la prevención de la migración irregular entraña el riesgo de que los solicitantes de asilo sean considerados previamente como migrantes irregulares, con posibilidad de ser sancionados por su entrada no autorizada y de ser detenidos hasta que se determine su derecho al reconocimiento de protección internacional.

La libertad personal y la libertad de circulación no constituyen derechos absolutos, pero, en cualquier caso, las restricciones deben ser conformes a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Según tales principios, atendiendo al carácter esencial del derecho a la libertad, cualquier restricción debe aplicarse de manera excepcional, contar con una base legal que establezca el procedimiento y los supuestos en los que puede ser aplicada. El DIDH obliga a los Estados miembros, tanto en el plano regional e internacional, compuesto respectivamente por el CEDH y la CDFUE y por el PIDCP. Al respecto, el artículo 5.1 del CEDH, el artículo 6 de la CDFUE y el artículo 9 del PIDCP reconocen el derecho fundamental a la libertad personal. En particular, la libertad de circulación se encuentra contemplada en el artículo 2 del Protocolo N° 4 del CEDH y el artículo 12 del PIDCP, y como regla general obliga al Estado a garantizar la circulación por todo su territorio a toda persona que se encuentre en él de manera regular.

Por su parte, las normas del SECA prevén dos tipos de detención de solicitantes de asilo, ambas relacionadas con la superposición de categorías subjetivas, entre el migrante irregular y el solicitante de asilo. La Directiva 2013/33, sobre las normas de

acogida²⁷¹, denomina a la detención como “internamiento”, y define a esta medida como “el confinamiento de un solicitante por un Estado miembro en un lugar determinado donde se priva al solicitante de la libertad de circulación”²⁷². En concreto, la falta de vías regulares de acceso y las dificultades para cumplir con los requisitos formales de entrada provocan que los solicitantes sean considerados como migrantes irregulares mientras se encuentran en zonas de tránsito o sujetos al procedimiento del Reglamento Dublín III (Costello y Mouzourakis, 2016). De tal modo que las reglas comunes del asilo en la UE habilitan la detención administrativa, justificada en el ejercicio del control migratorio durante el procedimiento de asilo.

En el caso de las personas solicitantes de asilo, el TEDH ha reconocido la legitimidad de las restricciones a la libertad que se fundamentan en el poder de los Estados de prevenir la inmigración irregular, siempre que las medidas se combinen con garantías adecuadas para el respeto de sus obligaciones internacionales, principalmente aquellas derivadas de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y del CEDH. Al respecto, el Tribunal de Estrasburgo ha sostenido que “el deseo legítimo de los Estados de hacer fracasar los intentos cada vez más frecuentes de esquivar las restricciones a la inmigración no debe privar a los solicitantes de asilo de la protección acordada por dichas convenciones”²⁷³. No en vano el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria sostuvo que “tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias”²⁷⁴.

²⁷¹ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición) (OJ L 180, 29.6.2013, p. 96–116).

²⁷² Directiva 2013/33/UE, op. cit., art. 2.h.

²⁷³ TEDH, *Amuur v. Francia*, cit., párr. 43: “Holding aliens in the international zone does indeed involve a restriction upon liberty, but one which is not in every respect comparable to that which obtains in centres for the detention of aliens pending deportation. Such confinement, accompanied by suitable safeguards for the persons concerned, is acceptable only in order to enable States to prevent unlawful immigration while complying with their international obligations, particularly under the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and the European Convention on Human Rights. States’ legitimate concern to foil the increasingly frequent attempts to circumvent immigration restrictions must not deprive asylum-seekers of the protection afforded by these conventions.”

²⁷⁴ Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, A/HRC/7/4 10 de enero de 2008.

Según la jurisprudencia del TEDH, la ausencia de una base legal conlleva la anulación de la restricción²⁷⁵. Asimismo, aun cuando exista una base legal, es necesario valorar los efectos de la medida con independencia de la calificación jurídica de la medida. Al respecto, la detención puede producirse en las situaciones de retención de los solicitantes de asilo en las fronteras o en zonas internacionales. A fin de determinar cuándo una retención reviste la condición de detención, siguiendo los estándares fijados en *Engels vs. the Netherlands*²⁷⁶ –analizados anteriormente–, el Tribunal de Estrasburgo ha señalado que debe tenerse en cuenta un conjunto de factores²⁷⁷: 1) la situación individual del solicitante y sus posibilidades reales de decisión sobre la salida del lugar donde se encuentra retenido; 2) el régimen legal al que queda sometido y, en concreto, cuál es la finalidad de la medida y cuáles son las garantías procesales; 3) la duración de la medida, atendiendo especialmente a su proporcionalidad con respecto a la finalidad que se persigue; y 4) la naturaleza y el grado de la restricción a la libertad, considerando no sólo la medida por sí sola sino también la experiencia del solicitante. A la luz de estos estándares, por ejemplo, en *J.R. y otros v. Grecia*, el TEDH consideró que configuraba detención la prohibición de salida impuesta a tres personas de nacionalidad afgana en el hotspot Vial en Chios, con el objetivo de hacer efectivo su retorno en virtud de la Declaración UE-Turquía, aunque el Estado calificara la medida como una “restricción de libertad”²⁷⁸.

Desde la presentación de la solicitud de asilo, se activan en todo caso los derechos y garantías contemplados en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. De conformidad con lo dispuesto en el derecho primario de la Unión (TFUE, art. 78) y en la CDFUE (art. 18), la política común de asilo debe respetar las normas de la Convención²⁷⁹.

²⁷⁵ En *Khlaifia and others v. Italy*, la Gran Sala del TEDH resolvió que la privación de libertad para la toma de huellas dactilares, sin contar con una base legal, constituye una vulneración del artículo 5 del CEDH (TEDH, Gran Sala, *Khlaifia and others v. Italy*, sentencia de 15 de diciembre de 2006, demanda 16483/12 -ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD001648312-).

²⁷⁶ TEDH, *Engels vs. the Netherlands*, op. cit.

²⁷⁷ TEDH, Gran Sala, *Ilias and Ahmed v Hungary*, sentencia de 21 de noviembre de 2019, demanda 47287/1 (ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715), párr. 217; TEDH, Gran Sala, *Z.A. and others v Russia*, sentencia de 21 de noviembre de 2019, demanda 61411/15, 61420/15, 61427/15 y 3028/16 (ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD006141115), párr. 138.

²⁷⁸ TEDH, *J.R. and others v. Greece*, sentencia de 25 de enero de 2018, demanda 22696/16 (ECLI:CE:ECHR:2018:0125JUD002269616).

²⁷⁹ En este sentido, el TJUE sostuvo en *Salahadin Abdulla y otros*: “[...] la Convención de Ginebra constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados y que las disposiciones de la Directiva relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado y al

Así lo reconoce la reiterada jurisprudencia del TJUE, en cuanto sostiene que “la Convención de Ginebra constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados y las disposiciones de esta Directiva [sobre reconocimiento] fueron adoptadas para guiar a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la citada Convención, sobre la base de conceptos y criterios comunes”²⁸⁰.

Por tanto, en materia de detención y restricciones a la libertad de solicitantes de asilo, la UE debe cumplir con las directrices de los artículos 26 y 31 de la Convención de Ginebra de 1951, que ordenan a los Estados garantizar el derecho de libertad de circulación y no aplicar restricciones más allá de lo estrictamente necesario. Si bien el Derecho de la UE no contiene normas similares a los artículos 26 y 31 de la Convención, los instrumentos jurídicos del SECA realizan remisiones directas a la Convención como norma base del Derecho de refugiados, lo que permite sostener que tales disposiciones deben ser plenamente operativas en el funcionamiento del SECA. En concreto, el Reglamento de Dublín III, que añade una nueva modalidad de detención en el ámbito de la UE, reconoce que el internamiento de solicitantes de asilo debe realizarse conforme el artículo 31 de la Convención de Ginebra²⁸¹.

Este entendimiento debe prevalecer a pesar de lo resuelto por el TJUE en *Qurbani*. En este asunto, el Tribunal de Luxemburgo resolvió que carecía de competencia para interpretar el artículo 31 de la Convención ya que en el Derecho de la UE no existía una norma de contenido similar y que los Estados miembros han conservado determinadas competencias en la materia cubierta por el artículo 31²⁸². La resolución respondía así a una cuestión procedimental, relativa a su competencia para interpretar tratados

contenido de éste fueron adoptadas para guiar a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la citada Convención, sobre la base de conceptos y criterios comunes.” (TJUE, Gran Sala, sentencia de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-175/08, C176/08, C-178/08 y C-179/08 - ECLI:EU:C:2010:105-, párr 52).

²⁸⁰ TJUE, Sala Cuarta, *H.N. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform and others*, sentencia de 8 de mayo de 2014, asunto C-604/12 (EU:C:2014:302), párr. 27; en referencia a lo resuelto en TJUE, Sala Cuarta, *Minister voor Immigratie en Asiel contra X e Y y Z contra Minister voor Immigratie en Asiel*, sentencia de 7 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12 (EU:C:2013:720), párr. 39 y jurisprudencia allí citada.

²⁸¹ Reglamento de Dublín III, considerando 20. La anterior Directiva 2004/83/UE disponía que el artículo 31 era aplicable en aquellos casos en que se denegara o revocara el estatuto de refugiado a una persona que fuera considerada un peligro para la seguridad del Estado o de la sociedad con motivo de un delito de especial gravedad.

²⁸² TJUE, Sentencia de 17 de julio de 2014, *Mohammad Ferooz Qurbani*, asunto C-481/13, EU:C:2014:2101, apartado 26.

internacionales y otras normas que no forman parte en sentido estricto del Derecho de la UE.

En el asunto *Qurbani*, el tribunal regional superior de Bamberg (Alemania) planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE en el marco de un proceso penal contra el Sr. Qurbani, nacional afgano que había ingresado en avión desde Grecia a Alemania con un pasaporte falso y haciendo uso de los servicios de un portador de fronteras. En el aeropuerto fue detenido tras detectarse la falsificación e inmediatamente solicitó asilo. Durante la tramitación del procedimiento de asilo, el tribunal de distrito dictó una resolución penal contra el solicitante por los delitos de entrada ilegal, presencia irregular, presencia irregular sin pasaporte y falsedad documental. Tras ser absuelto en virtud del régimen nacional e internacional sobre incompatibilidad entre la condena penal y el derecho de asilo, la fiscalía presentó un recurso de revisión planteando la inaplicabilidad del artículo 31 de la Convención de Ginebra respecto a otros delitos diferentes a la entrada irregular y atendiendo al hecho de que, al entrar en territorio alemán, el solicitante no provenía del Estado de persecución sino de otro Estado miembro de la UE. Ante ello, el tribunal requirente planteó ante el TJUE tres preguntas: si la exclusión de la pena consagrada en el artículo 31 de la Convención de Ginebra incluye el delito de falsificación de pasaporte (cuando dicho pasaporte no es necesario para solicitar asilo); si el uso de servicios de portadores de fronteras impide invocar la aplicación del artículo 31; si el requisito del artículo 31 de que la persona llegue “directamente” del territorio donde sufre persecución se cumple cuando el solicitante haya ingresado previamente a otro Estado miembro de la UE. Debido a que las preguntas se dirigían a la interpretación directa de una norma contenida en la Convención de Ginebra, sin contener ninguna mención a las normas del Derecho de la Unión, el TJUE declaró su incompetencia para resolver la cuestión prejudicial según los límites señalados en el artículo 267 del TUE²⁸³. La decisión fue criticada por su marcado enfoque formalista (Moreno-Lax, 2019: 67) y por ser una oportunidad perdida para resolver las dudas que plantea la aplicabilidad del artículo 31 de la Convención de Ginebra en el marco del Derecho de la Unión (Holiday, 2014).

En una línea similar a la jurisprudencia del TEDH en *Ilihas y Ahmed*, el TJUE ha establecido una serie de factores que deben tomarse en consideración al momento de

²⁸³ Para mayor análisis de la sentencia, véase Holiday (2014).

definir una medida como internamiento en el contexto migratorio²⁸⁴. Como explica Ruiz Ramos (2021: 366), para el Tribunal de Luxemburgo existen cinco elementos fundamentales a tener en cuenta: la situación de aislamiento del migrante, la obligación de permanecer en un lugar determinado, el carácter cerrado del lugar en el que tiene lugar, el control y las limitaciones impuestas sobre los movimientos del migrante dentro del establecimiento donde se encuentre, y la posibilidad “legal” de abandonar el lugar de manera voluntaria e ingresar en otro Estado (entendiendo la “legalidad” se configura por la posibilidad de ingresar legalmente al otro Estado y la circunstancia de que la salida no apareje el archivo de la solicitud de asilo)²⁸⁵.

2.1. La detención durante el procedimiento de asilo

El Derecho de la UE prevé la posibilidad de que, durante el procedimiento de asilo, los Estados impongan de manera excepcional medidas de restricción a la libertad de circulación y de detención o internamiento. La Directiva sobre condiciones de acogida establece la libertad de circulación como regla general, de tal modo que las prácticas de detención como dispositivo automático e indiscriminado para la gestión de las solicitudes de asilo resultan contrarias al marco jurídico de la Unión (Tsourdi, 2016: 17).

Las restricciones se encuentran contempladas en diferentes instrumentos que regulan el funcionamiento del SECA:

- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición)²⁸⁶.

²⁸⁴ TJUE, Gran Sala, Sentencia de 14 de mayo de 2020, *FMS y otros contra Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság* [Dirección General Nacional de la Policía de Extranjería, Dirección Regional de Dél-alföd, Hungría] y *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság* [Oficina de Inmigración y Asilo, Dirección Regional de Dél-alföd, Hungría], asuntos acumulados C-924/19 PPU y C-925/19 PPU (ECLI:EU:C:2020:367), párr. 216 a 231.

²⁸⁵ De conformidad a la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos, op. cit., el TJUE define el internamiento de un solicitante de asilo en los siguientes términos, que considera aplicables también en los supuestos de detención de migrantes irregulares en el marco de la Directiva 2008/115/CE de retorno: “el internamiento de un solicitante de protección internacional, en el sentido del artículo 2, letra h), de la Directiva 2013/33, constituye una medida coercitiva que lo priva de la libertad de circulación y lo aísla del resto de la población, obligándolo a permanecer sin solución de continuidad en un perímetro restringido y cerrado.” (TJUE, *FMS y otros*, op. cit, párr 123).

²⁸⁶ Directiva 2013/33/UE, op. cit.

- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional²⁸⁷.
- Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida²⁸⁸.

Este marco jurídico establece que la libertad de circulación de personas solicitantes de asilo y refugiadas constituye la regla. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, como el australiano (según el cual, todo solicitante de asilo que arribe por vía marítima irregular es detenido)²⁸⁹, el Derecho de la UE fija como una excepción el poder de detención y establece que las restricciones a la libertad de circulación proceden únicamente en supuestos determinados. El mero hecho de solicitar asilo no puede configurar un supuesto habilitante de detención, sino que deben reunirse condiciones suficientes que justifiquen la privación de libertad como último recurso.

En general, las diferentes formas de privación de libertad de solicitantes de asilo suelen tener lugar en los procedimientos de fronteras, ya sea en centros de detención o porque las circunstancias fácticas configuran una privación de libertad de naturaleza similar (Cornellise, 2016: 75). Estos procedimientos se llevan a cabo al momento del cruce de fronteras, a fin de examinar la solicitud de protección internacional con anterioridad a la autorización de ingreso al territorio.

A ello se añade que, en virtud del artículo 7 de la Directiva sobre condiciones de acogida, la libertad de circulación se garantiza en todo el territorio del Estado. Como regla general, el solicitante de asilo debe informar su domicilio y cualquier cambio a las autoridades del Estado (art. 7.5). La norma establece como excepciones la posibilidad de que el Estado asigne una zona determinada a la que quedará restringida la libertad de circulación. En este último caso, se prevé que la zona asignada “no afectará a la esfera

²⁸⁷ Directiva 2013/32/UE, op. cit.

²⁸⁸ Reglamento (UE) n.º 604/2013, op. cit.

²⁸⁹ Australia ha recibido condenas del Comité de Derechos Humanos por detener a inmigrantes sin realizar previamente un examen individual del caso. Véase, por ejemplo: *F. K. A. G. y otros v. Australia*, Dictamen de 26 de julio de 2013, Comunicación No. 2094/2011, CCPR/C/108/D/2094/2011.

inalienable de la vida privada y ofrecerá suficiente margen para garantizar el acceso a todos los beneficios concedidos con arreglo a la presente Directiva” (art. 7.1).

Asimismo, el Estado puede asignar una residencia al solicitante de asilo cuando concurren determinados motivos: “razones de interés público, de orden público o cuando así lo requieran la tramitación rápida y la supervisión eficaz de su solicitud de protección internacional” (art. 7.2). La conformidad de esta última restricción con el marco jurídico internacional y europeo de derechos humanos ha sido puesto en duda, teniendo en cuenta que, entre los motivos que justifican las restricciones según el PIDCP y el CEDH (seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas, y los derechos y libertades de otro), no se encuentra mencionado el “interés público” ni la “tramitación rápida” y la “supervisión eficaz” de la solicitud de asilo (De Bruycker *et al.*, 2015: 35).

Tanto en las zonas como en las residencias asignadas los Estados miembros deben conceder permisos temporales de salida, cuya decisión se adoptará de forma individual, objetiva y se resolverá de manera motivada en caso de ser negativa (art. 7.4).

2.2. Las condiciones de la detención

De acuerdo con la Directiva 2013/33/UE sobre las normas para la acogida, la libertad de circulación como regla implica que nadie pueda ser detenido por el solo motivo de solicitar protección internacional²⁹⁰. El ámbito espacial de este marco jurídico alcanza todas las solicitudes de asilo presentadas en el territorio de los Estados miembros, incluyendo las fronteras, las aguas territoriales y las zonas de tránsito (art. 3.1)²⁹¹. Las circunstancias que habilitan la detención son excepcionales y deben cumplir con los principios de necesidad y proporcionalidad. La detención es, en todo caso, un último recurso en defecto de medidas menos coercitivas o alternativas a la privación de libertad²⁹².

La Directiva de acogida dispone que la libertad de circulación puede ser restringida a una determinada área y que, durante el procedimiento de asilo, se puede

²⁹⁰ Directiva 2013/33/UE, considerando 15, art. 8.1.

²⁹¹ Asimismo, el considerando 8 de la Directiva dispone que será de aplicación “en todas las fases y tipos de procedimientos de solicitud de protección internacional, en todos los lugares e instalaciones en los que se alojen los solicitantes y a todo el período en que se les permita permanecer en el territorio de los Estados miembros como solicitantes”.

²⁹² Directiva 2013/33/UE, considerando 20.

requerir el mantenimiento de la residencia en un determinado lugar²⁹³. En tales casos, la Directiva establece que la zona asignada no afectará a la “esfera inalienable de la vida privada” y se garantizará el acceso a todos los beneficios previstos en las condiciones de acogida, incluyendo así el acceso al sistema de salud, educación y trabajo. Sin embargo, el límite de la esfera inalienable de la vida privada ha sido cuestionado por su insuficiencia para reducir el margen de discrecionalidad de los Estados (Tsourdi, 2016: 12). Ante ello, resulta fundamental que la potestad del Estado se interprete de manera restrictiva y de conformidad a la norma general de preservación de la libertad de circulación.

La Directiva utiliza el término de “internamiento” para referir a la medida de detención, que se define como “el confinamiento de un solicitante por un Estado miembro en un lugar determinado donde se priva al solicitante de la libertad de circulación” (art. 2.h). Al respecto, siguiendo a Campesi (2011a), los mecanismos de privación de libertad se caracterizan por la “edulcoración semántica” (*edulzorazione semantica*) mediante la utilización de una amplia variedad de términos ambiguos. Como se señaló anteriormente, según la jurisprudencia del TEDH, debe diferenciarse entre privación de libertad y restricciones a la libertad de circulación. La diferencia no reside en la naturaleza de la medida sino en su intensidad o graduación. De este modo, a fin de determinar si una persona ha sido privada de su libertad en los términos del artículo 5 del CEDH, el TEDH sostiene que se debe tener en cuenta la situación concreta y valorar factores como el tipo de medida implementada, su duración, efectos y forma de aplicación²⁹⁴. Así, por ejemplo, en *Amuur c. Francia*²⁹⁵, el TEDH resolvió que la retención de solicitantes de asilo en la zona internacional del aeropuerto de Paris-Orly, bajo vigilancia policial durante 20 días, debía ser considerada como una medida de detención²⁹⁶.

²⁹³ Directiva 2013/33/UE, op.cit., art. 7.1 y 7.3.

²⁹⁴ TEDH, Sentencia de 23 de noviembre de 1976, *Engel and Others v. The Netherlands* (demandas no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 -ECLI:CE:ECHR:1976:1123JUD000510071-), párr. 58-59; Sentencia de 6 de noviembre de 1980, *Guzzardi v. Italy* (demanda no. 7367/76 - ECLI:CE:ECHR:1980:1106JUD000736776, párr. 92-93; Sentencia de 15 de marzo de 2012, *Austin and Others v. the United Kingdom* (demandas no. 39692/09, 40713/09 y 41008/09 - ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD003969209-), párr. 57; Sentencia de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev and Others v. France* (demanda no. 3394/03 - ECLI:CE:ECHR:2010:0329JUD000339403), párr. 73.

²⁹⁵ TEDH, *Amuur v. France*, cit., párr. 48-49.

²⁹⁶ En igual sentido, TEDH, Sentencia de 24 de enero de 2008, *Riad and Idiab v. Belgium* (demandas no. 29787/03 y 29810/03 -ECLI:CE:ECHR:2008:0124JUD002978703-), párr. 68.

Las condiciones de internamiento deben adecuarse al carácter no penal de la medida, de tal modo que se garantice el acceso a espacios al aire libre, el contacto y visita del ACNUR, organizaciones no gubernamentales, familiares, asesores jurídicos o consejeros, y el derecho a la información sobre las normas del centro y sobre sus derechos y obligaciones (art. 10.2 a 5).

El lugar de internamiento debe ser, en principio, un centro especializado para solicitantes de asilo. Cuando el Estado no pueda proporcionar un centro de tales características, se habilita el internamiento en centros penitenciarios, siempre que se cumplan las condiciones de acogida y que los solicitantes se encuentren separados de los presos comunes y, salvo que no fuera posible, de otros nacionales de terceros países que no hayan presentado una solicitud de protección internacional (art. 10.1).

Asimismo, la Directiva prevé una serie de garantías durante el internamiento, con especial énfasis en el control judicial de la medida (art. 9), y establece un conjunto de garantías especiales en los casos de internamiento de personas vulnerables y de solicitantes con necesidades de acogida especiales, con motivo de salud, edad, familia y género (art. 11).

La Directiva no contiene un plazo máximo de duración de la detención, que podría extenderse durante todo el proceso de asilo, en contra de lo dispuesto por el artículo 31.2 de la Convención de Ginebra de 1951 que limita el tiempo de restricción de libertad al momento de la regularización de la permanencia en el territorio.

2.3. Los supuestos habilitantes de la detención

La orden de internamiento debe adoptarse tras un examen individual de las circunstancias del solicitante de asilo a la luz de los supuestos habilitantes que se encuentran tasados en la Directiva 2013/33/UE sobre las normas de acogida (art.8). La excepcionalidad de la medida y el carácter taxativo de los supuestos habilitantes representan avances del Derecho de la UE en materia de protección del derecho a la libertad de los solicitantes de asilo y refugiados. Sin embargo, la regulación debe ser acompañada de una interpretación restrictiva de los supuestos habilitantes ya que la Directiva establece de manera amplia los motivos que justifican el internamiento (Tsourdi, 2016: 28).

La mayoría de los supuestos están vinculados con el cumplimiento de los fines del procedimiento de asilo, ya sea en lo referido al reconocimiento del derecho o para hacer efectiva la expulsión o devolución cuando sea rechazado. No obstante, según la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, el motivo de detención de un solicitante de asilo no puede fundamentarse en un eventual retorno, sino que debe sostenerse en los motivos señalados en la Directiva, es decir, la verificación del derecho de entrada al territorio, la identidad, la nacionalidad u otros elementos en los que se basa la solicitud y que no pueden ser obtenidos de otro modo (Tsourdi, 2016: 27). A estos efectos, la Directiva de retorno resulta inaplicable durante el procedimiento de asilo ya que, mientras la solicitud se encuentre en curso, la situación de permanencia en el territorio no puede considerarse irregular.

Al respecto, el TJUE resolvió en *Kadzoev*²⁹⁷ que la detención de un solicitante de asilo cuenta con una regulación diferente a la detención a efectos de retorno, y en *Arslan*²⁹⁸ precisó que la Directiva de retorno no es aplicable durante el procedimiento de examen de una solicitud de asilo. Asimismo, el TEDH resolvió que la detención a efectos del retorno no era procedente mientras se encontrara pendiente la solicitud de asilo, debido a que la legislación nacional no preveía este supuesto²⁹⁹.

De este modo, de conformidad al artículo 8.3 de la Directiva 2013/33/UE sobre las normas de acogida, el internamiento procede a efectos de:

- la verificación o determinación de la identidad o nacionalidad;
- la determinación de los elementos en los que se basa la solicitud de protección y que no podrían obtenerse sin el internamiento, como cuando exista riesgo de fuga³⁰⁰;

²⁹⁷ TJUE, Sentencia de Gran Sala de 30 de noviembre de 2009, *Said Shamilovich Kadzoev*, asunto C-357/09 (EU:C:2009:741), párr. 45.

²⁹⁸ TJUE, Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Mehmet Arslan*, Case C-534/11 (EU:C:2013:343), párr. 49.

²⁹⁹ TEDH, Sentencia (Sección Primera) de 25 de septiembre de 2012, *Ahmade v. Greece* (demanda no. 50520/09 -ECLI:CE:ECHR:2012:0925JUD005052009-), párr. 142-144; Sentencia (Sección Primera) de 7 de junio de 2011, *R.U. v. Greece* (demanda no. 2237/08 -ECLI:CE:ECHR:2011:0607JUD000223708-), párr. 88-96; Sentencia (Sección Segunda) de 22 de septiembre de 2015, *Nabil v. Hungary* (demanda no. 62116/12 -ECLI:CE:ECHR:2015:0922JUD006211612-), párr. 35.

³⁰⁰ El riesgo de fuga no se encuentra definido en la Directiva 2013/33. Sin embargo, la Directiva de retorno lo define como: “la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse” (art. 3.7). Una definición similar contiene el Reglamento de Dublín III en el artículo 2.n. Si bien el objetivo de la detención a efectos de retorno es diferente, como explica Tsourdi (2016: 21), la misma definición de riesgo de fuga corresponde al aplicar la Directiva 2013/33. De este modo, se garantiza que la

- la decisión sobre el derecho de entrada en el territorio;
- la efectividad de una decisión de retorno en aquellos casos que el Estado pueda demostrar que el interesado tuvo oportunidad de acceder al procedimiento de asilo y hay motivos razonables para pensar que la solicitud de protección internacional se presenta para retrasar o frustrar la decisión de retorno;
- cuando lo exija la protección de la seguridad nacional y el orden público³⁰¹;
- para hacer efectivo un traslado con arreglo al artículo 28 del Reglamento de Dublín III.

Como observa Majcher (2013: 16), tres de los seis motivos de detención resultan cuestionables y podrían ser inconsistentes con las Directrices del ACNUR sobre detención de solicitantes de asilo (ACNUR, 2012). El problema consiste en que la Directiva concede un amplio margen de discrecionalidad a los Estados, que puede derivar en la introducción de finalidades disuasorias en el régimen de detención según la regulación del derecho nacional. Por otro lado, el motivo de determinación o verificación de la identidad (art. 8.3.a) no se limita a los casos en los que tales circunstancias sean indeterminadas o controvertidas, como lo señala el ACNUR en sus Directrices. Según éstas, la finalidad del control sólo puede consistir en la determinación de la identidad y no de la nacionalidad³⁰², ya que en la práctica la verificación de esta última puede implicar un largo período de tiempo.

2.4. Las medidas alternativas a la detención

Aún en el caso de que el internamiento resulte formalmente procedente, los Estados se encuentran obligados a valorar previamente la implementación de medidas

presunción del riesgo se base en criterios objetivos previamente fijados por ley. En *Al Chodor* (TJUE, Sala Segunda, Sentencia de 15 de marzo de 2017, asunto C-528/15 -ECLI:EU:C:2017:213-), el TJUE sostuvo que el motivo de riesgo de fuga debía encontrarse definido con claridad y de manera exhaustiva en la legislación nacional (Majcher, Flynn, Grange, 2020: 454).

³⁰¹ Al respecto, las Directrices de ACNUR (2012) sobre la detención de solicitantes de asilo señalan que, si bien la determinación de lo que constituye una amenaza a la seguridad corresponde al Estado, la detención debe ser en todo caso necesaria, no discriminatoria, proporcional a la amenaza y estar sujeta a supervisión judicial (párr. 30). Por otro lado, las Directrices señalan motivos de detención basados en la protección del “orden público” (párr. 28), que en algunos casos se superponen con otros señalados en la Directiva (art. 8.3 a y b): evitar fugas o en casos en que exista probabilidad de falta de cooperación; en procedimientos acelerados para solicitudes manifiestamente infundadas o claramente abusivas; para la identificación inicial y verificación de seguridad; para registrar elementos en los que se basa una solicitud de protección internacional que no se puedan obtener sin recurrir a la detención.

³⁰² ACNUR (2012), párr. 24.

menos coercitivas o alternativas a la detención. A fin de garantizar que la detención mantenga su carácter excepcional y de último recurso, la aplicación de las medidas alternativas sólo corresponde cuando el caso individualmente considerado amerite el internamiento. El ACNUR (2012) sostiene en sus Directrices sobre la detención de solicitantes de asilo que: “las alternativas a la detención no se deben utilizar como formas alternativas de detención, ni las alternativas a la detención deben convertirse en alternativas a la liberación. Por otra parte, no deben convertirse en sustitutos de los habituales mecanismos abiertos de recepción que no implican restricciones a la libertad de circulación de los solicitantes de asilo”³⁰³.

No existe un conjunto único y tasado de medidas alternativas a la detención. En todo caso, quedan sujetas a su desarrollo en el derecho nacional. La Directiva 2013/33 sobre las normas de acogida contiene una lista enumerativa de algunas medidas posibles, mencionando a modo de ejemplos “la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza o la obligación de permanecer en un lugar determinado” (art. 8.4).

Para configurar una alternativa a la detención, la medida no debe implicar una privación de libertad, de modo que permita al solicitante de asilo residir dentro de la comunidad. La Directiva 2013/33 establece que el internamiento debe ser un último recurso y prevé que únicamente se aplicará tras haber examinado medidas alternativas no privativas de libertad³⁰⁴. A su vez, teniendo en cuenta que la alternativa puede suponer la imposición de condiciones o restricciones a la libertad, toda medida que se adopte debe respetar otros derechos fundamentales (ACNUR, 2012: 10), como la prohibición de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes, la dignidad, el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a un recurso efectivo (Tsourdi, 2016: 18).

3. La detención durante el procedimiento del Reglamento de Dublín III

El artículo 28 del Reglamento de Dublín III añade una modalidad especial de detención en el marco del procedimiento de traslado de aquellas personas sometidas a las reglas de determinación del Estado responsable de tramitar la solicitud de asilo. Siguiendo a Costello (2015: 279), el procedimiento de Dublín configura una categoría especial de

³⁰³ ACNUR (2012), párr. 38.

³⁰⁴ Directiva 2013/33, op. cit., considerando 20.

solicitantes de asilo pasibles de deportación y, como consecuencia, pasibles de detención³⁰⁵. Las condiciones de la detención y las garantías procedimentales son las mismas que deben observarse en la detención durante el procedimiento de asilo, por remisión a la Directiva 2003/33 sobre las normas de acogida, debiendo en todo caso realizarse una evaluación individual y garantizar que la medida se aplique de conformidad con los principios de proporcionalidad y de necesidad. Sin embargo, existen algunas diferencias fundamentales que se relacionan con el objetivo específico que persigue la privación de libertad en el marco del procedimiento de determinación del Estado responsable.

En primer lugar, la detención a efectos del traslado al Estado responsable tiene carácter extraordinario y no corresponde su aplicación a toda persona cuya solicitud de asilo deba ser tramitada en otro Estado miembro. El objetivo del internamiento se dirige exclusivamente a garantizar la realización del traslado desde el Estado requirente al Estado responsable, sin que sea posible la inclusión de otras finalidades. De tal modo, según lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento de Dublín III, el único supuesto habilitante para la privación de libertad consiste en la existencia de un “riesgo considerable” de fuga. Este riesgo debe evaluarse de manera individual y, según el artículo 2.n, se configura cuando existan razones basadas en criterios objetivos definidos por ley que, en el caso concreto, permitan pensar que un solicitante de asilo sujeto a un procedimiento de traslado pueda fugarse. Esta definición de “riesgo de fuga” coincide por completo con la prevista en el artículo 3.7 de la Directiva de retorno.

El carácter excepcional de toda medida de detención, aunado a las particularidades del procedimiento de traslado, conllevan que los plazos de este último se abrevien para que la medida de privación de libertad sea lo menos restrictiva posible, al menos en su tiempo de duración. Como consecuencia, el plazo para que el Estado requirente presente la petición de toma a cargo o de readmisión no puede ser superior a un mes, y debe indicar al Estado responsable la necesidad de brindar una respuesta urgente dentro de las dos semanas de recibir la petición. En caso de no haber respuesta por parte del Estado responsable, opera la aceptación tácita del traslado. Por último, en caso de incumplirse

³⁰⁵ Costello (2015: 279): “Asylum seekers too are liable to detention, and the Dublin System creates a class of deportable asylum seekers. With deportability comes detainability. This remains notwithstanding the fact that asylum seekers, once they have made their claim, have a temporary right of residence at least in EU law.”

cualquiera de los plazos establecidos, el internamiento finaliza y el procedimiento debe continuar con la persona en libertad.

En la práctica, la inclusión de esta modalidad de detención a efectos del traslado incrementa las posibilidades de que los solicitantes de asilo sean privados de libertad. Si bien existe un único supuesto habilitante para la detención, su previsión legal se define en términos amplios y ambiguos que otorgan un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros (ECRE: 2015: 4, Bosworth y Vannier, 2020: 59). Tales extremos contribuyen a la falta de claridad legal sobre los objetivos y la naturaleza de la medida de detención de la población migrante en general (DeBruycker y Tsourdi, 2016; Noll, 2003b). Por tanto, el sistema de Dublín puede ser considerado una causa adicional al incremento del número de personas solicitantes de asilo detenidas en la UE (Bosworth y Vannier, 2020: 55)³⁰⁶.

Aun cuando el Reglamento contiene una definición de lo que se puede entender como “riesgo de fuga”, se trata de un concepto amplio librado a la discrecionalidad del Estado. Para configurar el supuesto habilitante, la calificación del riesgo como “considerable” pretende introducir un límite adicional a tal poder discrecional en los casos que se pretenda detener al solicitante a efectos de su traslado. Sin embargo, la adjetivación del riesgo tampoco está claramente delineada y, en definitiva, puede servir para justificar una mayor dosis de discrecionalidad. Dentro de tales márgenes abiertos, los Estados pueden disponer que la situación irregular configura un riesgo de que la persona evada el traslado.

Además, como sostienen Bosworth y Vannier (2020), el supuesto de “riesgo considerable” intensifica la asociación de la población solicitante de asilo a condiciones de peligrosidad. De este modo, la detención a efectos del traslado expande los alcances de la securitización del asilo, a través de mecanismos “humanitaristas”, desdibujando así los límites entre la protección del asilo, la prevención de amenazas a la seguridad y la detención como mecanismo de control migratorio. La delimitación del concepto de “riesgo considerable” fue planteada ante el TJUE en el asunto *Al Chodor*, cuya resolución se analiza a continuación.

³⁰⁶ La investigación de Bosworth y Vannier (2020) comprueba esta situación en Francia y Reino Unido, y señala que aún faltan datos empíricos para sostener la afirmación en el resto de Estados miembros.

3.1. El “riesgo considerable de fuga” como supuesto habilitante

Ante la amplitud y la ambigüedad del supuesto habilitante en el Reglamento de Dublín III, el TJUE en *Al Chodor*³⁰⁷ resolvió que este tipo de detención es procedente sólo cuando los criterios para determinar la existencia del “riesgo considerable” de fuga se encuentren previamente definidos por ley.

En el asunto *Al Chodor*, la policía de extranjería de la República Checa había detenido a tres personas para su traslado a Hungría, país en el que habían interpuesto anteriormente sus respectivas solicitudes de asilo. Con anterioridad a su llegada al territorio checo, los tres solicitantes habían permanecido durante dos días en un campo de refugiados en Hungría, de donde habían salido para dirigirse a Alemania y reunirse con miembros de su familia. El riesgo de fuga, según la policía checa, se fundamentaba en que carecían de un permiso de residencia y de un lugar donde alojarse, y que habían abandonado el campo de refugiados en Hungría sin esperar a la resolución de su solicitud de asilo. En consecuencia, se ordenó su detención durante 30 días para hacer efectivo el traslado a Hungría como Estado responsable de tramitar las tres solicitudes de asilo según el Reglamento de Dublín III. La medida fue revocada judicialmente a nivel interno porque la legislación checa no contenía criterios objetivos para definir la existencia del riesgo de fuga. La policía interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de República Checa, que para resolver planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE. La cuestión prejudicial se dirigía a determinar si era necesario que los criterios de riesgo de fuga se encontraran tasados en la legislación nacional, o bien si el artículo 28 del Reglamento de Dublín III resultaba directamente aplicable.

En su sentencia, el TJUE resolvió que los criterios objetivos de riesgo de fuga deben encontrarse definidos previamente en la legislación nacional. En caso contrario, si tales criterios no se encuentran contenidos en una disposición obligatoria de carácter general, no puede aplicarse el artículo 28.2 del Reglamento de Dublín III y la detención debe considerarse ilegal. La decisión fue argumentada en base a la definición de “riesgo de fuga” del artículo 2.º del Reglamento, que señala que los criterios de riesgo deben ser establecidos por ley. Asimismo, el TJUE resaltó que ello resultaba acorde con el artículo

³⁰⁷ TJUE, Sala Segunda, Sentencia de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor*, asunto C-528/15 (EU:C:2017:213).

6 de la CDFUE, en cuanto establece que toda privación de libertad debe ser justificada en motivos razonados, precisos y previsibles, previamente dispuestos por ley.

Como consecuencia, la sentencia señala que la introducción en el Reglamento de Dublín III de la modalidad de detención a efectos del traslado, no contenida en el anterior Reglamento 343/2003, configura una garantía adicional a los solicitantes de asilo ya que “impone una limitación importante a la facultad de los Estados miembros de decidir una medida de internamiento”³⁰⁸. Si bien la doctrina en general ha entendido que la jurisprudencia sentada en *Al Chodor* puede considerarse una garantía contra la detención sistemática de solicitantes de asilo (Basilien-Gainche, 2017; Sadowski, 2018; 50; Vavoula, 2019: 1052), Bosworth y Vannie (2020: 60) observan que, en el caso de Francia y Reino Unido, la sentencia ha servido para incrementar el número de personas detenidas en el marco de los procedimientos de traslados. Al respecto, las legislaciones dictadas en ambos países como consecuencia de *Al Chodor* incluyeron diversos y amplios criterios para definir el riesgo de fuga, donde predominan los motivos de seguridad y de eficacia del procedimiento sobre el objetivo de brindar protección internacional.

V. CONCLUSIONES

Tradicionalmente la detención de migrantes se ha justificado como una medida administrativa, “aséptica”, sin más efectos que el objetivo de verificar el cumplimiento de los requisitos de entrada y de permanencia en el territorio, y garantizar la ejecución de la expulsión de quien se encuentre en situación irregular. Como una manifestación del ejercicio del poder soberano de controlar las fronteras, tanto el Derecho internacional de derechos humanos como el Derecho internacional de refugiados avalan la implementación de la detención de migrantes y solicitantes de asilo, fijando para ello una serie de condiciones que operan a modo de garantías contra la arbitrariedad de la privación de la libertad. En cualquier caso, para que se trate de una medida de control migratorio y no de una medida penal, la detención de migrantes debe estar prevista y regulada por ley y debe tener como objetivos asegurar la identificación, comprobar el derecho de entrada, y asegurar la expulsión del territorio. Su finalidad es responder a una estrategia de control de las personas extranjeras que cruzan las fronteras y habitan el

³⁰⁸ TJUE, *Al Chodor*, cit., párr. 34.

territorio. Ninguna detención de naturaleza administrativa puede representar una forma de castigo por la situación de migración irregular; menos aún en el caso de personas en búsqueda de protección internacional.

La detención de solicitantes de asilo se inscribe en la tendencia de impedir la libertad de circulación de migrantes irregulares. De este modo, cuando el Estado detiene a un solicitante de asilo, el control migratorio y la obligación de protección internacional entran en confluencia. Por ello, resulta fundamental distinguir las similitudes y diferencias entre la detención de migrantes y la detención de solicitantes de asilo. La semejanza consiste en que ambas operan como último recurso dentro de las diferentes herramientas de control migratorio y, como tales, no pueden significar una forma de castigo. Esto último cobra especial relevancia en la detención de solicitantes de asilo, ya que, según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, sus movimientos irregulares no pueden ser castigados.

Por otro lado, la principal diferencia entre la detención de migrantes y la detención de solicitantes de asilo estriba en los objetivos que cada medida puede perseguir a efectos del control migratorio. La detención de migrantes comprende el conjunto de objetivos inherentes al control de las migraciones (identificar, autorizar o no la entrada y permanencia, expulsar en caso de denegación). Por el contrario, la detención de un solicitante de asilo sólo puede fundamentarse en la identificación, la verificación del derecho de entrada y permanencia, y la comprobación de los elementos en los que se basa la solicitud y que no puedan ser obtenidos de otro modo. Mientras se mantenga la condición de solicitante de asilo, y hasta tanto no exista una resolución firme de denegación de la solicitud, el objetivo de la detención no puede consistir en la expulsión, ya que durante todo el procedimiento la permanencia de la persona en el territorio (o en la zona de frontera) no puede considerarse irregular.

Teniendo en cuenta que la detención de migrantes y de solicitantes de asilo consiste en la privación de libertad de circulación, el aporte de las teorías de *crimmigration* y la criminología de fronteras ha consistido en resaltar que, más allá de la naturaleza jurídico administrativa en ambas modalidades, en la práctica la detención puede tener efectos punitivos. En este sentido, la detención de migrantes y solicitantes de asilo recurre a mecanismos que son tradicionalmente utilizados por el poder penal para el control y el castigo de la criminalidad. Esta similitud de mecanismos acerca al control

migratorio (y del asilo) al control penal. Como resultado de tal acercamiento, la detención de migrantes debería acompañarse de garantías similares a las que acompañan la privación y las restricciones a la libertad de circulación en el ámbito penal.

Desde la implementación del primer sistema de detención migratoria en Estados Unidos en la década de 1980, la privación y las restricciones a la libertad de circulación de migrantes se han expandido a nivel global, a lo largo y ancho de un gran número de países. Con especial énfasis desde los primeros años del siglo XXI, los países de la UE han replicado el modelo de la inmovilidad, como una estrategia de control migratorio en las fronteras y como una garantía de ejecución de las órdenes de expulsión. El incremento de la movilidad humana y la obstrucción de las vías regulares de tránsito y entrada han multiplicado las formas de inmovilidad, en puestos fronterizos, comisarías, campamentos, centros de detención repartidos por todo el territorio del Estado o por fuera, en islas bajo soberanía propia o de terceros países. Este proceso ha ido de la mano de la securitización de la migración. La percepción de la amenaza activa una estrategia para su contención y paralización. A su vez, la multiplicidad de formas de detención ha generado una amplia y difusa variedad de términos para hacer referencia a ella: internamiento, estancia, acogida, retención, confinamiento, entre otros.

A lo largo del tiempo y en diferentes geografías, la securitización de la migración motivó la contención de los movimientos migratorios en los países de origen y tránsito, mediante estrategias de externalización del control migratorio y fronterizo. Las salidas y el tránsito en condiciones irregulares son bloqueados antes de que las personas arriben a las fronteras del Estado. En caso de que lleguen, el movimiento se contiene, se controla y se clasifica. Una vez en las fronteras, toda persona que no cumpla los requisitos de entrada será un migrante irregular. Si presenta una solicitud de asilo, su categoría pasará a ser la del solicitante de asilo, cuya autenticidad deberá ser verificada. Mientras no exista verificación sobre las condiciones de acceso a la protección, la detención del solicitante de asilo seguirá estando justificada.

De este modo, de manera simultánea a la expansión de la detención de migrantes, las personas solicitantes de asilo han sido progresivamente consideradas como sujetos pasibles de detención. La contención de los movimientos migratorios, a través de la privación y las restricciones a la libertad de circulación, se ha convertido gradualmente en un dispositivo común para el control y la gestión de las migraciones, incluidos los

movimientos de (eventuales) solicitantes de protección internacional, bajo el argumento de la necesidad de evaluar a las personas que arriban en flujos migratorios “mixtos”, seleccionar a aquellos con derecho a cruzar la frontera, y expulsar a aquellos otros sin derecho.

En el ámbito de la UE, como garantía del buen funcionamiento del Espacio Schengen, el reforzamiento del control en las fronteras exteriores (para asegurar la libertad de circulación entre fronteras interiores sin controles) ha servido de argumento adicional al mecanismo de detención en zonas de fronteras. En tal contexto, la detención se ha normalizado como técnica de control. Al analizar la política de detención de la UE, es posible advertir tres modelos legales de detención, todos ellos relacionados con el control de la migración irregular. A la par de la detención dirigida al retorno del migrante irregular con orden de expulsión, los otros dos modelos de detención se concentran en el ámbito del asilo. De este modo, la expansión de la política de detención en la UE se ha producido principalmente sobre solicitantes de protección.

Conforme las reglas del SECA, la privación o las restricciones a su libertad de circulación se justifican en la asociación del solicitante de asilo a la condición de migrante irregular. El mecanismo se implementa principalmente en las zonas de fronteras, o en aquellos espacios considerados de tránsito, de tal modo que el sistema de asilo se superpone aquí con los mecanismos de control fronterizo y migratorio. El objetivo consiste en determinar la legitimidad de la solicitud de asilo para ser atendida. Por otro lado, en el marco del Reglamento de Dublín III, la asociación entre el asilo y la migración irregular es aún más evidente. La detención para el traslado de solicitantes es consecuencia de la entrada irregular. De este modo, el Reglamento de Dublín introduce una nueva forma de detención de solicitantes de asilo: la detención para el traslado al Estado responsable de la solicitud de asilo. Ello expande aún más el alcance de la privación de libertad en la UE.

La detención como último recurso de control migratorio se activa cuando existan motivos de riesgo y peligrosidad, por lo que su alcance se ha ampliado mediante la proliferación de motivos por los cuales las migraciones son percibidas como amenazas a la seguridad. Ahora bien, la expansión de la detención como mecanismo de control migratorio conduce al interrogante sobre su efectividad real. La multiplicación de las formas de privación y otras restricciones a la libertad de circulación no se ha reflejado en

una disminución de los movimientos irregulares de migrantes ni se ha acompañado de vías de acceso para solicitantes de asilo. Por tanto, el mecanismo se convierte en la práctica en un dispositivo de control social de las personas en las fronteras, a través del cual los migrantes son contenidos y clasificados.

En definitiva, las diferentes formas de detención de migrantes y solicitantes de asilo se imponen como herramientas de paralización de los movimientos “no deseados”, de aquellos considerados marginales, inútiles o peligrosos. Si bien el sistema de asilo es formalmente coherente con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la prohibición de imponer sanciones por la situación migratoria irregular, la expansión de la detención en el tratamiento de los solicitantes de asilo obedece a un proceso de criminalización en sentido jurídico material, derivado de la criminalización de la migración irregular. Desde la perspectiva de la persona migrante, la detención se convierte en una parte más de la ruta, especialmente cuando el desplazamiento se produce de manera forzada por causa de persecución. No existe mecanismo de inmovilidad capaz de detener la necesidad de protección.

SEGUNDA PARTE

ESPAÑA COMO UN CASO DE ESTUDIO

CAPÍTULO 7. LAS FRONTERAS ESPAÑOLAS: TERRENO DE SECURITIZACIÓN DE
LA MIGRACIÓN Y DE EXTERNALIZACIÓN DEL CONTROL

I. INTRODUCCIÓN: LAS TENDENCIAS DE LA GOBERNANZA MIGRATORIA Y LA FRAGILIDAD DE LOS DERECHOS EN LAS FRONTERAS ESPAÑOLAS

España cuenta con una de las mayores extensiones de fronteras exteriores al sur de la UE. La longitud geográfica del litoral marítimo español a lo largo del mar Mediterráneo, el océano Atlántico y el mar Cantábrico lo convierten en uno de los Estados miembros clave para la gestión integrada de fronteras en el marco del Espacio Schengen. Considerando la interrelación entre la dimensión exterior e interior del ELSJ, la extensa frontera marítima española y las fronteras terrestres en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, en cuanto puntos de acceso estratégicos al sur de Europa, hacen que la realidad migratoria a través de España sea una pieza fundamental a tener en cuenta en el debate y el diseño de la política de fronteras, migración y asilo en la UE.

Desde la década de 1990, la proximidad del territorio español con el continente africano, tanto en el flanco sur de la península como en el archipiélago de Canarias, ha hecho que el territorio español sea un lugar de destino principal de las rutas migratorias que atraviesan África para acceder a la UE. Además, la existencia de los dos enclaves ubicados en continente africano bajo soberanía española –Ceuta y Melilla–, añaden una particularidad y complejidad especiales al régimen fronterizo y a la realidad migratoria del Estado español. No obstante, como se analiza más adelante, el conjunto de factores que hacen de España un país de migración no lo han convertido en un “país de refugio”, teniendo en cuenta el número reducido de solicitudes de asilo y la baja tasa de reconocimiento de protección que presenta el Estado español en comparación con otros Estados miembros de la Unión. Si bien desde 2018 el número de solicitudes de asilo presentadas en España ha aumentado significativamente, la mayor parte de solicitudes no son presentadas en fronteras sino ya en el territorio y la tendencia en la tasa de reconocimiento continúa siendo notoriamente baja.

Este capítulo da inicio a la segunda parte de la tesis doctoral, cuyo objetivo consiste en contribuir al estudio sobre por qué España no es un país de asilo, incorporando

como explicación los elementos de los procesos de securitización y criminalización de la migración y, por asociación, del asilo. El análisis incluye una perspectiva criminológica al estudio del Derecho nacional de extranjería y asilo, sin perder la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional de los refugiados.

Para ello, esta segunda parte de la tesis atiende a los elementos del proceso de criminalización de la migración que operan en las fronteras exteriores de España. El objetivo consiste en comprender y explicar tal marco jurídico y su práctica desde las teorías de *crimmigration* y de la criminología crítica de fronteras, a la luz de lo explicado en capítulos anteriores. Desde el ámbito del Derecho, la situación migratoria en las fronteras exteriores de España suele abordarse atendiendo principalmente al estudio de las políticas sobre la migración irregular y las vulneraciones a los derechos humanos que tienen lugar en su curso. Los diferentes estudios se posicionan especialmente desde el derecho internacional, el derecho constitucional y el derecho administrativo. Son menos numerosos los estudios que tratan la cuestión desde el campo del derecho penal y la criminología. El análisis que aquí se propone pretende contribuir al desarrollo de estos últimos ámbitos, aunando el estudio con elementos del derecho internacional de derechos humanos, el derecho de migraciones y el derecho de refugiados.

Como primer paso, este capítulo persigue comprender el diseño y la dinámica de las fronteras españolas, analizando sus particularidades dentro del marco de la UE. En este sentido, el objetivo consiste en determinar cómo los procesos analizados con anterioridad en el ámbito de la Unión –securitización, externalización y criminalización– operan en las fronteras y en las políticas de control migratorio del Estado español. El objeto del estudio se centra en la gestión de las vías de entrada irregular por mar a través del Mediterráneo occidental hacia las costas del sur de España y a través del océano Atlántico hacia el archipiélago de Canarias. Asimismo, se estudia la gestión de la migración por vía terrestre a través de Ceuta y Melilla. El estudio persigue comprender los cambios que produjo la configuración de las fronteras españolas como fronteras exteriores de la Unión, y cuál es la relación entre la dimensión europea y española del control fronterizo y migratorio. El especial interés en la identificación de la relación entre ambas dimensiones radica en la concomitancia entre la absorción del Espacio Schengen por parte de la UE y la conversión de España en un país de inmigración. Sin perder de

vista la particular complejidad y diversidad de la UE, el análisis ceñido al caso español permite una mejor comprensión del estudio realizado en la primera parte del trabajo.

II. LA FORJA DE ESPAÑA COMO DESTINO MIGRATORIO

Son varias las rutas que conducen a España desde diferentes puntos del continente africano. A grandes rasgos es posible distinguir tres trayectos principales: las rutas marítimas desde Marruecos a las costas andaluzas (principalmente de Tarifa); las rutas terrestres y marítimas desde Marruecos a Ceuta y Melilla; y las rutas marítimas desde Marruecos, Mauritania y Senegal a las islas Canarias (Amnistía Internacional, 2015: 14). La presión migratoria en cada una de las rutas es volátil, siendo determinada por las políticas y medidas de control fronterizo implementadas en cada momento. Como sostiene López Sala (2006: 231), la migración a través de uno u otro acceso varía según estrategias de “reacción dinámica”, principalmente en los enclaves de Ceuta y Melilla, el Estrecho y el archipiélago canario, ya que el número de entradas fluctúa entre ellos según las medidas de control fronterizo que temporalmente se ponen en práctica. Con todo, según Zapata-Barrero y De Witte (2007: 85), la política de migración y fronteras en España se centra en la pregunta “cuántas personas se pueden recibir” dejando sin respuesta la cuestión de “qué sucede con las personas que llegan”.

A pesar de su extensa frontera mediterránea que recorre el sur de Europa, la condición de España como país de recepción de migración es relativamente reciente, se remonta aproximadamente a tres décadas atrás. La recepción de población migrante coincide temporalmente con la incorporación del Estado español al Espacio Schengen en 1992, de manera similar a lo que sucede en los demás Estados miembros ribereños del mar Mediterráneo (principalmente Italia y Grecia). Esta realidad refleja las mutaciones producidas a finales de 1980 en los flujos migratorios dentro y hacia Europa. En palabras de Cachón Rodríguez (2002: 98), a partir de la década de 1990, los Estados del sur abandonan su condición de “lugares de paso” o “salas de espera” de migrantes norteafricanos que se dirigen a países centroeuropeos, para pasar a ser lugar de destino.

Hasta entonces España había sido un país de emigración. En palabras de López Sala (2007: 26), “España fue durante siglos un país exportador de colonos, campesinos y trabajadores”. A finales del siglo XX, el abandono de la condición emigrante de la población española y la transformación en un país de inmigración tienen que ver no sólo con la adhesión de España a la UE y el consecuente impulso en el desarrollo económico

e incorporación al Espacio Schengen, sino también con el fin de un prolongado período de dictadura que abarcó desde 1939 a 1975. De este modo, la primera legislación en materia de inmigración data de 1985³⁰⁹. Pocos años después, en 1992, la entrada de España al Espacio Schengen supuso cambios fundamentales en los sistemas de fronteras e inmigración, debido a la necesidad de adaptarse a las exigencias de un territorio sin controles en las fronteras interiores. De hecho, siguiendo a López Sala (2009: 36), resulta paradójico que el debate de esta primera ley de extranjería a mediados de los años ochenta “presentó a la regulación y el control de los flujos migratorios como un proceso vinculado a la seguridad y al orden público, a pesar del escaso número de inmigrantes en ese momento y de la ausencia de preocupación social y política por este fenómeno emergente”. A partir de esta primera legislación, han operado cambios significativos en el sistema de extranjería, de manera simultánea a la apertura y diversificación de rutas migratorias a lo largo del mar Mediterráneo, el océano Atlántico y las fronteras terrestres de Ceuta y Melilla.

Hasta 1985, la presencia de población inmigrante en España no era especialmente significativa y provenía en su mayoría de otros países europeos (65%), además de América Latina (18%) –principalmente personas que huían de gobiernos de dictaduras, como en los casos de Argentina, Chile y Uruguay– y de América del Norte (7%); mientras que menos de un 10% provenía de Asia o África³¹⁰. A partir de mediados de la década de 1980 opera un fenómeno que Izquierdo Escribano (1996) denomina como “inmigración inesperada”. En palabras de Cachón Rodríguez (2002: 104), se trata de una “nueva inmigración” que introduce una modificación sustancial en la composición demográfica española:

“Esa inmigración es nueva por sus zonas de origen y el nivel de desarrollo de estas zonas (empezando por África —y especialmente Marruecos— y, en la década de los noventa, el este de Europa y países asiáticos); nueva por su cultura (por ejemplo, las religiones no

³⁰⁹ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España («BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1985, pp. 20824 a 20829). Hasta la aprobación de esta ley, la normativa sobre extranjería se caracterizaba por la fragmentación y la dispersión en varios decretos que regulaban las condiciones de entrada y los permisos de residencia. Desde finales de la década de 1970 regía un sistema que privilegiaba la migración de trabajadores nacionales América Latina, Filipinas y Guinea, fundado en los vínculos históricos, culturales y lingüísticos, implantados por el colonialismo español. Este estatuto privilegiado para nacionales de ex colonias es sustituido, tras la incorporación en España en la CEE en 1985, por el régimen comunitario que beneficia a nacionales de Estados miembros de la UE. Véase López Sala (2007: 28).

³¹⁰ Datos de Cachón Rodríguez (2002: 103). Véase, asimismo, López Sala (2007: 27).

cristianas como el Islam); nueva por sus rasgos fenotípicos (árabes, negros y asiáticos) que los hacen fácilmente identificables entre la población; nueva por las motivaciones económicas de la inmigración y por la existencia de un efecto llamada desde el mercado de trabajo español (que afectará a colectivos marroquíes y latinoamericanos, pero en este caso con características diferentes a los que llegan en la primera etapa); y nueva por ser individual (de varones o de mujeres).”

Tras la recepción de población migrante predominantemente europea y latinoamericana en las décadas de 1970 y 1980, a partir de 1990 aumenta el número de personas provenientes de países africanos. Las nuevas exigencias derivadas del Espacio Schengen, principalmente en lo relativo a contar con visados de entrada, conllevan que muchos migrantes africanos emprendan las rutas de manera irregular. La libertad de circulación dentro del Espacio Schengen implica la reducción de las posibilidades de acceso al territorio de los Estados miembros. A su vez, tales restricciones conducen a la búsqueda y apertura de nuevas vías irregulares de acceso y de permanencia en el territorio. La frontera sur española representa un ejemplo de ello. Como explica Cachón Rodríguez (2002: 96), al final del siglo XX las migraciones hacia Europa no tienen las mismas facilidades que tuvo la emigración europea hacia América en búsqueda del llamado “sueño americano”, ya que, citando a Livi-Bacci (1993: 37): “no hay un mundo vacío que haya que llenar con inmigrantes”. Por el contrario, “el mundo está ahora lleno y reglamentado en mano de las relaciones entre el mercado y los Estados nacionales” (Cachón Rodríguez, 2002: 97).

En la década de 1990, España es uno de los primeros países del Mediterráneo en recibir flujos masivos de migración desde África. Y es también de los primeros Estados miembros de la UE en implementar las políticas migratorias restrictivas que actualmente caracterizan al conjunto de políticas europeas sobre fronteras, migración y asilo. En noviembre de 1991 llegó a la frontera entre Melilla y Marruecos el primer grupo de migrantes subsaharianos, procedentes de Malí, Nigeria, Liberia y Zaire, que al carecer de documentación fueron rechazados por las autoridades españolas y devueltos a Marruecos, donde las autoridades marroquíes se negaron a admitirlas, obligándoles a permanecer durante varias semanas en una zona de frontera, atendidos por voluntarios de Cruz Roja y por la población melillense (Planet Contreras, 2004: 387). Pocos años después, el 1 de noviembre de 1998, España registró el primer cadáver de un migrante hallado en las

costas del mar Mediterráneo tras sufrir un naufragio en un intento por alcanzar suelo europeo³¹¹.

En este sentido, desde finales del siglo XX, la frontera sur española ha sido la crónica anunciada de la actual situación de la migración en tránsito hacia la UE. Posteriormente, desde los albores del siglo XXI, España ha sido pionera en la construcción de vallas y en la normalización de la detención y otras restricciones a la libertad de circulación en zonas de frontera, en el despliegue de tecnologías de vigilancia marítima e intercepción de embarcaciones de migrantes irregulares, y en la adopción de acuerdos de externalización del control migratorio con terceros países.

En los últimos cinco años, de manera simultánea a un nuevo repunte en el número de llegadas a la frontera sur, en España se visibiliza un discurso político “antinmigración”, amplificado por partidos políticos conservadores de derecha y de extrema derecha. Este proceso interno a nivel español se desarrolla al compás de una tendencia europea y global de expansión de movimientos y partidos políticos conservadores, que generan y promueven discursos racistas y xenófobos como estrategia electoralista (Gómez Isa, 2021: 70). Como explican Arango et al. (2018), en el contexto europeo la inmigración y el asilo son campos “hiperpolitizados”, lo que se demuestra en la centralidad que han adquirido a lo largo de las últimas dos décadas en los procesos electorales.

“La explicación de esta hiperpolitización de la inmigración no viene dada por el reconocimiento de su indudable relevancia, ni porque la ponderación de costes y beneficios depare en nuestros días un balance más negativo que antaño, ni tampoco porque estos impactos negativos hayan aumentado; sino, principalmente, por una doble circunstancia: por un lado, el creciente auge de una extrema derecha de acusados rasgos populistas/nacionalistas y, por otro, el hecho de que esas fuerzas políticas hayan convertido a la inmigración y el asilo en su principal caballo de batalla.” (Arango et al., 2018: 15).

Hasta el momento, el discurso antinmigración y su hiperpolitización no se ha plasmado en políticas o medidas de control migratorio de efectos materiales más

³¹¹ El País, “Se cumplen 30 años de la primera muerte de un migrante en patera”, 01/11/2018. Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/10/31/actualidad/1541019436_484192.html. Sin embargo, existen indicios de que no se trata de la primera muerte; semanas atrás, la Guardia Civil había alertado del avistamiento de cuerpos en el mar que no pudieron ser recuperados (Naranjo, José, “El peor de los naufragios”, El País, 01/11/2018, disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/10/31/africa_no_es_un_pais/1541011196_057985.html#?rel=listaapoyo)

restrictivos o represivos (por ejemplo, no ha aumentado el número de expulsiones), pero sí ha incrementado significativamente la “violencia simbólica” contra la población extranjera³¹². La utilización de este tipo de discursos en el debate político e institucional entre partidos ha legitimado una narrativa que alimenta estereotipos negativos que, de manera simultánea, pueden ser la base de un proceso de criminalización en el plano social.

III. LAS POLÍTICAS DE SECURITIZACIÓN Y MILITARIZACIÓN EN LAS FRONTERAS ESPAÑOLAS

Una vez que el Estado español se incorporó al Espacio Schengen, la lógica bifronte sobre los controles fronterizos –abolición hacia el interior y refuerzo hacia el exterior– permeó significativamente en los territorios bajo soberanía española. Desde entonces, este proceso opera con especial incidencia en las fronteras exteriores del sur de la península, en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y en el archipiélago de Canarias. En palabras de López Sala, las fronteras españolas se “densifican” como efecto de Schengen (López Sala, 2007: 29). Desde la recepción de los primeros grupos migrantes a través del Estrecho en la década de 1990, el Estado español es pionero en la puesta en marcha de procesos de militarización y securitización de las fronteras exteriores de la UE. Estos procesos se evidencian tanto en el plano jurídico como en el plano político del control fronterizo.

En el plano jurídico, la militarización y securitización se expresan mediante la distribución de competencias de control fronterizo entre los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. El despliegue de agencias policiales de naturaleza militar para la prevención de la migración irregular es una característica común del control fronterizo en España e Italia, que como señala Lutterbeck (2006) da cuenta del proceso de militarización de las fronteras en el mar Mediterráneo³¹³.

³¹² Entrevista a José Ángel Brandariz: “No hay un modelo de control migratorio propiamente europeo, sino diversas combinaciones en diversos Estados”, Público, 12/07/2019, disponible en <https://blogs.publico.es/red-juridica/2019/07/12/no-modelo-control-migratorio-europeo/>: “Creo que está teniendo una relevancia capital. Esa importancia no es especialmente perceptible en el terreno material, ya que hoy en Europa no se expulsa más que hace cinco años, de la misma forma que Trump no ha llegado ni de lejos a los niveles de expulsión de Obama. Sin embargo, la trascendencia del fenómeno es muy notable en el plano de la violencia simbólica, por el extraordinario impulso que ha dado a los procesos de racismo institucional y social.”

³¹³ Véase, en igual sentido, Campesi (2018b).

Al respecto, en España las competencias en materia de control de entrada y salida del territorio y las tareas de vigilancia en las zonas y espacios de fronteras se encuentran repartidas entre el Cuerpo de Policía Nacional, institución de naturaleza civil administrativa, y la Guardia Civil, institución de naturaleza militar³¹⁴. La Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, otorga competencias al Cuerpo de Policía Nacional para el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, y reconoce las facultades que deriven de la legislación en materia de extranjería, asilo y expulsión. Por su parte, la Guardia Civil tiene competencias para la custodia de costas, fronteras, puertos y aeropuertos, así como también para la protección de derechos y libertades y de la garantía de la seguridad ciudadana en el mar territorial.

En particular, la vigilancia de las fronteras marítimas y la interceptación de las embarcaciones utilizadas para la inmigración irregular es ejercida por el Servicio Marítimo de la Guardia Civil. Según lo dispuesto por el Real Decreto 246/1991³¹⁵, las interceptaciones en el mar deben ser realizadas de conformidad al Derecho internacional. A ello se añade que siguiendo las recomendaciones de Frontex³¹⁶, en 2008 se crearon los Centros de coordinación de vigilancia marítima³¹⁷, destinados a coordinar, asesorar y dirigir las operaciones de vigilancia marítima de costas y fronteras, especialmente durante situaciones de crisis³¹⁸.

En el plano político, la conversión de España en país de recepción de migrantes por vía marítima motivó la implementación de una serie de políticas migratorias especialmente dirigidas a la vigilancia y la prevención de las llegadas de migración irregular. En este sentido, un mecanismo paradigmático lo constituye la implementación de dispositivos tecnológicos para la vigilancia de las embarcaciones de migrantes

³¹⁴ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad («BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 1986, pp. 9604 a 9616), artículo 12.1.

³¹⁵ Real Decreto 246/1991, de 22 de febrero, por el que se regula el Servicio Marítimo de la Guardia Civil («BOE» núm. 52, de 1 de marzo de 1991, pp. 7057 a 7057).

³¹⁶ Estudio de viabilidad MEDSEA de 14 de julio de 2006 sobre la Red mediterránea de patrullas costeras; preparado por FRONTEX.

³¹⁷ Se instaure un Centro de coordinación de vigilancia marítima de costas y fronteras en Madrid, y un conjunto de Centros regionales de vigilancia marítima de costas y fronteras del Mediterráneo, Estrecho, Atlántico y Cantábrico, en las instalaciones de Valencia, Algeciras, Las Palmas y A Coruña, respectivamente.

³¹⁸ Orden PRE/2523/2008, de 4 de septiembre, por la que se crean los Centros de la Guardia Civil para la vigilancia marítima de costas y fronteras («BOE» núm. 215, de 05 de septiembre de 2008, pp. 36217 a 36218).

cruzando el Mediterráneo. Bajo el argumento de la incorporación de España a la Comunidad Europea y las consecuencias derivadas de la incorporación en el Espacio Schengen, en 1999 se crea el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE), dirigido a la vigilancia de las fronteras marítimas españolas para la prevención de la criminalidad transfronteriza y de la inmigración irregular. Se trata de una de las medidas que, según Léonard y Kaunert (2019: 120), denota el proceso de securitización de las migraciones en la UE. Además del interés por la seguridad, la vigilancia de las embarcaciones de migrantes se justifica también por el objetivo humanitario de prevenir los peligros del viaje para la vida de las personas migrantes.

El sistema, operado por la Guardia Civil, funciona mediante radares ubicados en estaciones fijas y móviles, con capacidad para detectar embarcaciones a larga distancia, incluso fuera de las aguas territoriales españolas. En concreto, el sensor radar permite la detección de embarcaciones a 10 kilómetros de distancia. El SIVE se desplegó inicialmente en la ruta del Estrecho, en aquel entonces la más transitada, mediante su colocación en las estaciones de Campo de Gibraltar y Algeciras en 2002. Posteriormente, el sistema de radares se ha expandido por todas las costas españolas a lo largo del mar Mediterráneo y el océano Atlántico, mediante su instalación en las estaciones de Málaga (2003), Cádiz, Granada y Ceuta (2004), Almería (2006), Huelva (2007), Murcia, Alicante, Castellón, Valencia y Baleares (2009), Tarragona (2011); en la costa del archipiélago canario: Fuerteventura (2003), Lanzarote (2006), Gran Canaria (2007), Tenerife, El Hierro y La Gomera (2008); y en la costa atlántica norte: Pontevedra (2013)³¹⁹.

En añadidura a los acuerdos de control migratorio con terceros países, que se analizan en el siguiente apartado, la primera puesta en práctica del SIVE en las estaciones del Estrecho, a partir de 2002, produjo un cambio en la dirección de las rutas migratorias, que viraron su rumbo hacia las Islas Canarias, una ruta más peligrosa que se adentra en aguas del océano Atlántico. Como consecuencia del viraje, en 2006 más de treinta mil personas arribaron a las costas canarias en los llamados “cayucos”, embarcaciones con forma de canoa, de mayor estabilidad y con capacidad para un mayor número de

³¹⁹ Datos obtenidos de CEAR, Diccionario de Asilo, disponible en: <https://diccionario.cear-euskadi.org/sistema-integrado-de-vigilancia-exterior-sive/>; García Andrade (2010: 318) y actualización mediante búsqueda en medios de comunicación digitales. Sobre el funcionamiento del sistema de detección, comunicación e interceptación, véase: Guardia Civil, Sistema Integrado de Vigilancia exterior, Funciones y características técnicas: <https://www.guardiacivil.es/es/prensa/especiales/sive/funciones.html>

personas en comparación con las pateras. Este aumento exponencial del número de llegadas al archipiélago dio lugar a una situación de emergencia, que se dio en llamar la “crisis de los cayucos”, y motivó la solicitud de cooperación a Frontex según lo que disponía el art. 8 del Reglamento 2007/2004³²⁰ para la asistencia técnica y operativa a Estados miembros que presentaran una situación crítica en sus fronteras exteriores. La agencia europea desplegó entonces la operación conjunta “Hera”, mediante la cual asistió en las tareas de identificación de migrantes desembarcados en Canarias y en la prestación del servicio de vigilancia marítima y aérea sobre la ruta atlántica y las costas de Mauritania, Senegal y Cabo Verde³²¹.

Desde 2006, explica López Sala (2009: 36), España se convierte en un actor influyente en la política europea de fronteras. El énfasis se coloca en la cooperación con los países de origen y de tránsito y su acento en el control fronterizo como una cuestión común. En palabras de Zapata-Barrera y De Witte (2007: 88), la evolución de las pateras a los cayucos demuestra no sólo la capacidad de los migrantes y las redes de tráfico de personas para cruzar las fronteras sino también que las fronteras españolas se han convertido en fronteras europeas en el sentido político, técnico y mental. En simultáneo, la cooperación de Frontex en las fronteras españolas y en las costas de terceros países de origen acentuó los procesos de securitización, militarización y externalización que se gestaban desde lo interno hacía más de una década, y que ahora quedaban legitimados a nivel regional por la intervención de la agencia europea.

1. Más allá de los límites: externalización y criminalización en la frontera sur

A partir de la década de 1990, el Estado español es precursor en la deconstrucción de la noción tradicional de fronteras mediante la externalización del control de las rutas

³²⁰ Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DJ L 349, 25.11.2004, p. 1–11).

³²¹ La operación conjunta Hera se desarrolló en diferentes etapas: “Hera I”, desde julio a octubre de 2006, en la que Frontex asistió a España en la identificación y determinación del país de origen de los migrantes irregulares llegados a las islas Canarias; “Hera II”, desde agosto a diciembre de 2006, consistió en el despliegue de patrullas a lo largo de las costas de Mauritania, Senegal y Cabo Verde para evitar y desviar la salida de embarcaciones de migrantes hacia Canarias; “Hera III”, de febrero a abril de 2007, incluyó ambas tareas, de identificación de migrantes y de patrullaje en los países de origen; “Hera 2007” y “Hera 2008” consistieron en la vigilancia aérea y marítima de las rutas desde África occidental hacia las islas Canarias.

migratorias que se dirigen a su territorio (García Andrade, 2010: 316-317). El proceso de reconfiguración de las fronteras de los Estados del Espacio Schengen impacta significativamente en el territorio español, teniendo en cuenta que es el Estado con una de las mayores extensiones de fronteras exteriores en el sur europeo y el más próximo al continente africano. En el marco del sistema Schengen, la abolición de los controles en las fronteras interiores y el reforzamiento del control exterior coloca sobre España una importante carga de responsabilidad para el mantenimiento del régimen europeo de libre circulación³²².

La política exterior con terceros países en materia fronteriza y migratoria ha sido una constante desde la incorporación del Estado español a la CEE y su adhesión al Espacio Schengen. Siguiendo las consignas primigenias del Acuerdo Schengen, la posición geográfica de España como Frontera Sur determina su papel clave en la cooperación de la UE con terceros países. A partir de la conversión de España en un país de migración, la reacción de los sucesivos gobiernos ante las reiteradas “crisis migratorias” en las fronteras exteriores españolas ha consistido especialmente en la desterritorialización de las fronteras y en la deslocalización y externalización del control migratorio. Como consecuencia, los alcances del control migratorio del Estado español se prolongan hacia el sur, trasladándose más allá de las aguas del mar Mediterráneo y el océano Atlántico y extendiéndose a través del continente africano.

Desde el inicio de este proceso, España ha recurrido a la celebración de acuerdos de cooperación migratoria con terceros países. El primer y principal socio para la gestión de los flujos migratorios es Marruecos como país vecino estratégico. Desde su independencia de Francia y España en 1956, el Estado marroquí es históricamente un engranaje clave en las relaciones internacionales de España. A partir los años noventa, además de las relaciones comerciales, las relaciones bilaterales entre ambos países giran

³²² Véase, por ejemplo, la STC 17/2013, de 31 de enero (FJ 4), donde se justifica la constitucionalidad de la norma relativa a las obligaciones de transportistas en la Ley 4/2000: “Así pues, lo establecido en el art. 66 LOEx viene a dar respuesta a compromisos asumidos por España en el ámbito de la Unión Europea entre los que se encuentra la asunción de determinadas obligaciones para los transportistas tendentes a combatir el fenómeno de la inmigración ilegal y a garantizar la seguridad de las fronteras exteriores de las partes firmantes del Acuerdo de Schengen. Recuérdese que dicho acuerdo impulsó la libre circulación de personas entre varios países europeos mediante el progresivo levantamiento de sus fronteras interiores, lo cual tiene como consecuencia un traslado de los controles a las fronteras externas de los países signatarios del Acuerdo de Schengen de forma tal que las fronteras externas de los Estados europeos son, al tiempo, las fronteras externas de los demás Estados partes en aquel acuerdo. De lo expuesto es posible también deducir que el adecuado control de las fronteras y de los flujos migratorios que a través de ellas se producen es una exigencia derivada de la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea.”

en gran medida en torno al control fronterizo y la gestión de los flujos migratorios desde el continente africano hacia el territorio español. La cooperación marroquí en el control fronterizo es una cuestión especialmente sensible a los intereses de la UE, como lo demuestra la financiación destinada por agencias europeas a Marruecos: desde 2014 la UE ha destinado aproximadamente un billón de euros para la financiación del control migratorio marroquí³²³.

El análisis de la cooperación migratoria entre España y Marruecos sirve para ilustrar de manera paradigmática las mutaciones que han tenido lugar en las fronteras y en la política migratoria española desde la incorporación de España a la CEE y al Espacio Schengen. En los inicios del siglo XXI, la lógica de la externalización a través de la política de cooperación, condicionada al apoyo en el control migratorio, se extendió hacia otros países claves de origen y tránsito en las rutas africanas hacia el territorio español. A continuación, nos detendremos especialmente en el análisis de los dispositivos penales que se han implementado en el control migratorio de los terceros países como consecuencia de los acuerdos de cooperación con España.

1.1. La expansión de las fronteras españolas en el territorio de Marruecos

Los acuerdos en materia migratoria entre España y Marruecos han evolucionado y se han complejizado desde la década de 1990, en línea con la política de la UE sobre cooperación con terceros países. Los cambios en el contenido de los acuerdos bilaterales con Marruecos resultan ilustrativos para dimensionar el impacto de la incorporación de España a la CEE y el Espacio Schengen con respecto a las migraciones. Hasta 1985 regía un acuerdo de exención recíproca de visados para los ciudadanos de ambos países³²⁴. En aquel año, las condiciones de entrada a la CEE motivaron la adopción de la primera ley de extranjería en España³²⁵, que perseguía adaptar el régimen de entrada y migración a las exigencias del Acuerdo Schengen. El sistema de exención de visados fue sustituido a

³²³ Infomigrants, 15/2/2022, “120 migrants picked up by Moroccan navy”, disponible en: <http://www.infomigrants.net/en/post/38554/120-migrants-picked-up-by-moroccan-navy>

³²⁴ Canje de Notas de 3 de junio de 1964, constitutivo de Acuerdo entre los Gobiernos de España y de Marruecos, sobre supresión de visados para los súbditos de ambos países, concluido en Rabat («BOE» núm. 302, de 17 de diciembre de 1982, pp. 34680 a 34680).

³²⁵ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, op. cit.

partir de la década de 1990 por una serie de acuerdos dirigidos a la readmisión de extranjeros en situación irregular y a la externalización del control.

Los acuerdos de cooperación se han materializado a través de diferentes vías: acuerdos formales, con autorización parlamentaria según el art. 94.1 CE; acuerdos administrativos y consulares, sin necesidad de autorización parlamentaria; y acuerdos informales, que no son de acceso público, en forma de cooperación policial, fronteriza o como parte de protocolos de actuación (Lo Coco, 2021: 141). Al respecto, Cassarino (2007) sostiene que en la década de los años 2000 algunos Estados miembros, como España, Francia e Italia, tendieron hacia la informalización de los acuerdos de readmisión con terceros países mediterráneos como un mecanismo para sortear las dificultades procedimentales que supone la readmisión y evitar las obligaciones derivadas en materia de protección de derechos de las personas readmitidas.

Como primer antecedente de la cooperación migratoria entre España y Marruecos, en 1992 se firmó el Acuerdo de Readmisión hispano-marroquí³²⁶, mediante el cual se habilita a las autoridades españolas a devolver a Marruecos en un plazo de diez días a personas nacionales de terceros países (sin nacionalidad marroquí o española) que crucen irregularmente la frontera entre ambos Estados. La devolución requiere una previa petición formal de readmisión que debe ser aceptada por el Estado requerido. Este acuerdo rigió como un acuerdo de aplicación provisional durante 20 años, hasta su entrada en vigor en 2012, tras una reunión ad hoc celebrada aquel año como consecuencia de la llegada de migrantes desde Marruecos a la Isla de Tierra (Alhucemas).

Desde su adopción, el Acuerdo de readmisión hispano-marroquí ha sido implementado en escasas ocasiones³²⁷. Los motivos de la ineficacia práctica del Acuerdo guardan relación con la reticencia del país magrebí a aceptar las solicitudes de readmisión y con las exigencias operativas del procedimiento de devolución. Por un lado, la negativa de Marruecos se fundamenta en la falta de certeza sobre el lugar de entrada, ya que el Acuerdo establece que la readmisión “se efectuará si se prueba, por cualquier medio, que

³²⁶ Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 («BOE» núm. 100, de 25 de abril de 1992, páginas 13969 a 13970. Corrección de erratas publicada en el B.O.E. núm. 130, de 30 de mayo de 1992, página 18417).

³²⁷ El País, 24/08/2018, “El Gobierno desempolva un convenio de hace 26 años para expulsar a 116 migrantes”.

el extranjero cuya readmisión se solicita proviene efectivamente del territorio del Estado requerido” (art. 2). Por otro, si bien el objetivo del acuerdo es agilizar las devoluciones, la ejecución de la medida precisa que el Estado requerido se asegure “de que los extranjeros readmitidos son enviados lo antes posible a su Estado de origen o al Estado donde comenzaran su viaje, en la medida en que no tengan derecho a permanecer en el territorio del Estado requerido” (art. 5).

Con posterioridad al Acuerdo de readmisión de nacionales de terceros países, y reconfigurada la relación bilateral tras la ocupación militar del islote de Perejil por Marruecos en julio de 2002 (Zaragoza-Cristiani, 2017: 44), se han celebrado acuerdos relativos al patrullaje marítimo conjunto entre la Guardia Civil española y la Gendarmería Real marroquí³²⁸, la prevención, protección y retorno de la migración irregular de menores no acompañados³²⁹, la cooperación policial transfronteriza³³⁰, y la seguridad en materia migratoria³³¹. En virtud de este conjunto de acuerdos bilaterales dirigidos a la externalización del control migratorio, en 2019 Marruecos impidió 74.000 intentos de salida, de acuerdo a la información de las autoridades marroquíes (Global Detention Project, 2021: 17). Por otro lado, no existe un acuerdo de readmisión específico para el retorno de personas marroquíes. No obstante, según datos de Eurostat, en el año 2019 el 50% del total de operaciones de retorno realizadas por el Estado español sobre personas con una orden de expulsión fueron realizadas sobre personas marroquíes³³².

Los sucesivos acuerdos de cooperación en materia migratoria, sumados a los mecanismos de vigilancia de las autoridades españolas, han contribuido a la diversificación de las rutas migratorias hacia España (García Andrade, 2010: 319), de tal

³²⁸ Memorando de Entendimiento para el Patrullaje Marítimo Conjunto, entre la Guardia Civil española y la Gendarmería Real marroquí (frontera sur).

³²⁹ Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 («BOE» núm. 70, de 22 de marzo de 2013, páginas 22750 a 22753).

³³⁰ Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos en materia de cooperación policial transfronteriza, hecho "ad referendum" en Madrid el 16 de noviembre de 2010 («BOE» núm. 116, de 15 de mayo de 2012, páginas 35412 a 35416).

³³¹ Memorando de Entendimiento en el marco de la Asociación Estratégica Multidimensional, sobre cooperación bilateral, incluyendo diálogo político y de seguridad en materia migratoria.

³³² En 2019 el Estado español practicó un total de 11.525 operaciones de retorno, de las cuales 6.380 fueron de personas de nacionalidad marroquí. Esta última cifra representa más de la mitad de retornos de marroquíes realizados por los entonces 28 Estados miembros de la UE, cuya cifra total asciende a 10.350. Datos disponibles en: <https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>

modo que, como en los dos siguientes apartados, la presión se ha distribuido desde las fronteras marítimas del Estrecho a las fronteras terrestres de Ceuta y Melilla, y posteriormente hacia trayectos más lejanos y peligrosos con destino en las islas Canarias y con punto de partida en las costas de Mauritania, Senegal y Cabo Verde.

Desde 1992 en adelante, las relaciones bilaterales entre España y Marruecos en materia de fronteras y migraciones se han reforzado progresivamente, aún en contra de las reivindicaciones soberanistas del país magrebí sobre los territorios de Ceuta y Melilla y el conjunto de islas e islotes ubicados en el mar Mediterráneo entre la península ibérica y el norte de África (la isla de Alborán y archipiélago de las islas Alhucemas –Isla de Tierra, Isla de Mar y peñón de Alhucemas–) (González García, 2015), así como de la delimitación de zonas marítimas próximas al archipiélago canario. Incluso, Marruecos ha levantado vallas en el límite que separa su territorio de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Por su parte, la posición de Marruecos como aliado de la UE tensiona su relación con los demás países africanos de origen (Lo Coco, 2021: 140).

La externalización del control a Marruecos ha generado una dependencia del Estado español a la cooperación del país alauita. Ello ha favorecido el empoderamiento a nivel internacional de este último (Zaragoza-Cristiani, 2017). Marruecos recurre a su rol de socio estratégico mediante la instrumentalización de la migración como elemento de presión política a España y a la UE (Garcés-Mascareñas, 2021). La demostración más reciente se produjo en el mes de mayo de 2021 cuando Marruecos liberó los controles de los puestos fronterizos terrestres en Ceuta como represalia ante la admisión de España al traslado por razones médicas de Brahim Ghali, líder del Frente Polisario, a territorio español. Como resultado, entre el 17 y 18 de mayo de 2021, aproximadamente 8.000 personas (2.000 menores de edad) atravesaron irregularmente la frontera a través de los espigones de las playas de Benzú y el Tarajal en Ceuta³³³. La mayoría de adultos fueron inmediatamente devueltos a las autoridades marroquíes. Los menores no acompañados fueron alojados en centros de acogida en un primer momento; y 57 de ellos fueron expulsados a Marruecos en agosto de 2021, en aplicación del acuerdo de cooperación para la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, celebrado entre España y Marruecos en 2007. El 17 de febrero de 2022, el Juzgado Contencioso

³³³ El País, 18/05/2021, “El Ejército se despliega para controlar Ceuta tras la entrada de más de 8.000 inmigrantes”. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2021-05-18/el-ejercito-se-despliega-para-controlar-las-calles-de-ceuta-tras-la-entrada-de-5000-inmigrantes.html#?rel=mas>

Administrativo no. 1 de Ceuta dictó dos sentencias que ordenan el regreso a España de 14 menores expulsados a Marruecos en aquel contexto, por no haberse respetado el procedimiento de devolución³³⁴.

Al respecto, la instrumentalización de la migración por parte de Marruecos es consecuencia directa del proceso de externalización del control migratorio, en virtud del cual Marruecos cuenta con las “llaves” de la frontera. Asimismo, de manera indirecta, la instrumentalización es resultado de la securitización. En este sentido, la migración es utilizada como un “arma” contra otro Estado porque éste la considera un peligro. Desde esta perspectiva, el juego político entre España y Marruecos sobre los movimientos migratorios es resultado de la externalización y una muestra adicional del proceso de securitización.

1.2. El lado penal de la cooperación: inmigración y emigración en Marruecos como delito

La cooperación de Marruecos en la prevención de la migración irregular ha ido más allá del cumplimiento de tareas de control migratorio. El país magrebí ha desarrollado un marco jurídico penal que criminaliza severamente la entrada y salida del territorio marroquí de forma clandestina, así como también su facilitación o asistencia. Esta legislación penal castiga no sólo la inmigración de personas extranjeras sino también la emigración de personas nacionales marroquíes. Las personas nacionales que salen irregularmente de Marruecos y que son deportadas de regreso al país pueden ser condenadas con sanciones penales de multa y prisión. Tal marco jurídico resulta cuestionable a la luz de los instrumentos de Derecho internacional de derechos humanos, ya que obstaculiza arbitrariamente el derecho de toda persona a regresar a su país de nacionalidad, según lo dispuesto en el art. 13.2 de la DUDH y el art. 12.4 del PIDCP (Global Detention Project, 2021: 16).

³³⁴ El País, “Un juez ordena el retorno a España de 14 menores marroquíes expulsados de Ceuta. 17.2.2022, disponible en: <https://elpais.com/espana/2022-02-17/un-juez-ordena-el-retorno-a-espana-de-12-de-menores-marroquies-expulsados-de-ceuta.html>); Europapress, “El Defensor del Pueblo recabará información sobre la devolución de 57 menores migrantes de Ceuta a Marruecos en agosto”, 22.2.2022, disponible en: <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-defensor-pueblo-recabara-informacion-devolucion-57-menores-migrantes-ceuta-marruecos-agosto-20220222143411.html>

Según la Ley 02/03, relativa a la entrada y a la estancia de los extranjeros en el Reino de Marruecos, a la emigración y a la inmigración irregulares³³⁵, la entrada o el intento de entrada irregular de extranjeros en su territorio configura un delito castigado con penas de multa y de prisión de entre uno y seis meses³³⁶. Lo mismo sucede con la permanencia sin autorización de residencia, que se castiga con penas de multa y de prisión de entre un mes y un año³³⁷. Además, la norma sanciona penalmente a cualquier persona, extranjera o nacional, que abandone el territorio marroquí “de forma clandestina”, utilizando medios fraudulentos o utilizando documentos falsificados o por usurpación de nombres, o que entre o salga por lugares distintos de los puestos fronterizos habilitados³³⁸.

Las penas se elevan significativamente en el delito de “facilitación” de la migración o emigración irregular. Así, se castiga con multa y prisión de seis meses a tres años a quienes organicen o faciliten la entrada o la salida de nacionales o extranjeros de manera clandestina del territorio marroquí, ya sea que el transporte se realice a título gratuito u oneroso. El delito se agrava y las penas se elevan a una sanción de reclusión de diez a quince años y una multa más alta cuando los hechos se comentan de forma habitual. Las mismas penas se aplican en los casos de tentativa y de actividades preparatorias de facilitación cuando se realicen de forma organizada, ya sea mediante una asociación o un

³³⁵ *Dahir n° 1-03-196 du 16 ramadan 1424 (11 novembre 2003) portant promulgation de la loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières*. Boletín Oficial no. 5162, de 20 de noviembre de 2003, disponible en http://www.sgg.gov.ma/Portals/0/profession_reglementee/Dahir_immigration_fr.pdf. La traducción de las citas a la ley en el texto corresponde a Khachani (2006).

³³⁶ Ley 2/3, op. cit., art. 42: “Estarán sujetos a una multa de 2.000 a 20.000 dirhams y a una pena de prisión de uno a seis meses, o a una de estas dos sanciones, los extranjeros que entren o intenten entrar en territorio marroquí infringiendo lo dispuesto en el artículo 3 de la presente ley, o los que hayan permanecido en territorio marroquí por un tiempo superior a la duración autorizada por su visado, salvo en caso de fuerza mayor o de justificación válida. En caso de reincidencia, la sanción se duplicará. La autoridad administrativa podrá, no obstante, habida cuenta de los imperativos derivados de la seguridad y el orden público, expulsar al extranjero al país del que es ciudadano o a otro país, en función del deseo expresado por el interesado.”

³³⁷ Ley 2/3, op.cit., art. 43: “Estarán sujetos a una multa de 5.000 a 30.000 dirhams y a una pena de prisión de un mes a un año, o a una de estas dos sanciones, los extranjeros que residan en Marruecos sin ser titulares de la tarjeta de inscripción o de la tarjeta de residencia contempladas en la presente ley. En caso de reincidencia, la sanción se duplicará.”

³³⁸ Ley 2/3, op.cit., art. artículo 50: “Estarán sujetos a una multa de 3.000 a 10.000 dirhams y a una pena de prisión de uno a seis meses, o a una de estas dos penas, sin perjuicio de las disposiciones del Código Penal aplicables en esta materia, las personas que abandonen territorio marroquí de forma clandestina, utilizando, para cruzar uno de los puestos fronterizos terrestres, marítimos o aéreos, un medio fraudulento para evitar la presentación de los documentos oficiales necesarios o el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley y los reglamentos vigentes, o utilizando documentos falsificados o por usurpación de nombres, así como las personas que entren o salgan de territorio marroquí por salidas o lugares distintos de los puestos fronterizos creados con este fin.”

simple acuerdo. Además, las penas vuelven a incrementarse cuando, como resultado del transporte clandestino, resulte la incapacidad permanente o la muerte de la persona transportada. En caso de incapacidad permanente, la pena prevista es de reclusión de quince a veinte años. En caso de que el resultado sea la muerte, la pena es de cadena perpetua³³⁹.

En definitiva, la cooperación de Marruecos con España y la UE ha resultado en el endurecimiento de las leyes de migración. La aplicación del marco penal reseñado resulta problemática en la práctica (Khachani, 2006: 48), y ha generado un ambiente de mayor riesgo de violación de derechos humanos de las personas migrantes en tránsito y de las personas marroquíes que intentan salir del país. En especial, además de insuflar el racismo contra la población subsahariana, ha provocado la expansión de nuevas formas de detención ad hoc (Global Detention Project, 2021). Según el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas del racismo, tras una visita al país alauita en 2019, la colaboración para el control migratorio entre Marruecos y Europa ha incrementado la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes y las posibilidades de sufrir violaciones de derechos humanos³⁴⁰.

³³⁹ Ley 2/3, op.cit., art. 52: “Estarán sujetos a una pena de prisión de seis meses a tres años y a una multa de 50.000 a 500.000 dirhams, las personas que organicen o faciliten la entrada o la salida de nacionales o extranjeros de manera clandestina del territorio marroquí, por uno de los medios contemplados en los dos artículos anteriores, en particular transportándolas a título gratuito u oneroso.

“El culpable será castigado con una pena de reclusión de diez a quince años y con una multa de 500.000 a 1.000.000 de dirhams si los hechos contemplados en el apartado primero del presente artículo se cometen de forma habitual.

“Serán castigados con las mismas penas los miembros de las asociaciones o acuerdos constituidos o establecidos con el objetivo de preparar o de cometer los hechos más arriba referidos.

“Los dirigentes de la asociación o del acuerdo, así como los que hayan ejercido o ejerzan en éstos un control de cualquier tipo, serán castigados con una de las penas previstas en el apartado segundo del artículo 294 del Código Penal.

“Si, como resultado del transporte de personas cuya entrada o salida clandestina del territorio marroquí se organiza, se produce una incapacidad permanente, la pena prevista en el apartado primero anterior será la reclusión de quince a veinte años.

“La pena será de cadena perpetua si el resultado es la muerte.”

³⁴⁰ UN Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, “Visit to Morocco: Report of the Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism (24 June–12 July 2019),” *UN Human Rights Council*, 28 May 2019, <https://undocs.org/A/HRC/41/54/ADD.1>.

1.3. Los acuerdos con países subsaharianos: cooperación condicionada y detención migratoria como resultado

Hasta los inicios de los años 2000, la política exterior española con países africanos en materia de inmigración se había circunscrito principalmente a las relaciones bilaterales con Marruecos, enfocadas en los acuerdos de readmisión y cuestiones de seguridad fronteriza (Pinyol Jiménez, 2009: 279-280). Desde la crisis de los cayucos en 2006, las prioridades de la política exterior española se desplazaron hacia los países del África subsahariana, centrada en el aumento de la vigilancia de las fronteras y el impulso de las repatriaciones (López Sala, 2009: 42). De este modo, la política exterior española se alineó con el Acuerdo de asociación de Cotonou entre la UE y setenta y nueve países de África, Caribe y Pacífico³⁴¹, del año 2000. En particular, el artículo 13.5.c del Acuerdo de Cotonou establece que, con el objeto de garantizar los objetivos de cooperación, todos los Estados se comprometen a readmitir y aceptar “el retorno de cualquiera de sus nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la UE, a petición de este último y sin mediar más trámites”. Posteriormente, la reunión del Consejo Europeo celebrado en Sevilla en 2002 instó a que todos los acuerdos de cooperación, asociación o equivalentes que la UE celebre con cualquier otro país incluyan una cláusula sobre gestión común de los flujos migratorios y sobre la readmisión obligatoria de inmigrantes irregulares³⁴².

A partir de entonces, los acuerdos de cooperación migratoria con terceros Estados se enlazan con las políticas de desarrollo y de cooperación técnica (Pinyol Jiménez, 2009: 279), dentro de una lógica de “cooperación condicionada”. Las relaciones de España con los países africanos amplían sus alcances hacia políticas de cooperación al desarrollo e internacionalización de las empresas españolas, dirigidas a la erradicación de la pobreza económica en el continente africano, pero condicionadas a que los países de origen y tránsito restrinjan los movimientos migratorios que salen o atraviesan sus territorios. En especial, el Estado español ha recurrido al refuerzo de la cooperación al desarrollo con países africanos al momento de afrontar situaciones de alta presión migratoria en la

³⁴¹ Acuerdo de asociación 2000/483/CE entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000 (DO L 317 de 15/12/2000 p. 0003-0353). El Acuerdo de Cotonou estuvo en vigor hasta el 3 de diciembre de 2020, fecha en la que se alcanzó un nuevo acuerdo que sucede al anterior. El nuevo acuerdo fue firmado el 15 de abril de 2021.

³⁴² Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Sevilla, párr. 33, 22 de junio de 2002.

Frontera Sur. Así, por ejemplo, García Andrade (2010: 319) señala que, como reacción a la diversificación de rutas migratorias marítimas provocada por la externalización del control en Marruecos, España suscribió acuerdos con varios países africanos en materia de control migratorio. Entre 2006 y 2008, España suscribió convenios marco de cooperación en materia migratoria con Senegal³⁴³, Cabo Verde³⁴⁴, Gambia³⁴⁵, Guinea Conakry³⁴⁶, Mali³⁴⁷, Níger³⁴⁸ y Guinea Bissau³⁴⁹. Además, celebró acuerdos con algunos países para realizar operaciones de vigilancia marítima conjunta en sus espacios marítimos: así, con Cabo Verde³⁵⁰, Senegal³⁵¹ y Mauritania³⁵².

En el contexto de la crisis de los cayucos, en 2006 el Ministerio de Asuntos Exteriores aprobó el Plan de Acción para el África Subsahariana, conocido como “Plan

³⁴³ Convenio entre los Gobiernos del Reino de España y de la República de Senegal sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho ad referendum en Dakar el 5 de diciembre de 2006 («BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 2009, páginas 25246 a 25250); Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, hecho «ad referendum» en Dakar el 5 de diciembre de 2006 («BOE» núm. 173, de 18 de julio de 2008, páginas 31413 a 31415).

³⁴⁴ Acuerdo marco de cooperación en materia de inmigración, entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, firmado en Madrid el 20 de marzo de 2007 («BOE» núm. 39, de 14 de febrero de 2008, páginas 8028 a 8033).

³⁴⁵ Acuerdo marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia, hecho ad-referéndum en Banjul el 9 de octubre de 2006 («BOE» núm. 310, de 28 de diciembre de 2006, páginas 45914 a 45918).

³⁴⁶ Acuerdo de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho ad-referéndum en Conakry el 9 de octubre de 2006 («BOE» núm. 26, de 30 de enero de 2007, páginas 4155 a 4159).

³⁴⁷ Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007 («BOE» núm. 135, de 4 de junio de 2008, páginas 25633 a 25636).

³⁴⁸ Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Níger, hecho en Niamey el 10 de mayo de 2008 («BOE» núm. 160, de 3 de julio de 2008, páginas 29198 a 29203).

³⁴⁹ Acuerdo en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, hecho “ad referendum” en Bissau el 27 de enero de 2008 y Canje de Notas de fechas 11 de julio y 29 de septiembre de 2008, efectuando rectificaciones («BOE» núm. 134, de 3 de junio de 2009, páginas 46508 a 46518).

³⁵⁰ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de Cabo Verde, hecho en Praia el 21 de febrero de 2008 («BOE» núm. 136, de 5 de junio de 2009, páginas 47545 a 47548).

³⁵¹ Memorando de colaboración sobre las condiciones de puesta en funcionamiento de patrullas conjuntas en el marco de la lucha contra la emigración clandestina por vía marítima, firmado en septiembre de 2006.

³⁵² En 2014 se firmó un memorando para el patrullaje conjunto terrestre entre la Guardia Civil española y la Guardia Nacional mauritana (Europa Press, 28/03/2014, “España y Mauritania contarán por primera vez con patrullas conjuntas terrestres para controlar la inmigración”, disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-espana-mauritania-contaran-primera-vez-patrullas-conjuntas-terrestres-controlar-inmigracion-20140328210520.html>)

África”, dirigido a promover las relaciones exteriores con los países subsaharianos. El primer Plan África se implementó entre 2006 y 2008, al que sucedieron otras dos versiones. Todas ellas consisten en el despliegue de mecanismos de cooperación al desarrollo de los países de origen, bajo el ideario de que el mejoramiento de las condiciones de vida es un modo de desalentar la migración. Como resultado del primer Plan África, el Gobierno español llevó a cabo un despliegue diplomático inmediato en todos los Estados occidentales del continente africano que son lugares de origen y tránsito de flujos migratorios hacia España (Pinyol Jiménez, 2009: 280). Durante ese período, el Estado español celebró acuerdos de cooperación migratoria con ocho Estados de África subsahariana (Senegal, Malí, Ghana, Camerún, Costa de Marfil, Cabo Verde, Guinea Conakry y Gambia). Seis de tales acuerdos eran de readmisión. La misma dinámica se reiteró en 2020 tras las múltiples llegadas a las islas Canarias, que se analizan más adelante. Los acuerdos en 2020 se realizaron principalmente con Senegal, como principal lugar de origen de las embarcaciones durante aquel año³⁵³.

Dentro de los acuerdos de control migratorio con países de África subsahariana, las relaciones con Mauritania representan una pieza fundamental en la externalización de las fronteras españolas con el objetivo de evitar la salida e inmovilizar el tránsito. La cooperación se reforzó en 2006 cuando Mauritania se convirtió en un punto de partida de una gran parte de los cayucos que se dirigieron a las islas Canarias en aquel año, tras el “cierre” de las rutas al norte de Marruecos (Amnistía Internacional, 2008: 7; CEAR, 2010: 9). La lógica de la relación bilateral es similar a la mantenida con el resto de países de la región, con la particularidad de que la cooperación con Mauritania ha incluido la financiación de la instalación de un “centro de acogida” de migrantes. Las negociaciones diplomáticas, en especial tras una reunión celebrada el 16 de marzo de 2006 entre los secretarios de Estado de Asuntos Exteriores y de Seguridad de España y sus homólogos mauritanos responsables de Interior y de Asuntos Exteriores y Cooperación, incluyeron el compromiso de Mauritania de abrir centros de recepción de migrantes en proceso de repatriación, y el compromiso de España de brindar apoyo en la construcción y gestión de las instalaciones (Amnistía Internacional, 2008: 21).

³⁵³ El País, 22/11/2020, “La Ministra de Exteriores cierra en Senegal un acuerdo para reactivar las repatriaciones”. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-11-22/la-ministra-de-exteriores-cierra-en-senegal-un-acuerdo-para-reactivar-las-repatriaciones.html>

El centro se instaló en abril de 2006 en Nuadibú, la segunda ciudad más poblada del país, ubicada al norte y considerada como la capital económica de Mauritania. Para ello se utilizó el edificio de una antigua escuela restaurada con fondos de cooperación internacional provistos por España. El centro de detención se mantuvo en funcionamiento hasta 2012, sin una regulación jurídica específica que determinara las condiciones de acceso, el tiempo máximo de reclusión o el control judicial sobre el internamiento. La ausencia de una base legal para el internamiento motivó que el “centro de acogida” sea considerado un centro de detención (CEAR, 2010: 12). Debido a las malas condiciones y la falta de seguridad jurídica en el procedimiento, el centro fue conocido como “Guantanamo” (CEAR, 2010: 13-29). En él eran recluidas personas extranjeras en situación irregular de extranjería, principalmente provenientes de Malí o Senegal, interceptadas en el mar o en territorio mauritano, sobre las que se sabía o se presumía que intentaban trasladarse a territorio español, a fin de proceder a su devolución (Amnistía Internacional, 2008).

En una visita al centro de Nuadibú, Amnistía Internacional recogió testimonios de personas detenidas que denunciaban haber sido interceptadas por la policía en sus domicilios particulares; otras habían sido detenidas por existir indicios de que se preparaban para emprender un viaje a Europa, como por ejemplo llevar puestos dos pares de pantalones o chaquetas (Amnistía Internacional, 2008: 17). Un funcionario de la Seguridad Nacional mauritana en Nuadibú reconoció a Amnistía Internacional que, en el caso de las personas detenidas en sus domicilios, la operación se realizaba cuando tenían conocimiento de que personas migrantes se encontraban reunidas con sus equipajes, lo que era considerado una prueba de que se preparaban para viajar a Europa (Amnistía Internacional, 2008: 33). Tras el internamiento, algunas personas eran transportadas y liberadas en Kandahar, zona de desierto entre Marruecos y Mauritania donde aún existían minas antipersona enterradas desde el conflicto entre Mauritania y el Frente Polisario, sin posibilidad de acceder a territorio marroquí ni regresar a territorio mauritano (Amnistía Internacional, 2008: 24; CEAR, 2010: 8).

2. Ceuta y Melilla: el Espacio Schengen en el continente africano

Las ciudades españolas de Ceuta y Melilla en el norte del continente africano configuran un territorio especial dentro del Espacio Schengen. Como la única frontera

territorial exterior de la UE en África, su inclusión al Espacio Schengen presenta una serie de particularidades que repercuten en el régimen de fronteras, migración y asilo. La importancia de ambos enclaves para la política común de la UE se advierte con facilidad a partir de su situación de límites terrestres entre Europa y África y lugar estratégico de la denominada “Frontera Sur” europea.

Como tales, Ceuta y Melilla representan dos de los lugares fronterizos con mayor control y vigilancia de la UE (Ferrer-Gallardo y Planet-Contreras, 2012: 32), materializados en el levantamiento de muros físicos. El régimen jurídico sobre fronteras y movilidad en esta área presenta una naturaleza especial, basada en las complejidades políticas, históricas y sociales que rodean a ambas ciudades en el ELSJ. Tal naturaleza especial se ha acompañado por la implementación de medidas extraordinarias, como la construcción de vallas o la práctica de devoluciones en caliente, que paulatinamente se han “normalizado” e insertado en el acercamiento ordinario del marco jurídico español y europeo. Desde su incorporación al Espacio Schengen, Ceuta y Melilla se han convertido en un ícono de la llamada “Europa Fortaleza” (Ferrer-Gallardo y Planet-Contreras, 2012: 32) y un caso especial de securitización, militarización y criminalización de la migración.

La población de las dos ciudades se compone por personas de diferentes nacionalidades y lugares de origen. En particular, presentan un alto número de inmigrantes extracomunitarios, principalmente de Marruecos. Según Iglesias Sánchez (2016: 271), el crisol de nacionalidades es una de las características demográficas de Ceuta y Melilla, que las distinguen de otras ciudades españolas. Como resultado, la política migratoria de España y de la UE tienen un fuerte impacto en el territorio de ambas ciudades autónomas³⁵⁴.

³⁵⁴ A nivel social, como señala Iglesias Sánchez (2016: 263-264), la inclusión de Ceuta y Melilla al Espacio Schengen presenta dos posibles lecturas: por una parte, la incorporación refuerza la dimensión europea en la autopercepción social de las dos ciudades; por otra, la implantación de un especial sistema de control fronterizo refuerza una especial identidad basada en la composición social y en la ubicación geográfica.

Principales series de población desde 1998		
Provincias		
Población extranjera por Nacionalidad, provincias, Sexo y Año.		
Unidades: Personas		
	Hombres	Mujeres
	2021	2021
UNIÓN EUROPEA		
51 Ceuta	126	90
52 Melilla	472	273
EUROPA NO (UE27_2020)		
51 Ceuta	26	34
52 Melilla	67	82
ÁFRICA		
51 Ceuta	2.337	2.483
52 Melilla	5.476	5.942
AMÉRICA CENTRAL Y CARIBE		
51 Ceuta	3	12
52 Melilla	19	20
AMÉRICA DEL NORTE		
51 Ceuta	3	10
52 Melilla	21	29
AMÉRICA DEL SUR		
51 Ceuta	22	59
52 Melilla	51	74
ASIA		
51 Ceuta	82	80
52 Melilla	42	41
OCEANÍA		
51 Ceuta	0	0
52 Melilla	0	0
APÁTRIDAS		
51 Ceuta	0	0
52 Melilla	1	1

Tabla 8. Nacionalidad de la población en Ceuta y Melilla en 2021. Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Datos de población extranjera por nacionalidad, comunidades, sexo y año. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=02005.px&L=0>

Ambas ciudades experimentaron cambios sustanciales a partir de la incorporación de España a la CE en 1986 y posteriormente al Espacio Schengen en 1991³⁵⁵. Como territorios bajo soberanía española, Ceuta y Melilla pasaron a formar parte del Espacio Schengen, aunque lo hicieron mediante la implantación de un régimen especial tendente a compatibilizar, por un lado, la tradicional flexibilidad del control sobre una zona de frontera estrechamente conectada y, por otro lado, la lógica propia del Espacio Schengen de reforzar el control exterior para garantizar la libertad de circulación interior.

Desde un primer momento, la incorporación del Estado español a la CE fue condicionada a la aprobación de una ley de inmigración compatible con el régimen de fronteras y movilidad compartido entre los Estados miembros. En particular, la inclusión de Ceuta y Melilla al Espacio Schengen resultaba una cuestión de especial preocupación debido a la alta presión migratoria desde Marruecos hacia ambas ciudades y su posible impacto en la política común de migración y de gestión integrada de fronteras de la UE. Así, en la antesala de la incorporación de España a la CE, se aprobó la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España³⁵⁶.

Esta primera normativa sobre inmigración afectó las relaciones del Estado español con Marruecos (López García, 1993: 135), ya que implicó la desregularización automática de la situación de residencia de miles de personas extranjeras, principalmente de nacionalidad marroquí, que habitaban *de facto* los territorios de Ceuta y Melilla³⁵⁷. Considerados a partir de entonces como nacionales de terceros países, la Ley de extranjería pasó a catalogarlos como “inmigrantes irregulares” en sus lugares habituales de residencia. Ello motivó una serie de protestas y movilizaciones ciudadanas que resultaron en la concesión de la nacionalidad española, entre 1986 y 1990, a más de 12.000 personas residentes en Ceuta y Melilla (López García, 1993: 132; Planet-Contreras, 2004: 386).

³⁵⁵ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991 («BOE» núm. 81, de 5 de abril de 1994, páginas 10390 a 10422).

³⁵⁶ Ley Orgánica 7/1985, op. cit.

³⁵⁷ La documentación administrativa equivalente a un permiso de residencia era la llamada “tarjeta de estadística”, no regulada por ley sino por instrucciones administrativas (Iglesias Sánchez, 2016: 270).

Por otro lado, la adhesión de España al Convenio Schengen en 1991 convirtió a Ceuta y Melilla en dos lugares claves de fronteras exteriores. En el momento de la adhesión al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, España formuló una Declaración mediante la que señaló que Ceuta y Melilla contarían con un régimen especial, en cuyo diseño se tendrían en cuenta los intereses de los demás Estados miembros, en línea con el principio de solidaridad entre Estados miembros contenido actualmente en el artículo 78 TFUE³⁵⁸. Posteriormente, dicho régimen especial fue mantenido en el Código de Fronteras Schengen, al establecer que sus normas no afectan lo dispuesto en la Declaración de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla³⁵⁹.

En consecuencia, la aplicación del régimen Schengen en ambas ciudades supuso la implantación de estrictos controles de movilidad en contra de la flexibilidad que hasta entonces había caracterizado a ambos espacios de frontera. Al respecto, la adhesión de España al Espacio Schengen implicó un cambio sustancial en el régimen de entrada de personas marroquíes, quienes previamente podían ingresar al territorio español sin obligación de visado. La exención se contemplaba en un Acuerdo bilateral de 1964³⁶⁰. No obstante, el objetivo de la Declaración consistió también en mantener en cierta medida el régimen jurídico preexistente de flexibilización de los controles sobre la circulación de bienes y personas entre ambas ciudades y Marruecos (Iglesias Sánchez, 2016: 263). Al respecto, en materia migratoria y para el cruce autorizado de fronteras, la Declaración contiene dos excepciones al sistema de visados Schengen. En primer lugar, se mantiene la mencionada exención de visados para residentes de las provincias marroquíes limítrofes de Tetuán y Nador. En segundo lugar, para los ciudadanos marroquíes que residan fuera de tales provincias, se mantiene un sistema especial de visado para entradas múltiples limitado al territorio de Ceuta y Melilla (según lo dispuesto en los artículos 10.3 y 11.1.a del Convenio Schengen).

³⁵⁸ Ibid., Acta final, punto III.1.

³⁵⁹ Código de Fronteras Schengen, op. cit., artículo 41: “Ceuta y Melilla. Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán al régimen especial aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla, tal como se define en la Declaración del Reino de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, que figura en el Acta final del Acuerdo sobre la adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.”

³⁶⁰ Canje de Notas de 3 de junio de 1964, constitutivo de Acuerdo entre los Gobiernos de España y de Marruecos, sobre supresión de visados para los súbditos de ambos países, concluido en Rabat, op. cit. El Acuerdo no fue prorrogado por el Estado español en 1990 (Iglesias Sánchez, 2016: 263).

Con relación al régimen del Espacio Schengen, la Declaración española incluye una derogación sustancial a la abolición de controles en las fronteras interiores. Si bien Ceuta y Melilla representan fronteras interiores entre partes del territorio de un mismo Estado, su ubicación geográfica motivó el mantenimiento de los controles de identidad y documentación en los traslados por mar o por aire desde Ceuta y Melilla con destino a otra parte del territorio español o al territorio de otro Estado parte del Espacio Schengen. El argumento para la implantación del doble control fronterizo consistió en la necesidad de verificar el mantenimiento de las condiciones de cruce de las fronteras exteriores según lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio Schengen.

El carácter especial del régimen en Ceuta y Melilla no ha estado desprovisto de problemas de interpretación en la práctica por parte de las autoridades de frontera y por los tribunales españoles. La situación ha sido definida como *limboscape* por Ferrer-Gallardo y Albet-Mas (2016: 528)³⁶¹, quienes entienden como tal una zona de transición entre dos fronteras donde la trayectoria de las personas migrantes hacia la UE queda suspendida espacial y temporalmente. Ante ello, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resolvió que la existencia de un sistema especial de control fronterizo no puede suponer una denegación del derecho a la libertad de circulación, que debe ser garantizada en todo el territorio español³⁶². Con posterioridad se han sucedido diferentes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) que consolidan la tesis sobre la necesidad de respetar la libertad de circulación en todo el territorio nacional de los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla. Esta jurisprudencia es analizada más adelante.

2.1. Ciudades con vallas, lugares de ilegalización y de devolución

Con posterioridad a la adhesión de España al Espacio Schengen, se levantaron vallas y concertinas como instrumentos de separación física entre los territorios de Marruecos, Ceuta y Melilla. Las primeras vallas en Ceuta se construyeron en 1993 y las

³⁶¹ Barbero, 2020: 104: “Estos ‘limbos’ legales mantienen a los migrantes en un estado temporal perpetuo de espera a ser transferidos a tierra firme o deportados sin acceso a los derechos a los que tienen derecho. Esta situación es típica de un estado de excepción en el que prevalece el abuso policial en la vida cotidiana.”

³⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso, de 13 de febrero de 2015, STSJ AND 3567/2015 (ECLI:ES:TSJAND:2015:3567), FJ 3: “Pero la especialidad de Ceuta lo será en lo que se refiere al control pero no en cuanto a una limitación no impuesta por Ley”. En igual sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso, de 11 de abril de 2012, STSJ AND 5090/2012 (ECLI:ES:TSJAND:2012:5090).

de Melilla en 1996. Ello coincidió temporalmente con el período inicial de afluencia de migrantes hacia el territorio español que convirtieron a España en un país de recepción. Las dos ciudades representan el primer destino europeo de largas rutas que atraviesan África. Las vallas son el mecanismo de contención e inmovilidad que se debe sortear. Como describe Barbero (2020a: 101), “Ceuta y Melilla, a pesar de ser el destino soñado de muchos migrantes y refugiados [...] que creen haber alcanzado la seguridad del suelo europeo, son en realidad, como señalan muchos migrantes, «prisiones dulces»”.

Las vallas bordean el perímetro español colindante al territorio marroquí, a lo largo de 20 kilómetros en Ceuta y 9 kilómetros en Melilla. Actualmente, las vallas se elevan a 6 metros de altura, cuentan con mallas anti-trepa, cables de detección tridimensionales y coronas metálicas semicirculares en las puntas superiores de un diámetro de 1.2 metros. En 2020 estas últimas coronas reemplazaron a las concertinas (alambres con cuchillas) instaladas desde 2005³⁶³. Además, existen cien torres de control y una variedad de dispositivos tecnológicos de vigilancia, tales como cámaras, micrófonos, sensores de movimientos y luces de alta intensidad. Por su parte, si bien Marruecos reivindica su soberanía sobre ambos territorios, ha construido en su lado un foso y otra valla con alambre de concertina, de 4 metros de altura (Barbero, 2020a: 102).

Desde el levantamiento de las vallas y concertinas se han presentado múltiples denuncias desde diferentes instituciones y organizaciones de la sociedad civil debido a la precaria situación de las personas migrantes a uno y otro lado de la frontera y la represión de aquellas que intentan atravesar el muro³⁶⁴. En particular, el año 2005 representó un punto de inflexión en la política de represión y alertó a la comunidad internacional sobre las vulneraciones de derechos que tenían lugar a las puertas de la UE. Entre septiembre y octubre de 2005 se produjo un incremento exponencial del número de llegadas irregulares a través de Ceuta y Melilla. Según datos del Ministerio del Interior, un total de 5.566 migrantes irregulares entraron a través de ambas ciudades en ese año. Once personas murieron y muchas otras fueron heridas. La respuesta del Estado español se dirigió hacia un incremento de la seguridad fronteriza mediante el reforzamiento de las vallas.

³⁶³ El País, 19.05.2020, “Interior sustituye las concertinas en Ceuta y Melilla por una estructura de barrotes”, disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-06-19/interior-sustituye-las-concertinas-en-ceuta-y-melilla-por-una-estructura-de-barrotes.html>

³⁶⁴ Véase, por ejemplo, los Informes “Frontera Sur” de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (disponibles en: <https://www.apdha.org/informes-derechos-humanos-frontera-sur/>) y del Servicio Jesuita a Migrantes (disponibles en: <https://sjme.org/informes/>).

Asimismo, las fuerzas militares españolas y marroquíes se desplegaron temporalmente en el terreno. Ceuta y Melilla se convirtieron a partir de entonces en dos de los lugares de frontera más securitizados de la UE (Ferrer-Gallardo y Albet-Mas, 2016: 529).

Episodios similares se repitieron en 2014. En concreto, el 6 de febrero de ese año, quince personas murieron ahogadas y una desapareció cuando intentaban cruzar nadando el dique que separa Marruecos de Ceuta. Estas muertes tuvieron lugar en el contexto de un operativo de la Guardia Civil para evitar la entrada a España de aproximadamente 200 personas que nadaban hacia la playa del Tarajal. En el operativo, la Guardia Civil hizo uso de material antidisturbios (disparos de balas de gomas, salvas detonadoras y botes de humo de ocultación) contra las personas que se encontraban en el mar. Si bien 23 personas alcanzaron la playa de Ceuta, los agentes españoles las devolvieron inmediatamente a Marruecos. Los incidentes colocaron nuevamente el foco en la crítica situación migratoria en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla. Dieciséis guardias civiles fueron procesados por los hechos ocurridos. Tras un primer sobreseimiento provisional y sucesivas resoluciones de archivo de la causa, actualmente el caso se encuentra pendiente ante el Tribunal Supremo, a raíz de un recurso de casación presentado por varias organizaciones³⁶⁵.

Las devoluciones en caliente en las vallas de ambas ciudades ya eran para entonces una práctica asentada en el control fronterizo de la Guardia Civil en ambos enclaves. Tras los incidentes en El Tarajal, la respuesta del Estado consistió en brindar cobertura legal a tales prácticas mediante la sanción de la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana³⁶⁶. La respuesta fue tan llamativa como controvertida, debido a la cuestionable compatibilidad de la norma con las exigencias derivadas del principio de no devolución y la prohibición de expulsiones colectivas. El mecanismo de devolución fue enjuiciado por el TEDH y por el Tribunal Constitucional español, como se analiza en el siguiente capítulo al tratar el régimen jurídico de las “devoluciones en caliente” en Ceuta y Melilla.

³⁶⁵ Véase CEAR, 05/02/2021, “Caso Tarajal: 15 muertes y siete años de impunidad”, disponible en <https://www.cear.es/caso-tarajal/>

³⁶⁶ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana («BOE» núm. 77, de 31/03/2015).

En 2022 tuvieron lugar dos “saltos masivos” a través de la valla de Melilla. El 2 de marzo, 2.500 personas intentaron cruzar la frontera, de las cuales 900 lograron acceder al territorio español a lo largo de dos días, registrando el mayor salto en la historia de la valla melillense³⁶⁷. El 24 de junio se produjo otro intento de entrada especialmente numeroso en la misma valla. Aproximadamente 1.500 personas se dirigieron al perímetro entre las ciudades de Nador (Marruecos) y Melilla, entre las cuales unas 500 consiguieron llegar hasta la valla y 133 alcanzaron cruzar a territorio español³⁶⁸. Como resultado de las operaciones de contención y represión desplegadas entonces por la policía marroquí, un gran número de personas resultaron heridas y otras tantas murieron en el intento de cruce. Quienes alcanzaron la valla quedaron retenidos en el foso del lado marroquí, donde se produjeron aplastamientos y muertes por asfixia. Las autoridades marroquíes informaron de un total de 23 muertos, mientras que organizaciones no gubernamentales como la Asociación Marroquí de Derechos Humanos elevan esa cifra a más de 58 víctimas, entre muertos y desaparecidos. Cualquiera de ambas estimaciones convierte a este último salto en el intento de cruce más mortífero registrado hasta el momento tanto en Melilla como en Ceuta.

3. Hacia “rutas imposibles”³⁶⁹: de la “crisis de refugiados” a Canarias

La llamada “crisis de los refugiados” no tuvo un impacto especialmente significativo en España durante los años más álgidos del incremento de llegadas a la UE, esto es, entre 2014 y 2016 (Fernández Bessa y Brandariz-García, 2018: 321). En aquellos años las entradas se produjeron principalmente a través de Grecia e Italia. Por su parte, en España se mantuvieron relativamente estables las cifras con relación a años anteriores. Fueron las reacciones griegas e italianas a la “crisis” las que posteriormente repercutieron

³⁶⁷ El País, 2.3.2022, “Unas 2.500 personas intentan acceder a Melilla en un salto a la valla”, disponible en: <https://elpais.com/espana/2022-03-02/unas-2000-personas-intentan-acceder-a-melilla-en-un-salto-masivo-a-la-valla.html>

³⁶⁸ El País, 24.6.2022, “18 migrantes muertos y 63 heridos en una avalancha al intentar entrar en Melilla”, disponible en: https://elpais.com/espana/2022-06-24/varios-muertos-y-heridos-en-una-avalancha-al-intentar-entrar-en-melilla.html#?rel=mas_sumario; El País, 26.6.2022, “Los testigos del asalto a la valla de Melilla: “Todo era sangre, piel desgarrada, pies rotos, manos rotas...”, disponible en: <https://elpais.com/espana/2022-06-26/los-testigos-del-asalto-a-la-valla-de-melilla-todo-era-sangre.html>

³⁶⁹ “Están tomando rutas imposibles” fue la declaración de la representante en España del ACNUR, Sophie Muller, al observar el incremento del número de llegadas al archipiélago canario en 2020 (AP News, 02/09/2020, “La ruta migrante a Europa se ve empujada hacia el Atlántico”, disponible en: <https://apnews.com/article/9cb3d6784678a1e8ba4b5049aaefa273>).

de alguna manera en las fronteras españolas. En este sentido, las políticas y medidas de control migratorio desplegadas entre 2015 y 2017, por parte de la UE, Italia y Grecia en las áreas del mar Mediterráneo central y oriental, produjeron el desplazamiento de las rutas migratorias hacia la región occidental. Como consecuencia, a partir de entonces España empezó a registrar un aumento de llegadas a través del mar a las costas del sur de la península y por tierra a los enclaves de Ceuta y Melilla. En comparación con años anteriores, las llegadas al territorio español se duplicaron en 2017 y 2018, experimentando un incremento sucesivo de más de 50%³⁷⁰.

Año	W.A.R.	W.M.R.	C.M.R.	E.M.R.	W.B.R.	E.B.R.
2011	340	8448	64261	57025	4658	1049
2012	170	6397	15153	37224	6291	1597
2013	250	6838	45298	24799	19957	1329
2014	276	7183	170665	50834	43355	1275
2015	874	7004	153946	885386	764033	1920
2016	671	9990	181459	182277	130325	1384
2017	421	23063	119385	42319	12179	872
2018	1323	56245	24800	56561	5869	1084
2019	2718	23969	14874	83333	15152	722
2020	23029	17228	36435	20280	26969	677
2021	22504	18466	68315	20567	61735	8184

W.A.R.: *Western African Route* (Senegal, Gambia, Mauritania, Marruecos y región de Sahara Occidental hacia las Islas Canarias)

W.M.R.: *Western Mediterranean Route* (Marruecos y Argelia hacia España)

C.M.R.: *Central Mediterranean Route* (Norte de África hacia Italia)

E.M.R.: *Eastern Mediterranean Route* (Grecia y Chipre)

W.B.R.: *Western Balkan Route*

E.B.R.: *Eastern Borders Route* (Fronteras entre Bielorrusia, Moldavia, Ucrania y Rusia con los Estados miembros de Estonia, Finlandia, Hungría, Latvia, Lituania, Noruega, Polonia, Eslovaquia y Rumania)

Tabla 9. Llegadas irregulares por rutas migratorias a través del mar Mediterráneo, África occidental, Balcanes y países de Europa del este. Elaboración propia. Fuente: Frontex. Migratory Routes, disponible en: <https://frontex.europa.eu/we-know/migratory-map/>

³⁷⁰ Véase datos de Ministerio del Interior en Informes quincenales, Inmigración irregular 2018 y 2019, disponibles en: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/>

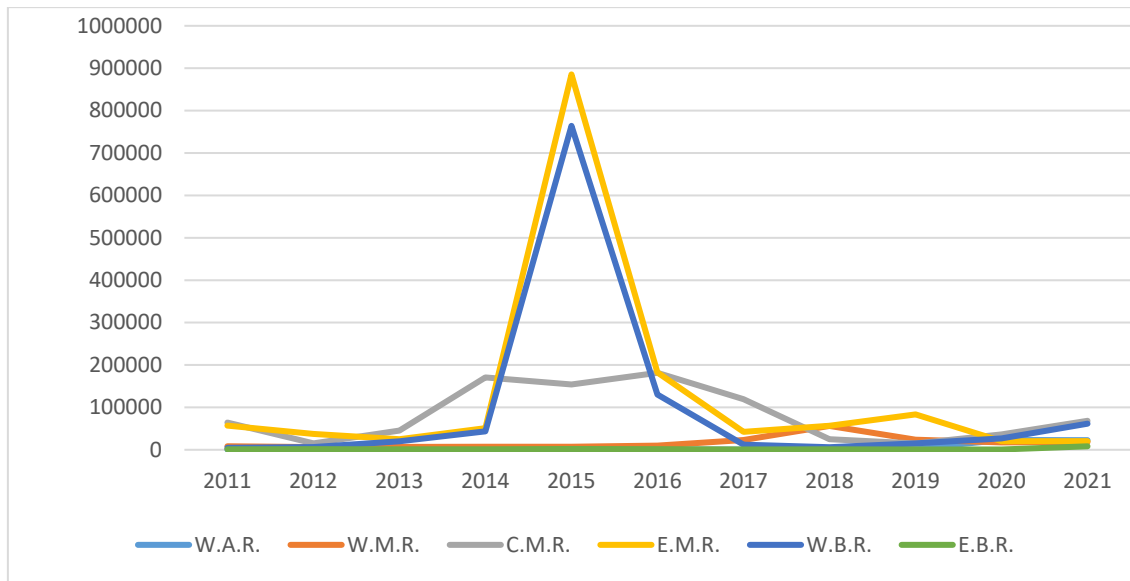


Figura 2. Llegadas irregulares por rutas migratorias a través del mar Mediterráneo, África occidental, Balcanes y países de Europa del este. Elaboración propia. Fuente: Frontex. Migratory Routes, disponible en: <https://frontex.europa.eu/we-know/migratory-map/>

Estas cifras se mantuvieron en 2018, un año marcado por la política italiana de cierre de puertos. Aquel año las fronteras españolas sobre el mar Mediterráneo se convirtieron en el principal lugar de entrada a Europa (UNHCR, 2019). En concreto, en 2018 las llegadas de pateras por el mar Mediterráneo alcanzaron la cifra récord de casi 57.500 desembarcos. También se multiplicaron los incidentes y las muertes ocurridas en el curso de las rutas marítimas hacia España. El aumento del número de incidentes se refleja al comparar las estadísticas anuales de las operaciones de búsqueda y rescate desarrolladas por la agencia española Salvamento Marítimo. Las operaciones se duplicaron en 2018 en comparación con los dos años anteriores. En 2019 se observa una reducción del número de operaciones, cuya causa probablemente no es consecuencia de una disminución del número de embarcaciones migrantes en el mar sino de la política implementada en aquel año de limitar la zona de actividad de Salvamento Marítimo, evitar su intervención proactiva y atribuir responsabilidad a las autoridades marroquíes cuando los incidentes ocurran en espacios marítimos sometidos a su competencia. Esta política fue implementada siguiendo el plan del Gobierno español de reducir un 50% las llegadas irregulares, que se explica a continuación. Sin embargo, la ineficacia de la estrategia queda en evidencia al observar que el número de operaciones de búsqueda y rescate se mantuvo constante en 2020, a pesar de las estrictas restricciones a la movilidad y el cierre de fronteras motivados por la irrupción de la pandemia de Covid-19.

Búsqueda y rescate de Salvamento Marítimo	
Año	Número de operaciones
2017	36.172
2018	71.861
2019	44.847
2020	45.492

Tabla 10. Operaciones de búsqueda y rescate realizadas por Salvamento Marítimo entre 2017 y 2020. Elaboración propia a partir de los informes de Salvamento Marítimo, disponibles en: <http://www.salvamentomaritimo.es/sala-de-comunicacion/informe-anual>

Ante el cierre de los puertos italianos decretado por el entonces Ministro del Interior de Italia, Mario Salvini, en julio de 2018 la reacción del gobierno español (en aquel momento, recientemente electo) fue la apertura del puerto de Valencia para desembarcar a 630 personas de 31 nacionalidades rescatadas por el barco de salvamento Aquarius de la ONG Médicos sin Fronteras, tras una extensa pugna entre Italia y Malta buscando llamar la atención de las instituciones de la UE y los demás Estados miembros sobre las deficiencias del SECA y la distribución de cargas en materia de asilo³⁷¹. En ese contexto, el Estado español autorizó el desembarco en sus puertos como acto de solidaridad hacia el resto de Estados y de humanidad hacia las personas rescatadas. Sin embargo, las muestras de generosidad y acogida viraron pronto de dirección ante el aumento de llegadas a España.

Las respuestas del Estado, con el apoyo de la UE, se dirigieron una vez más al refuerzo de las fronteras exteriores como método de prevención de arribos. Este objetivo quedó en evidencia a través de una mayor apuesta por la externalización del control migratorio hacia terceros países, principalmente hacia Marruecos, y en la reducción del espacio geográfico en que Salvamento Marítimo Humanitario realiza las operaciones de búsqueda y rescate. Ahora bien, el traslado del control migratorio y fronterizo hacia terceros países no es reciente en España. Como se analizó anteriormente, desde inicios del siglo XXI, las políticas de externalización se han enfocado en los Estados africanos de origen y tránsito, principalmente Marruecos, Mauritania y Senegal. El incremento de las llegadas en 2018 condujo a presionar nuevamente esta vía.

³⁷¹ El País, 12.06.2018, “España se ofrece a acoger al barco ‘Aquarius’ en Valencia por razones humanitarias”, disponible en: https://elpais.com/ccaa/2018/06/11/catalunya/1528714656_208328.html

En concreto, en el año 2018 España registró la mayor cantidad de llegadas de migrantes por vía marítima en comparación con el resto de Estados miembros. La cifra de migrantes marítimos ascendió a 57.498 (en 2.109 embarcaciones)³⁷². El incremento de llegadas puede considerarse un efecto de las políticas de control migratorio implementadas en Grecia e Italia tras la crisis de refugiados de 2015, que provocaron el desplazamiento de las rutas migratorias marítimas hacia el territorio español. El reforzamiento de la vigilancia fronteriza en todas las áreas del Mediterráneo, sumado al endurecimiento del control en los países de tránsito como consecuencia de la externalización en Turquía, Libia y Marruecos, trajeron como resultado el repunte de llegadas al territorio español, en un primer momento a las costas andaluzas (en concreto, en las provincias de Cádiz, Granada y Málaga) y posteriormente al archipiélago canario.

Ante el incremento de las embarcaciones en aguas españolas, en junio de 2018 el Gobierno español creó una Comisión Delegada de Asuntos Migratorios³⁷³, integrada por los Ministerios de Interior, Exteriores, Trabajo y Fomento, que estuvo en funciones hasta 2020. La Comisión Delegada se planteó como objetivo reducir las llegadas irregulares en un 50%³⁷⁴. Esta política se expresó en la externalización mediante la cooperación con terceros países, especialmente para la vigilancia marítima de los espacios marítimos bajo soberanía de los países de tránsito³⁷⁵; la reducción del alcance espacial de las operaciones de búsqueda y rescate de Salvamento Marítimo³⁷⁶; y la detención y devolución de las personas que llegaran a suelo español. Como balance anual de 2019³⁷⁷, las llegadas

³⁷² Datos de Ministerio del Interior, Informe quincenal, Inmigración irregular 2019, disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/11261647/informe_quincenal_acumulado_01-01_al_31-12-2019.pdf/97f0020d-9230-48b0-83a6-07b2062b424f

³⁷³ Real Decreto 694/2018, de 29 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno. BOE núm. 160, de 3 de julio de 2018, págs. 66358 a 66360.

³⁷⁴ El País, 30/01/2019, “El Gobierno traza un plan para reducir un 50% la migración irregular”. Disponible en: https://elpais.com/politica/2019/01/29/actualidad/1548793337_525330.html

³⁷⁵ En 2019, la UE destinó 140 millones de euros a Marruecos con el objetivo de reforzar su control migratorio (El Mundo, 12/08/2019, “Marruecos controla las pateras tras un sinfín de favores de España”, disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2019/08/12/5d5059cfd5d5ff22768b4640.html>). El presupuesto está dirigido a la compra de equipamiento técnico como vehículos, drones, escáneres, lectores de huellas dactilares y radares (El País, 07/09/2019, “Drones y 750 vehículos para vigilar las rutas de la Península”, disponible en: https://elpais.com/politica/2019/07/07/actualidad/1562512860_676683.html).

³⁷⁶ El País, 30/01/2019, “El Gobierno traza un plan para reducir un 50% la migración irregular”. Disponible en: https://elpais.com/politica/2019/01/29/actualidad/1548793337_525330.html

³⁷⁷ Ministerio del Interior, Informe quincenal sobre inmigración irregular - Datos acumulados del 1 de enero al 31 de diciembre de 2019. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2019>

marítimas a las costas de la península y las islas Baleares se redujeron un 54,5%, alcanzando la cifra de 26.168 (en 1.192 embarcaciones). No obstante, las llegadas al archipiélago canario, lejos de disminuir, se duplicaron: de 1.307 (en 69 embarcaciones) en 2018 a 2.698 (en 133 embarcaciones) en 2019³⁷⁸.

En 2019 las llegadas al territorio continental español disminuyeron un 50% en comparación con el año anterior. No obstante, como quedó señalado previamente, la presión en las rutas migratorias hacia España fluctúa en función de las políticas migratorias que se aplican de forma volátil. La acentuación del control en determinado momento y lugar de acceso produce el desplazamiento de las rutas hacia otro, como demuestran las dinámicas migratorias entre el Estrecho de Gibraltar, Ceuta, Melilla y el archipiélago canario. Así, por ejemplo, en 2019 el énfasis de la cooperación de Marruecos en el control migratorio en las zonas del norte marroquí provocó la bajada de entradas a la península y un correlativo ascenso de las llegadas a las islas Canarias, que aumentaron un 100% a pesar de la extrema peligrosidad de la ruta atlántica³⁷⁹.

La eficacia de las políticas desplegadas por la Comisión Delegada de Asuntos Migratorios en las costas de la península fue efímera, según los datos sobre inmigración irregular del Ministerio del Interior³⁸⁰. En 2020 y 2021 las llegadas irregulares al territorio español incrementaron nuevamente, prácticamente en su totalidad por vía marítima (96%). En 2020 se produjeron 40.385 entradas por mar (en 2.194 embarcaciones), y en 2021 el número se mantuvo en 40.100 (en 2.149 embarcaciones).

³⁷⁸ Ibid.

³⁷⁹ Ibid: número de migrantes llegados a Canarias por vía marítima: 1.307 en 2018, 2.698 en 2019.

³⁸⁰ Ministerio del Interior, Informe quincenal sobre inmigración irregular - Datos acumulados del 1 de enero al 31 de diciembre de 2021. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2021>

Llegadas irregulares	2017	2018	2019	2020	2021
Total	27.834	64.298	32.513	42.097	41.945
Por vía marítima	21.971	57.498	26.168	40.385	40.100
Por vía marítima a Canarias	425	1.307	2.698	23.271	22.316
A la península y Baleares por vía marítima	20.611	54.703	21.958	16.560	17.341
A Ceuta por vía marítima	257	570	606	503	404
A Melilla por vía marítima	678	918	906	51	39
A Ceuta y Melilla por vía terrestre	5.863	6.800	6.345	1.712	1.845*
A Ceuta por vía terrestre	2.000	1.979	1.361	289	753*
A Melilla por vía terrestre	3.863	4.821	4.984	1.423	1.092
* No recoge el número de entradas en Ceuta de los días 17 y 18 de mayo de 2021.					

Tabla 11. Llegadas irregulares a las fronteras españolas entre 2017 y 2021. Elaboración propia a partir de los datos publicados por el Ministerio del Interior en los informes quincenales sobre inmigración irregular, de los años 2018 a 2021, disponibles en: <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2021>

A partir de marzo de 2020, la irrupción de la pandemia y la declaración de emergencia sanitaria motivó el cierre de las fronteras españolas, incluidos los puestos terrestres de Ceuta y Melilla. Ello propició nuevamente el desvío de esta ruta hacia el archipiélago canario. En 2020, el aumento de las llegadas a Canarias fue exponencial, aun estando vigentes las restrictivas medidas de movilidad humana y el cierre de fronteras motivadas por la pandemia. A pesar de las estrictas restricciones de la primera época de pandemia, España fue uno de los principales lugares de acceso de las rutas marítimas hacia la UE, junto con Italia y Grecia, registrando 40.326 llegadas irregulares, esto es el 48% del total de arribos en tales condiciones (84.167) (CEAR, 2021)³⁸¹. Aun en ese contexto, Marruecos habría impedido la salida de aproximadamente 10.000 personas (Sanderson, 2022).

En 2020 se produjeron 21.660 llegadas (en 715 embarcaciones) al archipiélago canario, y en 2021 el número se mantuvo en 20.752 (en 512 embarcaciones). Las miles de pateras y cayucos salieron en su mayoría de las costas de Marruecos y del Sahara occidental (72%), de Mauritania (23,5%), y en menor medida de Senegal y Gambia

³⁸¹ Italia: 34.154 (41%); Grecia: 9.687 (11%).

(23,5%)³⁸². Los arribos tuvieron lugar principalmente en las islas de Gran Canaria, Fuerteventura, Lanzarote y Tenerife, y en menor medida en El Hierro y en La Gomera. Las principales nacionalidades de migrantes fueron Marruecos, Malí, Costa de Marfil, Guinea y Senegal, y en menor medida Gambia, Guinea Bissau y Camerún.

Frente a este panorama, el número de incidentes y muertes en el océano se elevó exponencialmente al igual que el número de llegadas. No obstante, de acuerdo al mencionado plan de la Comisión Delegada de Asuntos Migratorios, la política consistió en reducir el alcance geográfico de las operaciones de búsqueda y rescate de Salvamento Marítimo. Según datos de la ONG Caminando Fronteras (2021), actualmente la prestación de los servicios de Salvamento Marítimo se realiza hasta el límite del paralelo 35° 50', es decir, hasta la línea que distribuye las competencias de Marruecos y España. Cuando la agencia española toma conocimiento de incidentes ocurridos más allá de esa línea, se abstiene de actuar. Sin embargo, de conformidad al acuerdo de control migratorio, Marruecos está habilitado a cruzar esa línea para desarrollar operaciones de control migratorio (Caminando Fronteras, 2021: 11). En otras palabras, sobre el paralelo se asienta la prioridad española de evitar llegadas por encima de la posibilidad de salvar vidas.

El año 2021 ha sido el más letal en el conjunto de rutas migratorias marítimas hacia la UE. Incluso, el número de muertes y desapariciones en la ruta atlántica hacia Canarias en 2021 supera el total de aquellas producidas en todas las áreas del mar Mediterráneo, según datos de Missing Migrants Project³⁸³. Siguiendo los datos de Caminando Fronteras (2021: 4-5), un total de 4.404 muertes han tenido lugar en su curso durante 2021, lo que representa una cifra récord desde el año en el que esta ONG lleva el registro de muertes y desapariciones de migrantes en el mar hacia España. La gran mayoría de esas muertes tuvieron lugar en el trayecto hacia las islas Canarias, con un total de 4.016. En aquel año, los trayectos marítimos que conducen hacia España se convirtieron en la segunda ruta más mortífera de Europa, sólo por debajo de Italia. Más aún, al comparar el número de muertes con el número de llegadas a cada país, se advierte

³⁸² Datos de El País, 03/12/2021, "Crisis migratoria. Canarias: un año después". Disponible en: <https://elpais.com/espana/2021-12-03/canarias-la-crisis-migratoria-un-ano-despues.html>

³⁸³ Según los datos de Missing Migrants Project (disponibles en <https://missingmigrants.iom.int>), en 2021 la ruta atlántica hacia Canarias registró un total de 2.809 muertes y desapariciones, y las diferentes rutas mediterráneas registraron un total de 2.048.

que la ratio de muertes en las rutas hacia España es mayor que aquellas que conducen a Italia. Entre enero y septiembre de 2021, las rutas hacia Italia registraron 1.118 muertes y 43.000 desembarcos (1 muerte por cada 40 llegadas), mientras que las rutas hacia España registraron 1.025 muertos y 24.000 llegadas (1 muerte por cada 23 llegadas)³⁸⁴.

IV. CONCLUSIONES

En términos históricos, la forja de España como un lugar de inmigración es relativamente reciente. Hace aproximadamente tres décadas, las fronteras españolas dejaron de ser puertas de salida de emigrantes para convertirse en lugares de entrada de personas extranjeras. La ubicación geográfica del Estado español, con unas de las más extensas fronteras exteriores en el sur de la UE, han hecho que desde la década de 1990 España sea un país de inmigración, tanto de destino como de tránsito. Además, como una característica especialmente distintiva, la ubicación de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla posicionan a España como un lugar clave para el tránsito de las rutas africanas hacia Europa. Ambas ciudades autónomas representan las únicas fronteras terrestres de la UE en el continente africano, que se suman a las fronteras marítimas del archipiélago canario, de tal modo que el diseño de la política y el marco jurídico de estas zonas fronterizas resulta particularmente sensible.

La consolidación de España como lugar de migración se ha producido de manera simultánea a su incorporación a la CE y al Espacio Schengen. Como consecuencia, la política española en materia de fronteras, migración y asilo se ha perfilado en función de los intereses comunitarios y siguiendo los marcos de actuación fijados por las instituciones europeas. Asimismo, la concomitancia temporal del desarrollo de las políticas españolas y de la UE en materia de migración, asilo y frontera han hecho que las fronteras españolas funcionen como laboratorio de la deconstrucción de las fronteras europeas y la serie de procesos que ello ha desencadenado. Desde la década de 1990, España ha sido uno de los Estados miembros pioneros en la instauración de sistemas de seguridad y vigilancia fronteriza, en el despliegue de cuerpos militares para el control de la migración irregular, y en la celebración de acuerdos de control migratorio con países

³⁸⁴ El País, “España una ruta migratoria mortal”, 28/09/2021, disponible en: <https://elpais.com/espana/2021-09-28/espana-una-ruta-migratoria-mortal.html>

vecinos. Hoy tales medidas, en cuanto bases de los procesos de securitización, militarización y externalización, se replican y son un denominador común en el conjunto de Estados del sur de la UE.

Desde la incorporación de España a la CE y al Espacio Schengen, la realidad migratoria de las fronteras españolas ha sido una pieza clave en el debate y el diseño de la política común. En el marco europeo, la abolición de los controles en las fronteras interiores y el reforzamiento del control exterior colocan sobre España una importante carga de responsabilidad para el mantenimiento del régimen de libre circulación. Ceuta y Melilla son lugares paradigmáticos en este sentido y las vallas en ambas ciudades son el ejemplo más material y a la vez simbólico. El proceso de adhesión del Estado español al Espacio Schengen fue acompañado de una Declaración específicamente referida a Ceuta y Melilla, que introduce una excepción en el régimen europeo de libre circulación por fronteras interiores. La salida de los territorios de Ceuta y Melilla se acompaña en todo caso, con independencia del lugar de destino, de un control fronterizo. De este modo, la incorporación a la CE y a la zona de libre circulación significó para España la implementación de un conjunto de dispositivos de control que modificaron su realidad migratoria y las relaciones con terceros países en materia de extranjería, como en el caso de Marruecos.

El cambio se evidenció también en la primera ley española de extranjería. En 1985, cuando aún los movimientos migratorios no eran especialmente notorios en el contexto español, la ley de extranjería ya señalaba la necesidad de regular la migración por sus implicaciones en materia de seguridad y de orden público, a pesar de que ello no se reflejaba ni en la realidad de las fronteras ni era una preocupación ciudadana. A partir de entonces, frente al aumento en el número de llegadas de migrantes por vías irregulares, las medidas españolas de control fronterizo y migratorio se han implementado generalmente de manera reactiva, en función de cada lugar fronterizo y de la variación en los movimientos. A su vez, los movimientos han fluctuado de un punto a otro según las medidas temporalmente puestas en práctica en cada uno de ellos.

La situación migratoria en las fronteras españolas da cuenta de que el incremento de las restricciones eleva los riesgos en las rutas migratorias. Ello permite sostener que la pretensión de bloqueo fronterizo suele provocar crisis humanitarias en contextos de migración. En este sentido, España ha sido de los primeros países europeos en la

recepción de movimientos masivos, y en sus costas apareció el primer muerto por naufragio en aguas del Mediterráneo. Ante ello, el Estado español recurrió a la colaboración de Marruecos en la contención de los movimientos hacia Ceuta, Melilla y las aguas del Estrecho, e implementó inicialmente el SIVE en las costas andaluzas para el control de los movimientos mediante radares. Las rutas migratorias se desplazaron entonces hacia el océano Atlántico con dirección al archipiélago canario. En 2006 arribaron a Canarias más de 30.000 personas, dando lugar a la llamada “crisis de los cayucos” que impulsó la primera operación conjunta de Frontex.

Esta situación se ha replicado posteriormente a lo largo de todas las áreas del Mediterráneo, especialmente a partir de la llamada “crisis de refugiados” en 2015, tras el aumento exponencial de llegadas por vía marítima a los Estados del sur de la UE, principalmente Italia y Grecia. Ante ello, los Estados ribereños y las instituciones europeas han respondido con las recetas españolas: securitización, militarización y externalización. La fluctuación de los movimientos por uno u otro Estado se ha desarrollado en función de las políticas igualmente reactivas del resto de países. La simbiosis de las políticas de los diferentes Estados mediterráneos genera una relación de causalidad sobre la deriva de las rutas migratorias.

En aquel momento, el elevado número de llegadas obedeció principalmente a los desplazamientos provocados por la guerra en Siria y la desestabilización política de otros países tras la Primavera árabe. De tal modo, la “crisis” activó los sistemas de asilo de Grecia e Italia, que, al igual que en otros países del sur, se encontraban escasamente desarrollados o al menos no estaban en condiciones de responder al elevado número de solicitudes de protección. La reacción consistió entonces en el cierre de puertos a los migrantes rescatados en aguas del Mediterráneo, la retención y detención en hotspots, la externalización del control mediante acuerdos con terceros Estados vecinos y el reforzamiento del control fronterizo con miras a la prevención de las llegadas. Como consecuencia de este conjunto de políticas implementadas por Grecia, Italia y la UE, a partir de 2017 las rutas migratorias cambiaron su dirección hacia España, buscando entrar a través de Ceuta y Melilla, el Mediterráneo occidental y el océano Atlántico. España se vio entonces afectada por la “crisis”.

Incluso en 2020, durante el cierre de fronteras a nivel global por la pandemia, los movimientos migratorios continuaron su curso hacia el territorio español y alcanzaron

cifras notoriamente elevadas en comparación con años anteriores. La intensificación del control en el norte de Marruecos y en las costas andaluzas, aunado al bloqueo de los puestos fronterizos en Ceuta y Melilla, condujeron nuevamente hacia las islas Canarias. En 2021, España se posicionó como el segundo lugar de entrada de migrantes por vía marítima irregular, después de Italia, y en la primera ruta más mortífera a nivel global. La mayoría de las llegadas se produjeron por Canarias, cuyas rutas a través del océano Atlántico presentan aún mayores riesgos que las aguas del Mediterráneo. A la mayor peligrosidad se añade la ausencia de embarcaciones privadas de rescate, como las de ONGs. En aguas atlánticas el rescate es tarea prácticamente exclusiva de la agencia española Salvamento Marítimo. Como una estrategia de reducción de los movimientos, por política gubernamental, el radio de actuación de la agencia se limita a aguas españolas. Las operaciones de búsqueda y salvamento alcanzan hasta el paralelo que sirve de límite marítimo entre España y Marruecos. Más allá de las aguas bajo soberanía española, la tarea se confía a las autoridades marroquíes. Sobre el paralelo se asienta la prioridad española de evitar llegadas por encima de la posibilidad de salvar vidas.

En general, esa es la lógica que gobierna toda política de externalización. La responsabilidad se delega a efectos del control y en desmedro de la protección. El objetivo consiste en contener a los migrantes fuera y desincentivar las salidas y el tránsito con motivo de los riesgos que implican las rutas irregulares. El control migratorio de los Estados de destino se exporta hacia los terceros países de salida y tránsito e, incluso, se agudizan sus consecuencias. Ello se evidencia claramente en el caso de las políticas de España con países africanos como Marruecos y Mauritania. Como se analiza más adelante, el sistema jurídico español no prevé la entrada y permanencia irregular como delitos, sino que las contempla como infracciones administrativas. Ello permite decir que en España no existe un proceso de criminalización formal. Sin embargo, Marruecos prevé un régimen jurídico penal especialmente represivo en materia de migración y emigración irregular, que resulta funcional y que está promovido por el interés de España en que el país alauita funcione como contenedor de migrantes. Asimismo, el Estado español ha exportado y financiado mecanismos de privación de libertad, como en el caso del centro de detención en Mauritania, llamado informalmente “Guantanamo” debido a sus condiciones de “acogida”.

En suma, las fronteras españolas han sido precursoras de los procesos de externalización y militarización en la UE. En sus confines las políticas de inmovilidad y

el levantamiento de vallas se han erigido desde los primeros años de la forja de España como un país de inmigración. Estos procesos toman como base las lógicas de securitización que retroalimentan el circuito. Ello se evidencia posteriormente en la instrumentalización de la migración que realizan los terceros países en quienes se delega el control y la contención. Al respecto, países como Marruecos utilizan la migración como un “arma” porque los Estados europeos de destino la consideran un peligro. Desde esta perspectiva, el juego político entre España y Marruecos en las fronteras terrestres y marítimas es una muestra adicional del proceso de securitización. Como se analiza en el siguiente capítulo, una vez que los migrantes arriban a las fronteras españolas, la securitización activa mecanismos propios del poder penal, tendentes a la inmovilidad y la contención, con el fin de clasificar entre migrantes irregulares y solicitantes de asilo. En ambos casos la inmovilidad se mantiene como regla. Las normas de la gestión de la migración irregular permean en el sistema de asilo, cuyo funcionamiento parece indicar que los solicitantes de asilo son primero migrantes irregulares. El objetivo formal consiste en la eventual expulsión de aquellos sin derecho de entrada, permanencia o protección. En última instancia, la imposibilidad fáctica de ejecutar las expulsiones convierte a los mecanismos de detención en dispositivos de irregularización.

CAPÍTULO 8. INMOVILIDAD Y EXPULSIÓN COMO MECANISMOS DE
CRIMINALIZACIÓN EN ESPAÑA

I. INTRODUCCIÓN: LA CRIMINALIZACIÓN TRAS EL CAMUFLAJE ADMINISTRATIVO DEL CONTROL

El ordenamiento jurídico de extranjería en España tiene naturaleza administrativa, esto es que se encuentra regido por las normas del derecho administrativo y se fundamenta en la potestad administrativa del Estado. Las infracciones de este ordenamiento jurídico siguen, en consecuencia, la misma naturaleza y no configuran ilícitos de tipo penal. Así, la entrada irregular o la permanencia en el territorio sin la documentación o autorización correspondiente no configuran hechos delictivos sino infracciones administrativas. Sólo determinadas conductas son calificadas en el Código Penal español³⁸⁵ como delitos contra los inmigrantes, pero en los que la persona extranjera no es necesariamente el sujeto activo. Tales delitos consisten en acciones de facilitación de la migración irregular (art. 318 bis)³⁸⁶ o en la contratación reiterada de extranjeros sin permiso de trabajo (art. 311 bis)³⁸⁷.

De este modo, el marco jurídico español no contempla un delito que criminalice formal y directamente el hecho de la migración irregular. Por el contrario, las condiciones de entrada y permanencia, así como las relativas a su incumplimiento, se encuentran reguladas por normas de derecho administrativo y, más específicamente, por el derecho de extranjería. Sin embargo, la normativa administrativa habilita la implementación de mecanismos que tradicionalmente han sido implementados como herramientas de control penal. La medida por excelencia en este sentido es la detención administrativa en centros de internamiento de personas extranjeras. Como explican Brandariz García y Fernández Bessa (2017: 121), “la severidad y los efectos de medidas como el internamiento o la expulsión, de las más graves que pueden imponerse en un ordenamiento jurídico actual, evidencia que su naturaleza es materialmente penal”. Tales medidas, implementadas a

³⁸⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

³⁸⁶ Código Penal, Título XV bis “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

³⁸⁷ Código Penal, Título XV “Delitos contra los derechos de los trabajadores”.

través de diversos mecanismos y contempladas como respuesta a diferentes situaciones de infracción de la normativa de extranjería, consisten principalmente en la restricción o privación del derecho a la libertad de circulación con miras a la exclusión del territorio.

En este capítulo se indaga sobre los mecanismos que prevé el ordenamiento jurídico español para garantizar el cumplimiento de las condiciones de entrada y de permanencia en el territorio por parte de personas extranjeras. El estudio se centra en aquellos mecanismos que se implementan en los espacios de fronteras exteriores. El objetivo es determinar si, a pesar de la naturaleza jurídico administrativa de tales mecanismos, sus efectos pueden equipararse a los propios de mecanismos de naturaleza tradicionalmente penal. Siguiendo la teoría expuesta sobre los diferentes tipos de procesos de criminalización, ello vendrá determinado por los efectos que irradian las medidas en el ejercicio de los derechos, en particular en la libertad de circulación y residencia, y por el nivel y la calidad de las garantías que se reconocen en los procedimientos de privación o restricción de libertad.

En particular, el capítulo analiza las diferentes medidas previstas en el ordenamiento jurídico para expulsar a los migrantes irregulares del territorio y, en especial, de las fronteras españolas. Se trata de medidas basadas en la inmovilidad, es decir, en la privación o restricción al derecho a la libertad ambulatoria y de circulación, expresadas mediante la figura del “internamiento”. Éstas recogen mecanismos de control migratorio a través de dispositivos tradicionalmente penales, que en el proceso de criminalización de las migraciones suelen tener lugar sin el reconocimiento de las garantías requeridas. Al respecto, las medidas de denegación de entrada, devolución y expulsión representan la respuesta última del Estado en su relación con la persona migrante, ya que se dirigen a la exclusión de esta última del territorio, de manera similar a lo que sucede con la medida de prisión en el sistema penal y la exclusión del ámbito social.

II. LOS MECANISMOS DE DEVOLUCIÓN Y EXPULSIÓN CONFORME A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española (CE) reconoce que los extranjeros gozan de los derechos fundamentales contenidos en el Título I “en los términos que establezcan los tratados y

las leyes” (art. 13.1). Esta aserción ha sido interpretada por el TC como la concesión al legislador nacional de un amplio margen de libertad para reglamentar los derechos y libertades de las personas extranjeras³⁸⁸. La interpretación constitucional se fundamenta en una distinción según la cual los derechos pueden ser divididos en tres grupos: un conjunto de derechos inherentes a la dignidad humana que queda fuera del margen de apreciación y que corresponde a toda persona con independencia de su nacionalidad; los derechos políticos que, por regla general, sólo corresponden a los españoles; y un tercer grupo de derechos sobre los que es admisible la diferencia de trato y que corresponden o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las leyes.

Como regla general, los extranjeros no cuentan con un derecho a la libertad de circulación en las fronteras. Siguiendo las reglas del Código de fronteras Schengen, el ordenamiento español regula las condiciones que debe reunir una persona extranjera para ingresar al territorio español. Este marco jurídico se encuentra contenido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx)³⁸⁹, y en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, RLOEx)³⁹⁰. En principio, toda persona extranjera necesita contar con un visado de entrada, salvo cuando los convenios internacionales suscritos por España o la normativa de la UE dispongan lo contrario. El cruce debe tener lugar por un puerto fronterizo habilitado, con documento de viaje o pasaporte válido, presentando los documentos que acrediten el objeto y condiciones de la estancia, y una cantidad mínima de medios económicos para el tiempo de permanencia. Como excepción a ese principio

³⁸⁸ STC 236/2007, de 27 de noviembre, FJ 4: “debemos afirmar que el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

³⁸⁹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social («BOE» núm. 10, de 12/01/2000).

³⁹⁰ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 («BOE» núm. 103, de 30/04/2011).

general, las condiciones mencionadas no se exigen a aquellas personas que soliciten asilo en el momento de su entrada. Asimismo, la legislación contempla la exención de los requisitos de entrada cuando existen otras razones excepcionales de índole humanitaria, de interés público o por cumplimiento de compromisos adquiridos por el Estado³⁹¹. En cualquier caso, una vez en el territorio, la persona extranjera debe conservar la situación de permanencia regular, mediante la adquisición y el mantenimiento de un permiso de residencia.

En caso de incumplirse las condiciones de entrada o permanencia en el territorio, se activan tres procedimientos administrativos diferentes dirigidos a la exclusión del territorio: la *denegación de entrada* y el regreso al punto de origen, al momento del cruce de fronteras y cuando no se cumplan los requisitos fijados (LOEx, arts. 26.2, 60.1); la *expulsión* de quien ya se encuentre irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o carecer o tener caducada la autorización de residencia (LOEx, art. 57.1, RLOEx, art. 242-248); la *devolución* de quienes habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada (LOEx, art. 58.3.a) o de quienes pretendan entrar ilegalmente (LOEx, art. 58.3.b) o quienes sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones (RLOEx, art. 23.1)³⁹².

Las tres medidas tienen naturaleza administrativa atendiendo al procedimiento y a la autoridad de aplicación. En los casos de devolución y expulsión, el procedimiento administrativo se acompaña, por regla general, de un conjunto de garantías. En primer lugar, procede la apertura de un expediente de identificación individualizada, que será diferente según el tipo de medida. Además, se prevé la asistencia jurídica y de intérprete, la asistencia sanitaria cuando fuera necesaria, la posibilidad de solicitar protección internacional, y la resolución motivada del procedimiento por la Delegación o Subdelegación del Gobierno.

³⁹¹ Art. 25 LOEx; art. 4 RLOEx.

³⁹² La legislación española, a diferencia de otros sistemas nacionales, no delimita expresamente un perímetro fronterizo, sino que utiliza de manera ambigua el concepto de “inmediaciones” (Barbero, 2017: 23). Al respecto, el Tribunal Supremo anuló el art. 138.1.b del Reglamento de extranjería aprobado por el Real Decreto 864/2001 (derogado), que extendía la aplicación de la medida de devolución más allá de la frontera y sus inmediaciones, comprendiendo “el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta” (Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2003, «BOE» núm. 117, de 16 de mayo de 2003, pp. 18869 a 18869). De acuerdo con la citada sentencia, se trata de un concepto “sin contenido jurídico propio que, estima la Sala no hace referencia ni al espacio aéreo ni a las aguas interiores al mar territorial adyacente a las costas, delimitado como mar territorial, comprendiendo tan sólo el espacio de tierra firme del territorio nacional.”

Ahora bien, existe una diferencia significativa en la regulación de las medidas de denegación de entrada y devolución, por una parte, y de expulsión, por otra. Las primeras están contenidas en el Título I del RLOEx, relativo al régimen de entrada y salida del territorio español, mientras que el procedimiento de expulsión se regula en el Título XIX, relativo a las infracciones y al régimen sancionador. Ello determina la naturaleza jurídica de cada medida: simplemente administrativa en los casos de la denegación de entrada y la devolución, y sancionadora (administrativa) en el caso de la expulsión. Sin embargo, ambas medidas comparten tanto el objetivo (facilitar la salida obligatoria del país) como el mecanismo de aplicación (el internamiento en centros de extranjeros).

1. Denegación de entrada y devolución

El cruce irregular de las fronteras españolas no representa un ilícito que active la potestad punitiva del Estado. Conforme al ordenamiento jurídico interno, se trata simplemente del incumplimiento de los requisitos fijados por la normativa administrativa sobre el cruce de fronteras, por lo que las medidas no podrían tener naturaleza sancionadora. Así lo resolvió el Tribunal Constitucional al anular el inciso 7 del art. 58 LOEx que ordenaba que toda devolución debía llevar consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años³⁹³. El efecto añadido de la prohibición de entrada representaba una medida adicional de naturaleza sancionadora, incompatible con la naturaleza jurídica de la denegación de entrada y la devolución.

Según la interpretación del TC, la devolución es una decisión administrativa ante el incumplimiento de los requisitos legales para la entrada al territorio. A diferencia de la medida de expulsión, la orden de devolución actúa con anterioridad a la infracción y tiene como objetivo prevenir la infracción. Por tanto, siguiendo el razonamiento del Tribunal, la devolución “no supone el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino que se dicta como medida de restitución de la legalidad conculcada, expresada en el incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional (arts.

³⁹³ STC 17/2013, de 31 de enero («BOE» núm. 49, de 26 de febrero de 2013, páginas 99 a 141).

25 a 27 LOEx), carencia de requisitos que determina la salida obligatoria del territorio nacional en aplicación del mandato legal contenido en el art. 28.3 b) LOEx.”³⁹⁴.

La LOEx dispone que no es preciso la apertura de un expediente de devolución en los supuestos de entrada irregular³⁹⁵ o en contravención de una prohibición de entrada (LOEx, art. 58.3; RLOEx, art. 23). En este último supuesto, el Reglamento de Extranjería establece que “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución” (art. 23). El plazo máximo para hacer efectiva la devolución es de 72 horas. En caso de no producirse dentro de ese límite temporal, la autoridad administrativa (Subdelegación o Delegación del Gobierno) debe solicitar a la autoridad judicial (Juzgado de instrucción) la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión (RLOEx, art. 23.4). Según el lugar de entrada y el procedimiento a seguir, el internamiento se realiza en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), en los Centros de Atención Temporal de Extranjeros (CATE) o en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI), como se analiza más adelante.

El procedimiento de devolución debe ser suspendido cuando la persona extranjera presenta una solicitud de protección internacional. En tal supuesto, la devolución no puede ejecutarse hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición. Por otro lado, corresponde la suspensión cuando la orden se dicte en contra de una mujer embarazada y la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Ambos supuestos de suspensión de la devolución están contenidos en el art. 58.4 de la LOEx³⁹⁶. El RLOEx (art. 23.6) añade un tercer supuesto de suspensión en el caso de personas enfermas cuya devolución pueda suponer un riesgo a su salud. A todo ello

³⁹⁴ STC 17/2013, op. cit., FJ 12. En igual sentido, STC 172/2020, de 19 de noviembre («BOE» núm. 332, de 22 de diciembre de 2020, pp. 118585 a 118655), FJ 8.

³⁹⁵ El artículo 58.3 hace referencia a “los que pretendan entrar ilegalmente en el país”. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el término “país” hace referencia a un concepto «sin contenido jurídico propio que, estima la Sala no hace referencia ni al espacio aéreo ni a las aguas interiores al mar territorial adyacente a las costas, delimitado como mar territorial, comprendiendo tan sólo el espacio de tierra firme del territorio nacional» (STS de 20 de marzo de 2003, op. cit., fundamento de derecho decimocuarto).

³⁹⁶ La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria («BOE» núm. 263, de 31/10/2009) reconoce la suspensión de cualquier procedimiento de devolución, expulsión o extradición como un derecho del solicitante de protección (art.18.1.d).

debe añadirse lo dispuesto en la Directiva 2008/115 de retorno³⁹⁷ (art. 5), que contempla también la obligación de que antes de adoptar una decisión de retorno se valore el interés superior del niño en el caso de menores de edad, la preservación de la vida familiar, y el estado de salud de la persona.

Los dos pasos procesales reseñados, esto es, la identificación en comisaría y la paralización de la orden, distinguen al procedimiento ordinario de devolución del procedimiento extraordinario que rige en las fronteras de Ceuta y Melilla. La práctica habitual en estos territorios ha sido la devolución inmediata a Marruecos en el mismo momento de la interceptación en el cruce irregular, configurando de este modo un supuesto de “devolución en caliente” en ausencia de garantías procesales, como se analiza en el siguiente apartado.

2. “Devolución en caliente” en Ceuta y Melilla

Las reglas generales sobre devolución por entrada irregular presentan excepciones en los territorios de Ceuta y Melilla. A partir de 2015, el marco jurídico español “legalizó” una práctica habitual de la Guardia Civil en estos territorios fronterizos, donde hasta entonces las devoluciones operaban como vías *de facto*, dando lugar a las denominadas “devoluciones en caliente”. La Ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana³⁹⁸, “normalizó” la práctica como un mecanismo con cobertura legal en el ordenamiento interno.

La doctrina define la devolución en caliente como “la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, en concreto de la Guardia Civil, consistente en la entrega sumaria, por la vía de hecho a las autoridades marroquíes de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados en zona de soberanía española, es decir, la entrega sin seguir procedimiento alguno que garantice el ejercicio de los derechos reconocidos en la normativa nacional, comunitaria e internacional” (Martínez-Escamilla, 2017: 60), ya sea que la actuación tenga lugar sobre personas interceptadas al saltar las vallas, al acceder a Ceuta y Melilla por el mar o al alcanzar alguna de las islas bajo soberanía española frente a las costas de Marruecos.

³⁹⁷ Directiva 2008/115/CE, op. cit.

³⁹⁸ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadan, op. cit.

En línea con una práctica cada vez más extendida en las fronteras exteriores de la UE, las devoluciones en caliente han dejado de ser una anomalía en el espacio europeo (Amnistía Internacional, 2015: 11). Como dijimos, la Ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, dio cobertura legal a la práctica de las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla (Martínez-Escamilla y Sánchez-Tomás, 2019), recibiendo fuertes críticas desde organizaciones e instituciones por contravenir el Derecho internacional de derechos humanos³⁹⁹. Hasta entonces las devoluciones a Marruecos se practicaban como vías de facto, ya que no encontraban ninguna cobertura en el ordenamiento jurídico español, así como tampoco en los acuerdos celebrados con Marruecos. En particular, las devoluciones desde Ceuta y Melilla a Marruecos no podían justificarse en el Acuerdo hispano-marroquí de 1992 (Fernández Pérez, 2014: 11), ya que éste autoriza la readmisión de migrantes irregulares tras realizarse el correspondiente procedimiento administrativo de expulsión o devolución, sin contemplar las devoluciones como vías de hecho.

La mencionada Ley de protección de la seguridad ciudadana introdujo en la LOEx el régimen especial de las devoluciones en las fronteras de Ceuta y Melilla. A partir de entonces, la disposición adicional décima de la LOEx establece: “1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.”⁴⁰⁰. En el párrafo siguiente, la norma dispone que “el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.”

La cobertura legal de las devoluciones en caliente, o del “rechazo” en los términos de la Ley, tuvo lugar poco tiempo después de los hechos ocurridos el 6 de febrero de 2014 en la playa del Tarajal de la ciudad autónoma de Ceuta, que fueron reseñados más arriba. Con anterioridad a 2015, las devoluciones eran prácticas *de facto* habituales en los puestos

³⁹⁹ Council of Europe, 16/01/2015, “Spain: Legislation and practice on migration and asylum must adhere to human rights standards”, disponible en: <https://www.coe.int/be/web/commissioner/-/spain-legislation-and-practice-on-immigration-and-asylum-must-adhere-to-human-rights-standards>

⁴⁰⁰ Además de la vulneración del derecho a buscar asilo, la devolución en caliente coarta el derecho a un recurso efectivo ante la violación de derechos, según lo establecido en el art. 13 del CEDH. Además, las devoluciones en caliente impiden la protección de eventuales víctimas de redes de crimen organizado transfronterizo, que podrían colaborar con las autoridades españolas para su persecución.

fronterizos de Ceuta y de Melilla, previstas en normativa interna de la Guardia Civil⁴⁰¹, y ya habían sido objeto de enjuiciamiento en los tribunales españoles⁴⁰². El argumento de los sucesivos gobiernos consistía en la extraterritorialidad de los perímetros fronterizos, esto es que no formaban parte del territorio y, en consecuencia, no era posible atribuir responsabilidad al Estado. Así, el Protocolo operativo de vigilancia fronteriza de la Guardia Civil de 2014 precisaba el momento a partir del cual se consideraba que la persona había accedido al territorio español, y señalaba:

“Con dicho sistema de vallado, existe la necesidad objetiva de determinar cuando la entrada ilegal ha fracasado o cuando se ha producido. Es necesario definir la línea que delimita, a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros, el territorio nacional: esta línea se materializa por la valla en cuestión. De esta forma, cuando los intentos de los inmigrantes en superar ilegalmente esta línea son contenidos y rechazados por las fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia de la frontera, se considera que no se ha producido ninguna entrada ilegal efectiva. No se considera que la entrada ha tenido lugar hasta que el inmigrante ha superado la citada valla interior, de modo que ha entrado en territorio nacional y que por tanto se le aplica el régimen relativo a los extranjeros [...]”.

En el régimen jurídico general de denegación de entrada y devolución, la determinación entre la tentativa de cruce y la efectiva entrada al territorio resulta fundamental para establecer el tipo de medida y de régimen jurídico que corresponde aplicar. En concreto, la medida de devolución sólo procede en los casos de tentativa de cruce irregular; y, una vez efectuado el cruce, se extiende hasta “las inmediaciones de la frontera”. Sin embargo, tras la adopción de la Ley orgánica 4/2015, en el caso de las vallas de Ceuta y Melilla se añade la medida del “rechazo” cuando la persona sea “detectada” mientras intenta superar los elementos de contención (LOEx, disposición adicional décima). Más allá de ese límite fáctico y geográfico, la persona se encuentra en el interior del territorio y no podrá ser devuelta por el cruce irregular, sino que se deberá iniciar un procedimiento de expulsión en su contra por la permanencia irregular. Así lo resolvió el

⁴⁰¹ “Protocolo operativo de vigilancia de fronteras” de la Guardia Civil, de 26 de febrero de 2014; Orden de servicio nº 6/2014, de 11 de abril.

⁴⁰² Por ejemplo, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, en Auto de 11 de septiembre de 2014 en el marco de la investigación penal abierta por dos episodios de devoluciones en caliente.

TSJ al anular un precepto del RLOEx, según el cual la tentativa de entrada irregular se extendía a los extranjeros interceptados “en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta”⁴⁰³. A partir de la interpretación del TSJ, la devolución queda restringida a los extranjeros que pretendan entrar irregular y que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones sin cumplir con los requisitos de entrada. En cualquier caso, mientras la devolución precisa la iniciación de un procedimiento administrativo con las correspondientes garantías, la figura del “rechazo” en las vallas de Ceuta y Melilla habilita operaciones inmediatas.

El mecanismo especial de devolución en caliente en Ceuta y Melilla fue enjuiciado por el TEDH con motivo de la expulsión de dos jóvenes nacionales de Mali y Costa de Marfil, practicada en 2014 en Ceuta tras ser interceptados en un intento de saltar la valla de Melilla junto con un grupo de 600 personas. La sentencia representa el primer caso en el que el TEDH resuelve sobre la devolución forzosa de personas extranjeras en una frontera terrestre⁴⁰⁴. Los demandantes alegaban haber sido devueltos inmediatamente por la Guardia Civil española a Marruecos, sin un procedimiento previo ni asistencia letrada y sin una previa identificación y evaluación personal de sus circunstancias. Como consecuencia, demandaban al Estado español por haberles sometido a una expulsión colectiva contraria al CEDH, y por vulneración de sus derechos a un recurso efectivo y a no ser sometidos a tortura o tratos inhumanos o degradantes.

Tras el procedimiento en Estrasburgo, la respuesta final del TEDH resultó también llamativa, fuertemente criticada, e incluso cuestionable en función de los parámetros fijados anteriormente por el mismo Tribunal en materia de devoluciones y expulsiones colectivas⁴⁰⁵. En octubre de 2017, la sentencia de Sala del TEDH condenó al Estado español por apreciar que en el caso la devolución configuraba una expulsión colectiva sin posibilidad de acceso a un recurso judicial, declarando la violación del Protocolo Nº 4 y

⁴⁰³ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 (recurso no. 1386/2000, ES:TS:2003:1934), fundamento de derecho decimotercero; ratificada posteriormente por la Sentencia de 8 de enero de 2007 de la misma Sala (recurso no. 38/2005, ES:TS:2007:488).

⁴⁰⁴ TEDH, Gran Sala, Sentencia de 13 de febrero de 2020, *ND y NT v. Spain*, demandas 8675/15 y 8697/15 (ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515), párr., 166. En anteriores sentencias se había referido a la devolución en fronteras marítimas: *Hirsi Jamaa y otros*, *Sharifi y otros* y *Khlaifia y otros*, cit.

⁴⁰⁵ TEDH, Sección tercera, Sentencia de 5 de febrero de 2002, *Čonka v. Belgium*, demanda nº 51564/99; TEDH, Sección tercera, Sentencia de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. France*, demanda nº 45223/05; TEDH, Gran Sala, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, op. cit.; entre otras.

del artículo 13 del CEDH⁴⁰⁶. Sin embargo, posteriormente, el 13 de febrero de 2019 la Gran Sala anuló la condena a España y convalidó la práctica de la devolución, bajo el argumento de que “los demandantes se pusieron en situación ilegal al intentar deliberadamente entrar en España cruzando los dispositivos de protección de la frontera de Melilla el 13 de agosto de 2014, formando parte de un grupo numeroso y en un lugar no autorizado”⁴⁰⁷. Al respecto, el TEDH hizo especial énfasis en la existencia de otras vías legales, reales y efectivas de entrada que el Estado tendría a disposición y que no habrían sido utilizadas por los demandantes. Entre tales vías se refirió en especial a las vías de acceso provistas por el sistema español de asilo en puestos fronterizos y en embajadas, que se analizan en el siguiente capítulo. Siguiendo una interpretación excesivamente formalista sin un correlativo soporte fáctico (Intxaurbe Vitorica, 2021: 337), el TEDH consideró que el Estado no podía ser condenado por la infracción en que incurrieron los demandantes. Tras el fallo, múltiples críticas se alzaron advirtiendo un giro en la interpretación del TEDH hacia un criterio regresivo y restrictivo en el reconocimiento de derechos a las personas migrantes (Bertomeu Navarro, 2020; Carrera, 2020; Intxaurbe Vitorica, 2021; Martínez Escamilla, 2020; Sánchez Legido, 2020).

Desde un análisis sobre los elementos del proceso de criminalización, resulta de interés señalar cómo la sentencia de la Gran Sala del TEDH coloca la responsabilidad del proceso migratorio en la persona individual del migrante, señalando su culpabilidad ante la falta de cumplimiento de los requisitos necesarios para ingresar de manera legal, de manera similar a lo que sucede cuando una persona es condenada como responsable de un ilícito penal. En este sentido, como regla general, la declaración de incumplimiento de las normas penales apareja la atribución de responsabilidad exclusiva al individuo. La norma penal tiene así la capacidad de reducir la complejidad de la realidad a la conducta de la persona a título individual. La respuesta del Estado, aunque consiste en el empleo de la fuerza física, queda legitimada ante la conducta culpable del sujeto. El empleo de la fuerza física en tales condiciones resulta legítimo y el Estado continúa ostentando el monopolio de la violencia. Como consecuencia de la culpabilidad por la infracción de la ley, la sentencia de la Gran Sala del TEDH alimenta la idea del migrante como sujeto “deportable” (De Genova, 2002). La deportación, bajo la forma de una devolución en

⁴⁰⁶ TEDH, Sección tercera, Sentencia de 3 de octubre de 2017, *N.D. and N.T. v. Spain*, demandas 8675/15 y 8697/15 (ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD000867515).

⁴⁰⁷ TEDH, Gran Sala, *ND and NT v. Spain*, cit., párr. 242.

caliente legalizada en España, opera como una sanción a la infracción, que se aplica prácticamente sin el reconocimiento de las garantías procedimentales, incluso de aquellas mínimas que corresponden al régimen administrativo sancionador.

De este modo, en línea con el proceso de criminalización, la medida de devolución en caliente priva de efectividad cualquier tipo de garantía procedimental. La ausencia de garantías impacta especialmente en las posibilidades de acceso al sistema de asilo, ya que la devolución en caliente conlleva la denegación de facto de la posibilidad de solicitar protección internacional. Ello va en contravención de las propias reglas de la LOEx que prevén como excepción al régimen ordinario de entrada la exención del cumplimiento de los requisitos a aquellas personas que soliciten protección internacional en frontera⁴⁰⁸.

Con posterioridad a la sentencia de la Gran Sala del TEDH, el TC dictó sentencia en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la disposición adicional a la LOEx incorporada por la Ley orgánica 4/2015⁴⁰⁹. El Tribunal español se basó en los argumentos del Tribunal de Estrasburgo para sostener que el mecanismo de devolución era compatible con las exigencias del CEDH. Al respecto, sostuvo que la devolución o “rechazo en frontera” es “una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre”⁴¹⁰. Ahora bien, siguiendo el razonamiento del TC, tal actuación material es conforme a la ley cuando se practica de manera individualizada, garantizando el pleno control judicial mediante las acciones y recursos que interponga la persona extranjera, y respetando las obligaciones de protección internacional que correspondan en cada caso concreto. En definitiva, la constitucionalidad del mecanismo queda condicionada a la observancia de garantías que no derivan directamente de la disposición que autoriza las devoluciones en caliente (o el “rechazo”, en los términos de la ley) y que, en cualquier caso, no parecen factibles teniendo en cuenta las condiciones en que las devoluciones se ejecutan en las vallas de Ceuta y Melilla.

⁴⁰⁸ LOEx, art. 58.4.

⁴⁰⁹ STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020 («BOE» núm. 332, de 22 de diciembre de 2020, pp. 118585 a 118655).

⁴¹⁰ STC 172/2020, op. cit., FJ 8.

III. EL INTERNAMIENTO DE MIGRANTES Y SOLICITANTES DE ASILO

La política migratoria española implementó desde temprano la privación y restricción de la libertad de circulación como un mecanismo de gobernanza de la población migrante en situación irregular. Siguiendo la reseña histórica que realiza Rodríguez Candela (2007: 365), el internamiento de extranjeros tiene una raíz profunda en la historia del derecho español, ubicando el antecedente de los CIE en la llamada Ley de vagos y maleantes de 1933⁴¹¹ que ordenaba el internamiento como una sanción a extranjeros considerados peligrosos que hubieren quebrantado una orden de expulsión (art. 6.9)⁴¹². En esta línea, la Ley orgánica 7/85, de derechos y libertades de los extranjeros en España⁴¹³, estableció las bases para la creación de los actuales CIE. Según esta normativa, el Juzgado de instrucción podía acordar la privación de libertad como una medida cautelar, a petición del órgano administrativo, en un centro de internamiento sin carácter penitenciario por un plazo máximo de 40 días.

A partir de aquella primera ley española de extranjería, la política de encierro migratorio ha sido una constante que se ha normalizado y diversificado en diferentes modalidades de centros de recepción con fines de identificación y centros de detención con fines de deportación. Como regla general, los lugares de internamiento de personas extranjeras no pueden tener carácter penitenciario (LOEx, art. 60.2). Esta disposición legal en términos negativos (lo que no es o no puede ser) no deja en claro cuál es la naturaleza jurídica de los CIE. Sin embargo, como afirma sostiene Rodríguez Candela (2007: 371), “[l]o que sí está claro es que el «estatus jurídico» del extranjero internado es de una relación especial de sujeción”⁴¹⁴.

⁴¹¹ Ley relativa a vagos y maleantes (BOE-A-1933-6761, «Gaceta de Madrid» núm. 217, de 5 de agosto de 1933, páginas 874 a 877).

⁴¹² Posteriormente, la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de peligrosidad y rehabilitación social («BOE» núm. 187, de 6 de agosto de 1970, páginas 12551 a 12557), elimina el carácter sancionador de la medida y establece el internamiento preventivo de extranjeros que, habiendo quebrantado una primera orden de expulsión, no presentaran garantías de cumplir una segunda orden. Véase, asimismo, Martínez Escamilla, 2009: 266.

⁴¹³ Ley orgánica 7/85, op. cit.

⁴¹⁴ En igual sentido, Del Río Fernández (1999: 102): “Por ello, no cabe duda que la relación del extranjero sometido a la medida cautelar de internamiento en Centro *ad hoc*, participa de la naturaleza y características de toda relación de sujeción especial, por lo que le es de plena aplicación la doctrina constitucional sobre la llamada relación jurídica penitenciaria, con las salvedades propias y lógicas. Así, en este sentido, se puede decir, como el Tribunal Constitucional ha señalado repetidamente, que las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas recluidas y la Administración tienen naturaleza de relación especial de sujeción. El extranjero, pues, se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre

Por otro lado, el Reglamento de la LOEx prevé el establecimiento de una “red pública de centros de inmigración”, integrada por los CETI y los Centros de Atención a Refugiados (CAR). Según el Reglamento, estos centros están destinados a cumplir una finalidad asistencial a través de “tareas de información, atención, acogida, intervención social, formación, detección de situaciones de trata de seres humanos y, en su caso, derivación, dirigidas a la población extranjera” (art. 264.1). En particular, los CETI han sido implantados únicamente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, con la característica particular de ser centros de régimen abierto, donde las personas tienen libertad de entrada y salida durante el día, pero dentro de un contexto geográfico donde la libertad ambulatoria queda restringida *de facto* al territorio de los dos enclaves hasta tanto las autoridades policiales autoricen el traslado a la península.

Conforme a la regulación sobre los centros de “internamiento”, “estancia” o “atención”, los respectivos establecimientos forman parte de una compleja estructura que es utilizada para la recepción, identificación, acogida y expulsión de migrantes interceptados al momento del cruce irregular de fronteras o en situación de permanencia irregular en el territorio. Existen diferentes tipos de centros según la función que estén destinados a cumplir. Cada uno cuenta con una normativa diferente, cuya regulación es específica del tipo de centro: mediante Ley Orgánica y Reglamentos en los casos de los CIE y CETI, mientras que en el caso de los CATE la ausencia de una regulación específica conlleva que, por analogía, se aplique normativa interna de las fuerzas y cuerpos de seguridad relativa al protocolo de actuación en las áreas de custodia de personas detenidas. A su vez, la funcionalidad de cada centro está determinada en gran medida por el lugar geográfico en el que se encuentran ubicados, esto es, en el territorio de la península, en lugares de costa, en archipiélagos o en los enclaves de Ceuta y Melilla.

quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el *status* específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres.”

	CIE	CETI	CATE
Marco jurídico	LOEx 4/2000 RLOEx 557/2011 RDL 162/2014	RLOEx (arts. 264 a 266)	Sin regulación específica Instrucción 4/2018, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado».
Año de creación	1985	1999 (Melilla) 2000 (Ceuta)	2018 (Andalucía) 2020 (Canarias)
Lugares de establecimiento	Aluche (Madrid), La Piñera (Algeciras), Zapadores (Valencia), Sangonera La Verde (Murcia), Barranco Seco (Las Palmas), Hoya Fría (Tenerife), El Matorral (Fuerteventura), Zona Franca (Barcelona)	Melilla, Ceuta	San Roque (Algeciras), Algeciras, Málaga, Motril, Almería, Barranco Seco (Las Palmas). Prevista la apertura de nuevos CATE en Cartagena (Murcia) y en Arrecife, (Gran Canarias).
Dependencia orgánica	Ministerio del Interior	Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones	Ministerio del Interior
Mecanismos de control	Juzgado de instrucción Defensor del Pueblo	Defensor del Pueblo	Defensor del Pueblo
Régimen de permanencia	Establecimiento cerrado	Establecimiento abierto	Establecimiento cerrado
Naturaleza jurídica del internamiento o estancia	Cautelar (en procedimiento de devolución o expulsión)	Recepción (identificación), asistencial o cautelar (en procedimiento de devolución o expulsión)	Recepción (identificación), asistencial o cautelar (en procedimiento de devolución o expulsión)
Plazo máximo de permanencia	60 días	Sin plazo máximo	72 horas (en la práctica, existen casos de más de 20 días de permanencia)
Opciones después de la permanencia	Expulsión o devolución al país de origen Puesta en libertad con orden de expulsión	Expulsión o devolución al país de origen Traslado a la península: puesta en libertad con orden de expulsión; o derivación a servicios de acogida para solicitantes de asilo admitidos	Expulsión o devolución al país de origen (En Canarias: traslado a la península) Puesta en libertad con orden de expulsión; o derivación a servicios de acogida para solicitantes de asilo admitidos

Tabla 12. Características y diferencias entre CIE, CETI y CATE. Elaboración propia.

1. El internamiento en un CIE

Los CIE se impusieron como instrumentos de gobernanza migratoria desde la primera construcción del marco jurídico sobre extranjería. Fueron contemplados inicialmente en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁴¹⁵, y se mantuvieron en las posteriores reformas. Actualmente, la base normativa de los CIE se contiene la LOEx y en el Real Decreto 162/2014⁴¹⁶, que regula su funcionamiento y régimen interior. En cuanto a su número y ubicación, existen siete CIE en funcionamiento, repartidos por distintas ciudades del Estado español donde tienen lugares los controles migratorios de mayor intensidad, como son las áreas metropolitanas más pobladas, con economías dinámicas y aeropuertos internacionales, y ciudades de las costas del Mediterráneo y del archipiélago canario que forman parte de la “frontera sur” (Fernández-Bessa, 2021: 124): en Madrid (Aluche), Barcelona (Zona Franca), Valencia (Zapadores), Murcia (Sangonera la Verde), Las Palmas (Barranco Seco), Santa Cruz de Tenerife (Hoya Fría) y Algeciras (La Piñera).

En el plano formal, los CIE dependen del Ministerio del Interior y su finalidad consiste en hacer efectiva la salida del extranjero en situación administrativa irregular⁴¹⁷. El internamiento puede tener lugar en el marco de dos procedimientos diferentes. Por un lado, se prevé como una medida cautelar en el marco de un procedimiento sancionador que dé lugar a la expulsión (LOEx, art. 61.1.e); por otro, puede decretarse como una medida preventiva en un procedimiento de devolución cuando el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas (LOEx, art. 60.1). En ambos supuestos, la naturaleza jurídica de la medida de internamiento es cautelar. Como tal, desde el punto de vista legal, no puede ser considerada una sanción, administrativa o penal, ya que está dirigida formalmente a cumplir una finalidad procesal: asegurar el resultado de la expulsión. Como explica Martínez Escamilla (2009: 256), el internamiento

⁴¹⁵ Ley Orgánica 7/1985, op. cit.

⁴¹⁶ Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros («BOE» núm. 64, de 15 de marzo de 2014, pp. 23236 a 23264).

⁴¹⁷ Real Decreto 162/2014, op. cit., art. 1.2: “Los centros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio del Interior, destinados a la custodia preventiva y cautelar de extranjeros para garantizar su expulsión, devolución o regreso por las causas y en los términos previstos en la legislación de extranjería, y de los extranjeros que, habiéndoseles sustituido la pena privativa de libertad por la medida de expulsión, el juez o tribunal competente así lo acuerde en aplicación de lo dispuesto por el artículo 89.6 del Código Penal.”

en el procedimiento sancionador de extranjería sería el equivalente a la prisión preventiva en el procedimiento penal.

La naturaleza jurídica cautelar no mengua los efectos materiales de la privación de libertad ínsita en el internamiento y motivada en una infracción administrativa (Solanes Corella, 2016). En los supuestos de internamiento en el procedimiento sancionador, la Ley de Extranjería 4/2000 contempla diferentes infracciones administrativas susceptibles de ser sancionadas con la expulsión del territorio (LOEx art. 57). Las infracciones más comunes están relacionadas con la permanencia en el territorio sin una autorización de estancia o residencia: por no haber obtenido la prórroga de estancia, por carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización sin haber solicitado la renovación (LOEx, art. 53.1.a)⁴¹⁸. Por otro lado, como medida preventiva dirigida a evitar la infracción, la Ley autoriza el internamiento en los supuestos de denegación de entrada en frontera (art. 58: por contravenir una prohibición de entrada o por intentar entrar ilegalmente) cuando la devolución no pudiera hacerse efectiva dentro de las 72 horas posteriores a la detención policial.

En tanto se trata de una medida privativa de la libertad de circulación, el internamiento debe ir acompañado de una serie de garantías y sólo puede suponer la restricción sobre la libertad ambulatoria. La primera garantía es el carácter judicial de la resolución que ordena el internamiento. Al superar la duración de 72 horas, el internamiento debe ser solicitado a una autoridad judicial. La competencia corresponde al Juzgado de instrucción del lugar donde se practicó la detención del extranjero. Según el TC, esta garantía opera como la clave de constitucionalidad del encierro en un CIE, al igual que sucede en la prisión preventiva (STC 115/1987)⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Otros supuestos de infracciones sancionadas en la LOEx con expulsión y que, en consecuencia, habilitan al internamiento son: participar en actividades contrarias al orden público (art. 53.1.f) y a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países (art. 54.1.a); inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro la inmigración clandestina (siempre que no constituya delito) (art. 54.1.b); incumplir medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alojamiento de fronteras o núcleos de población (art. 53.1.d); haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en España un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2).

⁴¹⁹ STC 115/1987, FJ 1: “La disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma. Este carácter judicial de la privación de libertad hace plenamente aplicable también al caso de los extranjeros la doctrina sentada por este Tribunal, para el supuesto distinto de la prisión provisional.”

Sin embargo, en la realidad práctica de los CIE se observa un distanciamiento con el plano formal. Al respecto, como sostiene Fernández Bessa (2021: 179), el marco jurídico de los CIE es complejo pero lo suficientemente flexible como para que el internamiento sea utilizado según las necesidades variables de las políticas migratorias o penales. En este sentido, “[c]omo toda política pública, el internamiento de extranjeros y su expulsión dependen de la dotación de recursos, de cuestiones organizativas y logísticas, así de las prácticas formales e informales de los funcionarios que las ejecutan” (Fernández-Bessa, 2021: 119). En especial, las prácticas en los CIE han motivado múltiples denuncias, fundadas principalmente en la opacidad de los centros y en la falta de garantías jurídicas en el internamiento (Martínez Escamilla, 2009), siendo catalogados como “zonas de suspensión del Derecho” (Solanes Corella, 2016: 38). Asimismo, han sido definidos como “espacios de reclusión por excelencia” (Barbero, 2021: 193). Incluso, Ramiro García de Dios Ferreiro, ex juez de control del CIE de Aluche de Madrid, los ha calificado como “centros de sufrimiento y espacios de opacidad y de inmunidad policial” (García de Dios Ferreiro, 2021). Las malas condiciones de los CIE han sido señaladas también por otros jueces de control (Boza, 2017: 107), por organizaciones sociales (SJM, 2018, 2019, 2020, 2021) y por el Defensor del Pueblo en su función de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (Defensor del Pueblo, 2017, 2018b, 2019, 2020, 2021). Hasta 2020 se registra la muerte de nueve personas en los CIE en circunstancias dudosas (Fernández-Bessa, 2021: 174).

Al respecto, si bien la LOEx y el Real Decreto 162/2014 señalan expresamente que los centros no tienen carácter penitenciario, los CIE han sido criticados por seguir un modelo carcelario (Rodríguez Candela, 2017) y eminentemente policial (Fernández Rojo, 2016: 254), colocando a las personas internas en condiciones “infrapenitenciarias” (Boza Martínez, 2017: 108). Esto último resulta aún más evidente atendiendo a que los CIE cumplen también la función de internamiento de extranjeros cuya expulsión está motivada en la comisión de delitos, lo que según Brandariz García “desvela de forma especialmente clara la homología entre la prisión y los centros de internamiento” (Brandariz García, 2017: 31). Incluso, algunos han sido ubicados en instalaciones que anteriormente cumplían antes la función de prisiones, como en el caso de los CIE de Madrid, Algeciras y Las Palmas, o de comisarías de policía o cuarteles, como en el caso del CIE de Málaga. En este sentido, Fernández-Bessa (2021: 181) afirma que los CIE “han funcionado como forma de control punitivo que ha reforzado las jerarquías raciales

reproducidas por el régimen de fronteras y por la penalidad global”. Asimismo, según explica Del Río Fernández:

“Nuestro legislador, aunque parte de la consideración de que los Centros de Internamiento de Extranjeros son establecimientos públicos de ‘carácter no penitenciario’, lo cierto es que disciplina su organización y normas de régimen interior con un paralelismo enorme con los Centros penitenciarios, sirviéndose, sin duda, de la reglamentación de la llamada relación jurídica penitenciaria y trasladando gran parte de su contenido y características propias a la situación jurídica del extranjero internado, con las limitaciones propias de la medida en cuestión y los Centros en particular.” (Del Río Fernández, 1999: 102).

Además, las críticas apuntan a que el funcionamiento de los centros de internamiento se muestra ineficaz con relación al objetivo formal que están llamados a cumplir, debido a las limitaciones y los altos costes operativos, burocráticos y políticos que demanda la ejecución de las órdenes de expulsión (APDHA, 2019: 40). De hecho, como observa Barbero (2021: 193), el funcionamiento de los CIE varía según su ubicación geográfica, que produce que determinados centros se utilicen como lugares especializados en expulsiones, como los de Madrid, Murcia o Valencia (debido a las altas tasas de expulsabilidad que presentan), mientras que otros se destinan a la primera contención de personas llegadas de manera irregular por vía marítima, como los CIE de Las Palmas, Tenerife y Algeciras. En definitiva, la ineficacia queda demostrada por la imposibilidad de ejecutar la expulsión de un alto número de migrantes internados (Brandariz y Fernández Bessa, 2017). Entre 2009 y 2019, en ningún momento se expulsó a más del 60% de las personas internadas (Fernández Bessa, 2021: 145). En la práctica, las condiciones del internamiento y la ineficacia de los CIE con respecto a sus objetivos formales provocan que el internamiento represente en los hechos una forma de castigo (Fernández-Bessa, 2021: 176) o una sanción encubierta destinada a castigar la irregularidad administrativa (Martínez Escamilla, 2009: 258).

La propia Dirección General de la Policía reconoce estas limitaciones operativas en la Circular 6/2014, de 11 de julio de 2014, sobre los criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento, estableciendo que antes de ordenar el internamiento se debe evaluar, además de las circunstancias personales del

extranjero, la viabilidad de que la medida de retorno pueda realmente ejecutarse⁴²⁰. Entre los elementos a tener en cuenta en esta evaluación de viabilidad, la Circular señala que se debe valorar si la persona está provista o no de pasaporte o documento de viaje, si es nacional de un país con representación diplomática o consular en España, si se trata de una persona que no será documentada por las autoridades consulares de su país, y que, aún en el caso de que sea documentado, si es factible que la expulsión se materialice en un plazo de 60 días desde el inicio del internamiento.

Además de este conjunto de elementos señalados por la Circular, para hacer efectiva la expulsión del país, el Estado precisa contar con la aceptación de la readmisión por parte del tercer país de destino⁴²¹. Como consecuencia práctica, el estudio de viabilidad que realiza la Policía Nacional queda reducido a criterios de nacionalidad o simplemente a criterios de ocupación de los CIE o a la carga de trabajo de los agentes (Alarcón Velasco et al., 2021: 69). En definitiva, el conjunto de obstáculos prácticos ínsitos en la ejecución de una orden de expulsión arroja como resultado que los CIE funcionen como dispositivos de “expulsión selectiva”. A ello se añade la brecha de género en el dispositivo de internamiento y expulsión, que conduce a que los CIE funcionen principalmente como lugares de contención y deportación de hombres migrantes (Fernández-Bessa, 2019)⁴²².

⁴²⁰ Dirección General de la Policía, Circular 6/2014, de 11 de julio de 2014: “Siendo un hecho objetivo y constatado la capacidad limitada de todos los centros de internamiento, así como el número considerable de peticiones de internamiento que se vienen realizando respecto de extranjeros cuya situación no siempre aconseja adoptar dicha medida cautelar, la combinación de ambos extremos precisa concretar una serie de circunstancias que concurren en los afectados, que han de ser valoradas y tenidas en cuenta por los instructores de los diferentes expedientes de repatriación, con el fin de que las peticiones de internamiento que dirijan a la Autoridad Judicial reflejen realmente la situación personal, social y familiar del ciudadano extranjero, así como la viabilidad de que pueda llevarse a efecto la medida de repatriación.”

⁴²¹ Los acuerdos de readmisión tampoco son una garantía plena de la efectividad de la deportación, como lo demuestra la práctica de expulsiones desde España a Marruecos: según el acuerdo de readmisión de 1992, Marruecos debería aceptar a toda persona expulsada de España; sin embargo, en la práctica, el Estado marroquí limita a 25 personas el total de personas readmitidas por día (APDHA, 2019: 40).

⁴²² Fernández-Bessa (2019: 103): “La menor afectación de las mujeres puede explicarse por tres motivos. El primero es la centralidad de la Frontera Sur en el dispositivo de deportación y la menor presencia de las mujeres en esta vía de entrada, debido a los mayores riesgos y perjuicios asociados con el género que producen las fronteras, estudiados desde la criminología de la movilidad. El segundo es el protagonismo de la crimigración en relación con la detención, internamiento y expulsión de migrantes, la menor participación de las mujeres en la criminalidad y menor atención de las instancias de control penal hacia estas, que puede explicarse a partir de los trabajos de las criminologías feministas. El tercero recae en la pervivencia de los roles de género en la división social del trabajo, analizados en profundidad por los estudios sobre género y migraciones dedicados a las estrategias laborales de las mujeres migrantes, que operan como factor de protección para aquellas que los respetan, pero a la vez pueden poner en riesgo a quienes los transgreden.”

A lo largo del tiempo se observa una utilización decreciente de los CIE, posiblemente relacionada con la imposibilidad fáctica de hacer efectivas la mayoría de las expulsiones (SJM, 2018, 2019, 2020). En 2020, la irrupción de la pandemia COVID19 motivó el cierre de los CIE por parte del Gobierno español, debido a la imposibilidad de ejecutar las expulsiones ante el cierre de fronteras. La medida de cierre representó una excepción dentro del contexto europeo (SJM, 2021). El cierre definitivo se produjo en el mes de mayo de 2020, habiendo operado de manera progresiva, a medida que las personas internas cumplían el plazo máximo de 60 días de encierro⁴²³. La moratoria en la detención de migrantes parecía sentar un precedente importante para su abolición (Brandariz y Fernández Bessa, 2022). Sin embargo, la medida se mantuvo durante cinco meses y los CIE volvieron a estar operativos en septiembre de 2020, cuando el Ministerio de Interior consideró que se daban nuevamente las condiciones para cumplir su función y ejecutar las expulsiones (SJM, 2022)⁴²⁴.

2. El internamiento en un CETI

Los CETI configuran un tipo especial de establecimiento dentro de la red pública de “centros de migraciones” contemplada en los arts. 264 a 266 del RLOEx. La otra modalidad de establecimiento que conforma la mencionada red son los Centros de Acogida a Refugiados (CAR)⁴²⁵. Según el RLOEx, los centros de migraciones están dirigidos a cumplir una finalidad de integración social, para lo cual desarrollan tareas de información, atención, acogida, intervención social, formación, detección de situaciones de trata y derivación. Son gestionados por la Dirección General de Inclusión y Atención

⁴²³ Europapress, 6.5.2020, “Los CIE se quedan vacíos al ser liberado el último interno 53 días después de la declaración de alarma por la pandemia”, disponible en: <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-cie-quedan-vacios-ser-liberado-ultimo-interno-53-dias-despues-declaracion-alarma-pandemia-20200506180046.html>

⁴²⁴ Eldiario.es, 24.9.2020, “Interior reabre los CIE cerrados por la pandemia para reactivar la maquinaria de expulsión de inmigrantes”, disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/interior-reabre-cie-espana-cerrados-pandemia-volver-deportar-inmigrantes_1_6242526.html

⁴²⁵ Orden de 13 de enero de 1989 sobre centros de acogida a refugiados. «BOE» núm. 28, de 2 de febrero de 1989, páginas 3187 a 3187; Resolución de 6 de julio de 1998, de la Dirección General del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), por la que se aprueba el Estatuto Básico de los Centros de Acogida a Refugiados del IMSERSO y se desarrolla la Orden de 13 de enero de 1989, sobre Centros de Acogida a Refugiados («BOE» núm. 188, de 7 de agosto de 1998, pp. 26883 a 26888).

Humanitaria, dentro del organigrama del actual Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones⁴²⁶.

Amnistía Internacional (2020b) define a los CETI como centros de carácter asistencial, “con asistencia social, psicológica, sanitaria, jurídica y actividades de formación y tiempo libre, entre las que se incluye la enseñanza del español”. Este tipo de centros se han implementado únicamente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. El CETI de Melilla se creó en 1999, con una capacidad inicial de acogida de 480 plazas, contando en 2022 con 782 plazas⁴²⁷. El CETI de Ceuta se instaló en el año 2000 y cuenta con capacidad para 512 plazas tras una ampliación en 2004. Sin embargo, el número de plazas en ambos CETI se ha superado en diferentes oportunidades, dando lugar a situaciones de hacinamiento (Amnistía Internacional, 2016b: 12).

Según las normas administrativas de procedimiento de la red pública de centros de migraciones, las plazas de acogida de los CETI corresponden a las personas solicitantes de protección internacional y migrantes que hubieran accedido de forma irregular a Ceuta y Melilla, “siempre que no posean documentación que les permita su traslado a la península o una autorización de traslado por parte de las autoridades competentes”⁴²⁸. Las personas alojadas en los CETI pueden ser hombres, mujeres y menores acompañados, aunque en la práctica en su mayoría son hombres nacionales de países de África subsahariana, y la edad promedio se encuentra por debajo de los 40 años (Amnistía Internacional, 2016, 2020b)⁴²⁹. Actualmente los establecimientos cuentan con módulos para familias (Amnistía Internacional, 2020b).

⁴²⁶ Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones («BOE» núm. 121, de 1 de mayo de 2020, pp. 30868 a 30888), art. 7.d.

⁴²⁷ Según datos de Amnistía Internacional (2020a), en 2020 el número de personas alojadas en el CETI de Melilla era superior a 1.753, el triple de su capacidad, entre los cuales se registraban más de 200 niñas y niños. Por su parte, en el CETI de Ceuta el número de personas alojadas era de aproximadamente 460. En casos de superpoblación, en ambos CETI se aumenta la cantidad de personas por habitaciones o se despliegan campamentos de tiendas alrededor de las instalaciones (Amnistía Internacional, 2016).

⁴²⁸ Procedimiento de gestión de plazas de los programas de acogida e integración dirigidos a solicitantes y beneficiarios de protección internacional, del estatuto de apátrida e inmigrantes vulnerables. Resolución de 16 de mayo de 2014, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan subvenciones en las áreas de asilo y refugio, inmigrantes vulnerables y para la atención sociosanitaria en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes de Ceuta y Melilla. «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014, páginas 43192 a 43216. Disponible en: http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/subvenciones/anos_anteriores/area_integracion/2014/cetis_ceuta_melilla/documentos/Procedimiento_Plazas_Asilo_Cetis_1415.pdf

⁴²⁹ Datos confirmados en la visita realizada al CETI de Melilla el 15 de julio de 2022.

La naturaleza de los CETI es la de establecimientos administrativos abiertos, de modo que su característica distintiva es el régimen de libertad de entradas y salidas durante el día⁴³⁰. Como consecuencia, no existe un plazo máximo de alojamiento ya que los CETI no son considerados centros de detención en sentido estricto. Las personas permanecen alojadas hasta que se autorice su traslado al sistema acogida en la península o se ejecute la orden de devolución. En especial, los solicitantes de asilo deben permanecer en el CETI para tener posibilidad de permanecer en el sistema de acogida. El traslado a la península puede demorar meses y su autorización está determinada por la cantidad de plazas disponibles en cada momento. Según Amnistía Internacional (2016b: 15), en 2016 el plazo promedio de estancia en el CIE de Ceuta era de cinco meses en el caso de migrantes irregulares que no eran solicitantes de protección, mientras que estos últimos podían permanecer aún más tiempo hasta la resolución de la fase de admisión del procedimiento de asilo⁴³¹. En 2022, tras la sentencia del Tribunal Supremo sobre libre circulación a la península que se analiza a continuación, el tiempo de permanencia oscila entre uno y cinco con independencia de que se trate de solicitantes de asilo⁴³². Actualmente estos últimos son derivados al sistema de primera acogida en la península, aunque aún no se haya resuelto la fase admisión⁴³³.

Ante la variedad de perfiles y de necesidades de las personas alojadas, Amnistía Internacional (2016a, 2016b) ha denunciado las condiciones de acogida de los establecimientos, teniendo en cuenta la falta de adaptación de los centros a las situaciones de personas con necesidades especiales (por ejemplo, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, familias con hijos en edad de escolarización, personas con problemas psicológicos) o de especial vulnerabilidad (por ejemplo, víctimas de trata, de violencia de género, de violencia sexual, de tortura y malos tratos, y personas LGBTI). Asimismo, la organización ha denunciado las situaciones de hacinamiento durante la pandemia en 2020, ya que no se garantizaba el cumplimiento de los protocolos sanitarios (Amnistía Internacional, 2020a).

⁴³⁰ Durante el período de confinamiento por el estado de alarma, los CETI funcionaron como centros cerrados (Amnistía Internacional, 2020b).

⁴³¹ Amnistía Internacional (2016: 24) registró el caso de un solicitante de asilo de nacionalidad marroquí que permaneció un año y diez meses en el CETI de Ceuta hasta que se autorizó su salida al habersele reconocido el estatuto de refugiado.

⁴³² Datos de la visita realizada al CETI de Melilla el 15 de julio de 2022.

⁴³³ *Ibidem*.

El régimen de libertad de entradas y salidas es una diferencia sustancial de los CETI en comparación con los CIE. En estos últimos, la persona se encuentra a disposición judicial y el internamiento no puede superar el plazo máximo de 60 días de duración. Durante este plazo, la persona reclusa no tiene derecho a salir voluntariamente del centro y sólo puede hacerlo cuando se ejecute la orden de expulsión o se disponga su puesta en libertad por no ser factible el retorno al país de origen en el tiempo máximo de internamiento. En este último supuesto, la puesta en libertad se realiza manteniendo la orden de expulsión y la situación irregular de extranjería.

Sin embargo, en los CETI, los alcances de la voluntariedad del régimen de entradas y salidas quedan reducidos en la práctica debido al régimen de inmovilidad dispuesto para migrantes irregulares y solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla. Como resultado del sistema de “doble control” conforme la Declaración incorporada a la adhesión de España al Espacio Schengen⁴³⁴, las personas en situación irregular no pueden desplazarse a la península u otro territorio del Espacio Schengen en transportes aéreos o marítimos, salvo que el viaje se realice a través de vías irregulares. Como sostiene Ruiz Ramos (2021: 362), este conjunto de factores conduce a sostener que los CETI, presentan características que, con una interpretación amplia del concepto de “detención”, podrían calificarlos como centros de internamiento.

Hasta los primeros meses de 2022, las personas solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla estaban sujetas a la política general de impedimento de traslados a la península, salvo cuando mediara autorización (generalmente en condiciones de saturación de los CETI, o por derivación a un CAR o a los servicios de acogida de una ONG subvencionada en la península). Actualmente, tras la mencionada sentencia del Tribunal Supremo sobre libertad de circulación a la península, que se analiza en el siguiente capítulo, los solicitantes de asilo están autorizados a desplazarse fuera de Ceuta y Melilla. Sin embargo, para mantener la posibilidad de acceder al sistema de primera acogida, deben permanecer en el CETI hasta ser derivados. De tal modo, si bien los migrantes irregulares y los solicitantes de asilo no permanecen “atrapados” en los CETI, su libertad de circulación está restringida *de facto* a los perímetros de los respectivos enclaves españoles. Ello podría servir para explicar por qué los CETI sólo han sido instalados en

⁴³⁴ Declaración del Reino de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, incorporada al Acta final del Acuerdo sobre la adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, op. cit.

lugares donde el acceso y salida a la península es fácilmente controlable por las autoridades.

Sin embargo, no es la única razón, ya que el archipiélago canario comparte características geográficas similares en este sentido. El motivo adicional consiste en los tipos de frontera presentes en cada espacio, terrestres y marítimas, y en los elementos de segregación que son susceptibles de implementarse en unas y en otras. Si bien Ceuta y Melilla cuentan con ambos tipos de frontera, las llegadas irregulares se producen principalmente por vía terrestre. Estas llegadas son paralizadas mediante las vallas como dispositivos principales de inmovilidad. Por el contrario, las llegadas al archipiélago canario tienen lugar exclusivamente por vía marítima. Además del control practicado por las autoridades marroquíes, el elemento de contención de las llegadas a las islas se materializa a través del SIVE, que se encuentra desplegado en el espacio marítimo bajo soberanía española y que, como dispositivo de control, no tiene capacidad por sí solo de paralizar la navegación.

Esta circunstancia explicaría por qué en el archipiélago canario se han instalado los CATE, como centros de detención. A pesar de que los CATE cumplen una función similar a los CETI, en cuanto a ser un lugar de primera recepción e identificación, tienen una naturaleza diferente que está condicionada por el tipo de fronteras en donde se instalan y las situaciones migratorias a las que deben responder. Los CETI se ubican en fronteras terrestres, cercadas por vallas como elementos de freno, con números de llegadas factibles de absorber por la red pública de centros de migraciones, con cobertura jurídica prevista en la normativa de extranjería. En cambio, los CATE han sido implantados desde el año 2018 en las costas andaluzas y canarias, en circunstancias distintas a las de Ceuta y Melilla, motivados por situaciones de emergencia debido al incremento de la presión migratoria en ciertos espacios fronterizos. A diferencia de los CETI, los CATE se despliegan en fronteras marítimas, que no cuentan con otros elementos de contención más allá de la vigilancia de los espacios marinos y que, en los últimos años, han experimentado situaciones de presión migratoria que no han podido ser “absorbidas” por los recursos e infraestructuras disponibles.

3. El internamiento en un CATE

Desde 2018 en adelante, ante el incremento de llegadas irregulares a las costas andaluzas y canarias, la estrategia de detención se materializó a través de la improvisación de diferentes espacios habilitados como lugares de identificación e internamiento, tales como campamentos en los muelles de desembarco, habitaciones de hoteles en desuso a causa de la pandemia, pabellones en centros polideportivos, buques de Salvamento Marítimo⁴³⁵, comisarías, CIE y los nuevos “Centros de Atención Temporal de Extranjeros” (CATE). Como sostuvo el Defensor del Pueblo en su función de Mecanismo de Prevención de la Tortura, hasta la instalación de los CATE, “en la mayor parte de estos casos, los CIE de todo el territorio [estuvieron] empleándose casi al límite de su capacidad como elementos de contención y, en alguna medida también de canalización, de la inmigración irregular arribada principalmente por las costas” (Defensor del Pueblo, 2018b: 95). De este modo, en palabras de Fernández-Bessa (2021: 164), los CATE vinieron a “asistir” a los CIE en sus funciones de identificación y distribución de los migrantes que llegan irregularmente a la “frontera sur”.

En un primer momento, entre 2017 y 2018, ante el aumento de las llegadas marítimas a las costas andaluzas, los migrantes desembarcados fueron alojados en polideportivos, lonjas, almacenes y otras grandes instalaciones en desuso, a fin de proceder a la identificación, toma de huellas, filiación y la apertura de expedientes de devolución. Una vez en funcionamiento, estos espacios improvisados recibieron inicialmente el nombre de Centros de Primera Asistencia y Detención. Debido a la alta presión migratoria, los CIE no representaban una solución teniendo en cuenta las dificultades operativas y burocráticas que exige el internamiento y expulsión. Las malas condiciones de alojamiento y la situación de hacinamiento en los improvisados espacios de recepción fueron denunciadas por organizaciones sociales (SJM, 2019; APDHA, 2019, 2020, 2021) y por el Defensor del Pueblo (2019, 2020, 2021). Como consecuencia, el Gobierno optó por la creación *de facto* de los CATE, como un cambio de estrategia en la política de contención de migrantes (Barbero, 2020b: 270).

⁴³⁵ En 2018, más de 400 migrantes permanecieron retenidos en el buque María Zambrano, perteneciente a la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR), durante cinco días, por falta de dispositivos para su acogida y atención. El Informe anual 2018 del MNPT calificó esta situación como un fraude de ley, ya que al no ser formalmente recibidas por la Policía Nacional no comenzó a computarse el plazo máximo de 72 horas de una detención, configurando una privación de libertad sin fundamento jurídico (Defensor del Pueblo, 2019: 63).

En el caso de Canarias, desde agosto a finales de noviembre de 2020, las personas desembarcadas fueron retenidas bajo custodia policial durante días en el suelo del muelle de Arguineguín en Gran Canarias. Durante ese período, la cantidad de personas retenidas en tales condiciones alcanzó el número de 2.600, una cantidad que supera el total de población de la localidad de Arguineguín (2.259, a enero de 2021, según datos del Instituto Nacional de Estadística⁴³⁶). Algunos migrantes permanecieron “retenidos” en tales condiciones durante más de 20 días⁴³⁷. El Defensor del Pueblo instó el cierre inmediato y definitivo del muelle como lugar de recepción (Defensor del Pueblo, 2021: 69). Los migrantes fueron desalojados y trasladados a un campamento policial en Barranco Seco, otra localidad en la isla de Gran Canarias. En un primer momento el campamento consistió en una hilera de tiendas militares que posteriormente fueron reemplazados por módulos prefabricados, con parte del presupuesto recibido de la Comisión Europea que destinó 13.5 millones de euros para las estructuras de recepción⁴³⁸. El campamento pasó entonces a denominarse CATE. En las islas de Lanzarote y Fuerteventura, la custodia de migrantes se realizó en tiendas de campaña desplegadas en naves ubicadas en los puertos, gestionadas por la Policía Nacional. Otra parte del presupuesto de la Comisión Europea se destinó a las instalaciones en ambas islas. En Fuerteventura, las tiendas se reemplazaron por módulos prefabricados en el interior de las naves.

De este modo, a partir de 2018 se implantó y normalizó el sistema de CATE, a pesar no contar con una regulación jurídica que los defina ni con protocolos que reglamenten su funcionamiento. Según el Defensor del Pueblo (2021: 64), los CATE son “espacios habilitados por el Gobierno para la recepción y primera atención de las personas que llegan a las costas españolas de forma irregular”. La condición de los CATE como espacios de detención policial no permite equiparlos a los CIE, donde el internamiento

⁴³⁶ Instituto Nacional de Estadística, Población del padrón continuo por unidad poblacional a 1 de enero de 2021 en Arguineguín, disponible en: <https://www.ine.es/uc/C4YWkHqL>

⁴³⁷ Según el Auto del Juzgado de instrucción no. 2 de San Bartolomé de Tirajana, de 23 de noviembre de 2020, el motivo de la extensión de los plazos obedeció a la situación sanitaria y la necesidad de realizar pruebas PCR y, en su caso, seguir un período de cuarentena, lo que resulta una “prudente proporcionalidad entre la limitación de dicho derecho fundamental [a la libertad ambulatoria] y la salvaguarda de la salud pública” (FJ4). Mediante el mencionado Auto, el Juzgado archivó la denuncia presentada por el Ayuntamiento de Mogán por la situación en que se encontraban los migrantes en el muelle de Arguineguín.

⁴³⁸ El País, 24/10/2021, “Los migrantes cumplen un año hacinados en Canarias”. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2021-10-24/los-migrantes-cumplen-un-ano-hacinados-en-canarias.html#?rel=mas>

tiene lugar por orden judicial y puede superar las 72 horas. Tampoco son equiparables a los “Centros de migraciones” regulados en el art. 264 del RLOEx, ya que éstos forman la red pública con finalidades de integración social y se encuentran en la órbita del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social e Inmigración (Barbero, 2020b: 292). Ante la ambigüedad del término y la imprecisión sobre su naturaleza jurídica, en una sesión de control ante el Congreso, se preguntó al Ministro del Interior qué eran los CATE, a lo que respondió:

“Un CATE es eso, y ahí no están más de tres días. Esto lo tienen que tener en cuenta. Por eso podemos decir que es una comisaría, pero una comisaría donde se prestan muchos servicios que necesitan: intérpretes, medios sanitarios, ambulatorios a los que no necesitan una hospitalización, ACNUR, CEAR, la Policía. Eso es un CATE. Y allí las personas nunca están más de las 72 horas que pueden estar; no es un CIE, vuelvo a decir.”⁴³⁹

El primer CATE fue el de San Roque, instalado en el puerto de Algeciras en agosto de 2018, en la provincia de Cádiz. A partir de entonces este tipo de centro se multiplicó en territorios costeros de la península y en el archipiélago canario: Algeciras, Málaga, Motril, Almería y Barranco Seco (Las Palmas). Además, se encuentra prevista la apertura de nuevos CATE en Cartagena⁴⁴⁰ y en Arrecife (Gran Canarias)⁴⁴¹. Algunos centros tienen estructuras móviles, con estructuras desmontables para permitir su transporte e instalación en las zonas costeras, como en el caso de Barranco Seco (Las Palmas)⁴⁴².

El objetivo de los CATE consiste en proveer un espacio de primera recepción tras los desembarcos, realizar las tareas de identificación y, según el caso, iniciar el procedimiento de devolución con eventual internamiento en un CIE o iniciar el procedimiento de asilo y derivar a los servicios de asistencia y acogida de organizaciones con convenio. Siguiendo a Barbero (2020b), la lógica de los CATE responde a lo que Fernández-Bessa y Brandariz García (2016) denominan el “giro gerencial” del control

⁴³⁹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 577, de 29 de agosto de 2018, pág. 31.

⁴⁴⁰ Onda Regional, 09/01/2022, “Inmigrantes contra el CATE de Cartagena”. Disponible en: <https://www.orm.es/informativos/noticias-2022/inmigrantes-contra-el-cate-de-cartagena/>

⁴⁴¹ Canarias7, 03/02/2022, “El CATE de Arrecife se estrenará antes de final de mes”. Disponible en: <https://www.canarias7.es/canarias/lanzarote/cate-arrecife-estrenara-20220203164755-nt.html>

⁴⁴² Ministerio del Interior, Sala de Prensa, 16/04/2021, “Interior obtiene 13,5 millones de euros de la UE para el refuerzo de las capacidades de atención policial a los migrantes”. Disponible en: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/13173080

migratorio, es decir, que responden a un objetivo de eficiencia consistente en ejecutar más devoluciones, con menos internamientos o detenciones, al menor coste económico y burocrático (Barbero, 2020b: 294).

En la práctica, los CATE consisten en infraestructuras levantadas como extensiones de las comisarías de la Policía Nacional, consistentes en el despliegue de campamentos de tiendas y módulos. Su instalación y gestión corresponde al Ministerio del Interior. En su interior la Policía realiza las tareas de identificación y otras entidades prestan servicios de atención médica (Cruz Roja), información sobre protección internacional (ACNUR) y asistencia letrada (los turnos de oficio de extranjería de los Colegios de Abogados).

Debido a su ubicación y su gestión por la Policía Nacional, el MNPT (2019: 64) considera que los CATE se rigen por la regulación de las comisarías, la Instrucción 4/2018, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado». Además, como explica Barbero (2020b: 295), en su interior deben observarse los derechos recogidos en el Estatuto del detenido (art. 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal) y en el artículo 22 de la LOEx durante los procedimientos de devolución y expulsión: a ser informado de sus derechos y de las razones de la detención, a no declarar contra su voluntad, a recibir asistencia jurídica en las diligencias policiales y judiciales, a poner en conocimiento de un familiar u otra persona la situación de detención y el lugar de custodia, y a que no se ejecute la devolución cuando se solicite protección internacional o cuando se trate de mujeres embarazadas, menores y personas enfermas.

Al tratarse de una detención en dependencias policiales, la estancia está sujeta al plazo máximo de 72 horas. Superado el plazo, las personas pueden ser derivadas a un CIE para su expulsión, o liberadas con una orden de devolución, o, en el caso de solicitantes de asilo, pueden ser liberadas con una cita para formalizar la petición o derivadas a organizaciones con convenio para la prestación de atención a solicitantes de asilo. En este último caso, el traslado se realiza a los llamados Centros de Atención de Emergencia y Derivación (CAED), gestionados por organizaciones como Cruz Roja por concesión del Ministerio de Migraciones, Trabajo y Seguridad Social⁴⁴³.

⁴⁴³ Real Decreto 301/2019, de 26 de abril, por el que se regula la concesión directa de una subvención a Cruz Roja Española para la realización del programa de atención a inmigrantes llegados a las costas

En la práctica, la decisión de internamiento o derivación se realiza según la nacionalidad de las personas migrantes. Como señala el Defensor del Pueblo en los Informes anuales del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, los procedimientos tras las llegadas por vía marítima se diversifican en función de la nacionalidad y de las posibilidades materiales de llevar adelante las expulsiones⁴⁴⁴. Tales posibilidades vienen condicionadas por las facilidades de readmisión brindadas por los países de origen. Así, ante el incremento de llegadas a las costas andaluzas en 2018, las personas magrebíes (principalmente, de Marruecos y Argelia) fueron sometidas al procedimiento reglado “tradicional” de ser trasladadas a comisarías y CIE con una orden de expulsión con el objetivo de hacer efectiva la expulsión y readmisión, mientras que las personas subsaharianas fueron alojadas en centros polideportivos y en CATE durante 72 horas, siendo posteriormente puestas a disposición de organizaciones no gubernamentales con convenio con el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (Defensor del Pueblo, 2020: 68). En 2020, la dinámica se revirtió en la gestión de las llegadas a Canarias: las personas magrebíes fueron ingresadas en los CATE mientras que las de origen subsahariano fueron derivadas a dispositivos de atención humanitaria (Defensor del Pueblo, 2021: 66).

El procedimiento diversificado por nacionalidad ha sido criticado por organizaciones sociales debido a su carácter discriminatorio, dirigido a agilizar la expulsión y garantizar una mayor eficacia de los CIE (APDHA, 2020: 58). El Defensor del Pueblo ha reprochado que el procedimiento diversificado incluye una diferencia de trato por nacionalidad no contemplada en la Circular 6/2014, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, sobre los criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento (Defensor del Pueblo, 2020: 68). Además, las condiciones inapropiadas de alojamiento de los CATE han sido objeto de denuncia en los

españolas o a las ciudades de Ceuta y Melilla a través de las fronteras terrestres en el año 2019 («BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2019, páginas 43377 a 43384).

⁴⁴⁴ Defensor del Pueblo (2019: 63): “También se visitaron la Comisaría Local de la Policía Nacional en Algeciras (Visita 64/2018), así como el CIE de Tarifa (Visita 68/2018). Sus instalaciones solo se usaban para ingresar a personas de nacionalidad marroquí o argelina, mientras que las de origen subsahariano o asiático eran derivadas a dispositivos de atención humanitaria y custodia. Se solicitó información al respecto, respondiendo la DGP que esta práctica se fundamenta en que resulta habitualmente más fácil materializar las repatriaciones de ciudadanos magrebíes que las de ciudadanos subsaharianos y que ello es conocido por las personas procedentes de Marruecos y Argelia que «mantienen una actitud agresiva hacia los agentes tanto de la Guardia Civil como de la Policía Nacional».”

informes anuales del MNPT desde la instalación de este tipo de centros en 2018 (Defensor del Pueblo, 2019: 61-66; 2020: 63-69; 2021: 65-67; 2022: 58-64).

En el plano jurídico, la principal deficiencia de los CATE es su falta de regulación legal y la ausencia de normativa específica a nivel interno. En palabras de Barbero (2020b), este vacío legal añade inseguridad jurídica a las actuaciones del personal de la Administración Pública, dificulta el reconocimiento de derechos fundamentales de las personas recluidas y omite mecanismos de control imprescindibles en una sociedad democrática. Tales características aproximan a los CATE al régimen de hotspots implantado por la UE, ya que, a pesar de no contar con una declaración formal de la Comisión Europea, en la práctica operan como tales teniendo en cuenta las funciones que cumplen, algunos de ellos con intervención de Frontex (Barbero 2020b: 276). En este sentido, los CATE compartirían las características de los hotspots en cuanto, conforme las observaciones de Campesi (2018a), representan mecanismos desregulados a través de los que se pretende la institucionalización de lógicas securitarias. Siguiendo a Barbero (2020b: 301), la diferencia estriba en que el sistema de hotspots tiene formalmente el objetivo de facilitar la reubicación de solicitantes de asilo, ausente en el sistema español de CATE que opta por un improvisado *laissez passer* hacia países del norte europeo.

Como se analiza en el siguiente capítulo, la proliferación de centros de detención y recepción de migrantes en España no se traduce en un aumento de las solicitantes de asilo presentadas en las fronteras o en los propios centros. Se trata de una particularidad del sistema de asilo español, sobre la que la doctrina ha elaborado diferentes explicaciones posibles. A continuación, el objetivo del siguiente capítulo se centra en determinar si la política española centrada en la contención, inmovilidad y expulsión, en tanto que elementos que caracterizan al proceso de criminalización de la migración irregular, configuran un motivo adicional de explicación.

IV. CONCLUSIONES

No existe en el régimen jurídico español un delito que castigue de manera directa y formal a las personas extranjeras por el hecho de entrar y permanecer en el territorio de forma irregular. Las condiciones relativas al cruce de las fronteras y la posibilidad de residir en España se encuentran reguladas por normativa de naturaleza administrativa, de tal modo que no existe un proceso de criminalización formal en el sentido jurídico. El

derecho penal queda reservado para determinadas conductas que se consideran vulneradoras de los derechos de las personas migrantes. En concreto, el Código Penal español, tras la reforma del año 2015, por un lado, incluyó el delito de facilitación de la migración irregular, a modo de transposición de la Directiva europea, y, por otro, calificó como criminal la explotación laboral de personas extranjeras en situación irregular. En este sentido, el régimen jurídico español sigue los lineamientos del Derecho de la UE, en el que como observamos no se criminaliza directamente a la persona extranjera por la irregularidad de la entrada o la permanencia, sino a personas que –con independencia de su condición de nacional o extranjera– faciliten la entrada o la permanencia irregular o que entablen una relación laboral con una persona extranjera no autorizada a trabajar.

A pesar de la ausencia de la criminalización en sentido formal, al igual que sucede en el Derecho de la UE, el régimen jurídico español contiene una serie de elementos y mecanismos dirigidos al control fronterizo y migratorio que responden en su funcionamiento y en sus efectos a un proceso de criminalización en sentido jurídico material. A lo largo de las fronteras españolas operan dispositivos de control con carácter altamente selectivo, basados en la inmovilidad y en la expulsión. En particular, además de los dispositivos físicos y tecnológicos (como son las vallas en Ceuta y Melilla y la tecnología de detección por radares del SIVE), las medidas previstas en el ordenamiento jurídico de denegación de entrada, devolución y rechazo operan como mecanismos de cierre fronterizo y expulsión del territorio. En el caso de que se produzcan fallos en algunos de tales dispositivos y medidas (entendiendo por “fallo” la efectiva entrada irregular), se activa otra serie de medidas basadas en la inmovilidad, como son las diferentes formas de internamiento en los diversos centros de detención de migrantes, ubicados en las zonas de fronteras y extendidos a lo largo de una buena parte del territorio.

La “cultura de la detención migratoria” tiene un fuerte arraigo en España, incluso anterior a la incorporación del Estado al Espacio Schengen, y que hoy se replica con mayor intensidad. A lo largo del tiempo, el control fronterizo y migratorio ha decantado en múltiples y variadas formas de inmovilidad y de expulsión a través de diferentes mecanismos establecidos en las fronteras y dentro del territorio. Tales mecanismos siguen la naturaleza administrativa de la regulación sobre extranjería en España, pero al mismo tiempo presentan marcadas notas que los asemejan a los mecanismos tradicionalmente utilizados por el poder penal. Por otro lado, como resultado de la criminalización en sentido jurídico material, la naturaleza jurídica administrativa de los mecanismos provoca

que sus efectos penales no sean acompañados de las garantías procesales propias del derecho penal, o que las garantías que se reconozcan resulten escasas o prácticamente inoperativas.

En particular, la situación del Derecho (o, en concreto, de los derechos) en las fronteras españolas es especialmente frágil. El control migratorio en los espacios fronterizos queda librado a unos márgenes mayores de discrecionalidad administrativa y de inseguridad jurídica. Al cruzar la frontera de manera irregular, ya sea atravesando las vallas en Ceuta y Melilla o navegando las aguas del mar Mediterráneo o del océano Atlántico, la persona migrante queda expuesta a una especie de “limbo” jurídico, donde la vulneración de derechos es en ocasiones legalizada. Los movimientos irregulares en las fronteras terrestres y marítimas son gestionados por las agencias de control como situaciones excepcionales. A su vez, con motivo de la excepcionalidad, el ordenamiento jurídico habilita y legitima la aplicación de medidas extraordinarias, incluso sin una regulación jurídica específica como en el caso de los CATE. Con el tiempo, algunas de estas medidas se han convertido en “ordinarias”. En otras palabras, la excepcionalidad se ha “normalizado”.

La figura jurídica del “rechazo” en las vallas de Ceuta y de Melilla, según los términos de la Ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, representa un caso paradigmático. La excepcionalidad de una vía de hecho, incompatible con las obligaciones del Estado en protección internacional, ha sido posteriormente legitimada o “legalizada” por el ordenamiento jurídico. A su vez, la “ilegalización” de la migración ha servido de argumento para sostener la legitimidad de la actuación del Estado en el control de sus fronteras. En línea con el proceso de criminalización, en cuanto a la combinación del control migratorio y el poder penal, la complejidad queda reducida a la culpabilidad a título individual de la persona extranjera que intenta cruzar la frontera.

La lógica de la normalización de lo “extraordinario” se repite más recientemente mediante las respuestas de la gobernanza migratoria al incremento de las llegadas a las costas españolas desde 2018. Primero en las costas andaluzas y después en las costas canarias, los CATE se implementaron inicialmente como centros de recepción de emergencia para afrontar situaciones de “crisis” en la gestión de las fronteras. Años después, los proyectos de creación de nuevos CATE continúan en marcha, sin una

regulación jurídica precisa ni específica. La “cultura de la detención” perdura y, al mismo tiempo, precariza el reconocimiento de los derechos de las personas internadas.

En definitiva, el análisis sobre las fronteras españolas y los diferentes mecanismos de control basados en la inmovilidad y expulsión demuestra que la ausencia de vías de acceso al territorio, o las especiales dificultades para hacer uso de las existentes, conducen a situaciones de irregularidad que son gobernadas desde la excepcionalidad. En simultáneo, la excepcionalidad se convierte en ordinaria y sienta nuevas reglas. Ante ello, los elementos de la criminalización continúan en expansión. Las vías de entrada quedan reducidas al asilo o a la búsqueda de protección internacional. Como se analiza en el siguiente capítulo, en ello consistieron los argumentos del Estado español al defender su postura en el caso *ND* y *NT* ante el TEDH, y en ellos se asentó también el razonamiento formalista del Tribunal de Estrasburgo. Ninguna de ambas posturas consideró las deficiencias de las vías de acceso al sistema español de asilo en la práctica, ni la realidad de que para solicitar protección también es necesario migrar.

CAPÍTULO 9. ESPAÑA, ¿PAÍS DE ASILO? LA CRIMINALIZACIÓN DE LA
MIGRACIÓN EN LAS FRONTERAS COMO CAUSA DE DESPROTECCIÓN

I. INTRODUCCIÓN: OTRAS RESPUESTAS AL PORQUÉ DE LA AUSENCIA DEL ASILO EN LAS FRONTERAS ESPAÑOLAS

A pesar de la extensión geográfica de sus fronteras exteriores y de ser un Estado de llegada de un gran número de migrantes, España no se ha caracterizado por ser un país de asilo. El escaso número de solicitudes y la baja tasa de reconocimiento, en comparación con otros Estados de la UE, conducen a esa afirmación. Como sostiene Garcés-Mascreñas (2019: 214), si bien España se ha consolidado como un país de recepción de migraciones, nunca se ha reconocido como un país de asilo. Las estadísticas sobre solicitudes de protección internacional en España demuestran que el número de arribos, principalmente por vía marítima o en puestos fronterizos terrestres, no se refleja en un paralelo número de personas que busquen asilo en el Estado español.

Durante la “crisis de refugiados” en 2015 y 2016, según datos de Eurostat, se presentaron en España un 1.22% del total de solicitudes de asilo registradas en la UE⁴⁴⁵. Al mismo tiempo, la tasa de reconocimiento es notoriamente menor en comparación con el resto de Estados miembros de la UE: en 2021, por ejemplo, la tasa de reconocimiento en España fue 10.5%, mientras que el promedio de reconocimiento en el conjunto de la UE fue de 35% (CEAR, 2022). Esta circunstancia ha marcado un bajo interés de la academia por el sistema español de asilo (López Sala y Moreno-Amador, 2020: 3).

La pregunta que surge entonces es por qué España no es considerado un país de refugio. Las posibles explicaciones se han formulado en función de diferentes variables. Todas suelen coincidir en general en la escasa tradición del asilo y el bajo número de personas refugiadas en el país (Morgades Gil, 2014: 230). Los motivos señalados por diferentes investigaciones giran en torno a la subordinación del sistema español de asilo

⁴⁴⁵ Solicitudes de asilo presentadas en España: 2014: 5615; 2015: 14780; total: 30.535. Solicitudes de asilo presentadas en el conjunto de Estados miembros de la UE: 2014: 594180; 2015: 1282690. Datos de Eurostat, disponibles en: <https://ec.europa.eu/eurostat/data/database>

a las políticas migratorias y, en particular, la concepción del régimen de asilo “como una herramienta más del control de la inmigración y no como un compromiso internacional con los derechos humanos” (Barbero, 2021: 181); la dependencia de tales políticas migratorias a las lógicas del mercado (apertura en tiempos de crecimiento y cierre en épocas de crisis) (Garcés-Mascareñas, 2019: 215); o el etiquetamiento estereotipado de la migración africana como migración económica e irregular a la que el Estado no debe protección (López Sala y Moreno-Amador, 2020: 4). Asimismo, los bajos índices en materia de asilo han sido explicados con motivo de las deficiencias del procedimiento de asilo (Valles Ferrer, 2016: 236) y la política de inmovilidad en Ceuta y Melilla (González García, 2015: 327); el elevado porcentaje de inadmisiones y denegaciones (CEAR, 2020); la falta de regulación específica sobre los procedimientos de asilo y la consecuente inseguridad jurídica (Valle Ferrero, 2019: 238); y las deficiencias del sistema de acogida (Garcés-Mascareñas y Pasetti, 2019). Desde una perspectiva diferente, se ha señalado que España no es un país de asilo debido a que las llegadas son principalmente de migrantes económicos que no se encuentran en necesidad de protección internacional (García Mahamut, 2010: 91).

En este capítulo se aborda el estudio sobre el diseño normativo y la puesta en práctica del sistema español de asilo. El estudio se centra el impacto que el acervo jurídico y político sobre fronteras y migración tiene sobre el sistema de asilo, poniendo el foco en la situación de las personas solicitantes de asilo en espacios fronterizos y en centros de internamiento y recepción. El objetivo es articular una explicación sobre la baja cifra de solicitudes y reconocimiento del asilo que tienen lugar en las fronteras exteriores de España. Tomando en consideración las diferentes razones ya apuntadas en las investigaciones precedentes, el propósito es incorporar en la reflexión la influencia que tienen los elementos del proceso de criminalización de la migración irregular – contención, inmovilidad y expulsión– en el plano jurídico. Se trata de contribuir al estudio sobre la afirmación de que “España no es un país de asilo” a partir del análisis de la criminalización como un motivo adicional.

Al respecto, cabe afirmar que la criminalización obstruye tanto la presentación de la solicitud como el reconocimiento del asilo. Por un lado, la criminalización impide la entrada al territorio y, en caso de poder acceder, las condiciones del sistema –formalmente no sancionador, materialmente represivo de la situación migratoria irregular– desincentivan la presentación de la solicitud. Por otro, con respecto al Estado, la

concepción del asilo como un instrumento de “abuso” contra las políticas migratorias (concepción extendida tanto en España como en el resto de Estados parte del Espacio Schengen) provoca que tanto la admisión como el examen de la solicitud se realice bajo una constante “sospecha” del falso solicitante de asilo, “culpable” de migración irregular.

II. “NO ES PAÍS DE REFUGIO”: LA AUSENCIA DEL ASILO EN LAS FRONTERAS

España registra una de las tasas más bajas de solicitudes de asilo en la UE (CEAR, 2022). Como primer matiz, cabe señalar que la baja tasa de solicitudes de protección en España es especialmente notoria en los lugares fronterizos, en comparación con la cantidad de llegadas de migrantes por vía marítima (a través del Mediterráneo y del archipiélago canario) o terrestre (en Ceuta y Melilla). En este orden de cosas, como sostiene Barbero (2021: 184), “las fronteras africanas no son espacios para solicitar asilo”. De hecho, Ceuta y Melilla no contaron con oficinas de asilo hasta 2015, tras la llegada de refugiados sirios. La primera solicitud de asilo presentada en un puesto fronterizo español se produjo en Melilla en 2014 (Valles Ferrero, 2016: 239).

En cambio, el mayor número de solicitudes de protección en España se presentan en el territorio, principalmente por personas provenientes de países de América Latina⁴⁴⁶. Así, por ejemplo, siguiendo las tendencias de años anteriores, las principales nacionalidades de las personas que solicitaron asilo en España en 2021 son Venezuela, Colombia, Honduras, Nicaragua y El Salvador (CEAR, 2022). Las personas nacionales de países latinoamericanos arriban al territorio español a través de los aeropuertos internacionales y no formalizan la solicitud de asilo al momento de la llegada en el puesto fronterizo sino una vez que se encuentran en el territorio⁴⁴⁷. Al acceder por vía aérea, las entradas suelen producirse de forma regular mediante la presentación de documentos de viaje y visados. Al respecto, el régimen español de visados con respecto a países de América Latina, así como las sanciones a transportistas aéreos, son factores determinantes

⁴⁴⁶ Véase, por ejemplo, Informe del Ministerio del Interior “Asilo en cifras 2020”, datos sobre solicitantes de protección internacional por país de origen y lugar de presentación de la solicitud, disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo_en_cifras_2020.pdf

⁴⁴⁷ Según datos de Barbero (2021: 183), en el año 2019 se presentaron más de 91.000 solicitudes de asilo por personas latinoamericanas, de las cuales prácticamente la totalidad (96,7% - 99,2%) se formalizaron en el territorio y en escasas ocasiones en puestos fronterizos (0,4%-3,1%). Sólo algunas personas colombianas presentaron solicitudes en CIEs. Ninguna solicitud se presentó en embajadas.

de la entrada regular, a la vez que una importante limitante para otros eventuales solicitantes de asilo que no se encuentran en condiciones de acceder a España por vía aérea con toda la documentación necesaria para ello.

La diferencia entre el número de llegadas y de solicitudes de protección internacional conduce a sostener la condición de España como un país de tránsito de un gran número de personas migrantes, principalmente aquellas que llegan a través de la frontera sur, cuya intención es trasladarse a otros países europeos como Francia, Alemania o Bélgica (Barbero, 2021: 184). Esta característica es precisamente una de las razones que ha justificado la adopción del Reglamento de Dublín III⁴⁴⁸, impulsado por los Estados europeos del “norte” para evitar el problema de los “refugiados en órbita” o “*asylum shopping*” y retener en el territorio de los Estados de primera entrada a los migrantes irregulares que arriban a través de las rutas marítimas y terrestres del sur. Al respecto, según datos de Eurostat, España es uno de los Estados miembros que recibe las mayores cantidades de solicitudes de toma a cargo en el marco del sistema Dublín, principalmente fundamentadas en el ingreso irregular del solicitante de asilo por territorio español⁴⁴⁹.

Durante 2015 y 2016, el impacto de la “crisis” no fue significativo en España, en comparación con Italia y Grecia. Posteriormente, las medidas implementadas en estos dos países mediterráneos provocaron la desviación de las rutas hacia las fronteras españolas, que experimentaron una importante alza en el número de llegadas por mar en los siguientes años. Al mismo tiempo, a partir de 2017, se advierte un aumento del número de solicitudes de asilo registradas en España. El cambio de tendencia en el número de solicitudes se confirmó en 2019, cuando se alcanzó un máximo histórico de 118.264 solicitudes, según datos del Ministerio del Interior⁴⁵⁰, que colocó a España entre los principales países receptores de solicitantes de asilo en la UE. En concreto, en 2019 España fue el tercer país con mayor cantidad de solicitudes, después de Alemania y Francia (CEAR, 2021). Sin embargo, las principales nacionalidades en búsqueda de

⁴⁴⁸ Reglamento (UE) n ° 604/2013, op. cit.

⁴⁴⁹ Eurostat, última actualización 10/01/2022, Incoming 'Dublin' transfers by submitting country (PARTNER), legal provision and duration of transfer, disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/MIGR_DUBTI_custom_2009282/default/table?lang=en

⁴⁵⁰ Datos del Ministerio del Interior sobre solicitudes de asilo en España, disponibles en: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica>

protección internacional continuaron siendo de países de América Latina (Venezuela, Colombia, Honduras, Nicaragua y El Salvador). Asimismo, las solicitudes presentadas en frontera continuaron siendo escasas, representando el 6% del total (CEAR, 2021).

En 2020, el cierre de fronteras en el contexto de la pandemia de COVID-19 provocó un notorio descenso del 25% en el número de solicitudes de asilo en comparación con el año anterior: según datos de CEAR (2021), en 2019 se habían presentado 118.000 solicitudes mientras que en 2020 el número se redujo a 88.762. En el contexto de clausura de fronteras por motivo de la pandemia, el cierre de los pasos fronterizos en Ceuta y Melilla provocó el desplazamiento de la ruta hacia el archipiélago canario, que registró el arribo de más de 23.000 personas por vía marítima⁴⁵¹. A pesar del alto número de llegadas, sólo 4.000 solicitaron asilo⁴⁵². No obstante, el número de solicitudes de asilo registrado en aquel año en España es especialmente elevado en comparación con las cifras que se registraron en Italia (53.135) y Grecia (28.355). Ahora bien, siguiendo los datos de CEAR (2021), a pesar del aumento de llegadas por vía marítima y siguiendo la tendencia de años anteriores, la amplia mayoría de las peticiones en 2021 fueron realizadas en territorio (62.766), y sólo un 2,2% fueron presentadas en puestos fronterizos (1.589), en CIE (639) o a través de extensiones familiares en embajadas (410). Las cinco principales nacionalidades fueron latinoamericanas: Venezuela, Colombia, Marruecos, Mali y Senegal.

⁴⁵¹ Ministerio del Interior, Informe Quincenal, *Inmigración irregular. Datos acumulados de 1 de enero a 31 de diciembre de 2020*, disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/index.html>

⁴⁵² Datos del Ministerio del Interior sobre solicitudes de asilo en España, disponibles en: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica>. En 2021, el número total de solicitantes de asilo en la Comunidad Autónoma de Canarias fue 3.985.

Solicitudes de asilo		
Año	España	Unión Europea
2010	2740	*
2011	3420	*
2012	2565	*
2013	4485	*
2014	5615	594180
2015	14780	1282690
2016	15755	1221185
2017	36610	677575
2018	54050	625575
2019	117800	698760
2020	88530	472395
2021	65295	631840
*Sin datos disponibles.		

Tabla 13. Solicitudes de asilo en España y en el conjunto de Estados miembros de la UE entre 2010 y 2021. Elaboración propia. Fuente: Eurostat.

En añadidura al bajo número de solicitudes en comparación con otros Estados miembros de la UE, el Estado español presenta una baja tasa de reconocimiento de refugiados. En otras palabras, la mayoría de las solicitudes de asilo en España presentadas suelen ser desestimadas. En 2021, la tendencia en la concesión de protección también se mantuvo a la baja como en años anteriores. Siguiendo los datos de CEAR (2021), la tasa de aprobación de solicitudes de asilo en 2021 fue de 10.5%, muy por detrás de la media europea de 35%⁴⁵³, e incluso muy por debajo de otros países mediterráneos con características similares como Italia (34%) y Grecia (44%). Las decisiones desfavorables alcanzaron el 71% del total de procedimientos resueltos, recayendo en concreto en 49.537 casos. Hubo 7.371 resoluciones favorables, repartidas entre 5.354 concesiones de estatuto de refugiado y 2.017 de protección subsidiaria⁴⁵⁴. Además, se otorgó autorización de residencia por razones humanitarias en 12.983 casos, prácticamente la totalidad a personas de nacionalidad venezolana (12.817)⁴⁵⁵ (CEAR, 2022).

⁴⁵³ Por ejemplo: Alemania, 44%; Bélgica, 35%; Francia, 22%; Grecia, 55%; Italia, 23% (CEAR, 2021).

⁴⁵⁴ Desde el año 2014 la nacionalidad siria es la primera en concesión de protección subsidiaria (CEAR, 2021).

⁴⁵⁵ UNHCR, 30.01.2022, "Spain grants humanitarian protection to more than 12,000 Venezuelans". Disponible en: <https://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refdaily?pass=52fc6fbd5&id=61f787a53>

III. EL DISEÑO NORMATIVO DEL DERECHO DE ASILO EN ESPAÑA

España ratificó en 1978 la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁴⁵⁶. Aquel mismo año la Constitución española plasmó el derecho al asilo de las personas extranjeras en España. Según el artículo 13.4 CE, «la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». De esta disposición se desprende que el asilo fue reconocido como un derecho de configuración legal (Galparsoro, 2010: 102) y no como un derecho fundamental, como ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español⁴⁵⁷. Sin perjuicio de la configuración legal del derecho, su desarrollo legislativo se encuentra condicionado por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Derecho Internacional y en el Derecho de la UE (Valles Ferrer, 2016: 229). En particular, el Estado se encuentra obligado por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la CDFUE, que recoge el derecho de asilo en el artículo 18.

La primera regulación jurídica del asilo se aprobó en 1984, con anterioridad a la entrada del Estado español a la CE y la incorporación de su territorio al Espacio Schengen. Se hizo a través de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado⁴⁵⁸. Esta normativa ofrecía amplias garantías al derecho de asilo, alejándose de las dinámicas restrictivas que ya empezaban a experimentar las legislaciones de otros Estados europeos inmersos en el proceso de constitución del

⁴⁵⁶ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, «BOE» núm. 252, de 21 de octubre de 1978, pp. 24310 a 24328.

⁴⁵⁷ Así lo sostuvo la STC 53/2002, de 27 de febrero («BOE» núm. 80, de 3 de abril de 2002, pp. 77 a 88), FJ 4: “Si bien es cierto que el art. 13.4 CE reconoce el derecho de asilo, hay que subrayar que el mismo precepto constitucional remite al legislador ordinario —y sobre esto último volveremos en el FJ 14— los ‘términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España’. Estamos entonces ante una remisión al legislador ordinario para configurar el régimen de disfrute de este derecho constitucionalmente reconocido a quienes solicitan asilo en España. Atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en el texto constitucional (Capítulo I del Título I: ‘De los españoles y los extranjeros’) fácilmente se colige que no estamos ante un derecho fundamental de los enunciados en el Capítulo II del mismo Título I de la Constitución. Estamos, propiamente, ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo -o del ya asilado- serán, entonces, los que establezca la Ley. Obviamente, la Ley que regule el régimen de los extranjeros asilados -o peticionarios de asilo- ha de respetar plenamente los demás preceptos de la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros. Pero ningún precepto constitucional exige que esa Ley de configuración del derecho de asilo se apruebe con forma de ley orgánica.”

⁴⁵⁸ Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado («BOE» núm. 74, de 27 de marzo de 1984, pp. 8389 a 8392).

Espacio Schengen (Escobar Hernández, 1992: 69-70). De acuerdo con la Ley de asilo de 1984, la presentación de la solicitud otorgaba el derecho a ingresar en el territorio hasta su resolución, aún sin documentos válidos de viaje o estancia, y a permanecer durante el procedimiento administrativo y el eventual procedimiento judicial en caso de recurso. Esta primera legislación se mantuvo en vigor diez años. La incorporación de España a la CE y al Espacio Schengen en 1992 implicó la reforma del sistema de asilo, a fin de adaptarlo a la nueva situación del Estado español como frontera exterior de la organización.

1. Del asilo como protección al asilo como “fraude”

La ley 5/1984, de 26 de marzo, distinguía dos modalidades de protección: el estatuto de refugiado, en los términos de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, y la protección de asilo con motivo de otras situaciones en las que estuviera en peligro la vida o la integridad personal. La distinción se basaba en el estatuto de refugiado como una obligación internacional (sujeta al control judicial) y el asilo como una decisión discrecional del Estado (exenta de control judicial)⁴⁵⁹ de protección a determinadas personas, tuvieran o no la condición internacional de refugiado (Santolaya Machetti, 2001: 17). El asilo se concedía como una protección nacional “extra”, añadida a las obligaciones internacionales derivadas de la Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Escobar Hernández, 1992: 60). Incluso, la ley contemplada la posibilidad de ampliar el concepto de “refugiado” en caso de que España ratificara algún otro instrumento que así lo dispusiera⁴⁶⁰.

La cobertura de la protección resultaba notoriamente extensa. Gil Bazo (1998: 215) explica que este primer régimen jurídico de asilo en España, ampliamente generoso y garantista, era el resultado de la transición a la democracia tras cuarenta años de dictadura: por un lado, existía una especial preocupación por implementar un sistema

⁴⁵⁹ García Mahamut y Galparsoro (2010: 96): “Esta figura [del asilo], teóricamente más ventajosa puesto que implicaba autorización de residencia y de trabajo, adolecía de tan alto grado de indeterminación y dejaba tan amplio margen a la arbitrariedad del ejecutivo que, en la práctica, resultaba más precaria, hasta el punto de que la ley excluía la posibilidad de recurrir las denegaciones de asilo. Tuvo que ser la jurisprudencia la que fuera limitando la discrecionalidad administrativa y declarase su competencia para revisar las decisiones del gobierno pese a lo dispuesto en la ley.”

⁴⁶⁰ Ley 5/1984, op. cit., art. 22, 2º párr.

político respetuoso de los derechos humanos de nacionales y extranjeros; y, por otro, las fuerzas políticas democráticas sentían que cumplían una deuda con aquellos países que recibieron a los refugiados españoles exiliados del gobierno de dictadura⁴⁶¹.

Sin embargo, pocos años después de la aprobación de la primera ley de asilo de 1984, la adhesión de España a la CE y su incorporación al Espacio Schengen introdujo cambios significativos en el sistema español de migración y protección internacional, que pusieron fin a la amplitud de garantías del derecho de asilo. En el contexto europeo, el flujo creciente de refugiados que huían de la Guerra de los Balcanes había implantado la tendencia a la restricción de las políticas de asilo. Así quedó señalado en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo, en 1992, donde se acordó “evitar el abuso del derecho de asilo”⁴⁶².

Diez años después de la aprobación de la primera ley de asilo, la nueva situación de España dentro de la UE motivó una reforma que supuso una “revisión a la baja” del régimen anterior (Espada Ramos, 1994: 158). Respondiendo al rol de Estado español como “guardián del Espacio Schengen” (Valles Ferrer, 2019: 230), se aprobó la Ley 9/1994, de 19 de mayo⁴⁶³, que, provista de un solo artículo, modificó por completo el sistema de protección. De hecho, este único artículo aparejó la adopción de un nuevo Reglamento a la ley de asilo a través del Real Decreto 203/1995⁴⁶⁴. De manera expresa, la exposición de motivos del Real Decreto señalaba que la reforma estaba inspirada en la finalidad de “impedir la utilización fraudulenta con fines de inmigración económica del sistema de protección a los refugiados”⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ En igual sentido: Escobar Hernández, 1992: 70.

⁴⁶² Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11 y 12 de diciembre de 1992: [El Consejo] “[r]econoció la importancia de tales medidas [en referencia a la adopción de recomendaciones sobre expulsión, de resoluciones relativas a solicitudes de asilo manifiestamente infundadas y a terceros países de acogida, y de conclusiones sobre países en los que no existe, en general, riesgo grave de persecución] para evitar el abuso del derecho de asilo, con vistas a salvaguardar el principio mismo de ese derecho” (punto xii).

⁴⁶³ Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado («BOE» núm. 122, de 23 de mayo de 1994, pp. 15796 a 15800).

⁴⁶⁴ Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo («BOE» núm. 52, de 2 de marzo de 1995, páginas 7237 a 7246).

⁴⁶⁵ Real Decreto 203/1995, op. cit. exposición de motivos, segundo párr.: “En tal sentido, la nueva Ley remite de forma reiterada los preceptos de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, y se limita, en el ámbito procedimental, a configurar el marco general al que ha de ajustarse la tramitación de las solicitudes de asilo introduciendo un procedimiento de inadmisión a

La citada Ley 9/1994 introdujo dos reformas sustanciales. En primer lugar, eliminó la doble protección de refugio y asilo y mantuvo sólo la protección internacional del estatuto de refugiado, en los términos de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967. La protección por otros motivos quedó trasladada al régimen general de extranjería. En segundo lugar, las mayores restricciones al acceso al sistema de asilo se produjeron mediante el establecimiento del procedimiento de admisión a trámite tanto en la frontera como en el territorio. En el caso del procedimiento en frontera, se instauró un procedimiento acelerado de admisión, durante el cual el solicitante debía permanecer en “dependencias adecuadas”⁴⁶⁶. La tramitación del procedimiento de admisión podía extenderse durante cuatro días; y, en caso de presentarse una solicitud de reexamen frente a la resolución de inadmisión, durante otros dos días más.

Al superar el plazo de 72 horas de privación de libertad, el sistema en frontera suponía una forma de detención administrativa contraria a la Constitución (Gil Bazo, 1998: 221), ya que superaba el plazo mínimo fijado en el art. 17.2 CE. Ello motivó la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo. Sin embargo, el recurso fue rechazado en la STC 53/2002, de 27 de febrero, ya que el Tribunal Constitucional consideró que no se trataba de una detención sino de una “espera” mientras se tramitaba el procedimiento de admisión de la solicitud de asilo⁴⁶⁷. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH en el caso *Amuur*⁴⁶⁸, el TC sostuvo que esa espera no configuraba una restricción directa ni una limitación esencial de la libertad personal, sino que era una restricción cierta y limitada en el tiempo, en el espacio y en el modo, que

trámite para impedir la utilización fraudulenta con fines de inmigración económica del sistema de protección a los refugiados.”

⁴⁶⁶ La Ley 9/1994 introdujo el siguiente apartado en el art. 5.7.3: “Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello”.

⁴⁶⁷ STC 53/2002, op. cit., FJ 14: “El art. 5.7.3 [de la Ley de asilo] impone –en el marco de una regulación eminentemente protectora del extranjero, como es la Ley de Asilo– ciertas limitaciones temporales y espaciales a aquellos extranjeros que se encuentran en una situación provisional de espera perfectamente identificada en la Ley. Se trata de una restricción de la libertad de movimientos –respecto a su pretensión de entrar libremente en España– por un máximo de cuatro días (y a lo sumo dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen) que en ningún caso impide el libre retorno del recurrente a su lugar de procedencia o, en su caso, la marcha hacia un tercer Estado con distinto régimen de entrada. Con lo dicho debemos concluir que estamos ante modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutaban, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal.”

⁴⁶⁸ TEDH, Sentencia de 25 de junio de 1996, *Amuur v. France*, demanda 19776/92 (ECLI:CE:ECHR:1996:0625JUD001977692).

“modulaba” la libertad ambulatoria del extranjero y le otorgaba protección provisional. Además, consideró que la restricción estaba sujeta a la voluntad del extranjero, quien tenía la posibilidad de abandonar el país⁴⁶⁹.

Pocos años después de la aprobación de la Ley 9/1994, la puesta en común de la política de asilo en el ámbito de la UE tras la adopción del Tratado de Ámsterdam en 1997, conllevó nuevamente la necesidad de adecuar la legislación española a los estándares de la UE.

2. La adaptación del asilo español a los estándares del SECA

La normativa sobre protección internacional actualmente vigente en España se concentra en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁴⁷⁰. La adopción de una nueva normativa española de asilo obedeció a la obligación de trasponer extemporáneamente las Directivas de la primera fase del SECA: las Directivas de reconocimiento⁴⁷¹, de procedimientos⁴⁷², y de condiciones de acogida⁴⁷³, además de la Directiva de reagrupación familiar de nacionales de terceros países⁴⁷⁴. Con una década de retraso respecto a las Conclusiones del Consejo Europeo de

⁴⁶⁹ STC 53/2002, op. cit., FJ 14: “El art. 5.7.3 [de la Ley de asilo] impone —en el marco de una regulación eminentemente protectora del extranjero, como es la Ley de Asilo— ciertas limitaciones temporales y espaciales a aquellos extranjeros que se encuentran en una situación provisional de espera perfectamente identificada en la Ley. Se trata de una restricción de la libertad de movimientos —respecto a su pretensión de entrar libremente en España— por un máximo de cuatro días (y a lo sumo dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen) que en ningún caso impide el libre retorno del recurrente a su lugar de procedencia o, en su caso, la marcha hacia un tercer Estado con distinto régimen de entrada. Con lo dicho debemos concluir que estamos ante modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutaban, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal.”

⁴⁷⁰ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria («BOE» núm. 263, de 31/10/2009).

⁴⁷¹ Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DO L 304, 30.9.2004, p. 12-23).

⁴⁷² Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DO L 326, 13.12.2005, p. 13-34).

⁴⁷³ Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los estados miembros (DO L 31, 6.2.2003, p. 18-25).

⁴⁷⁴ Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar (DO L 251, 3.10.2003, p. 12-18), Capítulo V (Reagrupación familiar de refugiados).

Tampere⁴⁷⁵, la trasposición se realizó fuera de plazo, lo que motivó la condena del TJCE a España⁴⁷⁶.

La protección de la Ley 12/2009 continúa circunscrita al cumplimiento de la obligación internacional de reconocer el estatuto de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967. Sin embargo, en comparación con la Ley de 1994, se observan algunos avances importantes en el alcance de la protección (García Mahamut, 2010: 41). El legislador español añadió explícitamente el género y la orientación sexual como motivos de persecución (art. 3)⁴⁷⁷, los cuales no se encuentran mencionados de manera expresa en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Además, en línea con la Directiva de reconocimiento, a la par de la protección de asilo, se añadió la concesión de la protección subsidiaria a aquellas personas que no reúnen los requisitos para ser reconocidas como refugiadas, pero sobre quienes existe un riesgo real de sufrir un daño grave contra su vida o su integridad (art. 4 y 10). En añadidura, se incluyó la especial consideración de situaciones de mayor vulnerabilidad en las que pudieran encontrarse “menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos” (art. 46)⁴⁷⁸.

A pesar de los avances, desde sus inicios la puesta en funcionamiento de la Ley 12/2009 presenta importantes deficiencias. A más de diez años de su aprobación, el

⁴⁷⁵ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

⁴⁷⁶ STJCE, Sala Quinta, *Comisión contra España*, sentencia de 9 de julio de 2009, asunto C-272/08 (ECLI:EU:C:2009:442).

⁴⁷⁷ Ley 12/2009, op. cit. art. 3: “La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.”

⁴⁷⁸ A partir de la aprobación de la Ley 12/2009 las víctimas de trata de personas pueden ser reconocidas como refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria. Con anterioridad, se consideraba que la trata de personas no configuraba una situación de persecución o de temor de persecución, por lo que la protección se limitaba al régimen de extranjería (Morgades Gil, 2014: 234). El 21 de octubre de 2013, el Ministerio del Interior, a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio, concedió por primera vez el estatuto de refugiado a una mujer nigeriana víctima de una red de explotación sexual (El País, 21.10.2013, “España otorga por primera vez el asilo a una víctima de la trata de mujeres”, disponible en: https://elpais.com/politica/2013/10/21/actualidad/1382340211_584098.html).

Congreso español aún no ha aprobado un reglamento a la ley, lo que dificulta la aplicación práctica de la integridad de sus disposiciones. Como señala Barbero, el desinterés político en dotar a la ley de su correspondiente reglamento revela la concepción del régimen de asilo “como una herramienta más del control de la inmigración y no como un compromiso internacional con los derechos humanos” (Barbero, 2021: 181). La omisión de dotar de un reglamento a la Ley 12/2009 se suple mediante la aplicación del reglamento de la anterior Ley 9/1994 (el citado Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero). Estas carencias normativas amplían los márgenes de la discrecionalidad de la autoridad de aplicación y traen como consecuencia incertidumbre e inseguridad jurídica para los solicitantes de asilo.

La falta de reglamentación deja librada la aplicación de varias disposiciones legales a la discrecionalidad administrativa, lo que puede tender a interpretaciones restrictivas por parte de la Administración (García Vitoria, 2018: 122). En concreto, el Defensor del Pueblo (2018a) apuntó que la falta de reglamentación es utilizada como pretexto para justificar los retrasos en la resolución de algunos expedientes. Asimismo, como se analiza más adelante, obstruye la posibilidad de presentar solicitudes de asilo en embajadas y consulados, ya que la ley de asilo remite al reglamento la determinación de las condiciones para acceder al asilo en las embajadas y el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España⁴⁷⁹. Estas circunstancias han sido compensadas parcialmente por la interpretación de los tribunales, como se señala más adelante respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁸⁰.

La amplitud de la discrecionalidad por parte de la Administración se evidencia tanto en la fijación de las condiciones de acceso al sistema de asilo, como durante el procedimiento de tramitación de la solicitud, y posteriormente al momento de brindar las condiciones y servicios de acogida. A continuación, el análisis se centra en las restricciones que operan en los dos primeros niveles señalados, es decir, en el acceso al sistema de asilo y durante el procedimiento de tramitación de la solicitud, atendiendo especialmente a las restricciones que derivan de la introducción de elementos característicos de los procesos de securitización y criminalización de la migración. En

⁴⁷⁹ Ley 12/2009, op. cit., art. 38.

⁴⁸⁰ STS 3445/2020, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de 15 de octubre de 2020, FJ 3.

particular, el estudio se detiene en los elementos de inmovilidad, contención y exclusión como mecanismos tradicionalmente penales que, en la gobernanza de los migrantes irregulares y solicitantes de asilo, se aplica con un conjunto reducido de garantías procesales. En particular, la investigación se enfoca en la situación de las solicitudes de asilo presentadas en los puestos fronterizos españoles y en los centros de extranjeros por parte de personas a las que se ha denegado la entrada o que han sido interceptadas al momento de intentar cruzar la frontera de manera irregular.

IV. EL ACCESO AL SISTEMA ESPAÑOL DE ASILO: GARANTÍAS Y DERECHOS SEGÚN EN DÓNDE Y PARA QUIÉN

El sistema de asilo español contempla diversas vías de acceso al procedimiento de protección internacional. Las diferencias entre cada vía están determinadas, en el plano jurídico, por el lugar donde la solicitud de protección es presentada, esto es en las fronteras, en el territorio, en centros de internamiento o recepción, o en embajadas fuera del país. Más allá de este plano formal, el funcionamiento práctico del sistema demuestra que existen también diferencias según las circunstancias personales del solicitante, especialmente la nacionalidad. Esto último viene condicionado, en definitiva, por las posibilidades reales de acceso al territorio español (Barbero, 2021: 186), restringidas en gran medida por el sistema de visados y por el régimen de sanciones a transportistas.

De este modo, por ejemplo, las personas latinoamericanas, que representan las principales nacionalidades solicitantes de asilo en el Estado español, suelen ingresar a través de aeropuertos internacionales de manera regular, tras la concesión de visados de turismo en consulados, o sólo con pasaporte (y cumpliendo las condiciones de estancias de corta duración) cuando existen acuerdos de exención de visados entre Estados. Por el contrario, las personas africanas, provenientes de países incluidos en las llamadas “listas negras” del Espacio Schengen, suelen recurrir a la vía marítima y al cruce de las fronteras terrestres de Ceuta y Melilla. Cualquiera de estas vías presenta características muy diferentes a la migración latinoamericana (Barbero, 2021: 183). Los cruces suelen tener lugar de manera irregular, de manera fraudulenta (escondidos en vehículos, con pasaportes falsos o “alquilados”, etc. –Amnistía Internacional, 2016a, 2016b–) o a través de lugares no autorizados. Las personas interceptadas en tales circunstancias suelen ser derivadas a centros de extranjeros para su identificación y eventual deportación. Además

de la nacionalidad, el género es un factor determinante al momento de decidir una vía de acceso al territorio, debido a la mayor peligrosidad de las rutas en la frontera sur española para las mujeres como consecuencia de las posibilidades de ser víctimas de violencia y agresiones sexuales, o de trata. Como resultado, por ejemplo, los cruces de las vallas de Ceuta y Melilla son realizados prácticamente sólo por hombres, mientras que las mujeres suelen recurrir al paso terrestre en vehículos o por vía marítima (CEAR-Euskadi, 2020). Ello implica también que existe un mayor número de hombres detectados y detenidos en la frontera sur (Fernández-Bessa, 2021: 97).

En el plano jurídico, la ley española contempla tres procedimientos de asilo según el lugar donde se presente la solicitud: el procedimiento dentro del territorio; el procedimiento en puestos fronterizos y en Centros de Internamiento de Extranjeros; y el procedimiento en embajadas y consulados. En cualquiera de tales casos, el artículo 17.2 de la Ley 12/2009⁴⁸¹ prevé que la entrada ilegal al territorio no podrá ser sancionada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados. Sin embargo, la disposición española condiciona la no aplicación de sanciones a que la persona reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional. El problema que plantea esta condición es que su apreciación requiere un examen de fondo de la solicitud, que no se condice por completo con el artículo 31.1 de la Convención, que requiere solamente que la persona se presente sin demora a las autoridades y alegue causa justificada de su entrada o presencia ilegales. Además, como se analiza a continuación, el examen de fondo presenta una notoria limitación de garantías en el procedimiento iniciado en puestos fronterizos y en CIE.

En el caso de personas interceptadas en el mar, se considera que la solicitud formulada en tales condiciones ha sido presentada en un puesto fronterizo⁴⁸². Por lo tanto, correspondería la tramitación por el procedimiento de frontera cuando la solicitud de asilo es presentada inmediatamente después de la interceptación. Sin embargo, en la práctica,

⁴⁸¹ Ley 12/2009, artículo 17.2: “La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.”

⁴⁸² Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad núm. 20/2005, de 23 de septiembre, sobre control de la inmigración irregular que llega a España en embarcaciones: “Cuando los interceptados manifiesten la intención de solicitar asilo, la petición tendrá la consideración de solicitud presentada en puesto fronterizo y se tramitará de conformidad al procedimiento establecido al efecto”.

las solicitudes presentadas por migrantes que arriban en embarcaciones (o que son desembarcados tras operaciones de rescate) son tramitadas por el procedimiento de territorio debido a la falta de medios para su tramitación por el procedimiento de frontera (Valle Ferrero, 2019: 236).

Asimismo, las circunstancias en las que tienen lugar las interceptaciones en el mar pueden conducir a que las personas desembarcadas no expresen su intención de solicitar asilo hasta después de haber sido trasladadas a centros de acogida o comisarías, en ocasiones tras haberse ya iniciado un procedimiento de devolución. En tales casos, corresponde que la solicitud se tramite por el procedimiento en territorio. Esta cuestión se planteó en el caso de H.N., un nacional de Costa de Marfil, rescatado el 19 de mayo de 2016 en el mar junto con otras 53 personas que navegaban en una balsa a 56 millas de la costa de Málaga (Málaga Acoge, 2016). Una vez desembarcadas, fueron detenidas por la Policía y trasladadas a comisaría donde se inició un procedimiento de devolución. En el marco de este procedimiento, H.N. presentó una solicitud de asilo en comisaría. La Policía aplicó el procedimiento de frontera y ordenó el internamiento del solicitante en un CIE estando aún pendiente la admisión de la solicitud. La Audiencia Nacional resolvió que debía aplicarse el procedimiento ordinario ya que la solicitud se había presentado en la comisaría, es decir una vez que se encontraba ya en el territorio⁴⁸³.

A continuación se analizan los diferentes procedimientos de tramitación de la solicitud de asilo en función del lugar donde se presente, prestando especial atención a las garantías procedimentales, a las condiciones que ofrece cada procedimiento para un examen del fondo del asunto previo a la expulsión en caso de denegación, y las consecuencias que irradia cada uno de estos procesos en el ejercicio del derecho a la libertad de circulación. Atendiendo a la delimitación del objeto de estudio, relativo a la situación de los solicitantes de asilo en las fronteras y en centros de extranjeros tras intentar cruzar irregularmente, se realiza una descripción y análisis breve del procedimiento dentro del territorio, para resaltar las particularidades que lo distinguen de los procedimientos en espacios fronterizos y en condiciones de internamiento.

⁴⁸³ Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, sentencia de 22 de marzo de 2019 (SAN 1197/2019 - ECLI:ES:AN:2019:1197).

1. El procedimiento ordinario dentro del territorio

Los procedimientos dentro del territorio y en puestos fronterizos o en CIE difieren con motivo de la situación administrativa de permanencia en la que se encuentra el solicitante durante la tramitación. Asimismo, la extensión de los plazos procesales varía significativamente en cada tipo de procedimiento, lo que determina en gran medida los alcances de las garantías procesales durante las etapas de admisión formal y de evaluación sobre el fondo de la petición.

El procedimiento en el territorio se inicia con la presentación de la solicitud en “los lugares que reglamentariamente se establezcan”. Debido a la ausencia del reglamento de la Ley 12/2009, la determinación del lugar varía según la provincia donde se encuentre el solicitante (Valles Ferrero, 2019: 236): en Madrid, la solicitud se presenta en la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), mientras que en el resto de provincias depende de que la competencia haya sido atribuida a la Policía Nacional o a la Oficina de Extranjeros.

Una vez presentada la solicitud en el territorio, la tramitación del procedimiento es de tipo ordinario, lo que determina que la regla general sea la libertad de circulación del solicitante durante la tramitación, y que el plazo de admisión de la solicitud pueda extenderse hasta un mes. En este sentido, se considera que la persona se encuentra en situación de permanencia regular en el territorio hasta que el procedimiento concluya con una resolución denegatoria firme. Transcurrido el plazo de un mes sin haberse notificado la resolución, la solicitud se considera admitida. Concluida la fase de admisión, se abre la evaluación sobre el fondo, que puede extenderse durante seis meses.

A diferencia de este procedimiento ordinario, de plazos extendidos, la solicitud de asilo de una persona en frontera se rige por reglas diferentes que abrevian notoriamente los plazos y las etapas procesales, y que, en consecuencia, estrechan los márgenes para el estudio del fondo. Las solicitudes presentadas en las fronteras, al igual que en los CIE, se rigen por un procedimiento extraordinario, que como tal reduce las posibilidades de acceso al asilo. La naturaleza extraordinaria se asienta en las zonas fronterizas y en los centros de detención, donde la excepcionalidad legitima mayores restricciones al acceso al asilo.

2. El procedimiento extraordinario en las fronteras y en los CIE

Las reglas del procedimiento en fronteras o en los CIE siguen la lógica de un mecanismo extraordinario, en el que los plazos de la fase de admisión se reducen considerablemente. Incluso, la expeditiva fase de admisión puede dar lugar a una resolución de denegación sobre el fondo. La libertad de circulación queda restringida y la persona debe permanecer en las “dependencias habilitadas a tal efecto”⁴⁸⁴. En el caso del procedimiento en fronteras, las dependencias donde debe permanecer el solicitante suelen ser celdas de comisarías y establecimientos policiales ubicados en las ciudades de fronteras, cuyas precarias condiciones han sido objeto de denuncias (Human Rights Watch, 2019).

Como observa Valles Ferrero (2016: 234), los procedimientos de frontera y en el CIE operan como un “filtro muy efectivo para impedir entradas en España”. El plazo de admisión de la solicitud de asilo se reduce a cuatro días. Tras la adopción de la Ley 12/2009, durante esta breve fase de admisión, el Ministerio del Interior puede dictar también una resolución de denegación, lo que implica un examen sobre el fondo del asunto⁴⁸⁵. Esto es, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario, el examen de fondo puede ser realizado por un solo órgano, el Ministerio del Interior, en ausencia de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio⁴⁸⁶. La jurisprudencia del Tribunal Supremo advierte que, durante la fase de admisión, la posibilidad de que tenga lugar un rechazo sobre el fondo de la solicitud “reclama una aplicación prudente y restrictiva”⁴⁸⁷,

⁴⁸⁴ Ley 12/2009, op. cit., art. 22.

⁴⁸⁵ Según lo dispuesto en el art. 21.3 de la Ley 12/2009, el plazo de cuatro días puede ampliarse por resolución del Ministerio del Interior, hasta un máximo de diez días, cuando concurran causales de exclusión o denegación del estatuto de refugiado o de la protección subsidiaria, y la ampliación sea solicitada por el ACNUR de manera razonada.

⁴⁸⁶ Art. 23.2: “La Comisión Interministerial de Asilo y Refugio es un órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior, que está compuesto por un representante de cada uno de los departamentos con competencia en política exterior e interior, justicia, inmigración, acogida de los solicitantes de asilo e igualdad.”

⁴⁸⁷ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia número 1971/2013, de 27 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1971), FJ 9: “[C]uando se acuerda la denegación por el cauce del artículo 21.2º, nos hallamos ante una resolución denegatoria acordada mediante un procedimiento brevísimo que comporta una patente disminución de garantías para el solicitante, y que por mucho que se intitule ‘denegación’ reviste una funcionalidad u operatividad práctica cercana a las resoluciones de inadmisión, dado que excluye las reglas del procedimiento ordinario y también las del procedimiento de urgencia (iguales a las del ordinario salvo en la reducción a la mitad de los plazos), y más concretamente excluye la intervención de la CIAR [Comisión Interministerial de Asilo y Refugio], determinando al fin y a la postre que la solicitud sea rechazada sin haber llegado a ser analizada a fondo.”

atendiendo al carácter brevísimo del procedimiento y la consecuente disminución de garantías para el solicitante.

Durante el procedimiento de admisión a trámite en frontera y en CIE, los motivos que habilitan la denegación guardan relación en su mayoría con los presupuestos básicos de la concesión de protección internacional, con excepción de uno de ellos que atañe realmente al fondo de la petición. Así, según el artículo 21.1 de la Ley 12/2009, los motivos relativos a los presupuestos de la concesión de protección son: i) que se planteen cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria; ii) que el solicitante proceda de un país de origen considerado seguro (del que posea la nacionalidad o, si fuere apátrida, en el que tuviera su residencia habitual); iii) que el solicitante esté incurso en alguna causa de exclusión o denegación. En síntesis, los tres motivos refieren estrictamente a la admisibilidad de la solicitud de protección.

Ahora bien, el art. 21.2 añade otro motivo relativo al fondo de la petición, cuyo examen en esta primera fase expeditiva de admisión resulta problemático. Según el tenor de la norma, este último motivo procede “cuando la persona solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave”. La valoración de tales extremos puede resultar limitada en los plazos breves del procedimiento de admisión en fronteras y en CIE, con el riesgo de que la decisión de denegación resulte arbitraria.

Contra la decisión de inadmisión o denegación del Ministro del Interior, el solicitante puede pedir el reexamen en un plazo de dos días posteriores. La decisión del reexamen corresponde al mismo órgano que dictó la resolución impugnada y debe notificarse en un plazo de dos días. En suma, el procedimiento completo tiene un plazo legal máximo de ocho días durante los que la persona puede permanecer detenida⁴⁸⁸. Al igual que sucede cuando la solicitud se presenta en un puesto fronterizo, la reducción de

⁴⁸⁸ Según lo dispuesto en el art. 21.5 de la Ley 12/2009, el incumplimiento de cualquiera de los plazos fijados tiene como consecuencia que la tramitación se realice por el procedimiento ordinario y que el solicitante quede autorizado a entrar y permanecer provisionalmente en el territorio.

los plazos obedece a la presunción del “abuso del asilo” como una estrategia fraudulenta de entrada y permanencia en el territorio. Así lo calificó una sentencia del Tribunal Supremo, donde consideró que la presentación de la solicitud de asilo por una persona internada en el CIE representaba un uso fraudulento del sistema de asilo tendente a evitar la sanción de expulsión del territorio⁴⁸⁹.

En caso de que, tras el reexamen, se mantenga la resolución de inadmisión o denegación, la ley contempla la posibilidad de interponer un recurso de reposición (de carácter administrativo, cuya resolución corresponde también al mismo órgano) y/o un recurso contencioso administrativo (de carácter judicial). Durante el tiempo de la fase de admisión, el reexamen y el recurso de reposición, el solicitante permanece internado en el puesto fronterizo o en el CIE y no puede ejecutarse una orden de expulsión en su contra. Una vez agotada la vía administrativa, la interposición del recurso contencioso administrativo no tiene como efecto la suspensión automática de la expulsión, sino que ésta debe ser solicitada a la autoridad judicial (el Juzgado contencioso administrativo o la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional).

La solicitud de suspensión de la expulsión se tramita como una medida provisional. De este modo, la resolución denegatoria de la suspensión puede tener como efecto la ejecución de la expulsión sin que la autoridad judicial haya examinado el fondo de la petición de asilo. La compatibilidad de esta medida cautelar suspensiva, con relación a la garantía de un recurso judicial efectivo en los términos del artículo 13 del CEDH, fue enjuiciada por el TEDH en el asunto *A.C. y otros c. España*⁴⁹⁰. El asunto reunía las demandas de treinta personas saharauis, detenidas en el CIE de Puerto del Rosario en Canarias tras desembarcar en pateras en el archipiélago entre enero de 2011 y agosto de 2012. Sus solicitudes de asilo habían sido denegadas en el procedimiento de frontera y,

⁴⁸⁹ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia número 1472/2019, de 29 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3410). En igual sentido, por ejemplo, las respuestas de representantes de la Policía Nacional en el Informe Anual 2017 del MNPT, quienes: “señalaron que, a su juicio, las solicitudes de asilo que se presentan en los CIE son en su mayoría de carácter espurio, ya que únicamente se pretende evitar la repatriación. Por ello, plantearon que los trámites de protección internacional se lleven a cabo de una manera más rápida, en unidad de acto a través de videoconferencia” (Defensor del Pueblo, 2018b: 124).

⁴⁹⁰ TEDH, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2014, *A.C. and others v. Spain*, demandas 6528/11, 6529/11, 6530/11, 6559/11, 6562/11, 6569/11, 6572/11, 6574/11, 6586/11, 6590/11, 6595/11, 6602/11, 6605/11, 6869/11, 6875/11, 19730/11, 19739/11, 19766/11, 19774/11, 19783/11, 19791/11, 19796/11, 19837/11, 19846/11, 19854/11, 19913/11, 19920/11, 19951/11, 61912/12, 62497/12 (ECLI:CE:ECHR:2014:0422JUD000652811).

al presentar el recurso contencioso administrativo, solicitaron la suspensión de la expulsión. La medida provisional suspensiva fue denegada por el órgano judicial. Ante ello, los solicitantes instaron la suspensión al TEDH conforme el art. 39 del CEDH. El TEDH condenó finalmente a España porque la medida provisional de suspensión no representaba un recurso judicial efectivo.

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ya había señalado con anterioridad que, en materia de expulsión del territorio, un recurso desprovisto de efecto suspensivo automático no cumple las condiciones de efectividad requeridas por el artículo 13 del CEDH⁴⁹¹. En el caso de *A.C. y otros c. España*, la falta de efecto suspensivo del recurso judicial implicaba que, en caso de no haber acudido ante el TEDH, los demandantes habrían sido expulsados sin que el fondo de sus alegaciones hubiera sido objeto de un examen riguroso y rápido⁴⁹². Asimismo, el Tribunal llamó la atención por la situación de “incertidumbre jurídica y de precariedad material a la espera de las decisiones definitivas sobre sus recursos”⁴⁹³ en la que se encontraban los solicitantes, durante más de dos años desde su arribo. A criterio del Tribunal, tal situación contrarrestaba la efectividad del recurso judicial, que debido a la falta de efecto suspensivo debería ser resuelto sobre el fondo con una celeridad especial y en plazos cortos⁴⁹⁴.

Ahora bien, una vez que la petición de asilo o protección subsidiaria es admitida a trámite, se sigue un procedimiento ordinario (art. 24), con excepción de las solicitudes presentadas en CIE a las que corresponde siempre la tramitación de urgencia (art. 25.2). Tanto el procedimiento ordinario como el procedimiento de urgencia siguen los mismos pasos para el examen de la solicitud admitida a trámite. La diferencia estriba en los plazos de tramitación, ya que el plazo de seis meses del procedimiento ordinario⁴⁹⁵ se reduce a

⁴⁹¹ TEDH, Sección Tercera, *A.C. and others v. Spain*, op. cit., párr. 88: “El TEDH ha estimado, en efecto, que en materia de expulsión del territorio, un recurso desprovisto de efecto suspensivo automático no cumple las condiciones de efectividad requeridas por el artículo 13 del Convenio (*Čonka* [...], § 83, *Sultani c. Francia*, no 45223/05, § 50, TEDH 2007-IV (extractos), *Gebremedhin* [...], § 66, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GC], no 27765/09, § 200, TEDH 2012, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* [...], §§ 290 à 293, *De Souza Ribeiro* [...], § 82).”

⁴⁹² TEDH, Sección Tercera, *A.C. and others v. Spain*, op. cit., párr. 102.

⁴⁹³ TEDH, Sección Tercera, *A.C. and others v. Spain*, op. cit., párr. 103.

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

⁴⁹⁵ Transcurrido el plazo de seis meses sin que se haya notificado la resolución, se entenderá desestimada, sin perjuicio de la obligación de Administración de resolver expresamente (Ley 12/2009, art. 24.2), salvo cuando se haya informado al solicitante la ampliación del plazo en el caso de solicitudes cuya tramitación pudiese exceder de seis meses (Ley 12/2009, art. 19.7).

la mitad en el procedimiento de urgencia en el CIE. En ambos casos, la instrucción corresponde a la Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior. Finalizada la instrucción, el expediente se eleva a estudio de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que formula una propuesta al Ministerio del Interior a fin de que dicte la resolución que concede o deniega el asilo o la protección subsidiaria.

3. El procedimiento especial (sin ley específica) en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla

Ceuta y Melilla representan dos espacios paradigmáticos para definir a España como un país de migración y no de asilo. A pesar de que ambos enclaves son lugares estratégicos de cruce de las rutas migratorias desde África hacia Europa desde hace décadas, la primera solicitud de asilo se presentó en Melilla en septiembre de 2014. Esta fue también la primera solicitud de asilo presentada en un puesto fronterizo terrestre en España (Valles Ferrero, 2016: 239). Ello se dio en el contexto de los desplazamientos forzados tras el recrudecimiento del conflicto en Siria en 2013, momento en el que refugiados sirios arribaron a España, ingresando principalmente por el puesto fronterizo de Beni-Enzar en la ciudad de Melilla. Ante la ausencia de vías legales de acceso, los cruces se produjeron en gran medida mediante la práctica de “alquiler” de pasaportes marroquíes (Amnistía Internacional, 2016a, 2016b). Se estima que, a la fecha de la primera solicitud de asilo en Melilla, entre enero y septiembre de 2014, más de 2000 sirios habían ingresado a Melilla recurriendo a vías irregulares⁴⁹⁶.

Tras las primeras solicitudes de asilo, el 5 de noviembre de 2014 el Ministerio del Interior anunció por nota de prensa la creación de dos oficinas de asilo en los puestos fronterizos de El Tarajal en Ceuta y de Beni-Enzar en Melilla⁴⁹⁷. La instalación de ambas oficinas fue reconocida como un importante avance en materia de protección

⁴⁹⁶ ACNUR - Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (2014). ACNUR da la bienvenida a la creación de oficinas de asilo en puestos fronterizos de Ceuta y Melilla. Nota de prensa, 6.11.2014. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/press/2014/11/5b0c1a5669/acnur-da-la-bienvenida-a-la-creacion-de-oficinas-de-asilo-en-puestos-fronterizos-de-ceuta-y-melilla.html#:~:text=El%20Alto%20Comisionado%20de%20las,fronterizos%20de%20Ceuta%20y%20Melilla>

⁴⁹⁷ Ministerio del Interior, Sala de Prensa, 05/11/2014, “El Ministerio del Interior creará oficinas de asilo y protección internacional en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla”, disponible en: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/2765345

internacional en España⁴⁹⁸, aunque, como sostiene Valles Ferrero (2016: 239), se trataba de disponer de los medios que deberían haberse instalado veinte años atrás para cumplir con la ley de asilo de 1994. En particular, la puesta en marcha de la oficina en Melilla, en el contexto de desplazamiento de población siria a través de este enclave, sumado a la política de traslado regular de solicitantes de asilo a la península tras la admisión a trámite, significó una notoria modificación en la tendencia de las solicitudes de frontera. Según datos del ACNUR (2015: 4), entre enero de 2014 y septiembre de 2015, el 80% de las personas sirias que ingresaron en Melilla (de un total de 5.800) lo hicieron solicitando asilo en el puesto fronterizo de Beni-Enzar.

La mencionada nota de prensa del Ministerio del Interior especificaba que el procedimiento a seguir en Ceuta y Melilla sería el procedimiento de frontera. Llama la atención que la nota de prensa incluyera una excepción al régimen previsto por la Ley 12/2009 (Valle Ferrero, 2019: 237), al señalar que los solicitantes no deberían permanecer en dependencias del puesto fronterizo sino “en el territorio de Ceuta y Melilla, bien en el CETI, bien en el alojamiento privado al que, en su caso, pudieran optar”⁴⁹⁹. La excepción fue justificada por el Ministerio del Interior como una mejora en las condiciones de habitabilidad de los solicitantes durante la tramitación del procedimiento, en comparación con “la práctica seguida en los puestos fronterizos habilitados en aeropuertos internacionales, donde existen salas en las que los solicitantes deben permanecer en tanto se sustancia la admisión o desestimación de su solicitud”. Sin perjuicio de esta consideración práctica, Barbero (2021: 190) señala que el procedimiento especial de Ceuta y Melilla genera cierta confusión entre la figura de «retención mientras se estudia la admisión» y la «entrada a territorio tras la admisión», lo que luego provoca dilaciones indebidas y resoluciones poco estudiadas o no individualizadas. Como muestra de la incertidumbre jurídica del procedimiento de asilo en Ceuta y Melilla, actualmente el criterio señalado en la nota de prensa del Ministerio del Interior ha cambiado y se aplica el procedimiento de territorio⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ ACNUR - Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (2014). ACNUR da la bienvenida a la creación de oficinas de asilo en puestos fronterizos de Ceuta y Melilla. Nota de prensa, 6.11.2014, op. cit.

⁴⁹⁹ Ministerio del Interior, Sala de Prensa, 05/11/2014, “El Ministerio del Interior creará oficinas de asilo y protección internacional en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla”, op. cit.

⁵⁰⁰ Información obtenida de la visita realizada al CETI de Melilla el 15 de julio de 2022.

Desde su apertura y hasta 2020, la oficina de asilo de Beni-Enzar en Melilla recibió más de 15.000 solicitudes, presentadas por personas provenientes en su mayoría de Siria, Irak, Palestina, Yemen o Túnez, que ingresan a través de Marruecos con pasaportes falsos (Barbero, 2021: 189). Por el contrario, la oficina de asilo en El Tarajal, en Ceuta, estuvo inoperativa hasta 2019 y desde entonces registra una baja cantidad de solicitudes⁵⁰¹.

Según Amnistía Internacional (2015), a pesar de los avances que significó la instalación de ambas oficinas de asilo, en la práctica el acceso se encuentra restringido para las personas subsaharianas, debido a la actuación de las autoridades marroquíes que les impiden alcanzar el puesto fronterizo bajo soberanía española. Como consecuencia, las personas de origen subsahariano se ven forzadas a recurrir a vías irregulares de acceso, como saltar las vallas o acceder por vía marítima en precarias embarcaciones o por vía terrestre escondidos en vehículos (Amnistía Internacional, 2015: 27).

“Las leyes españolas permiten a los marroquíes que residen en las provincias de Tetuán o Nador, vecinas de Ceuta y Melilla, entrar en los enclaves sin necesidad de visado. Por consiguiente, sirios y, en menor medida, argelinos y marroquíes, ‘alquilan’ documentos de identidad de marroquíes residentes en Tetuán o Nador para entrar en Ceuta y en Melilla, respectivamente. Los portadores de estos documentos fingen ser marroquíes y entran a pie o en vehículo a los enclaves a través de los puestos fronterizos oficiales. Sin embargo, no todos pueden hacerlo. En primer lugar, el ‘alquiler’ de esos documentos oscila entre 500 y 2.000 euros, según han contado a Amnistía Internacional refugiados sirios entrevistados en los enclaves. Además, los africanos subsaharianos no pueden recurrir a esta opción, pues su aspecto físico suele ser distinto al de la mayoría de los marroquíes. Por tanto, la gran mayoría de los africanos subsaharianos entran a Ceuta en embarcaciones, y a Melilla, saltando la valla que rodea el enclave. Un reducido número de personas refugiadas y migrantes consiguen atravesar los puestos fronterizos escondidas en vehículos oficiales o sobrepasar las vallas a nado.” (Amnistía Internacional, 2015: 27)

En caso de poder sortear el cruce en condición irregular y acceder al territorio español, las personas son detenidas y trasladadas a los CETI o a las oficinas de la Policía Nacional, donde pueden presentar solicitudes de asilo. En tales casos, el devenir procesal de los solicitantes queda librado a una mayor discrecionalidad de la Administración, por ejemplo, al momento de determinar los requisitos técnicos, los estatutos jurídicos y la documentación válida para el traslado a la península (Barbero, 2021: 191). En particular, hasta 2022 rigió una práctica histórica mediante la que se mantenía retenidas a las

⁵⁰¹ Véase, por ejemplo, el Informe del Ministerio del Interior “Asilo en cifras 2020”, datos sobre solicitantes de protección internacional por comunidades autónomas, disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo_en_cifras_2020.pdf.

personas que solicitaban asilo en el CETI mucho más tiempo que a las personas que no lo hacían, quienes eran enviadas a la península con una orden de devolución (CEAR, 2020: 83).⁵⁰²

Esta práctica de inmovilidad consistió hasta los primeros meses de 2022 en denegar y prohibir los desplazamientos y cambios de domicilio de solicitantes de asilo desde Ceuta y Melilla al territorio de la península, aun cuando la solicitud hubiera sido admitida a trámite. A la documentación acreditativa de la condición de solicitante de asilo se le añadía la inscripción “Válido sólo para Ceuta” o “Melilla”, según el caso, limitando la validez de los documentos al territorio de los respectivos enclaves. Esta restricción fue sostenida como una política en la gestión de los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla por parte del Ministerio del Interior en sucesivos gobiernos.

La práctica administrativa se pretendía fundamentar en el régimen especial de Ceuta y Melilla dentro del Espacio Schengen, que obliga a mantener un doble control de entradas y salidas del territorio, aun cuando estas últimas se realicen dentro de España o hacia otro Estado miembro. Desde 2020 hasta la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo se ha pronunciado en tres sentencias rechazando la legalidad de la medida y reconociendo, en consecuencia, el derecho de libertad de circulación por todo el territorio nacional que corresponde a los solicitantes de asilo con independencia del lugar de presentación de la solicitud⁵⁰³. Esta jurisprudencia señala que la Ley 12/2009 no contiene ningún precepto que justifique esa limitación de derechos, sino que por el contrario el artículo 38 confiere al solicitante una serie de derechos entre los que se encuentra la libre fijación de residencia y de circulación por el territorio nacional. En particular, la obligación del solicitante consiste en informar a las autoridades

⁵⁰² Según la investigación realizada por Amnistía Internacional (2015: 24): “En junio de 2015, el director del [CETI] de Melilla informó a Amnistía Internacional de que el periodo medio de espera para los solicitantes de asilo en el enclave era de dos o tres meses. Sin embargo, durante esa visita, Amnistía Internacional se entrevistó con solicitantes de asilo que llevaban en Melilla hasta siete meses.” Asimismo, Amnistía Internacional (2015: 26): “Estas inadecuadas condiciones [en los centros de acogida], y la perspectiva de tener que soportarlas durante varios meses, hacían que algunas personas que pudieran tener necesidad de protección internacional no solicitaran asilo en los enclaves. En Ceuta, por ejemplo, según la información recibida por Amnistía Internacional en octubre de 2014, un grupo de solicitantes de asilo de Malí habían retirado sus solicitudes tras darse cuenta de que otras personas procedentes de su mismo país que no habían solicitado asilo estaban siendo trasladadas a la España peninsular, mientras que a quienes sí lo habían solicitado les decían que tendrían que esperar el resultado, y que eso podía tardar meses o años.”

⁵⁰³ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sentencia núm. 1128/2020 y Sentencia núm. 1130/2020, ambas de 29 de julio de 2020; Sección Cuarta, Sentencia núm. 173/2021, de 10 de febrero de 2021.

españolas sobre la fijación y el cambio del domicilio⁵⁰⁴, que no se limita a la ciudad donde se presentó la solicitud de asilo, lo que supone necesariamente el reconocimiento del derecho a la libertad de movimientos. A partir de 2022, como resultado de la jurisprudencia mencionada, los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla están autorizados a desplazarse a la península presentando el documento que acredita su condición. Sin embargo, para ser derivados al sistema público de acogida, deben esperar generalmente como internos en los CETI a ser llamados por turnos⁵⁰⁵.

En febrero de 2022, el Gobierno español presentó una propuesta de reforma a la Ley 12/2009 con el objetivo de incluir un procedimiento especial en Ceuta y Melilla⁵⁰⁶. La modificación consistiría en que las solicitudes de asilo se tramiten siguiendo reglas similares a la de un procedimiento de frontera con plazos abreviados. El plazo máximo de tramitación se reduciría de treinta a diez días. De este modo, la reforma introduciría un nuevo rasgo extraordinario en el procedimiento de asilo en las ciudades de Ceuta y Melilla, que reforzaría su condición de lugares de excepción dentro del sistema jurídico ordinario de fronteras, migración y asilo.

4. El procedimiento extraterritorial (no reglamentado) en las embajadas

España contempla expresamente en su ordenamiento jurídico la posibilidad de acceder al asilo desde fuera del territorio, sin necesidad de realizar el cruce de fronteras. Esta vía se canaliza mediante la presentación de solicitudes de asilo en embajadas y consulados. Al respecto, si bien la Directiva europea de procedimientos⁵⁰⁷ establece que sus normas no son aplicables a las solicitudes presentadas en representaciones diplomáticas, se trata de una limitación respecto del alcance del SECA que no impide a los Estados miembros incluir esta vía de acceso al asilo en sus legislaciones nacionales.

⁵⁰⁴ Ley 12/2009, art. 18, párr. 2.d.

⁵⁰⁵ Información obtenida de la visita realizada al CETI de Melilla el 15 de julio de 2022.

⁵⁰⁶ El País, 23.02.22, “El Gobierno quiere cambiar el trámite del asilo en Ceuta y Melilla para agilizar la devolución de los inmigrantes”. Disponible en: https://elpais.com/espana/2022-02-23/el-gobierno-quiere-cambiar-el-tramite-del-asilo-en-ceuta-y-melilla-para-agilizar-la-devolucion-de-los-inmigrantes.html?rel=buscador_noticias

⁵⁰⁷ Directiva 2005/85/CE, op. cit.

Como se analiza en el capítulo 3, así lo resolvió el TJUE en el asunto *X y X c. Bélgica*⁵⁰⁸, al sostener que el Derecho de la UE no contempla la obligación de los Estados de expedir visados humanitarios para acceder al territorio, pero la posibilidad no se encuentra obstaculizada y puede ser incluida en los ordenamientos internos.

En el caso del ordenamiento jurídico español, la Ley 12/2009 contempla esta vía de acceso extraterritorial al sistema de asilo en el artículo 38.

Art. 38: “Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación Diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta ley. El reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evacuar las necesidades de traslado a España de los mismos”.

La solicitud de protección en representaciones diplomáticas se remonta a la Ley 5/1984⁵⁰⁹, que establecía una protección dual diferenciada entre asilo y estatuto de refugiado. El acceso extraterritorial contemplado en esta ley primigenia hacía referencia a la protección del asilo (no del estatuto de refugiado)⁵¹⁰, es decir, preveía la vía extraterritorial como una decisión discrecional del Estado que no estaba sujeta a las condiciones previstas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo. Posteriormente, si bien la reforma introducida por la Ley 9/1994⁵¹¹ suprimió la protección dual y mantuvo sólo el estatuto de refugiado, no eliminó el acceso extraterritorial por vía diplomática y la disposición simplemente cambió de numeración.

Con posterioridad, la Ley 12/2009⁵¹² ha mantenido la puerta diplomática de entrada al sistema de asilo, aunque al mismo tiempo ha reducido los alcances de esta vía de acceso mediante la introducción de dos condiciones. En primer lugar, el acceso al asilo

⁵⁰⁸ TJUE, Gran Sala, *X y X c. Bélgica*, sentencia de 7 de marzo de 2017, asunto C-638/16 PPU (ECLI:EU:C:2017:173).

⁵⁰⁹ Ley 5/1984, op. cit.

⁵¹⁰ Ley 5/1984, art. 4.3.: “La petición de asilo presentada ante una Embajada o Consulados Españoles será cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores”.

⁵¹¹ Ley 9/1994, op. cit.

⁵¹² Ley 12/2009, op. cit.

en embajadas o consulados sólo corresponde cuando el solicitante no sea nacional del país donde se encuentre la representación diplomática. En segundo lugar, a partir de 2009, la presentación de la solicitud no activa de inmediato el procedimiento de asilo, sino que queda sujeto a la decisión de los embajadores, quienes según el artículo 38 “podrán” promover el traslado de una persona a España “para hacer posible la presentación de la solicitud”. En consecuencia, la posibilidad de pedir asilo fuera del territorio español, en primer lugar, se encuentra condicionada a la nacionalidad del solicitante y, en segundo lugar, la literalidad de la ley concede un margen de discrecionalidad diplomática. A tales condiciones se añade la importante limitación fáctica de la ausencia de legaciones españolas en muchos de los países de donde podrían provenir eventuales solicitantes de asilo (Galparsoro, 2010: 114).

Los márgenes de la discrecionalidad diplomática son mayores en la medida en que no existe un reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009. En la práctica, esta discrecionalidad se materializa en la falta de respuesta a las solicitudes de asilo presentadas en embajadas, bajo el argumento de que del art. 38 de la Ley 12/2009 no derivaría una obligación para los representantes diplomáticos de tramitar y resolver la petición. Como resultado, las solicitudes de asilo en embajadas suelen ser resueltas desfavorablemente por silencio administrativo negativo. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo en 2019 mediante una sentencia que condenó esta práctica en embajadas y por la que afirmó que existe un derecho a solicitar asilo en embajadas, que no puede estar sujeto a la discrecionalidad administrativa, aun cuando no se haya dictado el reglamento de la Ley 12/2009⁵¹³.

La sentencia del Tribunal Supremo resolvió así el caso de una familia kurdo-iraquí, compuesta por un matrimonio y dos hijas, que solicitó asilo en 2017 en la embajada española en Grecia. Tras haber solicitado el asilo en 2016 ante las autoridades griegas, en 2017 solicitaron el traslado a España en el marco del programa de reubicación de la UE. Sólo fueron aceptadas las solicitudes de la madre y las hijas, quienes fueron trasladadas al territorio español y solicitaron nuevamente el asilo en la ciudad de Vitoria-Gasteiz, donde se les concedió protección subsidiaria. El padre permaneció en Grecia y solicitó protección internacional telemáticamente ante la embajada española. Las autoridades

⁵¹³ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sentencia número 3445/2020, de 15 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3445).

españolas no contestaron en ningún momento la solicitud de asilo por vía diplomática, que se consideró denegada por silencio administrativo negativo. Ante ello, el Tribunal Supremo consideró que la norma del artículo 38 contiene elementos suficientes para que las solicitudes de asilo en embajadas sean tramitadas, siendo un “mandato legal que no queda supeditado o condicionado en su efectividad al desarrollo reglamentario que se refiere a las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados y procedimiento para la evaluación”⁵¹⁴, para lo cual corresponde aplicar el reglamento anterior contenido en el Real Decreto 203/1995.

Resulta de interés señalar que, en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, la Abogacía del Estado sostenía que la falta de reglamentación del artículo 38 de la Ley 12/2009 inhabilitaba la posibilidad de solicitar asilo en embajadas, ya que no existía un procedimiento administrativo previsto para ello y los representantes diplomáticos no tenían obligación de resolver las solicitudes de asilo. La sentencia resaltó la incongruencia de este argumento del representante del Estado en comparación con las razones expuestas por la propia Abogacía del Estado para defender su postura en el asunto *N.D. y N.T c. España*⁵¹⁵ ante el TEDH. En aquella instancia, la Abogacía del Estado sostuvo que eran los demandantes quienes se colocaban en situación de ilegalidad cuando existían vías legales de acceso al territorio que no utilizaban, mencionando entre ellas la posibilidad de solicitar asilo en embajadas⁵¹⁶.

V. CONCLUSIONES

La cultura de la sospecha sobre el fraude de los solicitantes de asilo ha permeado significativamente en España. Tras años de ser tradicionalmente un país de emigración, España experimentó un cambio de dirección de los flujos migratorios en sus fronteras.

⁵¹⁴ STS 3445/2020, op. cit., FJ 3.

⁵¹⁵ TEDH, Gran Sala, *N.D. y N.T. v. Spain*, sentencia de 13 de febrero de 2020, op. cit.

⁵¹⁶ STS 3445/2020, op. cit., FJ 3: “[En el asunto ND y NT ante el TEDH, cit.] los allí recurrentes oponían que dicho art. 38 ‘carecía todavía de legislación de aplicación específica que le permita convertirse en una realidad’, ante lo cual el TEDH declara que: ‘No obstante, el Gobierno demostró que dichas alegaciones eran erróneas, señalando que, según el artículo 2.2 del Código Civil y estando en vigor el Real Decreto 203/1995 (citado en el párrafo 35 supra), que aprueba las disposiciones de aplicación de la anterior versión de la Ley reguladora del derecho de asilo. Dicha norma preveía un procedimiento específico que permitía a los embajadores determinar si las solicitudes de asilo presentadas en las embajadas y consulados españoles eran reales y, en su caso, organizar el traslado a España de los interesados, mediante su admisión urgente en caso de riesgo elevado en un tercer país.’”

Los caminos de salida se convirtieron en puertas de entrada, por las cuales arribó una “inmigración inesperada”. Esta tendencia se acentuó con el transcurso de los años, que provocaron que España se reconozca como un país de inmigración, tanto de destino como de tránsito. Desde un primer momento, la presión migratoria en las fronteras del sur fue respondida con diferentes mecanismos de vigilancia fronteriza y de control migratorio que hicieron de España un terreno propicio para el desarrollo de las actuales políticas de externalización, securitización y militarización de la UE.

Ahora bien, el paso de un país de emigración a otro de recepción y tránsito de migraciones, no se acompañó de un correlativo y efectivo sistema de protección internacional. Ello se desprende del bajo número de solicitudes de asilo presentadas en las fronteras y en el territorio español, el bajo porcentaje en la tasa de reconocimiento, las restringidas vías de acceso a los mecanismos de protección, las deficiencias legales del procedimiento y la evidente y reiterada falta de interés político en adaptar la legislación a los estándares de protección de la UE.

La legislación española en materia de derecho de asilo ha evolucionado de manera discontinua y errática, marcada notablemente por las mutaciones experimentadas en las fronteras españolas al convertirse en Espacio Schengen y en zonas de tránsito y destino de múltiples movimientos migratorios. A tal desarrollo variable ha contribuido la naturaleza del derecho de asilo en la Constitución española, reconocido como un derecho de configuración legal, sin rango de derecho fundamental.

La primera ley de asilo, aprobada poco después de la restauración de la democracia en 1978, proponía una instancia de protección amplia, que de algún modo se inspiraba en la acogida que recibieron los refugiados y exiliados españoles que huyeron a otros países durante la Guerra Civil española. En contraposición, la siguiente ley fue impulsada por la adhesión de España al Espacio Schengen y, como consecuencia, introdujo restricciones significativas motivadas en la constante sospecha al asilo y la continua preocupación de los Estados miembros del norte de evitar el fenómeno de “refugiados en órbita” y el *asylum shopping*. Por último, la Ley 12/2009 habilitó la transposición extemporánea de las Directivas correspondientes a la primera fase del SECA, ampliando los márgenes de la obligación de protección. En este sentido, la vigente ley incluyó el mecanismo de la protección subsidiaria a la par del estatuto de refugiado,

e incluyó el género como un motivo adicional de persecución no contemplado en la definición de la Convención de Ginebra de 1951.

Ahora bien, la efectividad en los derechos y las garantías procedimentales que ofrece el sistema español de asilo presenta marcadas diferencias según el lugar en el que se presente la solicitud de protección: en el territorio, en fronteras, en las ciudades de Ceuta y Melilla, o en centros de internamiento o recepción. En el plano jurídico, tales diferencias se fundamentan en la constante situación de excepcionalidad que rige en las fronteras y en los centros de detención de inmigrantes. Asimismo, en el caso de Ceuta y Melilla, la naturaleza extraordinaria que caracteriza el sistema de fronteras y movilidad en estas ciudades se refleja en el procedimiento de asilo, ya sea que la solicitud se presente en un puesto fronterizo o en los CETI. En el plano fáctico, las diferencias operan en función de las nacionalidades de las personas solicitantes de asilo y las mayores o menores posibilidades que tienen para acceder al territorio o ser retenidas en las fronteras o en los lugares de detención.

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario en el territorio, la excepcionalidad que rige las fronteras, los centros de detención y los centros de estancia conduce a procedimientos de asilo de plazos reducidos y con escasas garantías procesales. Los plazos de tramitación de la fase de admisión se abrevian notablemente, justificados en la excepcionalidad y en la sospecha de que en estos espacios el asilo es utilizado como una vía fraudulenta de acceso al territorio.

Además de la reducción de los plazos y las limitaciones al estudio sobre el fondo de las solicitudes, los procedimientos extraordinarios se caracterizan por la introducción de medidas de inmovilidad, dirigidas a garantizar la no entrada al territorio y la expulsión en caso de denegación de la solicitud. La inmovilidad puede consistir en la privación de libertad de circulación en los puestos fronterizos o en los centros de internamiento o recepción. Por su parte, la situación en Ceuta y de Melilla presenta marcadas particularidades, ya que los solicitantes de asilo pueden permanecer en los CETI como centros abiertos. Sin embargo, en ambas ciudades se generan otras formas de inmovilidad, mediante la práctica del doble control para trasladarse a la península. Con anterioridad, el permiso de circulación de los solicitantes de asilo en ambos enclaves españoles estaba limitado al ámbito territorial de Ceuta o Melilla hasta que la fase de admisión fuera resuelta. Actualmente, como resultado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se

reconoce el derecho a la libertad de circulación de solicitantes de asilo, aunque el acceso al sistema de acogida requiere la permanencia en ambas ciudades autónomas hasta ser derivados a la península.

Por último, la legislación española contempla la vía diplomática como un canal adicional de acceso al asilo o la protección subsidiaria. De este modo, el ordenamiento interno incluye un mecanismo que supera el mínimo común del SECA y que, en consecuencia, amplía las vías de entrada. Sin embargo, la puerta diplomática presenta importantes restricciones en su alcance de protección y también notables deficiencias al momento de su implementación. Por un lado, se trata de una vía de acceso limitado a personas que no sean nacionales del país donde se encuentra la embajada. Por otro, la literalidad de la normativa concede un margen de discrecionalidad a la embajada durante la tramitación del procedimiento, que se agrava debido a la falta de reglamentación de la que adolece la Ley 12/2009. Los inconvenientes derivados de esta última deficiencia han sido paliados en parte por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que reconoce el acceso a la vía diplomática como un derecho, no susceptible de apreciación discrecional por la representación diplomática.

En definitiva, el marco jurídico español de asilo presenta serias inconsistencias al momento de garantizar el acceso al procedimiento de protección internacional. Tales inconsistencias se encuentran determinadas principalmente por la excepcionalidad que rige en las fronteras y en los centros de internamiento y recepción de migrantes. Frente a este panorama, se desprende que no existe un proceso de criminalización formal del asilo en España, ya que el sistema se encuentra diseñado con base en un objetivo de protección. Sin embargo, la criminalización en sentido jurídico material de la migración irregular que rige en las fronteras españolas permea en la estructura y en las prácticas del sistema de asilo. La sospecha del asilo como un fraude a las leyes de extranjería decanta en la implementación de una serie de mecanismos basados en la contención, la inmovilidad y la expulsión, con procedimientos abreviados que ofrecen escasas garantías para una efectiva protección internacional.

CAPÍTULO 10. CONCLUSIONES

Tras la búsqueda de respuestas a las preguntas de investigación planteadas en la tesis doctoral, este capítulo presenta, en primer lugar, las conclusiones finales a las que arribamos. A continuación, se destacan las contribuciones del trabajo al desarrollo del conocimiento sobre el objeto de estudio. Por último, se señalan las limitaciones del análisis, los próximos desafíos que plantea y los nuevos caminos que se abren tras el cierre de este trabajo de investigación.

I. La mutación de las fronteras: el reconocimiento de derechos a cambio de seguridad

La caída del muro de Berlín en 1989 fue el momento simbólico de una nueva era que auguraba una comunidad internacional más conectada. Las reglas del mercado llamaban a una mayor libertad de circulación de productos, servicios y personas, en un espacio internacionalizado donde las fronteras perderían su rigidez. Los muros caían como expresión de la apuesta por la libertad de tránsito. Precisamente para ello se había consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 el derecho a salir del país, incluido del propio. Sin embargo, el derecho de entrada al territorio de otro Estado continuaba siendo incierto, aún en la nueva era. La liberalización de las fronteras prometía hacer realidad esta otra parte esencial del derecho a migrar. No obstante, en la práctica, las fronteras cobraron nuevos sentidos y mutaron sus formas. La globalización potenció la movilidad de las personas entre países. Los llamados flujos migratorios multiplicaron sus rutas atravesando Estados. Sin embargo, la globalización de la movilidad tendría también una migración “no deseada”, toda aquella que no fuera funcional al mercado, que no fuera atractiva para el Estado según su interés económico, que fuera disruptiva de identidades políticas y sociales pretendidamente homogéneas, que fuera considerada un riesgo para la seguridad y el llamado orden público, aquella cuyo rechazo fuera útil al rédito político. Otros tantos muros se levantaron para contener y controlar los movimientos de aquellos “no deseados”.

En el proceso de integración de la UE, el fenómeno reseñado se advierte con notoria claridad y, al mismo tiempo, presenta características peculiares propias de la configuración de una organización de Estados y un espacio económico, político y jurídico compartido. En la evolución de la integración europea, la organización experimenta un proceso de reconfiguración de las fronteras del Estado nación, inicialmente ceñido al objetivo de alcanzar un mercado común sin restricciones. En un primer momento, las personas gozarían de la libertad de circulación en su condición de trabajadoras. Progresivamente, la ampliación del objetivo de la UE hacia la construcción de un espacio político y jurídico compartido, inspiró la absorción del Espacio Schengen, creado inicialmente entre algunos Estados miembros por fuera de la Unión. La desconfianza inicial de los Estados sobre el Espacio Schengen, en cuanto sistema de abolición del control en fronteras interiores, se asentó en la seguridad: ¿dónde operaría el control? ¿qué Estados estarían a cargo? ¿quiénes gozaría del derecho a la libertad de circulación? La liberalización de las fronteras interiores se acompañó entonces del traslado y especial refuerzo del control en las fronteras exteriores. En este marco, los Estados continúan siendo responsables de sus propias fronteras, pero cuentan además con el respaldo de la Unión.

II. La seguridad como condición a la liberalización de las fronteras

Ante la liberalización de la movilidad, el territorio deja de ser el objeto principal de protección y en su lugar se ubica la seguridad. En este proceso, las fronteras no pierden su importancia, sino que mutan sus formas y cobran nuevos sentidos. La seguridad impulsa a una proyección del control fronterizo hacia fuera, hacia los límites externos e incluso por fuera de estos últimos. De este modo, la preocupación de los Estados por la eventual pérdida del control y la reducción de su poder soberano se resuelve en la continuidad de la centralidad de la frontera y de la soberanía. Lejos de reducirse, el poder soberano de los Estados en las fronteras adquiere nuevas modalidades e, incluso, se expande hacia nuevos territorios.

La globalización a escala internacional y la integración a nivel europeo provocan que las eventuales amenazas a los Estados ya no se dirijan principalmente contra la integridad del territorio, en cuanto elemento esencial en la configuración del Estado nación. El incremento de la movilidad entre fronteras provoca nuevos riesgos, que abandonan su

dirección horizontal, esto es entre Estados enfrentados. Las amenazas derivan ahora de actores no estatales que pueden circular más libremente entre fronteras. En este contexto, el peligro para la seguridad del Estado proviene de la criminalidad transfronteriza, de las ventajas que concede la liberalización de fronteras por ejemplo al tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el terrorismo o el narcotráfico.

Desde la perspectiva del Estado, la movilidad humana incuba el peligro de la inseguridad. Frente a ello, las fronteras recobran su función de herramienta de control de las personas que pretenden atravesarlas, con la finalidad de anular la amenaza. La soberanía se expresa a través de la función tradicional de las fronteras, dirigidas al control de las personas que entran y salen del territorio, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos que cada Estado impone al efecto.

III. El control de las fronteras y la migración: entre los últimos bastiones de soberanía

El control de las fronteras y los movimientos migratorios representa una de las funciones claves del Estado para el mantenimiento de sus elementos. Además de la preservación del territorio y la seguridad, la facultad de distinguir entre ciudadanía y extranjería significa la posibilidad de delimitar el sujeto pasivo del poder. De este modo, el control fronterizo y migratorio se erige como uno de los últimos bastiones de la soberanía en los Estados de régimen liberal, caracterizados por una tendente desregularización y privatización de sus servicios.

En su evolución, el Derecho Internacional incorpora sólo dos límites al poder soberano del Estado en las fronteras: hacia afuera, garantizar el derecho de salida del país, incluido el propio; y, hacia adentro, la obligación de protección internacional, mediante el reconocimiento del estatuto de refugiado y la prohibición de devolución (*non refoulement*) de la persona extranjera cuando sufre un peligro para su vida, integridad o libertad en el país del que procede.

Más allá de estos dos límites impuestos por el Derecho Internacional, los Estados conservan importantes ámbitos de poder en el control fronterizo y en la regulación de las migraciones. De hecho, la amplitud y la ambigüedad que caracterizan al concepto migración resultan funcionales al interés de los Estados en la preservación del control de

las personas que cruzan sus fronteras y permanecen en sus territorios. **El migrante es por (in)definición un sujeto bajo control, de tal modo que la imprecisión del término permite una expansión del poder.** Esto resulta especialmente evidente en el contexto de la UE. En virtud del principio de atribución, los Estados han otorgado competencias a la Unión especialmente en los ámbitos de fronteras y de asilo. Por el contrario, las competencias en inmigración han permanecido principalmente bajo la órbita del Estado. De hecho, en contraposición a la ciudadanía europea, el Derecho de la UE establece una amplia noción de alteridad, comprensiva de todo nacional de un tercer país. El marco jurídico de la UE en este campo ha tenido escasos avances en la regulación de visados, permisos de residencia y otras vías regulares de entrada para migrantes.

IV. La problemática superposición de categorías subjetivas: entre la exclusión del migrante irregular y la protección del refugiado

El poder de control en las fronteras moldea un conjunto de categorías subjetivas en el que quedan comprendidas las personas ciudadanas y las extranjeras. Tales categorías, marcadas por la seguridad, oscilan entre la inclusión a través del reconocimiento de derechos hasta la exclusión a través de la irregularización y la expulsión. Por tanto, cada categoría se acompaña de un diferente estatuto de derechos. El control fronterizo opera entonces como un mecanismo de control social. El reconocimiento y la atribución de estatutos jurídicos diferenciados opera en las fronteras mediante un proceso de selección de los sujetos que las cruzan. Esta selección se basa en una definición básica por negación: quien no es ciudadano con derecho a entrar y permanecer, es extranjero sujeto a la autorización del Estado. A partir de esta clasificación binaria inicial, ciudadano o extranjero, la categoría “nacional de un tercer país” se subdivide entre migrante regular e irregular, según se cumplan las condiciones para el cruce de la frontera y la permanencia en el territorio. En el ámbito de la UE, las condiciones de regularidad están principalmente en manos de los Estados miembros, mientras que las competencias de la UE se enfocan en la prevención de la llegada de migrantes irregulares y en su expulsión.

Por otro lado, de la obligación de protección internacional de los Estados derivan las categorías del solicitante de asilo y del refugiado. Ambas categorías representan un proceso concatenado. **Si bien el estatuto de refugiado tiene naturaleza declarativa, su reconocimiento requiere previamente el tránsito por la categoría de solicitante de**

asilo. A su vez, para ser solicitante de asilo antes es necesario migrar. El problema se presenta aquí en esta superposición de las categorías del migrante irregular y del solicitante de asilo. Existe una problemática confluencia de estatutos entre las categorías del migrante irregular, a quien el Estado pretende excluir y contener fuera de su territorio, y el solicitante de asilo y el refugiado, a quienes el mismo Estado tiene la obligación de proteger, no devolver y no sancionar.

Al respecto, resulta razonable que en muchas ocasiones las personas en búsqueda de protección internacional deban recurrir a vías irregulares de salida de sus lugares de origen y de entrada en los territorios de tránsito y de destino. De hecho, esta circunstancia es reconocida tanto por el Derecho Internacional de los Refugiados, que prohíbe sancionar la entrada irregular del solicitante de asilo, como por el Derecho de la UE, que establece el primer lugar de entrada irregular como un criterio de determinación del Estado responsable de la tramitación de la solicitud. **La superposición de categorías desvirtúa el alcance de la protección internacional, y las mencionadas previsiones del Derecho Internacional y del DUE no sólo la provocan, sino que no la logran remediar.** La situación del solicitante de asilo en situación de migración irregular colisiona con el poder de control y prevención del movimiento irregular en cabeza del Estado.

V. La política de migración de la UE: reglas mínimas sobre vías de entrada regular contra un régimen común de prevención y salida forzada de migrantes irregulares

La política de inmigración de la Unión consiste en una base elemental de mínimos que deja un amplio margen de discrecionalidad y control a cada Estado miembro. Precisamente en el campo de la migración, los Estados muestran un especial recelo soberanista. A la par del sistema de libertad de circulación interior dentro del Espacio Schengen, en combinación con la gestión integrada de las fronteras exteriores y la progresiva construcción de un sistema común de asilo, la política migratoria de la UE garantiza amplios márgenes de desarrollo legislativo a los Estados en tanto que competencia compartida.

En efecto, hasta el momento, el desarrollo de políticas y normas comunes sobre migración regular ha sido escaso y parcializado, principalmente en lo relativo a la apertura y la regulación de vías comunes de acceso y de permanencia en el territorio de los Estados miembros. Por el contrario, la puesta en común de la inmigración se

ha traducido principalmente en medidas de prevención y expulsión de la migración irregular. Frente a la escasez y la obstrucción de las vías de entrada regular, se han multiplicado las vías de salida obligada de la migración irregular. Un ejemplo paradigmático es el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, que concibe el retorno como parte integrante del proceso de asilo.

VI. La política de asilo de la UE: un sistema de protección bajo lógicas de control migratorio

En el ámbito de la UE, la conexión entre migración irregular y asilo se torna aún más evidente. La puesta en común de las políticas de asilo ha evolucionado marcada por la preocupación de los Estados en la conservación del control y la seguridad en el Espacio Schengen, en la prevención de la migración irregular, del abuso del sistema de asilo y de los movimientos secundarios de solicitantes de protección. Ello demuestra que, desde la perspectiva de los Estados, el asilo es considerado una vía adicional de migración irregular.

La protección del sistema de asilo no se disocia del control migratorio. Ello se agrava ante la ausencia de vías regulares de acceso al sistema de asilo. Como resultado, la política común de asilo se acerca a la política común de migración, y opera en definitiva como una causa adicional en la producción de la irregularidad migratoria, esto es, en la llamada irregularización. De tal modo, tanto la política de inmigración como la de asilo se dirigen a la disuasión y la restricción de los movimientos “no deseados”.

VII. La criminalización como resultado de un proceso en cascada

Desde finales del siglo XX, la gobernanza de las migraciones se rige por un conjunto de procesos conexos que operan en cascada, que transitan desde la percepción de las migraciones como amenazas a la seguridad hasta la implementación del poder penal como respuesta. **Como consecuencia de la superposición de las categorías subjetivas de migrante y solicitante de asilo, y de la estrecha conexión entre las políticas de migración y asilo, la serie de procesos en cascada que criminalizan la migración permean en el ámbito del asilo, en perjuicio de la protección internacional.** En el análisis de este fenómeno, frente a las diferentes corrientes teóricas que abordan el

proceso de criminalización, esta tesis adopta una perspectiva jurídica que cabe entender como material.

A través de esta perspectiva, el análisis se realiza desde un enfoque jurídico, que atiende a la criminalización derivada del Derecho, pero en un sentido abierto (no estricta ni exclusivamente penal) que comprende la posibilidad de que la asociación migración-criminalidad derive de la aplicación y los efectos derivados de una norma no penal. Con independencia de su calificación jurídica, una norma puede “criminalizar” cuando en su aplicación y en sus efectos intervienen agentes (de seguridad, policiales, militares), o se producen prácticas (deportaciones, detenciones), o se generan consecuencias (restricciones severas de libertades y derechos), que suelen desplegarse en el contexto del sistema penal. **Las normas no penales, como aquellas de naturaleza administrativa, pueden provocar efectos de intensidad suficiente para desdibujar los márgenes de la naturaleza jurídica no penal.** En este sentido, por ejemplo, las circunstancias tanto fácticas como jurídicas que rodean la detención administrativa de migrantes en las fronteras pueden derivar en una manifestación del proceso de criminalización.

VIII. La criminalización en el DUE y en el Derecho español desde una aproximación jurídica material

En el DUE y en el Derecho español se observa un proceso de criminalización en sentido jurídico material. En ambos sistemas, el marco jurídico de fronteras migraciones y asilo contiene escasas normas penales en sentido estricto. La regulación de los tres ámbitos se realiza mediante normas de naturaleza principalmente administrativa. Sin embargo, **tales normas administrativas implementan mecanismos tradicionalmente penales, o que producen restricciones de derechos similares a las que operan en lo penal.** A su vez, debido a la naturaleza jurídica administrativa, el reconocimiento de garantías de protección es inferior al que correspondería si la naturaleza jurídica fuera penal.

IX. La expansión de la criminalización de la migración irregular hacia la sociedad civil en la UE

En el DUE las normas penales referidas a la migración irregular en las fronteras se reúnen en el llamado Paquete de Facilitación. Este Paquete, compuesto por la Directiva 2002/90

y la Decisión marco 2002/946, persigue establecer un régimen común para castigar la ayuda a migrantes irregulares para cruzar la frontera o permanecer en el territorio. **El castigo no se dirige directamente contra los migrantes, sino contra cualquier persona que les asista. La criminalización de la migración se expande hacia la sociedad civil.**

La definición del delito de facilitación es sumamente imprecisa, aún para fijar un mínimo común. Según la norma, la acción delictiva en el cruce de fronteras consiste en prestar ayuda, sin incorporar el elemento lucrativo que caracteriza al delito de tráfico ilícito de personas según el Protocolo de Palermo del año 2000 referido a este delito, del que la UE es parte. La Directiva contempla la posibilidad de que los Estados, al trasponer el delito en sus ordenamientos, incorporen discrecionalmente la llamada cláusula humanitaria, que exceptúa el castigo cuando la ayuda se preste por razones humanitarias, sin especificar tampoco qué se entiende por ello. Por su parte, el delito de facilitación de la permanencia en el territorio sí incorpora el elemento lucrativo, pero la ayuda puede prestarse tanto por medios legales o ilegales, en contra del Protocolo de Palermo que sólo contempla los medios ilegales. Esta circunstancia expande el castigo y desincentiva, incluso, la prestación de servicios legales a migrantes irregulares. En suma, el Paquete de Facilitación es una manifestación de un derecho penal de exclusión que se aproxima al derecho penal del enemigo, fundamentado en la antijuridicidad del sujeto migrante. El delito se construye en función de un sujeto que se pretende excluir.

X. El recurso a mecanismos tradicionalmente penales para el control migratorio: la detención de migrantes y solicitantes de asilo como paradigma

La criminalización contra migrantes no opera en el DUE a través de normas penales en sentido estricto. En efecto, la UE no contempla un delito de entrada o permanencia irregular en el territorio, aunque sí lo hacen algunos de sus Estados miembros. Sin embargo, como se desprende del estudio realizado, **en el marco de la UE se observa un proceso de criminalización en sentido jurídico material porque las normas sobre migración irregular incorporan mecanismos típicamente penales o con efectos similares. El caso más claro es el de la detención de migrantes y solicitantes de asilo.** Se trata de un mecanismo tradicionalmente utilizado en el ámbito penal. Asimismo, el efecto de la privación de libertad suele ser asociado a un castigo penal. La justificación de la medida en el contexto de las migraciones en fronteras consiste en que es un

mecanismo administrativo limitado a la verificación de los requisitos de entrada o de la necesidad de protección o, en su defecto, la eventual expulsión. En tales condiciones, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 habilitan la implementación de este mecanismo. Desde finales del siglo XX, el incremento de la movilidad entre fronteras se ha acompañado de una multiplicación de los mecanismos de inmovilidad de migrantes. En particular, desde los primeros años del siglo XXI, la UE ha replicado el modelo de la inmovilidad como una estrategia de control migratorio en las fronteras. La ausencia de vías regulares de acceso y tránsito ha multiplicado las formas de inmovilidad, en puestos fronterizos, comisarías, centros de detención o campamentos improvisados en islas. **La proliferación de la detención de migrantes y solicitantes de asilo se explica por el proceso de securitización. La respuesta activa este tipo de criminalización, no estrictamente penal, pero igualmente privativa de libertad.** El problema está además en que la naturaleza administrativa justifica una reducción de garantías procesales. El poder soberano del Estado de controlar sus fronteras se expande precisamente a través de normas administrativas, en las que la discrecionalidad del Estado tiene límites más amplios.

XI. Vigilar y proteger: los solicitantes de asilo como potenciales sujetos de detención

De manera simultánea a la expansión de la detención de migrantes, las personas solicitantes de asilo han sido progresivamente consideradas como potenciales sujetos de detención. La detención de solicitantes de asilo se inscribe dentro de la tendencia de impedir la libertad de circulación de migrantes irregulares. La contención de los movimientos migratorios, a través de la privación y las restricciones a la libertad de circulación, se ha convertido gradualmente en un dispositivo común de control y gestión de las migraciones, incluidos los movimientos de (eventuales) solicitantes de asilo. El argumento reside en la necesidad de evaluar a las personas que arriban en flujos migratorios “mixtos”, seleccionar a aquellos con derecho a cruzar la frontera, y expulsar a aquellos otros sin derecho.

Cuando el Estado detiene a un solicitante de asilo, el control migratorio y la obligación de protección internacional entran en confluencia. La semejanza entre ambas formas de detención es que son un último recurso del control migratorio y ninguna

puede significar una forma de castigo. Esto último cobra especial relevancia en la detención de solicitantes de asilo, ya que, según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, no cabe la imposición de sanciones a la entrada sin autorización. Las contribuciones de las teorías sobre *crimmigration* y criminología de fronteras resaltan que, más allá de la naturaleza jurídico administrativa, en la práctica la detención puede tener efectos punitivos. Al respecto, este trabajo destaca que la detención de migrantes y solicitantes de asilo recurre a mecanismos que son tradicionalmente utilizados por el poder penal para el control y el castigo de la criminalidad. Esta similitud de mecanismos acerca el control migratorio (y del asilo) al control penal. Como resultado de tal acercamiento, la detención de migrantes debería acompañarse de garantías similares a las que acompañan la privación y las restricciones a la libertad de circulación en el ámbito penal.

XII. La normalización de la inmovilidad de migrantes y la expansión de la detención de solicitantes de asilo en el Espacio Schengen

En el marco del Espacio Schengen, la detención se ha normalizado como técnica de control migratorio. El reforzamiento del control en las fronteras exteriores (para asegurar la libertad de circulación entre fronteras interiores) ha servido de argumento adicional al mecanismo de detención en zonas de fronteras. Del análisis de la política de detención de la UE se advierten tres modelos legales de detención, todos ellos relacionados con la migración irregular. A la par de la detención dirigida al retorno del migrante irregular con orden de expulsión, los otros dos modelos de detención se concentran en el ámbito del asilo. **Como resultado, la expansión del marco jurídico sobre detención en la UE se ha producido principalmente sobre los solicitantes de protección internacional.**

De acuerdo a las reglas del SECA, la privación o las restricciones a la libertad de circulación del solicitante de asilo se justifican en su asociación a la condición de migrante irregular. La detención se realiza principalmente en las zonas de fronteras, o en aquellos espacios considerados de tránsito, de tal modo que el sistema de protección se superpone aquí con los dispositivos de control fronterizo y migratorio. El objetivo consiste en determinar la legitimidad de la solicitud de asilo para ser atendida. Por otro lado, el Reglamento de Dublín III expande aún más el alcance de la privación de libertad en la UE con motivo de la asociación entre solicitante de asilo y migrante irregular. Según

sus reglas, la detención para el traslado de solicitantes es consecuencia de la entrada irregular. De este modo, el Reglamento de Dublín III introduce una nueva forma de detención de solicitantes de asilo: la detención para la transferencia al Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional.

Ahora bien, la expansión de la detención como mecanismo de control migratorio y de gestión del asilo conduce al interrogante sobre su efectividad real. La multiplicación de las formas de privación y otras restricciones a la libertad de circulación no se ha reflejado en una disminución de los movimientos irregulares de migrantes ni se ha acompañado de vías de acceso para solicitantes de asilo. **La inmovilidad se convierte en un dispositivo de control de las personas en las fronteras, a través del cual los migrantes son contenidos y clasificados.** En definitiva, las diferentes formas de detención de migrantes y solicitantes de asilo se imponen como herramientas de paralización de los movimientos “no deseados”, de aquellos considerados marginales, inútiles o peligrosos. Si bien el sistema de asilo de la UE es formalmente coherente con la Convención del Estatuto de los Refugiados y la prohibición de imponer sanciones por la situación migratoria irregular, la expansión de la detención en el tratamiento de los solicitantes de asilo obedece a un proceso de criminalización en sentido jurídico material, derivado de la criminalización de la migración irregular.

XIII. Las fronteras españolas como lugares propicios de securitización, externalización y criminalización

En el caso de España es posible advertir un proceso de criminalización en sentido jurídico material similar al de la UE. De hecho, la consolidación de España como lugar de migración se ha producido de manera simultánea a su incorporación a la Comunidad Europea y al Espacio Schengen. Como consecuencia, la política española en materia de fronteras, migración y asilo se ha perfilado en función de los intereses comunitarios y siguiendo los marcos de actuación fijados por las instituciones europeas.

Asimismo, **la coincidencia temporal en el desarrollo de las políticas españolas y de la UE en materia de migración, asilo y de gestión de fronteras ha hecho que las fronteras españolas funcionen como terreno propicio para la reconfiguración de las fronteras europeas y la serie de procesos que ello ha desencadenado.** Desde la década de 1990, España ha sido uno de los Estados miembros pioneros en la instauración de

sistemas de seguridad y vigilancia fronteriza, en el despliegue de cuerpos militares para el control de la migración irregular, y en la celebración de acuerdos de control migratorio con países vecinos. Hoy tales medidas, en cuanto bases de los procesos de securitización, militarización y externalización, se replican y son un denominador común en el conjunto de Estados del sur de la UE.

XIV. El proceso de securitización como causa de irregularización de la migración en las fronteras del Estado español

En el marco europeo, la abolición de los controles en las fronteras interiores y el reforzamiento del control exterior colocan sobre España una importante carga de responsabilidad para el mantenimiento del régimen de libre circulación. Ceuta y Melilla son lugares paradigmáticos en este sentido y las vallas en ambas ciudades lo ejemplifican en sentido material y a la vez simbólico. En suma, las fronteras españolas han sido precursoras de los procesos de externalización y militarización en la UE. Las políticas de inmovilidad y el levantamiento de vallas se han erigido desde los primeros años de la forja de España como un país de inmigración. Estos procesos toman como base las lógicas de securitización que retroalimentan el circuito.

Una vez que los migrantes llegan a las fronteras españolas, la securitización activa mecanismos propios del poder penal, tendentes a la inmovilidad y la contención, con el fin de clasificar entre migrantes irregulares y solicitantes de asilo. En ambos casos la inmovilidad se mantiene como regla. A su vez, las normas de la gestión de la migración irregular traspasan al sistema de asilo. El objetivo formal consiste en asegurar la eventual expulsión de aquellos sin derecho de entrada, permanencia o protección. En última instancia, la imposibilidad fáctica de ejecutar las expulsiones convierte a los mecanismos de detención en dispositivos de irregularización.

XV. El reflejo del modelo UE: la criminalización material de la migración irregular en España

El régimen jurídico español sigue los lineamientos del Derecho de la UE, que como observamos no criminaliza directamente a la persona extranjera por la irregularidad de la entrada o la permanencia, sino a personas que con independencia de su condición de

nacional o extranjera faciliten la entrada o la permanencia irregular o que entablen una relación laboral con una persona extranjera no autorizada a trabajar.

No existe en el régimen jurídico español un delito que castigue de manera directa y formal a las personas extranjeras por el hecho de entrar y permanecer en el territorio de forma irregular. Las condiciones relativas al cruce de las fronteras y la posibilidad de residir en España se encuentran reguladas por normativa de naturaleza administrativa, de tal modo que no existe un proceso de criminalización formal contra los migrantes. El derecho penal queda reservado para determinadas conductas que se consideran vulneradoras de los derechos de las personas migrantes. En concreto, el Código Penal, tras la reforma del año 2015, por un lado, incluyó el delito de facilitación de la migración irregular, a modo de transposición de la Directiva 2002/90, y, por otro, calificó como criminal la explotación laboral de personas extranjeras en situación irregular.

A pesar de la ausencia de criminalización en sentido formal, al igual que sucede en el Derecho de la UE, el régimen jurídico español contiene una serie de elementos y mecanismos dirigidos al control fronterizo y migratorio que responden en su funcionamiento y en sus efectos a un proceso de criminalización en sentido jurídico material. A lo largo de las fronteras españolas operan dispositivos de control con carácter altamente selectivo, basados en la inmovilidad y en la expulsión. En particular, además de los dispositivos físicos y tecnológicos (como son, por ejemplo, las vallas en Ceuta y Melilla y la tecnología de detección por radares del SIVE), las medidas previstas en el ordenamiento jurídico de denegación de entrada, devolución y rechazo operan como mecanismos de cierre fronterizo y expulsión del territorio. En caso de fallos en algunos de tales dispositivos y medidas (entendiendo por “fallo” la efectiva entrada irregular), se activa otra serie de medidas basadas en la inmovilidad, como son las diferentes formas de internamiento en los diversos centros de detención ubicados en las zonas de fronteras y extendidos a lo largo de una buena parte del territorio. El internamiento se realiza en centros de detención de diferentes características según el tipo de frontera en el que se instalan. En general, se trata de centros de régimen cerrado. Como excepción, los CETI de Ceuta y de Melilla son centros de régimen abierto, pero ello se explica por la ubicación geográfica de ambas ciudades y el doble control extraordinario de salidas en estos territorios del Espacio Schengen.

La “cultura de la detención migratoria” tiene un fuerte arraigo en España, que hoy se replica con mayor intensidad. A lo largo del tiempo, el control fronterizo y migratorio ha decantado en múltiples y variadas formas de inmovilidad y de expulsión a través de diferentes mecanismos establecidos en las fronteras y dentro del territorio. Tales mecanismos siguen la naturaleza administrativa de la regulación sobre extranjería en España, pero al mismo tiempo presentan marcadas notas que los asemejan a los mecanismos tradicionalmente utilizados por el poder penal. Por otro lado, como resultado de la criminalización en sentido material, la naturaleza jurídica administrativa de los mecanismos provoca que sus efectos penales no sean acompañados de las garantías procesales propias del derecho penal, o que las garantías que se reconozcan resulten escasas o prácticamente inoperativas.

XVI. La excepcionalidad en las fronteras españolas y la fragilidad de los derechos

La situación del Derecho (o, en concreto, de los derechos) en las fronteras españolas es especialmente frágil. El control migratorio en los espacios fronterizos queda librado a unos márgenes mayores de discrecionalidad administrativa y de inseguridad jurídica. Al cruzar la frontera de manera irregular, ya sea atravesando las vallas en Ceuta y Melilla o navegando las aguas del mar Mediterráneo o del océano Atlántico, la persona migrante queda expuesta a una especie de “limbo” jurídico donde la vulneración de derechos es legalizada. Los movimientos irregulares en las fronteras terrestres y marítimas son gestionados por las agencias de control como situaciones excepcionales. A su vez, con motivo de la excepcionalidad, el ordenamiento jurídico habilita y legitima la aplicación de medidas extraordinarias, incluso sin una regulación jurídica específica como en el caso de los CATE. Con el tiempo, las medidas extraordinarias se han convertido en “ordinarias”. En otras palabras, la excepcionalidad se “normaliza”.

XVII. Un país de migración sin asilo: la débil protección en las fronteras españolas

En España, el paso de un país de emigración a otro de recepción y tránsito de migraciones, no vino acompañado de un correlativo y efectivo sistema de protección internacional. Ello se desprende del bajo número de solicitudes de asilo presentadas en las fronteras y en el territorio español, el bajo porcentaje en la tasa de reconocimiento, las restringidas

vías de acceso a los mecanismos de protección, las deficiencias legales del procedimiento y la evidente y reiterada falta de interés político en adaptar la legislación a los estándares de protección de la UE. Al respecto, la cultura de la sospecha sobre el fraude de los solicitantes de asilo ha permeado significativamente en España.

La legislación española en materia de derecho de asilo ha evolucionado de manera discontinua, errática, y lenta con respecto a la transposición de las Directivas del SECA. Este proceso ha estado marcado por las mutaciones experimentadas en las fronteras españolas al convertirse en Espacio Schengen y en zonas de tránsito y destino de múltiples movimientos migratorios. A tal desarrollo variable ha contribuido la naturaleza del derecho de asilo en la Constitución española (art. 13.4), reconocido como un derecho de configuración legal, sin rango de derecho fundamental. La evolución de la ley española del asilo en las fronteras evidencia el paso de la concepción del asilo como protección a la del asilo como instrumento de control migratorio.

XVIII. El acceso al derecho de asilo en España según en dónde y para quién

La efectividad en los derechos y las garantías procedimentales que ofrece el sistema español de asilo presenta marcadas diferencias según el lugar en el que se presente la solicitud de protección: en el territorio, en fronteras, en las ciudades de Ceuta y Melilla, o en centros de internamiento y de recepción. En el plano jurídico, tales diferencias se fundamentan en la excepcionalidad que rige en las fronteras y en los centros de detención de inmigrantes. Asimismo, en los casos de Ceuta y Melilla, la naturaleza extraordinaria que caracteriza el sistema de fronteras y movilidad en estas dos ciudades se refleja en el procedimiento de asilo, ya sea que la solicitud se presente en un puesto fronterizo o en los CETI. En el plano fáctico, las diferencias operan en función de las nacionalidades de las personas solicitantes de asilo y las mayores o menores posibilidades que tienen para acceder al territorio o ser retenidas en las fronteras o en los lugares de detención.

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario en el territorio, **la excepcionalidad que rige las fronteras, los centros de detención y los centros de estancia conduce a que los procedimientos en estos lugares se caractericen por la introducción de medidas de inmovilidad.** Estas medidas se dirigen a garantizar la no entrada al territorio y la expulsión en caso de denegación de la solicitud. Asimismo, los plazos de tramitación de la fase de admisión se abrevian notablemente y las garantías

procesales se reducen, bajo el argumento de la sospecha de que en estos espacios el asilo es utilizado como una vía fraudulenta de acceso al territorio. En definitiva, el marco jurídico español de asilo presenta serias inconsistencias al momento de garantizar el acceso al procedimiento de protección internacional.

XIX. La criminalización en torno al asilo por asociación con la migración irregular

En suma, la investigación advierte un proceso de criminalización en torno al asilo en fronteras, por asociación con la migración irregular, que desvirtúa la protección y convierte al sistema de asilo en un engranaje adicional del control migratorio.

XX. Los aportes de la investigación

Esta tesis contribuye a los estudios sobre la combinación entre poder penal y control migratorio, desde el Derecho Internacional y la criminología. Conforme a esta perspectiva teórica, el análisis reconoce la criminalización como un producto del Derecho, a través de normas penales y de normas administrativas que recurren a mecanismos tradicionales del poder penal o con efectos similares. En este marco, el trabajo brinda elementos para comprender los nuevos sentidos y formas de las fronteras, los procesos que gobiernan las migraciones y sus confluencias con los sistemas de asilo. El análisis sistematiza las diferentes aproximaciones al proceso de criminalización y explora cuál es el rol del Derecho Internacional, el Derecho de la UE y el Derecho español, a través de la regulación de los mecanismos que combinan control migratorio y poder penal.

En la primera parte, el trabajo toma como base el marco teórico desarrollado en el ámbito de la UE desde inicios del siglo XXI. A partir de esta base, el trabajo reafirma la criminalización a través de normas penales y administrativas. En el plano formal, el castigo de la facilitación destaca como una expansión de la criminalización de la migración hacia la sociedad civil, hacia cualquier persona con independencia de su condición o no de migrante. En el plano material, se advierte la utilización de la detención, es decir, un mecanismo típicamente penal o con efectos similares. Al analizar el marco jurídico de la UE, la investigación señala que la mayoría de mecanismos de detención se dirigen contra solicitantes de asilo. En particular, las reglas del SECA incrementan las posibilidades de ser privado de libertad como solicitante de protección. Como

consecuencia, el análisis contribuye a los estudios sobre el SECA, desvelando su funcionamiento más allá de la protección por su estrecha relación al control migratorio.

En la segunda parte, **el estudio sobre la política de migración y la situación en las fronteras españolas incorpora la consideración de los elementos típicos de la criminalización, resumidos en la contención, la inmovilidad y la expulsión. En el ámbito del asilo, el trabajo aporta una respuesta al interrogante sobre por qué España no es un país de asilo.** El bajo número de solicitudes de asilo y la reducida tasa de reconocimiento de protección han sido generalmente explicados como una consecuencia de las deficiencias procesales del sistema de asilo. Según tales explicaciones, los solicitantes de asilo decidirían autónomamente no presentar sus solicitudes de asilo en España y continuar su tránsito hacia otros países o permanecer en territorio español en situación irregular. La tesis responde a la pregunta desde una perspectiva diferente, que aporta perspectiva de la criminología crítica de fronteras y migraciones, atendiendo a los elementos típicos de la criminalización.

La investigación enfoca también su atención en el derecho de extranjería. En España, se trata de un área escasamente desarrollada desde la investigación académica. En general, esta rama del Derecho se considera un ámbito de la práctica jurídica, o a lo sumo una parte secundaria del derecho administrativo, a pesar de su importancia en la vida de una buena parte de la sociedad española y de ser un ámbito del Derecho cada más vez requerido y aplicado. Ante ello, **la tesis contribuye al abordaje del derecho de extranjería como un objeto de interés para la ciencia del Derecho.** La reflexión y producción de conocimiento en torno a esta rama del Derecho resulta fundamental, no sólo para asegurar la coherencia del sistema jurídico, sino para asegurar que su diseño y funcionamiento respete la amplia diversidad de derechos humanos en juego.

XXI. Nuevos caminos y siguientes pasos

A partir de la tesis doctoral, se abren nuevos desafíos frente al objeto de estudio. La tesis elabora un análisis ceñido en general al sistema jurídico, comprendiendo el Derecho Internacional, el Derecho de la UE y el Derecho español. El estudio estrictamente jurídico se complementa con jurisprudencia e informes de instituciones, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para dar cuenta de cómo se materializa la aplicación del Derecho. El resultado de la investigación abre una serie de nuevos

interrogantes. Así, con el objetivo de profundizar en la criminalización de la migración y del asilo por asociación, surge un nuevo conjunto de preguntas, entre las que destacamos: ¿cómo cabría distinguir jurídicamente entre la detención de los migrantes irregulares y la de los solicitantes de asilo? ¿cómo se enjuicia y se condena el delito de facilitación? ¿hasta qué punto resulta posible mantener la distinción entre migrante y solicitante de asilo teniendo en cuenta la tendencia a superponer ambas categorías? Asimismo, teniendo en cuenta el carácter altamente selectivo del control migratorio y del poder penal, cabe preguntarse, además: ¿quién cae bajo el alcance del control? ¿cómo influyen factores como el género, la edad, la nacionalidad o el lugar de origen? ¿quién permanece irregular? ¿quién es efectivamente expulsado y debido a qué motivos? Por último, frente a este panorama, el siguiente interrogante en sentido amplio puede resumirse en: ¿cuáles son las formas de resistencias desde los derechos?

CHAPTER 10. CONCLUSIONS

Following on from the search for answers to the research questions posed in the doctoral thesis, this chapter presents the final conclusions and highlights the thesis' main contributions to the object of study. The final section discusses the limitations of the analysis, the challenges that lie ahead and the new avenues for research that emerge from these contributions.

I. Mutating borders: the recognition of rights in exchange for security

The fall of the Berlin Wall in 1989 was a symbolic event in a new era that heralded a more connected international community. Market rules called for greater freedom of movement of goods, services and people, in an internationalised space where borders would lose their rigidity. Walls were falling as an expression of the commitment to freedom of transit. It was precisely for this purpose that the right to leave a country, including one's own, was enshrined in the 1948 Universal Declaration of Human Rights. However, the right of entry into the territory of another state remained uncertain, even in the new era. Border liberalisation initiatives vowed to actualise this essential element of the right to migrate. In practice, however, borders took on new meanings and forms. Globalisation has increased the movement of people across countries. So-called migration flows travelled along multiple routes crossing state borders. Nevertheless, these globalised movements also resulted in the arrival of some 'unwanted' migrants. These included migrants who were not functional to the market; who were not attractive to states' economic interest; who were disruptive of supposedly homogenous political and social identities; and who were considered a risk to security and so-called public order. Additionally, it was found that publicly rejecting this type of migration could yield political gain. Walls were erected to constrain and control the movement of the 'unwanted'.

This phenomenon has been clearly visible within the process of EU integration, with specific characteristics in how it has been shaped as a multi-state organisation with a

shared economic, political and legal space. While the EU integration process was initially aimed at achieving an unrestricted common market, it has gradually evolved and the borders of the nation state have been reshaped. In the early stages, legal provisions gave citizens the right to move freely to seek employment. The extension of the EU's objective towards the construction of a shared political and legal space resulted in the Schengen Area (initially created by some Member States outside the Union) being absorbed into the EU. States' initial mistrust of the Schengen Area as a system for abolishing internal border controls was based on security: where would controls operate? which states would be in charge? who would have the right to freedom of movement? The liberalisation of internal borders was then accompanied by the relocation and special reinforcement of external border controls. In this scenario, States remain responsible for their own borders, but are also supported by the Union.

II. Security as a condition for border liberalisation

With freedom of movement, territory ceased to be the main object of protection and security took its place. During this process, borders, rather than losing their importance, mutated in form and took on new meanings. Security drove border control to be projected outwards, towards the external borders and even beyond them. In this way, States' concerns about eventual loss of control and the reduction of their sovereign power were resolved by ensuring that borders and sovereignty would continue to play a major role. Far from being reduced, the sovereign power of States at borders is settling into new configurations and even expanding into new territories.

Globalisation at the international level and integration at the European level mean that any threats to states are no longer primarily directed at the integrity of the territory as an essential element in the configuration of the nation state. Increased movements across borders lead to new risks, which are no longer between opposing states (horizontal). Threats now derive from non-state actors that can move more freely across borders. In this context, the danger to state security comes from cross-border crime; from the advantages that the liberalisation of borders gives to the smuggling of migrants, human trafficking, terrorism or drug trafficking, for example.

From a state's perspective, population movements increase the danger of insecurity. In the face of this, borders regain their function as a tool for controlling the people who try

to cross them, with the aim of countering the threat. Sovereignty is expressed through the traditional role of borders, namely, controlling persons entering and leaving a state, in order to verify their compliance with eligibility requirements.

III. Border control and migration: among the last bastions of sovereignty

Border and migration control are crucial ways in which states maintain their integrity. In addition to the preservation of territory and security, the power to distinguish between nationals and non-nationals allows states to delimit the passive subject of power. Border and migration control are two of the last bastions of sovereignty in liberal states, characterised by a tendency towards deregulation and privatisation of their services.

International law has evolved towards only allowing two limits to the sovereign power of states at borders: outwards, guaranteeing the right to leave a country, including one's own; and, inwards, the obligation of international protection, through the recognition of refugee status and non-refoulement for non-nationals when their life, integrity or freedom is under threat in their country of origin.

Beyond these two limits imposed by international law, States retain important areas of power in border control and migration regulation. In fact, the breadth and ambiguity that characterise the concept of migration serve states' interests in terms of maintaining control over the people who cross their borders and remain in their territories. **A migrant is by (non-)definition a subject under control, as the inaccurate use of the term allows for an expansion of power.** This is particularly evident in the EU context. Under the principle of conferral, the States have granted some powers to the Union, particularly in border and asylum areas. In contrast, immigration matters have largely remained within the remit of the States. EU law establishes a broad notion of otherness in opposition to European citizenship, which is applicable to any third-country national. The EU's legal framework has made little progress in regulating visas, residence permits and other regular entry channels for migrants.

IV. The problematic overlapping of subjective categories: a system torn between excluding irregular migrants and protecting refugees

Border control shapes a set of subjective categories in which nationals and non-nationals are included. Such categories are marked by security. They range from inclusion through recognition of rights, to exclusion by failing to regularise the migration status of undocumented migrants and deporting them. Therefore, each category yields its own set of rights and legal status. Border control thus operates as a mechanism of social control. Recognition and the attribution of differentiated legal statuses operate at borders through a process of selection of the subjects who cross them. This selection relies on a basic definition by negation: whoever is not a national with the right to enter and stay is a non-national, subject to State authorisation to do so. From this initial binary national/non-national classification, the category ‘third-country national’ is subdivided into that of regular and irregular migrant, applicable depending on whether the eligibility conditions for crossing the border and remaining in the country are met. At the EU level, the conditions for regular status are mainly in the hands of the Member States, while the EU’s role focuses on preventing the arrival of irregular migrants and their expulsion.

Conversely, the categories of ‘asylum seeker’ and ‘refugee’ derive from the international protection obligation of States. Both categories are intertwined in the process involving the recognition of rights. **While refugee status is declaratory in nature, its recognition requires having previously been included in the category of asylum seeker. In turn, in order to become an asylum seeker, a person needs to have previously migrated.** The problem lies in the overlap between the categories of irregular migrant and asylum seeker. There is a problematic confluence of statuses between the categories of irregular migrant, whom States seek to exclude and keep outside their territory, and asylum seeker and refugee, whom the same States have the obligation to protect, not to *refoule* and not to penalise.

It is reasonable that persons seeking international protection should resort to irregular means of departing their places of origin and entering into territories of transit and destination. In fact, this circumstance is recognised both by international refugee law, which prohibits penalising the irregular entry of asylum seekers, and by EU law, which establishes the first place of irregular entry as a criterion for determining which State is responsible for processing the application. **The overlapping of categories distorts the**

scope of international protection, and the above-mentioned provisions of international law and the EU law not only cause it, but also fail to solve it. The situation of asylum seekers with irregular migration status collides with the States' power to control and prevent irregular movement.

V. EU migration policy. Minimum rules on regular channels of entry, a common regime on prevention and forced returns of irregular migrants

The Union's immigration policy consists of minimum elementary standards that leave a wide margin of discretion and control to each Member State. States are particularly sensitive about their sovereignty in connection with migration issues. Alongside the system of internal freedom of movement within the Schengen Area, and in combination with the integrated management of external borders and the progressive construction of a common asylum system, the EU's migration policy guarantees wide margins of legislative development to the States as a shared power.

So far, the development of common policies and rules on regular migration has been scarce and partial, mainly concerning the opening and regulation of common channels of access to, and stay in, the territory of the Member States. On the contrary, the pooling of immigration has mainly resulted in measures to prevent the arrival of, and expel, irregular migrants. Faced with the absence and obstruction of regular entry channels, forced exit channels for irregular migration have multiplied. A paradigmatic example is the European Pact on Migration and Asylum, which conceives return as an integral part of the asylum process.

VI. EU asylum policy: a system of protection based on a migration control logic

The connection between irregular migration and asylum is even more evident at EU level. Shared asylum policies have evolved in line with States' concerns about maintaining control and security in the Schengen Area, preventing irregular migration, abuse of the asylum system and secondary movements of asylum seekers. This shows that, from the perspective of States, asylum is seen as an additional channel for irregular migration.

The protection of the asylum system is not dissociated from migration control. This is exacerbated by the absence of regular access to the asylum system. As a result, the

common asylum policy comes closer to the common migration policy, and ultimately operates as an additional cause in the production of irregular migrations, in other words, of non-regularisation. As such, both immigration and asylum policies are aimed at deterring and restricting ‘unwanted’ movements.

VII. Criminalisation as a result of a cascading process

Since the late 20th century, migration governance has been regulated by a set of related processes that operate on a cascading basis, from the perception of migration as a security threat to the implementation of criminal power in response to this perceived threat. **As a consequence of the overlapping subjective categories of migrant and asylum seeker, and the close connection between migration and asylum policies, a series of cascading processes that criminalise migration to the detriment of international protection have permeated the asylum system.** In contrast to the different theoretical currents that address the criminalisation process, this thesis has adopted a substantive law perspective.

The analysis is carried out from a legal approach, which looks at criminalisation derived from the law in an open sense (not strictly or exclusively criminal). This approach points to the possibility that the association between migration and crime may result from the application and effects of a non-criminal rule. Regardless of its legal qualification, a rule can have ‘criminalising’ implications when its application and effects involve agents (security, police, military), practices (deportations, arrests) or consequences (severe restrictions of freedoms and rights) which are usually deployed in the context of the penal system. **Non-criminal rules, such as those of an administrative nature, may have such strong effects that they blur the scope of non-criminal law.** In this sense, for example, both the factual and legal circumstances surrounding the administrative detention of migrants at borders can result in a criminalisation process.

VIII. Criminalisation in EU law and Spanish law from a substantive law perspective

A process of criminalisation in substantive law terms can be observed in both EU law and Spanish law. In both systems, the legal framework for borders, migration and asylum contains few criminal law rules in the strict sense. All three areas are governed by rules

of a largely administrative nature. However, **such administrative rules implement mechanisms which are traditionally used in criminal law, or which restrict rights in a similar way to those that operate in criminal matters.** In turn, the administrative nature of these rules may cause protection levels to be lower than they would be in the scope of criminal law.

IX. The criminalisation of irregular migration has expanded to civil society in the EU

In EU law, the criminal law rules concerning irregular migration at borders are composed of Directive 2002/90 and Framework Decision 2002/946, commonly known as the Facilitators Package. This Package aims to establish common penalties for facilitating unauthorised entry and residence in the territory. **Penalties are not directed directly against migrants, but against any person who assists them.** In this way, **the criminalisation of irregular migration has expanded to civil society in the EU.**

The definition of this facilitation offence is extremely vague, even in terms of setting a common minimum standard. According to the applicable provisions, a criminal action in border crossing involves providing assistance, which does not include the profit element that characterises the crime of human smuggling according to the 2000 Palermo Protocol on human smuggling (to which the EU is a party). The Directive allows States to transpose these provisions into national legislation by including the so-called humanitarian clause at their discretion. This excludes penalties when support is provided for humanitarian reasons, without specifying what is meant by this. For its part, the offence of facilitation of residence in the territory does contain the for-profit component; however, assistance can be provided by either legal or illegal means, contrary to the Palermo Protocol, which only contemplates illegal means. This effectively expands the scope of penalties and even discourages the provision of legal services to irregular migrants. In short, the Facilitation Package is an expression of a form of criminal law that promotes exclusion and is close to the criminal law of the enemy, based on considering the migrant subject to be unlawful. The offence is constructed in terms of a subject that is intended to be excluded.

X. The use of migration control mechanisms traditionally employed in criminal law: a paradigm based on detention of migrants and asylum seekers

Strictly speaking, the criminalisation of migrants does not operate in EU law through criminal law. The EU does not provide for an offence of illegal entry or stay, although some EU Member States do. However, as this analysis shows, **a process of criminalisation in substantive law terms is observed in the EU framework, because the rules on irregular migration include mechanisms that are typically found in criminal law or have similar effects. The most obvious case is the detention of migrants and asylum seekers.** This is a mechanism traditionally used in the criminal field. Deprivation of freedom is also frequently associated with criminal offences. The justification for this measure in the context of border migration is that it is an administrative mechanism merely intended to verify compliance with entry requirements or the need for protection (or, failing that, expulsion). Both the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and the 1950 European Convention on Human Rights enable the implementation of this mechanism.

Since the end of the 20th century, the increased movements across borders have been accompanied by myriad mechanisms for preventing migrants from moving across borders. In particular, the early years of the 21st century have seen the EU prevent migrant movement as a control strategy at borders. The absence of regular access and transit routes has significantly increased the ways and locations in which the migrant population are prevented from moving, including border posts, police stations, detention centres and makeshift camps on islands. **The proliferation of detention of migrants and asylum seekers is explained by the securitisation process. The response triggers this type of criminalisation, which is not strictly within the realm of criminal law procedures, but still deprives people of freedom.** The problem is also that the administrative nature of rules is used to justify a reduction of procedural guarantees. The State's sovereign power to control its borders expands precisely through administrative rules, where the State's discretion has wider limits.

XI. Monitoring and protecting: asylum seekers as potential subjects of detention

Concurrently with the expansion of migrant detention, asylum seekers have increasingly been considered to be potential subjects of detention. Detention of asylum seekers is part

of the trend to prevent freedom of movement among irregular migrants. Constraining migrants' movements through deprivation of, and restrictions on, freedom of movement has gradually become a common device for controlling and managing migration, including the movements of (potential) asylum seekers. The argument lies in the need to assess people arriving in 'mixed' migration flows, select those who are eligible to cross the border, and expel those who are not eligible to do so.

When a State detains an asylum seeker, migration control and the international protection obligation converge. These two forms of detention are similar in that they are a last resort in immigration control and neither can be a form of punishment. The latter is of particular relevance in the detention of asylum seekers, since, according to the Refugee Convention, no penalties can be applied for unauthorised entry. Contributions from the theories of 'crimmigration' and border criminology have highlighted that, even though detention is portrayed as an administrative law mechanism, in practice it can have punitive effects. In this regard, this thesis stresses that detaining migrants and asylum seekers involves resorting to mechanisms that are traditionally used by the criminal justice system for controlling and penalising criminal offences. The similarity between these mechanisms brings migration (and asylum) control closer to crime control. As a result of this approach, detention of migrants should be accompanied by safeguards similar to those accompanying deprivation of, and restrictions on, freedom of movement in the criminal sphere.

XII. The normalisation of the restricted movement of migrants. The expansion of detention of asylum seekers in the Schengen Area

Detention has become standard practice as a migration control tool in the Schengen Area. The strengthening of external border controls (to ensure freedom of movement across internal borders) has been adduced as an additional argument to justify detention in border areas. An analysis of EU detention policy reveals three legal models of detention, all of which are related to irregular migration. Alongside detention aimed at returning irregular migrants under a removal order, the other two detention models are focused on asylum. **As a result, the expansion of the EU legal framework on detention has mainly targeted applicants for international protection.**

According to CEAS rules, deprivation of, or restrictions on, asylum seekers' freedom of movement are justified on the basis of their association with irregular migrant status. As detention takes place mainly in border areas or in areas considered transit zones, the protection system overlaps with border and migration control mechanisms. The objective is to determine the legitimacy of each asylum application to be processed. The Dublin III Regulation further expands the scope of deprivation of freedom in the EU on the grounds of the association between asylum seeker and irregular migrant. According to its provisions, detention for the transfer of applicants is a consequence of irregular entry. The Dublin III Regulation thus introduces a new form of detention of asylum seekers: detention for the purpose of transferring them to the Member State responsible for examining their application for international protection.

However, the expansion of detention as an immigration control mechanism raises questions about its real effectiveness. The multiple forms of deprivation of, and other restrictions on, freedom of movement have not been reflected in a decrease in irregular movements of migrants, nor has it been accompanied by access routes for asylum seekers. **Restricting freedom of movement has become a device for controlling people at borders that is used to restrain and classify migrants.** The different forms of detention of migrants and asylum seekers are imposed to stop movements by the 'unwanted', those considered marginal, useless or dangerous. While the EU asylum system is formally consistent with the Refugee Convention and the prohibition of penalising applicants on their irregular migration status, the expansion of detention in the treatment of asylum seekers is a process that criminalises undocumented migrants.

XIII. Spanish borders as sites of securitisation, externalisation and criminalisation

This process of criminalisation has similar features to those observed in the EU. In fact, Spain clearly became a migration destination simultaneously with its incorporation into the European Community and the Schengen Area. As a result, Spanish policies on borders, migration and asylum have been shaped according to the EU's interests and following the frameworks for action set by European institutions.

Likewise, **the time overlap in the development of Spanish and EU policies on migration, asylum and border management has meant that Spanish borders have provided fertile ground for the deconstruction of European borders and the**

consequences of this process. Since the 1990s, Spain has been one of the pioneering Member States in setting up border security and surveillance systems, deploying military forces to control irregular migration and concluding migration control agreements with neighbouring countries. Today such measures, as the basis for the processes of securitisation, militarisation and externalisation, are replicated and are a common denominator in all southern EU States.

XIV. The securitisation process as a cause of irregular migration

In the European legal framework, the abolition of internal border controls and the strengthening of external controls have placed a significant burden of responsibility on Spain for maintaining the free movement regime. Ceuta and Melilla are paradigmatic locations in this regard, and the fences in both cities exemplify this in both a material and symbolic sense. Spain's borders have been a precursor to the processes of externalisation and militarisation in the EU. Policies to restrict freedom of movement and the erection of fences have been in place ever since Spain started to become an immigration destination. These processes are based on securitisation logics that feed back into the circuit.

Once migrants arrive at Spanish borders, securitisation triggers mechanisms typical of the criminal justice system, aimed at restraining and preventing the freedom of movement for migrants, in order to classify them into irregular migrants and asylum seekers. In both cases constraints to movement are maintained as a rule. Therefore, the rules of irregular migration management spill over into the asylum system. Formally, the objective is to ensure that those migrants who are not eligible for entry, stay or protection are returned. Ultimately, the actual impossibility of enforcing returns means that detention mechanisms give rise to irregular migration.

XV. Criminalisation of irregular migration in Spain in a substantive law sense

The Spanish legal regime follows the guidelines of EU law, which do not directly criminalise non-nationals for their irregular entry or stay, but rather persons who (regardless of their status as nationals or non-nationals) facilitate irregular entry or stay or who enter into an employment relationship with a non-national who is not authorised to work.

The Spanish criminal law system does not directly and formally penalise unauthorised non-nationals for entering and remaining in Spain. The conditions for crossing the borders and the authorisation for residing in Spain are regulated by administrative regulations, and therefore there are no formal criminal procedures against migrants. Criminal law is reserved for conduct that is regarded to violate the rights of migrants. Specifically, after the 2015 reform, the Spanish Criminal Code transposed Directive 2002/90 and included facilitating irregular migration as an offence and qualified the labour exploitation of undocumented foreigners as a criminal offence.

While there are no formal criminal law provisions applicable to irregular migration in Spain (as is the case in EU law), the Spanish legal system contains a series of elements and mechanisms aimed at border and migration control which operate as, and result in, a process of criminalisation in substantive law terms. Along the Spanish borders, highly selective control mechanisms are at play, based on restrained freedom of movement for migrants and migrant returns. In addition to physical and technological devices (such as, for example, the fences in Ceuta and Melilla and the radar detection technology of the integrated system for external surveillance, known as SIVE), the measures provided for in the legal system for refusal of entry, refoulement and rejection operate as mechanisms for border closure and expulsion from the territory. In the event of failure of some of these devices and measures ('failure' meaning actual irregular entry), other measures are implemented to prevent freedom of movement, such as different forms of detention in the various detention centres (CETIs) located in the border areas and spread throughout a large part of the territory. Detention in detention centres has different characteristics depending on the type of border where they are located. In general, these have closed regimes. As an exception, the CETIs in Ceuta and Melilla are open-regime centres. This is explained by the geographical location of both cities and the extraordinary additional control of exits in these territories of the Schengen Area.

The 'culture of immigration detention' is deeply ingrained in the Spanish system. This was the case even before Spain joined the Schengen Area, and it is strongly established today. Over time, border and migration control has resulted in various mechanisms for preventing the movement of migrants and returning them, both at borders and within the territory. Such mechanisms are consistent with the administrative regulations applicable to non-nationals in Spain, but it also has some marked similarities to the procedures traditionally used by the criminal justice system. As a result of

criminalisation (from a substantive law perspective), these mechanisms are put in place as administrative law tools. Therefore, their penal effects are either not accompanied by criminal law procedural guarantees, or have scarce or practically inoperative guarantees.

XVI. Exceptionality at Spanish borders and fragility of rights

Legal assurances (more specifically, the status of legal rights) are particularly fragile at Spain's borders. Migration control in border areas is subject to a significant degree of administrative discretion and legal uncertainty. When crossing the border irregularly, either by crossing the fences in Ceuta and Melilla or by sailing the waters of the Mediterranean Sea or the Atlantic Ocean, migrants are exposed to a kind of legal 'limbo' where the violation of rights is legalised. Irregular movements at land and maritime borders are managed by control agencies on an exceptional basis. In exceptional cases, the legal system enables and legitimises the application of extraordinary measures which have no specific legal regulation, such as the centres for the temporary care of non-nationals (known as CATEs). Thus, extraordinary measures have become 'ordinary' over time. In other words, exceptionality has become 'normalised'.

XVII. The absence and exceptionality of asylum at Spanish borders

In Spain, the transition from being a sending country to being a receiving (and transit) country was not accompanied by an effective international protection system. This can be made apparent by the low number of asylum applications submitted both at the borders and in Spain, the low percentage of accepted application rates, the restricted access to protection mechanisms, the legal deficiencies of the procedure and the evident and repeated lack of political interest in adapting national legislation to EU protection standards. In this regard, a culture of suspecting asylum seekers of fraud has significantly permeated the Spanish system.

Spanish legislation on the right to asylum has evolved inconsistently, erratically, and slowly regarding the transposition of the CEAS Directives. This process has been marked by the changes experienced at Spain's borders as they have become a Schengen Area, as well as transit and destination zones for multiple migration movements. The nature of the right to asylum in the Spanish Constitution (Art. 13.4), recognised but as a

right but lacking fundamental right status, has contributed to its fluctuating development. The evolution of Spanish asylum law at the borders illustrates the shift from asylum as protection to asylum as an instrument of migration control.

XVIII. Access to the right to asylum in Spain: where and for whom

The effectiveness of the rights and procedural guarantees offered by the Spanish asylum system differs markedly depending on the place where the application for protection is submitted: throughout Spain, at the borders, in the cities of Ceuta and Melilla, or in detention centres. In legal terms, these differences are based on the exceptional nature of borders and of detention and reception centres. In the cases of Ceuta and Melilla, the extraordinary character of the border and the system for the movement of people in these two cities is reflected in the asylum procedure, whether applications are made at a border post or in the CETIs. On a factual level, differences depend on the nationalities of asylum seekers and the greater or lesser possibilities they have of gaining access to the territory or to be detained at borders or in detention centres.

In contrast to the ordinary procedure within Spanish territory, **the exceptional nature of the borders, detention centres and holding centres means that the procedures used are characterised by measures to prevent applicants from moving within and across borders.** These measures are aimed at ensuring non-entry into Spain and expulsion if the application is refused. Processing times for the admission phase are considerably shortened and procedural guarantees are reduced, based on the suspicion that in these areas, asylum applications are used as a fraudulent means of gaining access to Spain. In short, the Spanish legal framework on asylum has serious inconsistencies when it comes to guaranteeing access to the international protection procedure.

XIX. Criminalisation of asylum by associating it with irregular migration

In sum, this analysis warns of a process of criminalisation of asylum at borders resulting from its association with irregular migration. This distorts protection and turns the asylum system into an additional cog in the wheel of migration control.

XX. The contributions of this research

This thesis contributes to studies on the combination of the power of criminal law mechanisms and migration control from the perspectives of international law and criminology. According to this theoretical perspective, the analysis recognises criminalisation as a product of law, through penal and administrative rules that resort to mechanisms traditionally used in criminal law or which have similar effects. It provides elements for understanding the new meanings and forms of borders, as well as the processes that govern migration and their points of convergence with asylum systems. The analysis systematises the different approaches to the criminalisation process and explores the role of international law, EU law and Spanish law, through the regulation of mechanisms that combine migration control and criminal law procedures.

The first part of the thesis relies on the relevant theoretical framework developed in the EU since the beginning of the 21st century. Formally, it reaffirms criminalisation through criminal law rules such as those that penalise the facilitation of irregular migration. The penalisation of facilitation is a powerful method to expand the criminalisation of migration to civil society; to anyone, regardless of their migrant or non-migrant status. On a substantive law level, a pervasive use of detention (a typical mechanism of criminal law) can be seen. In the analysis of the EU legal framework, it is argued that most detention mechanisms target asylum seekers. In particular, the CEAS rules increase the chances that an applicant for protection may be deprived of freedom. As a consequence, the analysis contributes to existing studies on the CEAS, by revealing its functioning and purpose beyond protection, in light of its close relationship to migration control.

In the second part, **the study on migration policy and the situation at the Spanish borders considers the typical elements of criminalisation, epitomised in migrants being constrained, prevented from moving within and across borders, and returned to their countries of origin. In the field of asylum, the thesis provides an answer to the question of why Spain is not a country of asylum.** The low number of asylum applications and the low protection recognition rates have generally been explained by procedural deficiencies in the asylum system. This view holds that asylum seekers autonomously decide not to submit their asylum applications in Spain and continue their transit to other countries, or remain in Spain as undocumented migrants. The thesis

addresses the question from a different perspective by relying on critical criminology of borders and looking at the elements typically found in criminalisation.

In addition to the combination of international law, EU law and criminology, the research focuses on immigration law. This area has received little attention in Spanish academic research. In general, this branch of the law is considered an area of legal practice, or at most a redoubt of administrative law, despite its importance in the life of a large part of Spanish society and the fact that it is increasingly required and applied. In this scenario, **this thesis has addressed immigration law as an object of interest for the science of law.** It is essential to reflect on and produce knowledge about this branch of the law, not only to ensure the coherence of the legal system, but also to guarantee that its design and functioning respects the wide diversity of human rights at stake.

XXI. New paths and next steps

This doctoral thesis opens up new challenges with regard to the object of study. It provides an analysis of the legal system in general, including international law, EU law and Spanish law. The strictly legal study is complemented by jurisprudence and reports from institutions, governmental and non-governmental organisations to give an account of how the application of the law materialises. The findings give rise to a number of new questions. These questions will need to be addressed in order to further the current knowledge about the criminalisation of migration and asylum by association and include the following: how should a legal distinction be made between the detention of irregular migrants and that of asylum seekers? how is the crime of facilitation prosecuted and convicted? and to what extent is it possible to maintain the distinction between migrants and asylum seekers, given the tendency that the two categories have to overlap? Furthermore, given the highly selective nature of migration control and penal power, it is also worth asking: who falls under the scope of control? what is the role played by factors such as gender, age, nationality or place of origin? who remains an irregular migrant? who is actually returned and on what grounds? Finally, in light of the situation, the next steps would involve asking a more general question, namely, what are the forms of rights-based resistance?

BIBLIOGRAFÍA

- AAS, Katja Franko (2013). The ordered and the bordered society: Migration control, citizenship, and the Northern penal state. En AAS, Katja Franko, BOSWORTH, Mary (eds.). *The borders of punishment: Migration, citizenship and social exclusion*. Oxford University Press, 21–36.
- AAS, Katja Franko (2011). “Crimmigrant” bodies and bona fide travelers: Surveillance, citizenship and global governance. *Theoretical Criminology*, 15 (3), 331–346.
- AAS, Katja Franko (2007). Analysing a world in motion: Global flows meet “criminology of the other”. *Theoretical Criminology*, 11 (2), 283–303.
- AAS, Katja Franko, BOSWORTH, Mary (2013). *The borders of punishment: Migration, citizenship, and social exclusion*. Oxford University Press.
- AAS, Katja Franko, GUNDHUS, Helen O.I. (2015). Policing humanitarian borderlands: Frontex, human rights and the precariousness of life. *British Journal of Criminology*, 55, 1–18.
- ABRISKETA URIARTE, Joana (2021a). El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo: hacia un marco jurídico aún más complejo. En ABRISKETA URIARTE, Joana (dir.) *Políticas de asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 307–355.
- ABRISKETA URIARTE, Joana (2021b). *Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea. Límites del Reglamento de Dublín III*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- ABRISKETA URIARTE, Joana (2017). La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 119–158.
- ACNUR – ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2014). *Monitorear la detención migratoria. Manual Práctico*. Disponible en:
<https://www.refworld.org/es/docid/5548c6244.html>
- ACNUR – ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2012). Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención. Disponible en:
<https://www.refworld.org/es/docid/51e3b3244.html>
- AHMED, Kaamil; TONDO, Lorenzo (2021). “Fortress Europe: the millions spent on military-grade tech to deter refugees”, *The Guardian*, 6/12/2021, disponible en:
<https://www.theguardian.com/global-development/2021/dec/06/fortress-europe-the-millions-spent-on-military-grade-tech-to-deter-refugees>
- ALARCÓN VELASCO, Noemí; MORENILLA BELIZÓN, Fran; RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis (2021). *Asistencia jurídica en llegadas marítimas. Guía práctica para la abogacía*. Consejo General de la Abogacía y Fundación General de la Abogacía. Disponible en:
<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2021/08/WEB-GUIA-LLEGADAS-MARITIMAS.pdf>

- ALIVERTI, Ana (2012a). Exploring the function of criminal law in the policing of foreigners: The decision to prosecute immigration-related offences. *Social & Legal Studies* 21(4): 511–527.
- ALIVERTI, Ana (2012b). Making people criminal: The role of the criminal law in immigration enforcement. *Theoretical Criminology*, 16 (4), 417–434.
- AMNESTY INTERNATIONAL (2016). Hotspot Italy: How EU’s flagship approach leads to violations of refugees and migrant rights. Report, 3.11.2016. Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur30/5004/2016/en/>
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2020a). Interior debe trasladar a las personas migrantes y refugiadas desde los CETIs a la península, especialmente desde el centro hacinado de Melilla. *Amnistía Internacional. Blog*. 2.4.2020. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/interior-debe-trasladar-a-las-personas-migrantes-y-refugiadas-desde-los-cetis-a-la-peninsula-especia/>
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2020b). ¿Qué son los CETI y por qué es urgente el traslado durante la pandemia? *Amnistía Internacional. Blog*. 14.4.2020. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/que-son-los-ceti-y-por-que-es-urgente-el-traslado-durante-la-pandemia/>
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2016a). El asilo en España: un sistema de acogida poco acogedor. Disponible en: https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/search?fq=mssearch_fld13&fv=EUR4120016
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2016b). En tierra de nadie. La situación de las personas refugiadas y migrantes en Ceuta y Melilla. Disponible en: https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/search?fq=mssearch_fld13&fv=EUR41300016
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2015). Miedo y Vallas: los planteamientos de Europa para contener a las personas refugiadas. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/eur03/2544/2015/es/>
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2008). Mauritania. “Nadie quiere tener nada que ver con nosotros”. Arrestos y expulsiones colectivas de migrantes a quienes se ha negado la entrada en Europa. Disponible en: https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=%28+%2BGuantanamo+%29+&start=2&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=mssearch_mlt98&fv=gseg01&fo=and
- APAP, Joanna, CARRERA, Sergio (2003). *Progress and obstacles in the Area of Justice and Home Affairs in an enlarging Europe*. CEPS Working Document, 194. Bruselas: Centre for European Policy Studies.
- APDHA – ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA (2021). *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2021*. Disponible en: <https://apdha.org/media/informe-frontera-sur-2021.pdf>
- APDHA – ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA (2020). *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2020*. Disponible en:

<https://apdha.org/media/informe-frontera-sur-2020.pdf>

APDHA – ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA (2019). *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2019*. Disponible en:

<https://www.apdha.org/wp-content/uploads/2019/02/informe-frontera-sur-2019-web.pdf>

ARANGO, Joaquín, MAHÍA, Ramón, MOYA MALAPEIRA, David, SÁNCHEZ-MONTIJANO, Elena (2018). Inmigración y asilo, en el centro de la arena política. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 14–26.

ARENDDT, Hanna (1973). *The origins of totalitarianism*. Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich.

ATAK, Idil, HUDSON, Graham, NAKACHE, Delphine (2018). The securitisation of Canada's refugee system: Reviewing the unintended consequences of the 2012 reform. *Refugee Survey Quarterly*, 38, 1–24.

BALZACQ, Thierry, LEÓNARD, Sarah, RUZICKA, Jan (2016). Securitization revisited: theory and cases. *International Relations*, 30 (4), 494–531.

BALZACQ, Thierry, CARRERA, Sergio (2005). *Migration, borders and asylum. Trends and vulnerabilities in EU policy*. Bruselas: Centre for European Policy Studies.

BARBERO, Iker (2021). Refugiados en contención: Lógicas de (in)movilidad en materia de derecho de asilo en la Frontera Sur. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 129, 179–202.

BARBERO, Iker (2020a). Cuando el derecho a fugarse subvierte el neo-orientalismo. *Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, 46, 93–113.

BARBERO, Iker (2020b). Los Centros de Atención Temporal de Extranjeros como nuevo modelo de control migratorio: situación actual, (des)regulación jurídica y mecanismos de control de derechos y garantías. *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 45, 267–302.

BARBERO, Iker (2017). La readmisión de extranjeros en situación irregular entre Estados miembros: Consecuencias empírico-jurídicas de la gestión policial de las fronteras internas. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 36, 1–26.

BARBERO, Iker (2010). *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la migración*. Ikuspegi – Observatorio Vasco de Inmigración.

BAR-TUVIA, Shani (2018). Australian and Israeli agreements for the permanent transfer of refugees: Stretching further the (il)legality and (im)morality of Western externalization policies. *International Journal of Refugee Law*, 30 (3), 474–511.

BARKER, Vanessa (2017). Penal power at the border: Realigning state and nation. *Theoretical Criminology*, 21, 441–457.

BASARAN, Tugba (2015). The saved and the drowned: Governing indifference in the name of security. *Security Dialogue*, 46, 205–220.

BASARAN, Tugba (2014). Saving lives at sea: Security, law and adverse effects. *European Journal of Migration and Law*, 16, 365–387.

- BASARAN, Tugba (2011). Legal borders in Europe: The waiting zone. En BURGEES, J. Peters, GUTWIRTH, Serge (eds.). *A threat against Europe? Security, migration and integration*. Bruselas: Vubpress, 63–73.
- BASILIEU-GAINCHE, Marie-Laure (2017). The French suite: The effect of Al Chodor on the detention of asylum seekers for the purpose of a Dublin transfer. *European Database of Asylum Law*, 27.11.2017. Disponible en:
<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/frenchsuite-effect-al-chodor-detention-asylum-seekers-purpose-dublin-transfer>
- BAUMGÄRTEL, Moritz (2018). High risk, high reward: Taking the question of Italy's involvement in Libyan 'pullback' policies to the European Court of Human Rights. *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 14.5.2018. Disponible en:
<https://www.ejiltalk.org/high-risk-high-reward-taking-the-question-of-italys-involvement-in-libyan-pullback-policies-to-the-european-court-of-human-rights/>
- BATHIA, Monish (2015). Turning asylum seekers into 'dangerous criminals': Experiences of the criminal justice system of those seeking sanctuary. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 4 (3), 97–111.
- BERTOMEU NAVARRO, Andrea (2020). Asunto N.D. y N.T. contra España: ¿un nuevo parámetro de legalidad e interpretación de la prohibición de expulsiones colectivas? *Unión Europea Aranzadi*, 6, 75–81.
- BIGO, Didier (2016). Rethinking security at the crossroad of International Relations and Criminology. *British Journal of Criminology*, 55 (6), 1068–1086.
- BIGO, Didier (2014). The (in)securitization practices of the three universes of EU border control: military, navy-border guards/police-database analysts. *Security Dialogue*, 45 (3), 209–225.
- BIGO, Didier (2005). Frontier controls in the European Union: Who is in control? En GUILD, Espelth & BIGO, Didier (eds.). *Controlling frontiers - Free movement into and within Europe*. Aldershot: Ashgate Publishing.
- BIGO, Didier (2002). Security and immigration: Toward a critique of the governmentality of unease. *Alternatives*, 27, 63–92.
- BIGO, Didier, GUILD, Espelth (2005). Policing at a distance: Schengen visa policies. En GUILD, Espelth & BIGO, Didier (eds.) *Controlling frontiers - Free movement into and within Europe*. Aldershot: Ashgate Publishing, 203–225.
- BILGIN, Pinar (2010). The "Western-centrism" of Security Studies: 'blind spot' or constitutive practice? *Security Dialogue*, 41 (6), 615–622
- BIVAND ERDAL, Marta, OEPEEN, Ceri (2018). Forced to leave? The discursive and analytical significance of describing migration as forced and voluntary. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 44 (6), 981–998.
- BOND, Jennifer (2012). Excluding justice: The dangerous intersection between refugee claims, Criminal Law, and 'guilty' asylum seekers. *International Journal of Refugee Law*, 24 (1), 37–59.
- BOSWORTH, Mary (2019). Immigration detention, punishment and the transformation of justice". *Social & Legal Studies*, 28 (1), 81–99.

- BOSWORTH, Mary (2017a). Border criminology and the changing nature of penal power. En LIEBLING, Alison, MARUNA, Shadd, MCARA, Lesley (eds). *The Oxford handbook of criminology* (6ª edición). Oxford University Press, 373–390.
- BOSWORTH, Mary (2017b). Penal humanitarianism: Sovereign power in an era of mass migration. *New Criminal Law Review*, 20, 39–65.
- BOSWORTH, Mary (2014). *Inside Immigration Detention*. Oxford University Press.
- BOSWORTH, Mary (2008). Border control and the limits of the sovereign State. *Social and Legal Studies*, 17, 199–215.
- BOSWORTH, Mary, FRANKO, Katja, PICKERING, Sharon (2018). Punishment, globalization and migration control: “Get them the hell out of here”. *Punishment and Society*, 20, 34–53.
- BOSWORTH, Mary, GUILD, Mhairi (2008). Governing through migration control: Security and citizenship in Britain. *British Journal of Criminology*, 48, 703–719.
- BOSWORTH, Mary, VANNIER, Marion (2020). Blurred lines: Detaining asylum seekers in Britain and France. *Journal of Sociology*, 56 (1), 53–68.
- BOURBEAU, Philippe (2011). *The securitization of migration. A study of movement and order*. Oxford: Routledge.
- BOZA MARTÍNEZ, Diego (2017). El internamiento de personas extranjeras: Más allá de los límites de la privación de libertad. En LÓPEZ-SALA, Ana María, GODENAU, Dirk (coords.). *Estados de contención, estados de detención. El control de la migración irregular en España*. Barcelona: Anthropos, 97–118.
- BRANDARIZ, José Ángel (2017). El uso de los CIE como extensión de la prisión. En García España, Elisa (coord.). *Razones para el cierre de los CIE: del reformismo a la abolición*. Málaga: Observatorio del sistema penal ante la inmigración (OCSPI) e Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, Universidad de Málaga, 23–37.
- BRANDARIZ, José Ángel, FERNÁNDEZ-BESSA, Cristina (2021). Coronavirus and immigration detention in Europe: The short summer of abolitionism? *Social Sciences*, 10, 226, 1–17.
- BRANDARIZ, José Ángel, FERNÁNDEZ-BESSA, Cristina (2020). A changing and multi-scalar EU borderscape: The expansion of asylum and the normalisation of the deportation of EU and EFTA citizens. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 9 (3), 21–23.
- BRANDARIZ, José Ángel, FERNÁNDEZ-BESSA, Cristina (2017). “Perfiles” de deportabilidad: El sesgo del sistema de control migratorio desde la perspectiva de la nacionalidad”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 37, 307–347.
- BUTLER, Graham, RATCOVICH, Martin (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, 235–259.
- BUZAN, Barry, HANSEN, Lene (2010). Beyond the evolution of International Security Studies? *Security Dialogue*, 41 (6), 659–667.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo (2002). La formación de la “España inmigrante”: Mercado y ciudadanía. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 97 (2), 95–126.

- CALAVITA, Kitty (2005). *Immigrant at the Margins: Law, Race, and Exclusion in Southern Europe*. Cambridge University Press.
- CAMINANDO FRONTERAS (2021). Monitoreo del derecho a la vida en la frontera occidental euroafricana - Año 2021. Disponible en:
<https://caminandofronteras.org/monitoreo/monitoreo-del-derecho-a-la-vida-2021/>
- CAMPESI, Giuseppe (2020). The EU Pact on Migration and Asylum and the dangerous multiplication of “anomalous zones” for migration management. En CARRERA, Sergio & GEDDES, Andrew. *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees*. San Domenico di Fisiolo: European University Institute. Disponible en:
<https://www.asileproject.eu/the-eu-pact-on-migration-and-asylum-and-the-dangerous-multiplication-of-anomalous-zones-for-migration-management/>
- CAMPESI, Giuseppe (2018a). Between containment, confinement and dispersal: The evolution of the Italian reception system before and after the “refugee crisis”. *Journal of Modern Italian Studies*, 23 (4), 494–506.
- CAMPESI, Giuseppe (2018b). Italy and the militarisation of the Euro-Mediterranean Border. En BURROUGHS, Elaine, WILLIAMS, Kira (eds.). *Contemporary Boat Migration. Data, Geopolitics and Discourses*. Londres: Rowman & Littlefield, 51–74.
- CAMPESI, Giuseppe (2015a). Hindering the deportation machine: An ethnography of power and resistance in immigration detention. *Punishment & Society*, 17 (4), 427–453.
- CAMPESI, Giuseppe (2015b). *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma: DeriveApprodi.
- CAMPESI, Giuseppe (2012). Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder*. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 3, 1–20.
- CAMPESI, Giuseppe (2011a). La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: Storia, diritto, politica. *Democrazia e Diritto*, 3 (4), 177–226.
- CAMPESI, Giuseppe (2011b). *The Arab Spring and the crisis of the European border regime. Manufacturing emergency in the Lampedusa crisis*. European University Institute Working Papers. Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2011/59. Mediterranean Programme. Disponible en:
<http://hdl.handle.net/1814/19375>
- CAMPESI, Giuseppe, FABINI, Giulia (2020). Immigration detention as social defence: Policing “dangerous mobility” in Italy. *Theoretical Criminology*, 24 (1), 50–70.
- CARITAS (2019). End the criminalisation of solidarity. 17/06/2019, Caritas Europa. Disponible en:
<https://www.caritas.eu/criminalisation-solidarity-2/>
- CARRERA, Sergio (2020). *The Strasbourg Court judgment N.D. and N.T. v Spain. A carte blanche to push backs at EU external borders?* European University Institute Working Papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2021/21.

- CARRERA, Sergio, MITSILEGAS, Valsami, ALLSOP, Jennifer, VOSYLIUTE, Lina (2019). *Policing Humanitarianism. EU policies against human smuggling and their impact on civil society*. Oxford: Hart.
- CARRERA, Sergio (coord.), VOSYLIUTE, Lina, SMIALOWSKI, Stephanie, ALLSOP, Jennifer, SÁNCHEZ, Gabriella (2018). *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 Update*. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. European Parliament. Disponible en:
<http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>
- CARRERA, Sergio (coord.), VOSYLIUTE, Lina, SMIALOWSKI, Stephanie, ALLSOP, Jennifer, SÁNCHEZ, Gabriella (2016). *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*. LIBE Committee. European Parliament. Disponible en:
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608838/IPOL_STU\(2018\)608838_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608838/IPOL_STU(2018)608838_EN.pdf)
- C.A.S.E. COLLECTIVE (2006). Critical approaches to security in Europe. A network manifesto. *Security Dialogue*, 37 (4), 443–487.
- CASSARINO, Jean-Pierre (2007). Informalising readmission agreements in the EU neighbourhood. *The International Spectator*, 42 (2), 179–196.
- CEAR – COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (2021). *Cifras de asilo en España*. Disponible en:
<https://masquecifras.org/>
- CEAR – COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (2020). *Informe 2020: Las personas refugiadas en España y Europa*. Madrid: CEAR.
- CEAR – COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (2010). *Informe de evaluación del centro de detención de migrantes en Nouadhibou (Mauritania)*. Madrid: CEAR.
- CEAR-EUSKADI – COMISIÓN ESPAÑA DE AYUDA AL REFUGIADO EN EUSKADI (2018). *Vidas que cruzan fronteras. Un análisis feminista sobre la Frontera Sur*. Disponible en:
<https://zehar.eus/producto/vidas-que-cruzan-fronteras-un-analisis-feminista-sobre-la-frontera-sur/>
- CHETAIL, Vicent (2016). The Common European Asylum System: *Bric-à-brac* or System? En CHETAIL, Vicent, DE BRUYCKER, Philippe, MAIANI, Francesco (eds.). *Reforming the Common European System. The New European Refugee Law*. Leiden: Brill.
- CHOLEWINSKI, Ryszard (2007). The criminalisation of migration in EU law and policy. En BALDACCINI, Anneliese, GUILD, Elspeth, TONER, Helen (eds.). *Whose Freedom, Security and Justice? EU immigration and asylum law and policy*. Oxford: Hart, 301–336.
- CHRISTIE, Nils (2004). *A suitable amount of crime*. Londres: Routledge.
- CHUECA SANCHO, Ángel; AGUELO NAVARRO, Pascual; ALMÁNDOZ RÍOS, Iñaki; PUIG PELLICER, Joan Ramon; BATALLA GALERA, Marisol (2006). *Informe sobre la problemática de la asistencia letrada en las fronteras interiores Schengen*. Consejo General de la Abogacía Española, Subcomisión de Extranjería.

- CHURRUCÁ MUGURUZA, Cristina (2021). La gestión humana y eficiente de la migración: los *hotspots* – espacios de detención en las fronteras exteriores de la Unión Europea. En ABRISKETA URIARTE, J. (dir.) *Políticas de asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 39–67.
- CLANDESTINO PROJECT (2009), *Final report*. 23.11.2009. Disponible en:
https://cordis.europa.eu/docs/publications/1266/126625701-6_en.pdf
- COLLYER, Michael (2016). Cross-border cottage industries and fragmented migration. En Carrera, Sergio & GUILD, Espelth (eds.). *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings. Policy dilemmas in the EU*. Bruselas: Centre for European Policy Studies, 17–23.
- COMISIÓN EUROPEA (2018). EU-Turkey Statement. Two years on. April 2018. Disponible en:
https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20180314_eu-turkey-two-years-on_en.pdf
- COUNCIL OF EUROPE (2019). *Using criminal law to restrict the work of NGOs supporting refugees and other migrants in Council Europe member States*. Thematic Study prepared by Dr Carla Ferstman on behalf of the Expert Council on NGO Law of the Conference of INGOs of the Council of Europe, December 2019. Disponible en:
<https://www.refworld.org/docid/5e1883c04.html>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (2017). Council conclusions on setting the EU’s priorities for the fight against organised and serious international crime between 2018 and 2021, 8654/17, 18.5.2017. Disponible en:
<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9450-2017-INIT/en/pdf>
- CORNELLISE, Galina (2016). Territory, procedures and rights: Border procedures in European asylum law. *Refugee Survey Quarterly*, 35, 74–90.
- COSTELLO, Cathryn, MOUZOURAKIS, Minos (2016). EU law and the detainability of asylum-seekers. *Refugee Survey Quarterly*, 35, 47–73.
- COUNCIL OF EUROPE - COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (2010). *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*. Issue paper prepared by Professor Elspeth Guild, February 2010. Disponible en:
<https://www.refworld.org/docid/4b6a9fef2.html>
- CRAIG, Sarah (2013). Struggling with EU safe country practices in asylum. En KORKUT, Umut, BUCKEN-KNAPP, Gregg, MCGARRY, Aidan, HINNFORS, Jonas, DRAKE, Helen (eds.). *The Discourses and Politics of Migration in Europe*. Londres: Palgrave Macmillan, 53–72.
- CRAWLEY, Heaven, SKLEPARIS, Dimitris (2018). Refugees, migrants, neither, both: Categorical fetishism and the politics of bounding in Europe’s “migration crisis”. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 44 (1), 48–64.
- DASTYARI, Azadeh (2007). Refugees on Guantanamo Bay: A blue print for Australia’s “Pacific Solution”? *AQ: Australian Quarterly*, 79 (1), 4–40.
- DAUVERGNE, Catherine (2013). The troublesome intersections of Refugee Law and Criminal Law. En AAS, Katja Franko & BOSWORTH, Mary (eds.). *The borders of*

- punishment. Migration, citizenship and social exclusion.* Oxford University Press, 74–90.
- DAUVERGNE, Catherine (2008). *Making people illegal: What globalization means for migration and law?* Cambridge University Press.
- DAUVERGNE, Catherine (2004). Sovereignty, migration and the rule of law in global times. *Modern Law Review*, 67 (4), 588–615.
- DE BRUYCKER, Philippe, BLOOMFIELD, Alice, TSOURDI, Evangelia (Lilian), PÉTIN, Joanna (2016). *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation.* Bruselas: Odysseus - Academic Network for Legal Studies on Immigration. Disponible en:
<https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>
- DE BRUYCKER, Philippe, DI BARTOLOMEO, Anna, FARGUES, Philippe (2013). *Migrants smuggled by sea to the EU: facts, laws and policy options.* Migration Policy Centre, Research Report 2013/09, Robert Schuman Centre for Advanced Studies. San Domenico di Fiesole: European University Institute.
- DE VRIES, Leonie Ansems, GUILD, Espelth (2018). Seeking refuge in Europe: spaces of transit and the violence of migration management. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 45 (12), 2156–2166.
- DE GENOVA, Nicholas (2002). Migrant “illegality” and deportability in everyday life. *Annual Review of Anthropology*, 31, 419–447.
- DE GIORGI, Alessandro (2010). Immigration control, post-fordism, and less eligibility: A materialist critique of the criminalization of immigration across Europe. *Punishment & Society*, 12 (2), 147–167.
- DE LA ORDEN BOSCH, Gustavo (2022). La (des)protección de migrantes y refugiados en el mar. Confluencias y tensiones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional. En GARCÍA ANDRADE, Paula (coord.). *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional público.* Valencia: Tirant lo Blanch, en prensa.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo J. (1999). Estatuto jurídico del extranjero sometido a la medida cautelar de internamiento. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Manuales de formación continuada, 5. El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000).* Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro (2016). Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 759–777.
- DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro (2007). Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales. En FORNER Y DELAYGUA, Joaquim Joan (coord.). *Fronteras exteriores de la Unión Europea e inmigración a España: Relaciones internacionales y Derecho.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro (2002). Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 12, 299–341.

- DEN HEIJER, Marteen, RIJMA, Jorrit J., SPIJKERBOER, Thomas (2016). Coercion, prohibition, and great expectations: The continuing failure of the Common European Asylum System. *Common Market Law Review*, 53, 607–642.
- DEATH BY RESCUE (2016). *The lethal effects of the EU's policies of non-assistance*. Report, April 2016. Disponible en:
<https://deathbyrescue.org/report/narrative/>
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2022). *Mecanismo para la Prevención de la Tortura. Informe anual 2020*. Madrid: Defensor del Pueblo. Disponible en:
https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2022/05/Informe_2021_MNP.pdf
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2021). *Mecanismo para la Prevención de la Tortura. Informe anual 2020*. Madrid: Defensor del Pueblo. Disponible en:
https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2021/06/Informe_2020_MNP.pdf
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2020). *Mecanismo para la Prevención de la Tortura. Informe anual 2019*. Madrid: Defensor del Pueblo. Disponible en:
https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2022/03/Informe_2019_MNP_ACCESIBLE.pdf
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2019). *Mecanismo para la Prevención de la Tortura. Informe anual 2018*. Madrid: Defensor del Pueblo. Disponible en:
https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/10/Informe_2018_MNP_accesible.pdf
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2018a). *Informe anual 2017*. Disponible en:
<https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informeanual-2017/>
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2018b). *Mecanismo para la Prevención de la Tortura. Informe anual 2017*. Madrid: Defensor del Pueblo. Disponible en:
<https://www.defensordelpueblo.es/informe-mnp/mecanismo-nacional-prevencion-la-tortura-informe-anual-2017/>
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2017). *Mecanismo para la Prevención de la Tortura. Informe anual 2016*. Madrid: Defensor del Pueblo. Disponible en:
https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/04/Informe_Anuar_MNP_2016.pdf
- DEKESEREDY, Walter (2015). Critical criminology. En GOODE, Erich (ed.). *The Handbook of Deviance*. Oxford: Wiley Blackwell.
- DIMITRIADI, Angeliki (2018). Governing irregular migration at the margins of Europe. The case of hotspots on the Greek islands. *Etnografía e Ricerca Qualitativa*, 1, 75–95.
- DONINI, Massimo (2009). El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. *Nuevo Foro Penal*, 72, 170–210.

- DREYER-PLUM, Domenica (2019). Commitment of States, access to asylum, and material benefits: Assessing key legislative battles and their structural impact on the Common European Asylum System. *International Journal of Refugee Law*, 31 (4), 516–540.
- DÜVELL, Frank (2011). Pathways into irregularity: The legal and political construction of irregular migration. *European Journal of Migration and Law*, 13, 275–295.
- DÜVELL, Frank (2009). *Pathways into irregularity: The social construction of irregular migration*. Clandestino Policy Brief. Atenas: Eliamep. Disponible en: http://clandestino.eliamap.gr/wp-content/uploads/2009/12/clandestino_policy_brief_comparative_pathways.pdf
- ECRE – EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (2016). *The implementation of the hotspots in Italy and Greece. A study*. December 2016. Disponible en: <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016..pdf>
- ECRE – EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (2015). *The legality of detention of asylum seekers under the Dublin III Regulation*. June 2015. Disponible en: <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/AIDA-Briefing-the-legality-of-detention-of-asylum-seekers-under-the-Dublin-III-Regulation-June-2015.pdf>
- ECRE – EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (2014). The application of the EU Charter of Fundamental Rights to asylum procedural law. October 2014. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/5bc4a71d4.html>
- EDWARDS, Alice (2011). Back to basics: The right to liberty and security of person and “alternatives to detention” of refugees, asylum-seekers, stateless persons and other migrants. UNHCR – United Nations High Commissioner for Refugees. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4dc935fd2.html>
- ESCOBAR-HERNÁNDEZ, Concepción (1992). Asylum and refugee status in Spain. *International Journal of Refugee Law*, 4 (1), 57–70.
- ESPADA RAMOS, María Luisa (1994). El derecho de asilo a revisión: Los costes de la coherencia con Europa. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2, 157–184.
- FABINI, Giulia (2017). Managing illegality at the internal border: Governing through “differential inclusion” in Italy. *European Journal of Criminology*, 14 (1), 46–62.
- FASSIN, Didier (2011). Policing borders, producing boundaries. The governmentality of immigration in dark times. *Annual Review of Anthropology*, 40 (1), 213–226.
- FASSIN, Didier (2005). Compassion and repression: The moral economy of immigration policies in France. *Cultural Anthropology*, 20 (3), 362–387.
- FEKETE, Liz (2009). Europe: Crimes of solidarity. *Race and Class*, 50 (4), 83–97.
- FEKETE, Liz, WEBBER, Frances, EDMOND-PETTITT, Anya (2017). *Humanitarianism: The unacceptable face of solidarity*. Londres: Institute of Race Relations.
- FERNÁNDEZ-BESSA, Cristina (2021). *Los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Una introducción desde las ciencias penales*. Madrid: Iustel.

- FERNÁNDEZ-BESSA, Cristina (2019). La brecha de género en el dispositivo de deportación. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 122, 85–109.
- FERNÁNDEZ-BESSA, Cristina, BRANDARIZ, José Ángel (2018). Welcoming distant refugees, barring the arrival of neighbouring migrants. Has the so-called refugee crisis shifted Spanish migration control policies? En SIEGEL, Dina & NAGY, Veronika (eds.), *The migration crisis? Criminalization, security and survival*. La Haya: Eleven International Publishing, 321–344.
- FERNÁNDEZ-BESSA, Cristina, BRANDARIZ, José Ángel (2016). Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica. El giro gerencial del dispositivo de deportación. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 4, 1–25.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (2014). La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: La ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías. *Diario La Ley*, 8382, 22.9.2014, Sección Doctrina.
- FERNÁNDEZ ROJO, David (2021). Frontex and migrant smuggling. A reinforced operational role of the Agency since the adoption of Regulation 2016/1624 and 2019/1896. *Konrad Adenauer Stiftung*, 470, 1–10.
- FERNÁNDEZ ROJO, David (2016). La detención de extranjeros en situación irregular: impacto de la Directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE en la legislación española. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 53, 233–258.
- FERRER-GALLARDO, Xabier, ALBET-MAS, Abel (2016). EU-Limboscapes: Ceuta and the proliferation of migrant detention spaces across the European Union. *European Urban and Regional Studies*, 23 (3), 527–530.
- FERRER-GALLARDO, Xabier; KRAMSCH, Olivier Thomas (2016). Revisiting *Al-Idrissi*: The EU and the (Euro)Mediterranean archipelago frontier. *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, 107 (2), 162–176.
- FERRER-GALLARDO, Xabier, PLANET-CONTRERAS, Ana (2012). Ceuta and Melilla: EuroAfrican Borderscapes. *Agora*, 4, 32–35.
- FITZGERALD, David Scott (2020). Remote control of migration: theorising territoriality, shared coercion, and deterrence. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 46 (1), 4–22.
- FLYNN, Michael (2014). *How and why immigration detention crossed the globe*. Global Detention Project Working Paper, 8, April 2014. Disponible en: <https://www.globaldetentionproject.org/wp-content/uploads/2014/04/How-and-Why-Immigration-Detention-Crossed-the-Globe-GDP-WP8-1.pdf>
- FOUCAULT, Michel (2008). *Seguridad, territorio, población. Curso del Collège de France (1977-1978)*. Madrid: Akal.
- FOUCAULT, Michel (1988). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo Veintiuno.
- FRELICK, Bill, KYSEL, Ian, PODKUL, Jennifer (2016). The impact of externalization of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants. *Journal on Migration and Human Security*, 4 (4), 190–220.
- GALLAGHER, Anne T. (2010). *The International Law of human trafficking*. Cambridge University Press.

- GALPARSORO, Javier (2010). Una nueva ley para el asilo en tiempos de crisis. En GARCÍA MAHAMUT, Rosario & GALPARSORO, Javier. *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 95–93.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas, TAN, Nikolas Feith (2017). The end of the deterrence paradigm? Future directions for global refugee policy. *Journal on Migration and Human Security*, 5, 28–56.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas, TAN, Nikolas Feith (2016). Beyond the deterrence paradigm in global refugee policy. *Suffolk Transnational Law Review*, 39, 637–649.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas, VEDSTED-HANSEN, Jens (2017). *Human rights and the dark side of globalisation. Transnational law enforcement and migration control*. Londres: Routledge.
- GARCÉS-MASCAREÑAS, Blanca (2021). Ceuta: The weaponization of migration. *CIDOB*, 669, 5.2021. Disponible en:
https://www.cidob.org/en/publications/publication_series/opinion/2021/ceuta_the_weaponisation_of_migration
- GARCÉS-MASCAREÑAS, Blanca (2019). Ser o no ser. Deficiencias en el sistema estatal de acogida. *Notes Internacionals CIDOB*, 214, 1–5.
- GARCÉS-MASCAREÑAS, Blanca, PASETTI, Francesco (2019). ¿A más solicitudes de asilo igual recepción? El sistema estatal de acogida en España desde 2015. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 114–126.
- GARCÍA ANDRADE, Paula (2010). Extraterritorial strategies to tackle irregular immigration by sea: A Spanish perspective. En RYAN, Bernard; MITSILEGAS, Valsamis. *Extraterritorial immigration control. Legal challenges*. Leiden: Brill, 311–346.
- GARCÍA COSO, Emiliano (2014). *La regulación de la inmigración irregular. Derechos humanos y el control de fronteras en la Unión Europea*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA GESTOSO, Noemí (2004). *Soberanía y Unión Europea (Algunas cuestiones críticas desde la Teoría de la Constitución)*. Barcelona: Atelier.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, César Cuauhtémoc (2014). Immigration detention as punishment. *UCLA Law Review*, 61 (5), 1346–1414.
- GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2010). El nuevo régimen jurídico del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España a la luz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre: principales novedades y desafíos. En GARCÍA MAHAMUT, Rosario & GALPARSORO, Javier. *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 15–93.
- GARCÍA VITORIA, Ignacio (2018). Una década sin Reglamento de asilo en España: Obstáculos e interpretaciones divergentes. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 116–128.
- GARELLI, Glenda, TAZZIOLI, Martina (2016). The EU hotspot approach at Lampedusa. *OpenDemocracy*, 26.2.2016. Disponible en:
<https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/glendagarelli-martina-tazzioli/eu-hotspot-approach-at-lampedusa>

- GERARD, Alison, PICKERING, Sharon (2013). Crimmigration: criminal justice, refugee protection and the securitisation of migration. En BERSOT, Heather & ARRIGO, Bruce (eds.). *The Routledge Handbook of International Crime and Justice Studies*. Londres: Routledge, 587–611.
- GHEZELBASH, Daniel, MORENO-LAX, Violeta, KLEIN, Natalie, OPESKIN, Brian (2018). Securitization of search and rescue at sea: The response to boat migration in the Mediterranean and offshore Australia. *International and Comparative Law Quarterly*, 67 (2), 315–351.
- GHIO, Daniela, BLANGIARDO, Gian Carlo (2019). Exploring the link between irregular migration and asylum: The case of Italy. *Genus*, 75, 1–18.
- GIL-BAZO, María-Teresa (1998). The role of Spain as a gateway to the Schengen Area. Changes in the asylum law and their implications for human rights. *International Journal of Refugee Law*, 10, 214–229.
- GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra, KLAUS, Witold (2018). “Governmental xenophobia” and crimmigration: European States’ policy and practices towards “the other”. *No-Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice*, 15, 74–100.
- GLOBAL DETENTION PROJECT (2010). *Detention at the borders of Europe: Report on the joint Global Detention Project – International Detention Coalition Workshop in Geneva, Switzerland, 2-3 October 2010*, November 2010. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/545b34cf4.html>
- GOLDNER LANG, Iris (2018). Human rights and legitimacy in the implementation of EU asylum and migration law. En VÖNEY, Silja, NEUMAN, Gerald L. (eds.). *Human rights, democracy, and legitimacy in a world of disorder*. Cambridge University Press.
- GÓMEZ ISA, Felipe (2021). La influencia de los populismos de extrema derecha en la postura de la UE respecto del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. En ABRISKETA URIARTE, Joana (dir.) *Políticas de asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 69–90.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada (2015). The Spanish-Moroccan cooperation on immigration: The *summary returns*. Cases of Isla de Tierra-Alhucemas -2012- and Ceuta and Melilla -2014-. *Spanish Yearbook of International Law*, 19, 349–356.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2015). Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla. *Revista de Administración Pública*, 196, 309–329.
- GOODWIN-GILL, Guy S. (2011). The right to seek asylum: Interception at sea and the principle of *non-refoulement*. *International Journal of Refugee Law*, 23, 443–457.
- GOODWIN-GILL, Guy S. (2007). The extraterritorial processing of claims to asylum or protection: The legal responsibilities of States and International Organisations. *UTS Law Review*, 9, 26–40.
- GOODWIN-GILL, Guy S. (2003). Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-penalization, detention, and protection. En Feller, E., Türk, V., Nicholson, F. (eds.). *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global*

- Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 185–252.
- GRAHL-MADSEN, Atle (1997). *Commentary on the Refugee Convention 1951. Articles 2-11, 13-37*. Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees. Disponible en:
<https://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html>
- GUILD, Elspeth (2021). ¿Por qué el asilo es un tema tan polémico en la Unión Europea? En ABRISKETA URIARTE, Joana (dir.) *Políticas de asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 21–37.
- GUILD, Elspeth (2009). *Security and migration in the 21st century*. Cambridge: Polity Press.
- GUILD, Elspeth (2007). Citizens without a Constitution, borders without a State: EU free movement of persons. En BALDACCINI, Annaliese, GUILD, Elspeth, TONER, Helen. *Whose Freedom, Security and Justice*. Oxford: Hart.
- HATHAWAY, James C. (2007). Forced migration studies: Could we agree just to “date”? *Journal of Refugee Studies*, 20 (3), 349–369.
- HATHAWAY, James C. (2005). *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge University Press.
- HIRST, Paul, THOMPSON, Grahame (2002). The future of globalisation. *Cooperation and Conflict*, 37 (3), 247–265.
- HOLIDAY, Yewa (2014). Penalising refugees: When should the CJEU have jurisdiction to interpret Article 31 of the Refugee Convention? *EU Law Analysis*. Disponible en:
<http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/07/penalising-refugees-when-should-cjeu.html>
- HUMAN RIGHTS WATCH (2019). *España: Inmigrantes retenidos en condiciones precarias. Detención automática y obstáculos a la solicitud de asilo*. 31/07/2019. Disponible en:
<https://www.hrw.org/es/news/2017/07/31/espana-inmigrantes-retenidos-en-condiciones-precarias>
- HUMAN RIGHTS WATCH (2016). Greece: Refugee “hotspots” unsafe, unsanitary”. 19.5.2016. Disponible en:
www.hrw.org/print/290051
- HUMPHREY, Michael (2013). Migration, security and insecurity. *Journal of Intercultural Studies*, 34 (2), 178–195.
- HUYSMAN, Jef (2006). *The politics of insecurity: Fear, migration and asylum in the EU*. Londres: Routledge.
- ICHRP – INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2010). *Irregular migration, migrant smuggling and human rights: Towards coherence*. Ginebra: ICHR. Disponible en:
http://www.ichrp.org/files/reports/56/122_report_en.pdf

- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara (2016). EU citizenship and migration law: Reshaping the balance of multi-national communities? The case of Ceuta and Melilla. *European Journal of Migration and Law*, 18, 259–274.
- ILIES, María (2009). *La política de la Comunidad Europea sobre inmigración irregular: medidas para combatir la inmigración irregular en todas sus fases*. Documento de trabajo 38/2009. Real Instituto Elcano. Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/d43c44004fc0d565a892ff8bf7fc5c91/DT38-2009_Ilies_inmigracion_irregular_politica_comunidad_europea.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d43c44004fc0d565a892ff8bf7fc5c91
- INTXAURBE VITORICA, José Ramón (2021). La consolidación de la *ley de la frontera*. Un análisis del aval del TEDH y el TC a las devoluciones en caliente de Ceuta y Melilla. En ABRISKETA URIARTE, Joana (dir.) *Políticas de asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 337–371.
- IZQUIERDO ESCRIBANO, Antonio (1996). *La inmigración inesperada*. Madrid: Trotta.
- JAKOBS, Günther (1997). *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas.
- KAMPMARK, Binoy (2017). Securitization, refugees, and Australia's turn back the boats policy, 2013-2015. *Antipodes*, 31 (1), 61–75.
- KAUSHAL, Asha, DAUVERGNE, Catherine (2011). The growing culture of exclusion: Trends in Canadian refugee exclusions. *International Journal of Refugee Law*, 23 (1), 54–92.
- KHACHANI, Mohamed (2006). *La emigración subsahariana: Marruecos como espacio de tránsito*. Barcelona: CIDOB.
- KIBISTO, Peter, FAIST, Thomas (2010). *Beyond a border: The causes and consequences of contemporary immigration*. Thousand Oaks, California: Pine Forge.
- KILPATRICK Jr, Richard L., SMITH, Adam (2020). Balancing the SAR obligations of States and shipmasters. En MITSILEGAS, Valsamis, MORENO-LAX, Violeta, VAVOULA, Niovi (eds.). *Securitising asylum flows. Deflection, criminalisation and challenges for human rights*. Leiden: Brill, 81–101.
- KIRCHNER, Andree, SCHIANO DI PEPE, Lorenzo (1998). International attempts to conclude a Convention to combat illegal migration. *International Journal of Refugee Law*, 10 (4), 662–674.
- KLEIN, Natalie (2014). A case for harmonizing laws on maritime interceptions of irregular migrants. *International and Comparative Law Quarterly*, 63, 787–814.
- KNEEBONE, Susan (2008). The legal and ethical implications of extraterritorial processing of asylum seekers: The “safe country” concept. En MCADAM, Jane (ed.). *Forced migration, human rights and security*. Oxford: Hart, 129–154.
- LANDRY, Rachel (2016). *The “humanitarian smuggling” of refugees. Criminal offence or moral obligation?* Refugee Studies Centre Working Paper Series, 119, 20.10.2016. Oxford Department of International Development. University of Oxford. Disponible en:

<https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/the-humanitarian-smuggling-of-refugees-criminal-offence-or-moral-obligation>

- LEERKES, Arjen, BROEDERS, Dennis (2010). A case of mixed motives? Formal and informal functions of administrative immigration detention. *British Journal of Criminology*, 50 (5), 830–850.
- LEGOMSKY, Stephen H. (2007). The new paths of immigration law: Asymmetric incorporation of criminal justice norms. *Washington and Lee Law Review*, 64 (2), 469–528.
- LÉONARD, Sarah, KAUNERT, Christian (2019): *Refugees, security and the European Union*. Londres: Routledge.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (2013). La ciudadanía europea: una cuestión abierta. *Teoría y realidad constitucional*, 32, 357–372.
- LIROLA DELGADO, Isabel (2010). Elementos de una política común de inmigración de la Unión Europea: Una lectura crítica. En PI LLORENS, Montserrat, ZAPATER DUQUE, Esther (coords.). *¿Hacia una Europa de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia?* Madrid: Marcial Pons, 47–65.
- LIVI-BACCI, Massimo (1993). *Inmigración y desarrollo: Comparación entre Europa y América*. Itinera Cuadernos, 3. Barcelona: Fundación Paulino Torras Domènech.
- LO COCO, Daniela (2021). Marruecos: Política migratoria y sistema de deportación. En CALDERÓ, Clara & CARDONA, Diana (eds.). *Vulneraciones de derechos humanos en las deportaciones*. Barcelona: Iridia, 137–173.
- LOHNE, Kjersti (2018). Penal humanitarianism beyond the nation state: An analysis of International criminal justice. *Theoretical Criminology*, 24 (2), 145–162.
- LÓPEZ GARCÍA, Bernabé (1993). España, puerta europea del Magreb. *Al-Andalus Magreb: Estudios árabes e islámicos*, 1, 123–143.
- LÓPEZ SALA, Ana María (2009). El control de los flujos migratorios y la gestión política de las fronteras en España. En ZAPATA-BARRERO, Ricard (coord.) *Políticas y gobernabilidad de la inmigración en España*. Barcelona: Ariel, 31–49.
- LÓPEZ SALA, Ana María (2007). La política española de inmigración en las dos últimas décadas. Del asombro migratorio a la política en frontera y la integración. En ARANGO VILA-BELDA, Joaquín (ed.). *Inmigración en Canarias: Contexto, tendencias y retos*. Santa Cruz de Tenerife: Fundación Pedro García Cabrera, 23–38.
- LÓPEZ SALA, Ana María (2006). Política migratoria e inmigración irregular a través de embarcaciones: El caso del archipiélago canario. *Anuario CIDOB de la inmigración*, 226–244.
- LÓPEZ SALA, Ana María, BARBERO, Iker (2021). Solidarity under siege: The crimmigration of activism(s) and protest against border control in Spain. *European Journal of Criminology*, 18 (5), 678–694.
- LÓPEZ SALA, Ana María, MORENO-AMADOR, Gracia (2020). En busca de protección a las puertas de Europa: Refugiados, etiquetado y prácticas disuasorias en la frontera sur española. *Estudios Fronterizos*, 21, 1–20.
- LUTTERBECK, Derek (2006). Policing migration in the Mediterranean. *Mediterranean Politics*, 11 (1), 59–82.

- LLOYD-DAMNJANOVIC, Isabella (2020). Criminalization of search-and-rescue operations in the Mediterranean has been accompanied by rising migrant death rate. *Migration Policy Institute*, 9.10.2020. Disponible en: <https://www.migrationpolicy.org/article/criminalization-rescue-operations-mediterranean-rising-deaths>
- MAJCHER, Izabella (2018). The EU hotspot approach: Blurred lines between restriction on and deprivation of liberty (Part III). *Border Criminologies. Blog*, 6/4/2018. Disponible en: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2018/04/eu-hotspot-1>
- MAJCHER, Izabella (2013). “Crimmigration” in the European Union through the lens of immigration detention. Global Detention Project Working Paper No. 6, 17.10.2013.
- MAJCHER, Izabella, FLYNN, Michael, GRANGE, Mariette (2020). *Immigration detention in the European Union. In the shadows of the “crisis”*. Cham: Springer.
- MÁLAGA ACOGE (2016). Un solicitante de asilo encerrado en el CIE. Mayo 2016. Disponible en: <https://malaga.acoge.org/privacion-de-libertad-de-un-solicitante-de-asilo/?reload=323523>
- MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (2016). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (9ª edición). Madrid: Tecnos.
- MANN, Itamar (2018). Maritime legal black holes: Migration and rightlessness in International Law. *European Journal of International Law*, 29 (2), 347–372.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2020). Las “devoluciones en caliente” tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España). *Jueces para la Democracia*, 97, 61–71.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2017). Fronteras sin derechos. Las “devoluciones en caliente”. En LÓPEZ SALA, Ana María & GODENAU, Dirk (eds.). *Estados de contención, Estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*. Madrid: Anthropos, 54–74.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2009). Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE: Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 62 (1), 253–281.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, SÁNCHEZ-TOMÁS, José (2019). La vulneración de derechos en la frontera sur: De las devoluciones en caliente al rechazo en frontera. *Crítica Penal y Poder*, 18, 28–39.
- MCADAM, Jane (2013). Australia and asylum seekers. *International Journal of Refugee Law*, 25, 435–448.
- MELIS, Barbara (2001). *Negotiating Europe’s immigration frontiers*. La Haya: Kluwer Law International.
- MELOSSI, Dario (2003). “In a peaceful life”: Migration and the crime of modernity in Europe/Italy. *Punishment and Society*, 5 (4), 371–397.
- MILLER, Teresa A. (2003). Citizenship & severity: Recent immigration reforms and the new penology. *Georgetown Immigration Law Journal*, 17, 611–666.

- MITSILEGAS, Valsamis (2019). The normative foundations of the criminalization of human smuggling: Exploring the fault lines between European and international law. *New Journal of European Criminal Law*, 10 (1), 68–85.
- MITSILEGAS, Valsamis (2018). Extraterritorial immigration control, preventive justice and the rule of law in turbulent times. En SANTOS VARA, Javier, CARRERA, Sergio, STRIK, Tineke (eds). *Constitutionalising the external dimension of EU migration policies in times of crisis: Legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, Cheltenham: Edward Elgar.
- MITSILEGAS, Valsamis (2015). *The criminalisation of migration in Europe. Challenges for human rights and the rule of law*. Londres: Springer.
- MITSILEGAS, Valsamis (2009). The borders paradox. The surveillance of movement in a Union without internal frontiers. En LINDAHL, H. (ed.). *A right to inclusion and exclusion? Normative fault lines of the EU's Area of Freedom, Security and Justice*. Oxford: Hart.
- MITSILEGAS, Valsamis (2001). Defining organized crime in the European Union: The limits of European Criminal Law in an Area of Freedom, Security and Justice. *European Law Review*, 26, 565–581.
- MOFFETTE, David (2020). The jurisdictional games of immigration policing: Barcelona's fight against unauthorized street vending. *Theoretical Criminology*, 24 (2), 258–275.
- MOLDOVAN, Raluca (2018). Towards a common European Union immigration policy: Navigating a difficult obstacle course. *On-line Journal Modelling the New Europe*, 28, 74–104.
- MORENO-LAX, Violeta (2019). The axiological emancipation of a (non-)principle: autonomy, International Law and the EU legal order. En GOVAERE, Inge, GARBEN, Sacha. *The Interface Between EU and International Law Contemporary Reflections*. Londres: Bloomsbury Publishing, 45–72.
- MORENO-LAX, Violeta (2018). The EU humanitarian border and the securitization of human rights: The “rescue-through-interdiction / rescue-without-protection” paradigm. *Journal of Common Market Studies*, 56 (1), 119–140.
- MORENO-LAX, Violeta (2017). *Accessing asylum in Europe. Extraterritorial border control and refugee rights under EU law*. Oxford University Press.
- MORENO-LAX, Violeta (2011). Seeking asylum in the Mediterranean. Against a fragmentary reading of EU member States' obligations accruing at sea. *International Journal of Refugee Law*, 23 (2), 174–220.
- MORENO-LAX, Violeta (2008). Must EU borders have doors for refugees? On the compatibility of Schengen visas and carriers' sanctions with EU member States' obligations to provide international protection to refugees. *European Journal of Migration and Law*, 10, 315–364.
- MORENO-LAX, Violeta, GIUFFRÉ, Mariagiulia (2017). The rise of consensual containment: From “contactless control” to “contactless responsibility” for forced migration flows. En JUSS, Satvinder S. (ed.). *Research Handbook on International Refugee Law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- MORGADES GIL, Silvia (2021). Entre *visado* y *humanitario*: a vueltas con los conceptos de competencia y jurisdicción en el Derecho de la Unión Europea y europeo de los

- Derechos Humanos. En ABRISKETA URIARTE, Joana (dir.). *Políticas de asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 251–274.
- MORGADES GIL, Silvia (2015). La política de asilo en España en el contexto europeo: cambios recientes y perspectivas de desarrollo normativo. *Anuario de la Inmigración en España 2014*, 226–248.
- MORONDO TARAMUNDI, Dolores (2018). I could not do otherwise. Disobeying migration laws under the ECHR on grounds of religion and conscience. En GRÜTTERS, Carolus & DZANANOVIC, Dario. *Migration and religious freedom. Essays on the interaction between religious duty and migration law*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- MORRIS, Jessica C. (2003). The spaces in between: American and Australian interdiction policies and their implications for the refugee protection regime. *Refuge: Canada's Journal on Refugees*, 21, 51–62.
- MOUNTZ, Alison (2011). The enforcement archipelago: Detention, haunting, and asylum on islands. *Political Geography*, 30 (3), 118–128.
- MUÑOZ RUIZ, Josefa (2016). La ayuda humanitaria: ¿Una excusa absolutoria o una causa de justificación? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18 (8), 1–27.
- NAGORE CASAS, María (2022). Los acuerdos de capacitación a terceros Estados para la contención migratoria: Nuevos desarrollos en el concepto de jurisdicción de los tratados de derechos humanos. En ABRISKETA URIARTE, Joana (dir.). *Políticas de asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 223–250.
- NAGORE CASAS, María (2017). The instruments of pre-border control in the EU: A new source of vulnerability for asylum-seekers? En MUSTANIEMI-LAAKSO, Maija, HEIKKILÄ, Mikaela, DEL GAUDIO, Eleonora, KONSTANTIS, Sotiris, NAGORE CASAS, María, MORONDO, Dolores, HEGDE, Venkatachala G., FINLAY, Graham. *The protection of vulnerable individuals in the context of EU policies on border checks, asylum and immigration*. FRAME Deliverable 11.3. Disponible en: <http://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2016/08/Deliverable-11.3.pdf>
- NAVARRO BATISTA, Nicolás (2012). Inmigración irregular y relaciones exteriores de la Unión Europea: Los acuerdos de readmisión. En MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (ed.). *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*. Madrid: Iustel, 125–172.
- NOLL, Gregor (2018). Security in a liberal Union: EU asylum and migration control policies. En BAKARDJEVA-ENGELBREKT, Antonina, MICHALSKI, Anna, NILSSON, Niklas, OXELHEIM, Lars (eds.). *The European Union: Facing the challenge of multiple security threats*. Cheltenham: Edward Elgar.
- NOLL, Gregor (2011). Article 31 (refugees unlawfully in the country of refuge). En ZIMMERMANN, Andrea, DÖRSCHNER, Jonas, MACHTS, Felix (eds.). *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A commentary*. Oxford Commentaries on International Law. Oxford University Press, 1243–1269.
- NOLL, Gregor (2003a). Securitising sovereignty? States, refugees, and the regionalisation of International Law. En Newman, Edward, VAN SELM, Joanne (eds.). *Refugees and*

- forced displacement: International security, human vulnerability, and the State.* United Nations University Press, 277–305.
- NOLL, Gregor (2003b). Visions of the exceptional: Legal and theoretical issues raised by transit processing centres and protection zones. *European Journal of Migration and Law*, 5 (3), 303–42.
- OIM – ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2019). *Derecho Internacional sobre Migración. Glosario de la OIM sobre migración.* Organización Internacional para las Migraciones. Disponible en:
<https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>
- OXFAM INTERMÓN (2016). *Hotspot, rights denied.* Oxfam Briefing Paper, May 2016. Disponible en:
https://d1tn3vj7xz9fdh.cloudfront.net/s3fs-public/file_attachments/bp-hotspots-migrants-italy-220616-en.pdf
- PALIDDA, Salvatore (2011). *Racial criminalisation of migrants in 21st Century.* Londres: Routledge.
- PARLAMENTO EUROPEO (2018): Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2018, sobre directrices destinadas a los Estados miembros para impedir la penalización de la ayuda humanitaria (2018/2769[RSP]). Disponible en:
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0314_ES.html
- PERALES, Ascensión E. (2017). *La libertad de circulación en la Unión Europea.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PERELLÓ CARRASCOSA, María Isolda (2018). Aproximación teórica al concepto de securitización de la política migratoria. *Século XXI. Revista de Ciências Sociais*, 8 (1), 266–311.
- PICKERING, Sharon, BOSWORTH, Mary, AAS, Katja Franko (2015). The criminology of mobility. En PICKERING, Sharon, HAM, Julie (eds.). *The Routledge Handbook on Crime and International Migration.* Londres: Routledge, 382–395.
- PIJNENBURG, Annick (2019). From Italian pushbacks to Libyan pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the making in Strasbourg? *European Journal of Migration and Law*, 20, 396–426.
- PINYOL JIMÉNEZ, Gemma (2009). La gestión de la acción exterior: ¿Una nueva diplomacia migratoria? En ZAPATA-BARRERO, Ricard (coord.). *Políticas y gobernabilidad de la inmigración en España.* Barcelona: Ariel, 267–288.
- PLANET-CONTRERAS, Ana (2004). Melilla y Ceuta como regiones de destino migratorio. En LÓPEZ GARCÍA, Bernabé. *Atlas 2014 de inmigración marroquí en España.* Madrid: Taller de Estudios internacionales Mediterráneos, 386–388.
- PROVERA, Mark (2015). The criminalisation of irregular migration in the European Union. *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, 80, February 2015, 1–53.
- REILLY, Rachael, FLYNN, Michael (2022). A tale of two refugee crises. *Inter Press Service*, 31.03.2022. Disponible en:
<https://www.globaldetentionproject.org/a-tale-of-two-refugee-crisis>
- ROBINSON, Duncan (2016). EU border force flags concerns over charities' interaction with migrant smugglers. *Financial Times*, 15.12.2016. Disponible en:

<https://www.ft.com/content/3e6b6450-c1f7-11e6-9bca-2b93a6856354>

- RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis (2017). ¿Están justificados los centros de internamiento de extranjeros? *TSN. Transatlantic Studies Network. Revista de Estudios Internacionales*, 2 (4), 83–90.
- RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis (2007). Centros de internamiento de extranjeros. En CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel & GARCÍA ESPAÑA, Elisa (eds.). *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, 365–404.
- RUIZ RAMOS, Juan (2021). El derecho a la libertad de circulación y residencia de los migrantes. En PORRAS RAMÍREZ, José María (dir.) & REQUENA DE TORRE, María Dolores (coord.). *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 359–391.
- SADOWSKI, Piotr (2018). A safe harbour or a sinking ship? On the protection of fundamental rights of asylum seekers in recent CJEU judgements. *European Journal of Legal Studies*, 11 (2), 29–64.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2020). Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza? *Revista española de derecho internacional*, 2, 235–259.
- SANDERSON, Sertan (2022). Western Sahara: A migrant smuggling hotspot. *Infomigrants*. 22.1.2022. Disponible en:
<https://www.infomigrants.net/en/post/29818/western-sahara-a-migrant-smuggling-hotspot>
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (2001). *El derecho de asilo en la Constitución española*. Valladolid: Lex Nova.
- SCHOLTEN, Sophie (2015). *The privatisation of immigration control through carrier sanctions*. Leiden: Brill.
- ŠELO ŠABIĆ, Sedana (2017). The relocation of refugees in the European Union. Implementation of solidarity and fear. *Friedrich Ebert Stiftung*. Disponible en:
<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/kroatien/13787.pdf>
- SIMON, Jonathan (2007). *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Oxford University Press.
- SJM – SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2022). *Informe CIE 2021. Territorio hostil. Formas diversas de hostilidad en los CIE*. Disponible en:
https://sjme.org/wp-content/uploads/2022/05/Informe-CIE-2021-SJM_reduc.pdf
- SJM – SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2021). *Informe CIE 2020. Razón jurídica y sinrazón política. Vaciamiento y reactivación de los CIE en una pandemia que agrava su déficit socio sanitario*. Disponible en:
<https://sjme.org/wp-content/uploads/2021/05/Informe-CIE-2020.pdf>
- SJM – SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2020). *Informe CIE 2019. Diez años mirando a otro lado*. Disponible en:
https://sjme.org/wp-content/uploads/2020/10/Informe-CIE-2019-SJM_Diez-anos-mirando-a-otro-lado.pdf

- SJM – SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2019). *Informe CIE 2018. Discriminación de origen*. Disponible en:
<https://sjme.org/wp-content/uploads/2020/12/Informe-CIE-2018-SJM.pdf>
- SJM – SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2018). *Informe CIE 2017. Sufrimiento inútil*. Disponible en:
<https://sjme.org/wp-content/uploads/2018/06/Informe-CIE-2017-SJM.pdf>
- SOLANES CORELLA, Ángela (2016). Un análisis crítico de los Centros de internamiento de extranjeros en España: Normativa, realidad y alternativas. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 19, 37–76.
- SOLIMAN, Francesca (2021). States of exception, human rights, and social harm: Towards a border zemiology. *Theoretical Criminology*, 25 (2), 228–248.
- SORIANO, Juan Pablo (2014). Gobernanza global contra la delincuencia transnacional: la UE y la Convención de Palermo. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 108, 141–163.
- STOYANOVA, Vladislava (2012). Dancing on the borders of Article 4: Human trafficking and the European Court of Human Rights in the *Rantsev* case. *Netherland Quarterly of Human Rights*, 30, 163–194.
- SUNDBERG DIEZ, Olivia, TRAUNER, Florian (2021). EU return sponsorships: High stakes, low gains? *Discussion Paper. European Migration and Diversity Programme*, 19.1.2021. Disponible en:
<https://www.epc.eu/en/publications/EU-return-sponsorships-High-stakes-low-gains~3ac104>
- TAYLOR, Max, RAUFER, Xabier, DEN BOER, Monica, SINN, Arndt, PAOLI, Letizia, SAVONA, Ernesto (2017). *SOCTA Academic Advisory Group*. SOCTA 2017: Comment by Academic Advisors. La Haya: Europol.
- TAZZIOLI, Martina (2016). Concentric cages: The hotspots of Lesbos after the EU-Turkey agreement. *OpenDemocracy*, 30.5.2016. Disponible en:
<https://www.opendemocracy.net/mediterraneanjourneys-in-hope/martina-tazzioli/concentric-cages-hotspots-of-lesvos-after-eu-turkey->
- THYM, Daniel, TSOURDI, Evangelia (Lilian) (2017). Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: Constitutional and operational dimensions. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24 (5), 605–621.
- TRIANDAFYLLIDOU, Anna, DIMITRIADI, Angeliki (2014). Governing irregular migration and asylum at the borders of Europe: Between efficiency and protection. *Imagining Europe*, 6, Istituto Affari Internazionali, Disponible en:
<https://www.iai.it/en/pubblicazioni/governing-irregular-migration-and-asylum-borders-europe>
- TSOURDI, Evangelia (Lilian) (2019). Solidarity in EU asylum policy: From an emergency-driven approach to the fair sharing of responsibility. *Challenge Europe: Yes, we should! EU priorities for 2019-2024*, 4, April 2019. European Policy Centre, 85–90. Disponible en:
http://www.epc.eu/pub_details.php?cat_id=7&pub_id=9183

TSOURDI, Evangelina (Lilian) (2017). Hotspots and EU Agencies: Towards an integrated European Administration? *EU Immigration and Asylum Law and Policy. Blog*, 26.1.2017. Disponible en:

<https://eumigrationlawblog.eu/hotspots-and-eu/>

TSOURDI, Evangelina (Lilian) (2016a). Asylum detention in EU Law: Falling between two tools? *Refugee Survey Quarterly*, 35, 7–28.

TSOURDI, Evangelina (Lilian) (2016b). Bottom-up salvation? From practical cooperation towards joint implementation through the European Asylum Support Office. *European Papers: A Journal on Law and Integration*, 1, 987–1031. Disponible en:

<https://www.europeanpapers.eu/en/e-journal/bottom-up-salvation-from-practical-cooperation-towards-joint-implementation>

UNHCR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (2019). *Refugees and migrants arriving in Spain*. January 2019. Disponible en:

<https://www.refworld.org/docid/5c667adc7.html>

UNHCR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (2016). *The 10-Point Plan in Action, 2016. Glossary*. December 2016. Disponible en:

<https://www.refworld.org/docid/59e99eb94.html>

UNHCR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (2015). *Spain, UNHCR Country Update*. October 2015. Disponible en:

<https://data2.unhcr.org/es/documents/details/46531>

UNHCR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (1994). *The principle of non-refoulement as a norm of customary International Law. Response to the questions posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*. 31.1.1994. Disponible en:

<https://www.refworld.org/publisher,UNHCR,POSITION,DEU,437b6db64,0.html>

UNHCR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (1990). *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a commentary by Dr. Paul Weis*. Disponible en:

<https://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html>

UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2017). *The concept of “financial or other material benefit” in the Smuggling of Migrants Protocol*. Issue Paper. Nueva York: United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations. Disponible en:

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/UNODC_Issue_Paper_The_Profit_Element_in_the_Smuggling_of_Migrants_Protocol.pdf

UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2011). *Manual sobre la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes*. Nueva York: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas. Disponible en:

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/UNODC_2010_Toolkit_to_Combat_Smuggling_of_Migrants_ES.pdf

- VALLES FERRERO, María (2019). Acceso al asilo y otras formas de protección internacional de personas que llegan por mar o por tierra a Ceuta, Melilla y costas españolas. *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, 230–240.
- VALLES FERRERO, María (2016). ¿Vallas al asilo? Apuntes sobre el sistema de protección internacional en España. *Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016*, 226–245.
- VAN DER WOUDE, Maartje A.H., VAN DER LEUN, Joanne P. (2013). A reflection on crimmigration in the Netherlands: On the cultural security complex and the impact of framing. En GUIA, Maria J., VAN DER WOUDE, Maartje A. H., VAN DER LEUN, Joanne P. (eds.). *Social control and justice: Crimmigration in the age of fear*. La Haya: Eleven International, 41–60.
- VAN DER WOUDE, Maartje A.H., VAN DER LEUN, Joanne P., NIJLAND, Jo-Anne A. (2014). Crimmigration in Netherlands. *Law and Social inquiry*, 39 (3), 560–579.
- VAN MUNSTER, Rens (2009). *Securitizing immigration. The politics of risk in the EU*. Londres: Palgrave Macmillan.
- VAVOULA, Niovi (2019). The detention of asylum seekers pending transfer under the Dublin III Regulation: Al Chodor. *Common Market Law Review*, 56 (4), 1041–67.
- VERDES-MONTENEGRO, Francisco J. (2015). Securitización: Agendas de investigación abiertas para el estudio de la seguridad. *Relaciones Internacionales* (Universidad Autónoma de Madrid), 29, 111–131.
- VILÁ COSTA, Blanca (2010). El Tratado de Lisboa y el ELSJ: Reflexiones sobre el método y el programa. En PI LLORENS, Montserrat, ZAPATER DUQUE, Esther (coords.). *¿Hacia una Europa de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia?* Madrid: Marcial Pons, 11–17.
- WÆVER, Ole (1995). Securitization and desecuritization. En LIPSCHUTZ, Ronnie D. (ed.). *On Security*. Nueva York: Columbia University Press, 46–86.
- WALTERS, William (2011). Foucault and frontiers. Notes on the birth of humanitarian border. En BRÖCKLING, Ulrich, KRASMANN, Susanne, LEMKE, Thomas (eds.). *Governmentality: Current issues and future challenges*. Londres: Routledge, 138–164.
- WALTERS, William (2002). Mapping Schengenland: Denaturalizing the border. *Environment and Planning D: Society and Space*, 20 (5), 561–580.
- WALTON, Paul, YOUNG, Jock (1998). *The new criminology revisited*. Hampshire: Palgrave.
- WEBER, Leanne (2006). The shifting frontiers of migration control. En PICKERING, Sharon & WEBER, Leanne (eds.). *Borders, mobility and technologies of control*. Dordrecht: Springer, 21–43.
- WEBER, Leanne, SIGMUND Book, Mohn, VECCHIO, Francesco, FILI, Andriani (2019). Beyond deportation: researching the control of outward mobility using a space of flows logic. *Global Networks*, 20 (1), 65–84.
- WEBER, Max (2016). *La política como vocación*. California: Createspace Independent.
- WILSHER, Daniel (2012). *Immigration detention: Law, history, politics*. Cambridge University Press.

- WORKING GROUP ON ARBITRARY DETENTION (2010). *Administrative detention and habeas corpus*. Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Thematic considerations, A/HRC/13/30, 18.1.2010.
- ZAPATA-BARRERO, Ricard, DE WITTE, Nynke (2007). The Spanish governance of EU borders: Normative questions. *Mediterranean Politics*, 12 (1), 85–90.
- ZARAGOZA-CRISTIANI, Jonathan (2017). ¿Externalización del control migratorio o empoderamiento e instrumentalización de la migración? El caso de España - Marruecos. En LÓPEZ SALA, Ana, GODENAU, Dirk (coords.). *Estados de contención, Estados de detención El control de la inmigración irregular en España*. Barcelona: Anthropos, 29–53.
- ZOLBERG, A. (2003). The archaeology of “remote control”. En FAHRMEIR, Andreas, FARON, Olivier, WEIL, Patrick (eds.). *Migration control in the North-Atlantic world. The evolution of State practices in Europe and the United States from the French Revolution to the inter-war period*. Nueva York: Berghan Books, 195–222.

