

**ANUARIO DE LOS CURSOS
DE DERECHOS HUMANOS DE
DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN
Vol. XVIII**

**DONOSTIAKO GIZA ESKUBIDEEI
BURUZKO IKASTAROEN URTEKARIA
XVIII. Bilduma**

AUTORES:

ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ

JOSÉ DÍAZ LAFUENTE

FRANCINA ESTEVE GARCÍA

KATIA FACH GÓMEZ

JUAN MANUEL DE FARAMIÑÁN GILBERT

IRENE RODRÍGUEZ MANZANO

BELÉN SÁNCHEZ RAMOS

TONE SØRFONN MOE

tirant lo blanch

Valencia, 2019

Copyright © 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© VV. AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: xxxxxx
ISSN: 2341-0655
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

Índice

PRESENTACIÓN, JUAN SOROETA LICERAS	17
AURKEZPENA, JUAN SOROETA LICERAS	19
REGLAS EDITORIALES	21
LA FRAGILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS FRONTERAS EXTERIORES EUROPEAS, Y LA EXTERNALIZACIÓN / EXTRATERRITORIALIDAD DE LOS CONTROLES MIGRATORIOS, ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ	25
1. INTRODUCCIÓN.....	28
2. LAS FRONTERAS DE EUROPA: <i>SCHENGEN</i> , FRONTERAS INTERIORES Y FRONTERAS EXTERIORES.....	29
3. LA ‘CRISIS DE REFUGIADOS’ Y LA INMIGRACIÓN HACIA EUROPA DESDE 2015	32
4. DERECHOS HUMANOS EN SITUACION DE FRAGILIDAD EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UE	35
4.1. Las Fronteras aeroportuarias	35
4.2. Las Fronteras terrestres	36
4.3. Las Fronteras marítimas.....	38
5. ¿DÓNDE LOS DERECHOS HUMANOS EN SITUACIONES DE <i>EXTERNALIZACIÓN</i> Y DE <i>EXTRATERRITORIALIDAD</i> DE CONTROLES MIGRATORIOS?	40
5.1. Externalización / Extraterritorialidad: ¿Desterritorializar?.....	41
5.2. Problemática de los derechos humanos en controles migratorios desterritorializados	44
5.2.1. Centros en Estados terceros para internamiento y examen de solicitudes de asilo	45
5.2.2. Acuerdo con Turquía de 2016	46
5.2.3. Acuerdos de la UE o de Estados miembros con Estados terceros, y derechos humanos de los inmigrantes en estos países ..	47
5.2.4. Salvamento de inmigrantes en el mar y desembarco en terceros Estados	48
5.2.5. Solicitantes de Asilo y Refugio en frontera, y devoluciones de inmigrantes y refugiados	48
6. CONCLUSIONES Y VALORACIONES	49
LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO, JOSÉ DÍAZ LA FUENTE	59
1. INTRODUCCIÓN: LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A DEBATE	61

LA FRAGILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS FRONTERAS EXTERIORES EUROPEAS, Y LA EXTERNALIZACIÓN / EXTRATERRITORIALIDAD DE LOS CONTROLES MIGRATORIOS

Alejandro del VALLE GÁLVEZ¹

*Catedrático de Derecho Internacional Público, titular de la Cátedra Jean Monnet de Inmigración y Fronteras de Derecho de la UE.
Director del Centre of Excellence “Migration and Human Rights in Europe’s External Borders”,
Universidad de Cádiz*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS FRONTERAS DE EUROPA: *SCHENGEN*, FRONTERAS INTERIORES Y FRONTERAS EXTERIORES. 3. LA ‘CRISIS DE REFUGIADOS’ Y LA INMIGRACIÓN HACIA EUROPA DESDE 2015. 4. DERECHOS HUMANOS EN SITUACION DE FRAGILIDAD EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UE. 4.1. Las Fronteras aeroportuarias. 4.2. Las Fronteras terrestres. 4.3. Las Fronteras marítimas. 5. ¿DÓNDE LOS DERECHOS HUMANOS EN SITUACIONES DE *EXTERNALIZACIÓN* Y DE *EXTRATERRITORIALIDAD* DE CONTROLES MIGRATORIOS?. 5.1. Externalización / Extraterritorialidad: ¿Desterritorializar? 5.2. Problemática de los derechos humanos en controles migratorios *desterritorializados*. 5.2.1. Centros en Estados terceros para internamiento y examen de solicitudes de asilo. 5.2.2. Acuerdo con Turquía de 2016. 5.2.3. Acuerdos de la UE o de Estados miembros con Estados terceros, y derechos humanos de los inmigrantes en estos países. 5.2.4. Salvamento de inmigrantes en el mar y desembarco en terceros Estados. 5.2.5. Solicitantes de Asilo y Refugio en frontera, y devoluciones de inmigrantes y refugiados. 6. CONCLUSIONES Y VALORACIONES.

RESUMEN: Las avalanchas migratorias y crisis de refugiados en Europa desde 2015 han motivado una preocupación creciente sobre el respeto de los valores europeos y los Derechos humanos en la actuación de la UE y los Estados miembros

¹ Fecha de recepción del original: 6 de noviembre de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de noviembre de 2018.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D «España, seguridad y fronteras exteriores europeas en el área del Estrecho», DER2015-68174-R (IP A. del Valle e I. González), Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y Fondos FEDER de la UE.

al afrontar flujos migratorios y controles de acceso al territorio europeo en las fronteras exteriores. Este trabajo comprueba cómo las líneas fronterizas son lugares problemáticos para la defensa, aplicación y protección de derechos humanos de los extranjeros, provocando lo que denominamos la fragilidad de los Derechos humanos en las Fronteras Exteriores aéreas, terrestres y marítimas de la UE.

Por otra parte, se analiza la protección de los derechos humanos por los Estados europeos mas allá de las fronteras exteriores, para determinar en qué medida las funciones de control que se despliegan fuera del territorio afectan a los derechos humanos de los inmigrantes. Para ello diferenciamos entre las situaciones de Externalización, donde los que actúan son Estados terceros; y de actuación Extraterritorial de controles migratorios donde intervienen agentes de Estados europeos. Ambas plantean problemáticas de protección de derechos humanos en controles migratorios fuera de territorio terrestre o marítimo de los Estados miembros de la UE, en los que concebimos como funciones des-territorializadas de control fronterizo. Y ambas deben tener en nuestra opinión diferenciados mecanismos de seguimiento, control y supervisión del respeto de los derechos humanos en las funciones de control de inmigración.

La coyuntura actual de la Unión parece impedir acuerdos a largo plazo con enfoques estratégicos sobre las cuestiones migratorias, de refugio y asilo y de protección humanitaria en las fronteras de Europa. Pero el respeto de derechos humanos de los extranjeros en los controles fronterizos es una cuestión vital para la identidad, valores y pervivencia de la integración europea.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales, inmigración, asilo y refugio, fronteras, extraterritorialidad, externalización de controles.

LABURPENA: 2015etik gertatzen ari diren migrazio uholdeek eta European ematen ari den errefuxiatuen krisiak, hazten doan ezinegona sortu dute EBak eta Estatu kideek, migrazio-fluxuei eta kanpo-mugetan burutzen den Europako lurralderako sarreraren kontrolari aurre egiten dietenean, balio europarrak eta giza eskubideak errespetatzen ote dituzten edo ez. Lan honek zera egiaztatzen du: mugak leku arazotsuak direla atzerritarren giza eskubideen defentsa, aplikazioa eta babeserik gauzatzeko eta, aldi berean, EBeko airezko, lurraldeko eta itsasoko Kanpo Mugetan giza eskubideen hauskortasun moduan ezagutzen den fenomenoaren eragiten duela.

Beste aldetik, kanpo mugetatik haratago Estatu europarrek burutzen duten giza eskubideen babeserik aztertzen da, argitzeko ze neurritan lurraldetik kanpo burutzen diren kontrol funtzioek immigranteen giza eskubideei eragiten dieten. Horretarako, ezberdindu egiten Kanpora Ateratze egoeren eta Lurraldez Kanpoko migrazio kontrolen artean; lehenengoan, hirugarren Estatuak dira jarduten dutenak eta bigarrengoan Europako Estatuetakoa agenteek parte hartzen dute kontrol horietan. Biek ala biek planteatzen dituzte giza eskubideen babeserik loturiko arazoak EBeko Estatu kideen itsas- eta lur-eremuetatik at egiten diren migrazio kontroletan, muga-kontrolerik funtzio lurraldegabetuen

moduan ulertzen direnak. Eta biek behar dituzte, gure aburuz, giza eskubideen jarraipenerako, kontrolerako eta gainbegiradarako tresna ezberdinak.

Gaur egungo Batasunaren egoerak badirudi ezinezko egiten duela luzera begirako akordioak erdiesteia Europaren mugetan, ikuspuntu estrategikoa dutenak migrazio, babes eta asilo eta babes humanitariori buruzko arazoetan. Baina atzeritarren giza eskubideen babes muga-kontroletan hil ala biziko kontua da integrazio europarraren nortasunarentzat, balioentzat eta iraupenarentzat.

HITZ GAKOAK: giza eskubideak, immigrazioa, asilo eta babes, mugak, lurraldez kanpokotasuna, kontrolen kanpora ateratzea.

ABSTRACT: The migratory flows and the refugee crisis in Europe since 2015 have motivated a growing concern about the respect of human rights and European values in the actions of the EU and the Member States when confronting controls of access to European territory in the external borders. This work analyzes how borders are problematic places for the defense, application and protection of human rights of foreigners, causing what we call the ‘fragility’ of human rights in the EU’s external air, land and maritime borders.

On the other hand, the protection of human rights by European States beyond the external borders is treated to determine to what extent the control functions that are deployed outside the territory affect the human rights of migrants. For this, we differentiate between situations of Outsourcing or Externalisation, where those that act are third States; and situations with Extraterritorial action of migration controls where agents of European States intervene. Both pose problems of protection of human rights in migration controls outside the terrestrial or the maritime territory of the Member States of the EU; we conceive them as deterritorialized functions of border control. And both situations must have in our opinion differentiated mechanisms for monitoring, control and supervision of respect for human rights in the functions of migration control.

The current conjuncture of the Union seems to prevent long-term agreements with strategic approaches on migration, refugee and asylum issues and humanitarian protection at the borders of Europe. But respect of human rights of foreigners in border controls is a vital issue of the identity, values and even the survival of the European integration.

KEY WORDS: Fundamental Rights, Migration, Asylum and Refugees, Borders, Extraterritoriality, Externalization of Controls.

RESUMÉ: Les flux migratoires et la crise des réfugiés en Europe depuis 2015 ont suscité une préoccupation croissante pour le respect des valeurs européennes et des droits de l’homme dans les actions de l’UE et des États membres face aux flux migratoires et aux contrôles d’accès au territoire européen. Ce travail constate à quel point les frontières extérieures sont des lieux problé-

matiques pour la défense, l'application et la protection des droits de l'homme des étrangers, ce qui provoque ce que nous appelons la 'fragilité' des droits de l'homme aux frontières extérieures aériennes, terrestres et maritimes de l'UE.

D'autre part, la protection des droits de l'homme par les États européens au-delà des frontières extérieures est analysée pour déterminer dans quelle mesure les fonctions de contrôle déployées hors du territoire ont une incidence sur les droits fondamentaux des immigrants. Pour cela, nous établissons une distinction entre les situations d'externalisation, où ceux qui agissent sont des États tiers; et de l'action extraterritoriale des contrôles migratoires lorsque des agents des États européens interviennent. Tous deux posent des problèmes de protection des droits de l'homme dans le cadre des contrôles de migration en dehors du territoire terrestre ou maritime des États membres de l'UE. Dans tous les cas, il s'agit de situations déterritorialisées de contrôle des frontières. Et à notre avis, les deux doivent disposer de mécanismes différenciés de suivi, de contrôle et de surveillance du respect des droits de l'homme dans le cadre du contrôle de l'immigration.

La conjoncture actuelle de l'Union semble empêcher la conclusion d'accords à long terme avec des approches stratégiques sur les questions de migration, de refuge et d'asile et de protection humanitaire aux frontières de l'Europe. Mais le respect des droits de l'homme des étrangers lors des contrôles aux frontières est une question vitale pour l'identité, les valeurs et la survie de l'intégration européenne.

MOTS CLÉS: Droits fondamentaux, Immigration, asile et refuge, frontières, extraterritorialité, externalisation des contrôles

1. INTRODUCCIÓN

La inmigración y flujos migratorios es un fenómeno permanente en la sociedad internacional, y se han acentuado las crisis provocadas por los flujos migratorios. Desde la Unión Europea (UE) la inmigración es un factor ya decisivo en la conformación del proceso de integración, del modelo de integración y de construcción política de futuro para los Estados y ciudadanos europeos.

La crisis de refugiados iniciada en 2015 ha tenido especialmente en la UE un efecto impresionante en multitud de políticas y actuaciones y percepciones de las opiniones públicas, que han vinculado este hecho con la situación y viabilidad del proceso de integración europeo.

Los valores de Europa, fundamentada en los principios democráticos basados en el Estado de Derecho y el respeto de derechos fundamentales, se han visto cuestionados por las avalanchas y crisis migratorias. Un cues-

tionamiento y preocupación creciente existe sobre el funcionamiento de la UE en sus fronteras, particularmente en las fronteras exteriores, y el respeto de los valores europeos en la actuación de al UE y los Estados miembros al afrontar flujos migratorios y controles de acceso al territorio europeo.

Queremos tratar este tema de los controles fronterizos exteriores que se desarrollan por los Estados, pero vinculándolo a los mecanismos de protección de Derechos humanos.

Nuestra tesis es comprobar cómo en las líneas fronterizas son lugar muy problemático para la defensa y protección de derechos humanos de los extranjeros, lo que convierte en frágil siempre su aplicación y mecanismos de protección

Igualmente, hemos de analizar los mecanismo de protección de los derechos humanos por los Estados europeos, mas allá de las fronteras exteriores, y determinar en qué medida las funciones de control que se despliegan fuera del territorio afectan a los derechos humanos de los inmigrantes.

Para ello analizamos sucesivamente la conformación de los sistemas de controles en las fronteras de Europa, refiriendo los logros de los Pactos de *Schengen* y la división entre Fronteras interiores y Fronteras exteriores (II). La crisis de refugiados de 2015 y la inmigración hacia Europa es el elemento que ha abierto múltiples fracturas y necesidad de actuación europea y de los Estados miembros (III). Esto nos permitirá ya abordar la cuestión de lo que denominamos la fragilidad de los Derechos humanos en las Fronteras Exteriores aéreas, terrestres y marítimas de la UE (IV). Un necesario capítulo complementario lo dedicaremos a los derechos humanos en situaciones de *externalización* y actuación *extraterritorial* de controles migratorios, y en especial la problemática de los derechos humanos en controles migratorios fuera de territorio o desterritorializados (V). Unas conclusiones y valoraciones (VI) nos permitirá situar en su contexto nuestros análisis y propuestas.

2. LAS FRONTERAS DE EUROPA: *SCHENGEN*, FRONTERAS INTERIORES Y FRONTERAS EXTERIORES

Las fronteras cumplen diversas funciones, pero especialmente cabe señalar como principales hoy las funciones como frontera-línea, como frontera-lugar de control, y como frontera-motivo de cooperación.

La frontera como lugar de control de mercancías y personas es la que más nos interesa en la integración europea, a efectos de circulación y mo-

vilidad de personas y de inmigración. Históricamente esas funciones de control de personas se han venido realizando sobre la misma línea, o en lugares próximos a la frontera línea divisoria. Sin embargo, el proceso de integración europea ha llevado a modificar muy sensiblemente estas funciones de control fronterizo, a consecuencia principalmente de los avances en la integración económica y política, y la constitución de un espacio económico unificado en los territorios continentales de los Estados miembros de la UE, necesitado de simplificación funcional en la circulación interior de mercancías y personas de cualquier nacionalidad.

Estos son los poderosos factores que llevaron a los Pactos de Schengen de 1985 y 1990, y que hicieron que en la primavera de 1995 entrara en vigor el Convenio de Aplicación de Schengen –luego ‘comunitarizado’ por el Tratado de Ámsterdam de 1997–, con los mismos sistemas de control de acceso y salida del territorio interno ‘federal’ de circulación, en lo que constituye una experiencia verdaderamente histórica de los Estados europeos², y una auténtica evolución del concepto y modelos clásicos de frontera internacional.

Esto en definitiva fue lo que consagró la realidad de una *Europa sin fronteras*, expresión que hace referencia en realidad a un territorio sin controles de fronteras terrestres, marítimas y aeroportuarias entre los Estados miembros; por lo tanto, haciendo elipsis del término controles de frontera, ya que sería jurídicamente más exacto reerirse a una *Europa sin controles de fronteras*³.

Es cierto que el logro del nuevo modelo instaurado en 1997 para las fronteras interiores europeas, tenía una sólida base jurídica: la misma definición del Mercado interior como *espacio sin fronteras interiores*. Además se encontraba inserto en un objetivo claro y poderoso: la consagración de la libre circulación en un territorio ‘federalizado’ sin controles de frontera, por una necesidad funcionalista de ordenación normativa de circulación de personas en el espacio o territorio económico unificado; y donde las fronteras exteriores eran la necesaria consecuencia de la supresión de todo tipo de control en las fronteras interiores entre los Estados.⁴

² Puede verse, DEL VALLE GÁLVEZ A. “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, n° 3, pp. 41-78.

³ Este tema lo tratamos en “¿Soberanía sin Territorio?” en el *Libro Principios y Justicia en el Decreto Internacional Homenaje al profesor Antonio Remiro Brotóns*. Dykinson, Madrid, 2018, pp. 261-271.

⁴ Este aspecto en DEL VALLE GALVEZ A., “Control de Fronteras y Unión Europea”, *AFDUAM* n° 7, 2003, pp. 67-92, en pp. 72-ss.

Esto hace inevitable correlativamente a la supresión de controles en las fronteras interiores, se establezca como necesario el mantenimiento de controles en las fronteras exteriores europeas. De ahí el carácter permanente de la construcción institucional y jurídica de las fronteras exteriores europeas y de la necesidad de su “gestión integrada”, que solo puede llevar a un progresivo refuerzo y desarrollo del modelo fronterizo europeo. Por tanto, las Fronteras exteriores de la Unión tienen unas muy especiales características y propiedades, en evolución.

Precisamente, uno de los logros más impresionantes de la integración europea es haber desarrollado un *Modelo* propio de fronteras⁵, en el que la función de control fronterizo se ha adaptado a la realidad de la integración y del espacio Schengen, reordenando las funciones de poder público de vigilancia y control fronterizo entre los Estados miembros. De esta manera, el Modelo europeo de fronteras ya transformó la concepción tradicional de frontera, con la supresión de controles de fronteras interiores, y las correlativas medidas securitarias, e innovaciones en Derecho Internacional como la generalización de la persecución “en caliente” terrestre⁶.

En este contexto, la analogía de la UE como entidad política con ciertos atributos similares a los de un Estado, requiere que la Organización Internacional de integración cuente con elementos propios de un sujeto estatal: los nacionales (los ciudadanos europeos), un Derecho común de Extranjería (un conjunto de normas propias para regular el acceso, estancia y salida del territorio de la UE); y también de un territorio delimitado por fronteras, donde se ejerzan sus principales competencias. Al mismo tiempo, la entidad política naciente debe tener una política fronteriza para el control y relaciones con los países limítrofes.

El control de fronteras exteriores ya tiene en la UE un rodaje de más de 20 años, y se han ido depurando los problemas detectados, en las fronteras exteriores terrestres y aeroportuarias. Se han adoptado importantes medidas como la introducción de identificadores biométricos en los visados⁷. La tendencia al refuerzo de los controles de acceso en fronteras exteriores se ha visto confirmadas tras los atentados terroristas; es el caso de las medidas de refuerzo de control de salida y entrada del espacio Schengen, amplián-

⁵ Puede verse, DEL VALLE GÁLVEZ A. «Las fronteras de la Unión-El *modelo europeo* de fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002, pp. 299-341.

⁶ Estas ideas las expusimos en «Las fronteras de la Unión.....*Ibidem.*»

⁷ Ver por ejemplo el Art. 13 del Reglamento (CE) n° 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), *DOUE* L 243 de 15.9.2009, pp.1-58.

dose ya generalizadamente a los ciudadanos de la UE⁸, con modificación del Código de Fronteras Schengen⁹.

3. LA ‘CRISIS DE REFUGIADOS’ Y LA INMIGRACIÓN HACIA EUROPA DESDE 2015

La denominada *crisis de refugiados* en Europa, es una expresión que refiere una inusitada llegada de millones de personas durante los años 2015-2016, que desbordaron todo los sistemas de control fronterizo exterior europeo. Desde luego, la crisis viene provocada por la confluencia histórica de diversos factores, como las consecuencias de las primaveras árabes en algunos países como Túnez y Libia, la guerra civil Siria y la tendencia existente desde los años 90 del pasado siglo a aumentos en la llegada de inmigrantes a las fronteras europeas.

Esta crisis ha puesto de manifiesto ya decididamente la realidad migratoria hacia Europa, como un elemento estructural de su existencia hacia el futuro; por ello la misma Comisión ha calificado como *the new normal* para la UE¹⁰ esta inmigración, considerando el medio y largo plazo. Se trata de la previsible permanencia de la presión migratoria o de la llegada masiva de desplazados, que por motivo de crisis, conflictos, problemas medioambientales, entre otros, pueden alcanzar los territorios europeos¹¹.

La crisis ha tenido y tiene unas consecuencias de todo orden en la Unión Europea y los Estados miembros. Muchos aspectos eran embrionarios o estaban brevemente anunciados, y con la crisis se ha decantado su surgimiento o puesta en cuestión, la necesidad de su debate y tratamiento normativo, político e institucional.

⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 562/2006 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la consulta de bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores, COM(2015) 670 final 15.12.2015.

⁹ Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DOUEL 105 de 13.4.2006, p. 1.

¹⁰ “La presión migratoria exterior es la «nueva normalidad» tanto para la UE como para los países socios” COM(2016) 385 final 07.06.2016, p. 6.

¹¹ GONZALEZ ENRÍQUEZ, C., “La crisis de los refugiados: pensando a medio plazo”, *Real Instituto Elcano*, Documento de Opinión de 21.03.2016.

Podemos brevemente referir los que entendemos como principales efectos¹².

La crisis ha puesto de relieve la confusión conceptual existente respecto a la inmigración, pues se ha convertido en habitual la indistinta utilización de los términos de **Refugiado** / **Inmigrante**, en muchas ocasiones como sinónimos, igualmente confundiendo con solicitantes de asilo. La realidad migratoria ha llevado a la pérdida del referente específico del Refugiado de la Convención de Ginebra, tiñendo como condición humanitaria una gran variedad de situaciones que van desde el refugio económico o ambiental, a la protección subsidiaria, al demandante de asilo o a desplazados en masa. La Comisión ha propuesto adaptar el sistema de examen de asilo de Dublín con claves correctoras de distribución, entre otras medidas¹³.

Desde luego, una reflexión más sopesada se impone respecto a conceptos y catalogación de situaciones, pues los conceptos van enlazados con estatutos jurídicos, y éstos son los determinantes de los derechos y obligaciones de las personas.

Libre circulación, Schengen y Fronteras interiores y exteriores. La llegada a los países centroeuropeos de más de dos millones de personas sólo en 2015, también produjo la reactivación de los controles en las fronteras interiores europeas de Alemania, Dinamarca y Austria. De forma que uno de los pilares de la integración como es la libre movilidad en el área Schengen se vio cuestionado incluso amenazada su supervivencia. En cambio, la dramática crisis ha demostrado que los controles de las Fronteras Exteriores marítimas Mediterráneas, constituyen un problema sin solución, ya que todas las medidas puestas en marcha por los Estados o coordinadas por Frontex, han resultado contraproducentes o inefectivas, y provocado una muy alta controversia interna, particularmente en los Estados con fronteras exteriores marítimas (España, Italia y Grecia, esencialmente).

Los evidentes **riesgos políticos** ante los impactos económicos y demográficos de la afluencia masiva de personas en búsqueda de protección, desgraciadamente se han materializado en la falta de solidaridad entre los Estados: por ejemplo, el rechazo por algunos Estados de cupos de refugia-

¹² Hemos analizado aspectos de estas temáticas en 2016, con DEL VALLE GALVEZ "Unión Europea, crisis de refugiados y limes imperii", *Revista General de Derecho Europeo*, N.º. 38, 2016; y en "Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional", *Revista de Derecho Comunitario Europeo - RDCE*, Año n.º 20, N.º 55, 2016, págs. 759-777.

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa, COM(2016) 197 final, de 06.04.2016

dos tras las decisiones de 2015 para acoger 160,000 refugiados ha provocado una fortísima crisis interna en la UE, e incluso de mayor envergadura en la esencia de los valores; y la identidad que la Unión encarna y protege, poniendo en cuestión por tanto el mismo proyecto de integración europeo.

La falta de acuerdo interno y solidaridad de los Estados miembros es la que ha ensombrecido en definitiva la adopción de medidas por la UE y una efectiva reacción institucional, jurídica y política ante la crisis. El planteamiento de conjunto de la Comisión mediante su **Agenda Europea de Migración**, de Mayo de 2015, ha dado lugar importantísimas medidas operativas, legales y financieras¹⁴, con un perfil estratégico muy valioso; además, otras medidas adoptadas, como la del Nuevo Marco de Asociación (*New Partnership Framework*)¹⁵ son de muy largo alcance y pueden ir construyendo una política exterior propia que encare los grandes problemas de todo orden que acarrea la presión migratoria hacia Europa. Con todo, el conjunto de medidas y políticas tiene el pesado lastre de la visión eurocéntrica basada en la seguridad y en la fórmula de cooperación al desarrollo por control migratorio en los Estados de origen y tránsito. Al mismo tiempo, la crisis ha evidenciado el **método de avance comunitario**, pues son las crisis las que en definitiva han hecho históricamente avanzar con pequeños pasos la integración de los europeos; quizás a este respecto es ilustrativo cómo se produjo la conversión de Frontex en la **Guardia Europea de Fronteras y Costas**¹⁶, con un aumento de competencias en materia de **Búsqueda, Rescate y Salvamento marítimos**¹⁷.

Hay muchas otras cuestiones vinculadas directa o indirectamente a la crisis de refugiados y a la inmigración hacia Europa, pero destacaremos es-

¹⁴ La Agenda Europea de Migración, en COM(2015) 240 final, 13.5.2015. Pueden verse los avances en la aplicación de esta Agenda en los Comunicados de la Comisión de 10.02.2016 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-271_es.htm; y de 28.09.2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3183_es.htm

¹⁵ COM(2016) 385 final 07.06.2016 *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council and the European Investment Bank on establishing a new Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration*, traducido como la “creación de un nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración”.

¹⁶ Puede verse ACOSTA SANCHEZ, M., “La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas, una necesaria evolución de FRONTEX.” *Boletín I.E.E.E.*, N° 4 (Octubre - diciembre), 2016, págs. 466-482. SOLER GARCIA C., “La guardia europea de fronteras y costas: ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional” *REEI* n° 34 2017.

¹⁷ Ver por ejemplo, ESTEVE GARCIA, F., “The Search and Rescue Tasks Coordinated by the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) Regarding the Surveillance of External Maritime Borders” *Paix et sécurité internationales* N° 5, 2017, págs. 93-116.

pecialmente los importantes efectos en materia de **protección de Derechos Humanos** de refugiados e inmigrantes, que son los que queremos referir a continuación, mediante una vinculación entre la protección de derechos humanos en situaciones de frontera exterior y de desplazamiento de funciones de frontera exterior fuera del territorio de los Estados miembros.

4. DERECHOS HUMANOS EN SITUACION DE FRAGILIDAD EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UE

La llegada de refugiados e inmigrantes a las fronteras europeas ha provocado desde hace años unas especiales situaciones de protección de derechos humanos en las líneas fronterizas y puestos de control. En general hay una tendencia de los Estados a calificar con ciertos regímenes jurídicos especiales y específicos estos espacios fronterizos, y por tanto a no considerar ahí aplicables ciertos sectores del ordenamiento general imperante en el conjunto del territorio del Estado. Especialmente en materia de normativa interna e internacional de protección de Derechos fundamentales de los extranjeros.

Es así frecuente que en ciertos espacios de jurisdicción estatal imprecisa, calificados periodísticamente con el término bélico de ‘tierra de nadie’ (*no man’s land*), los Estados aplican un derecho de extranjería e inmigración diferenciado del general aplicable en su territorio. Pero, desde luego, no existen en la Sociedad Internacional estos *no man’s land*, espacios terrestres sin soberanía de ningún Estado. Antes al contrario, los Estados son extraordinariamente celosos de mantener, y si es posible, acrecentar su propio territorio. Por ello llama la atención las súbitas renunciaciones al ejercicio de jurisdicción en ciertas partes del mismo.

Se trata de retraimientos a ejercer jurisdicción en ciertos espacios o franjas territoriales, que en algunos lugares no tiene carácter puntual sino generalizado, llegándose a construir un determinado aparato teórico y legal ad hoc. Estos abandonos son menos comunes en las fronteras marítimas y puertos, pero sí desde luego abundantes en las aeroportuarias (aeropuertos) y terrestres (vallados o puestos fronterizos con otros Estados), con consecuencias directas en la protección de derechos humanos de extranjeros en estas zonas.

4.1. Las Fronteras aeroportuarias

Por lo que hace a las fronteras aeroportuarias, nos encontramos con el caso de las ‘Zonas Internacionales’ de los aeropuertos. En estas Fronteras aeroportuarias se crean ficciones liminares: en efecto, aunque los aero-

puertos suelen encontrarse íntegramente en el territorio terrestre de un solo Estado, en su interior se crean no fronteras, pero sí representaciones fronterizas, un imaginario fronterizo de *limitis limen* consistente en un sistema de controles de frontera, principalmente de personas.¹⁸

Se trata de un fenómeno común el establecimiento de estas ficciones legales aeroportuarias en el interior del Estado. El problema viene cuando se pasa de la ficción liminar a la ficción extraterritorial, al identificar jurídicamente el no cruzar el puesto de control con el no haber entrado en el territorio estatal. Esto es muy común y algunos casos muy mediáticos lo han puesto de relieve. Podemos traer aquí el caso sucedido en 2013 con Edward Snowden, quien, acusado de revelar secretos de espionaje, se fugó a Rusia, llegando al aeropuerto de Moscú; el Kremlin consideró que el fugitivo no había cruzado la frontera rusa, ya que al encontrarse en la zona internacional del aeropuerto Sheremetyevo de Moscú –donde estuvo 40 días–, no había llegado a entrar realmente en el territorio de la Federación Rusa.¹⁹

Pero los problemas de la ficción liminar convertida en extraterritorial vienen especialmente de ciertas consecuencias jurídicas que derivan, principalmente la de no aplicación de la normativa de derechos humanos en unas bolsas de espacios –como las ‘zonas de nadie’, o ‘zonas de tránsito’ o ‘de espera’–, en violación de la normativa internacional.

A este respecto, son conocidos algunos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como *Amuur c. Francia*, de 1996²⁰. En general, la jurisprudencia del TEDH y constitucional ha venido corrigiendo la no aplicación de la normativa estatal en estos recintos aeroportuarios etiquetados como especiales.

4.2. *Las Fronteras terrestres*

Pero son en las fronteras terrestres donde más claramente se dan, incluso en el siglo XXI, las ficciones de estos espacios de régimen o estatuto

¹⁸ Puede verse DEL VALLE GALVEZ A., “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 9, 2005, 18 pp.

¹⁹ *The Guardian* 25.06.2013 “Edward Snowden never crossed border into Russia, says foreign minister” <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/25/edward-snowden-never-crossed-russia-border>

²⁰ Se trata de la condena a Francia por violación del art. 5.1 del C.E.D.H. por mantenimiento-privación de libertad de 4 somalíes en la Zona de tránsito del aeropuerto de Paris-Orly, Sentencia del T.E.D.H. de 25.06.1996, *Amuur c. Francia*, *Recueil* 1996-III.

jurídico extraordinario, y que como hemos indicado en ocasiones son denominados *no man's land* o tierras de nadie de los Estados.

El ejemplo español es significativo por lo que hace a las vallas fronterizas de Ceuta y de Melilla, únicas fronteras terrestres exteriores de España y de la UE con un tercer Estado, y que conocen de recurrentes saltos o intentos de entrada por el vallado fronterizo perimetral de las Ciudades Autónomas. En estos vallados se producen 'devoluciones en caliente' de personas que han quedado en las vallas o en el espacio intermedio del vallado fronterizo.²¹

Como ha demostrado el Dr. Acosta Sánchez en sus estudios, el vallado y el espacio entre las vallas fronterizas es territorio español.²² A pesar de ello, se ha querido funcionalmente considerar dichas franjas como especiales y sometidas a una normativa interna e internacional diferenciada de la que resulta aplicable en la generalidad del territorio terrestre y marítimo español.

Las *devoluciones en caliente* es una expresión periodística, pero durante los Gobiernos de M. Rajoy se han regulado nuevas definiciones legales de y en la frontera, una especie de reformulación del concepto jurídico de frontera internacional, para adaptarlo a los casos específicos de Ceuta y de Melilla.

Es el caso de la nueva figura de los *rechazos en frontera*, cuya base jurídica es la Ley de Extranjería modificada en 2015.²³

²¹ GONZÁLEZ GARCÍA, I., "Ceuta, Melilla y devoluciones en caliente: ¿y los derechos humanos de los inmigrantes?", CL en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E. W., *España y la Unión Europea en el Orden Internacional*, XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 223-233. También, GONZÁLEZ GARCÍA, I., "Inmigración y Derechos Humanos: Las devoluciones en caliente de inmigrantes subsaharianos desde España a Marruecos", Cap. 6 en ALONSO MOREDA, N. (Ed.) y SOROETA LICE-RAS, J. (Dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XVII, Aranzadi, Navarra, España, 2017, pp. 141-201. Y de la misma autora, "Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: Inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017", *Revista General de Derecho Europeo (RGDE)*, núm. 43, Octubre (2017), pp. 17-57.

²² ACOSTA SÁNCHEZ M., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, Ciudad Autónoma de Melilla. Consejería de Cultura, Editorial Reus, Madrid, 2016; "Las fronteras terrestres de España en Melilla. Delimitación, vallas fronterizas y "tierra de nadie"" *Revista electrónica de estudios internacionales -REEI*, N.º. 28, 2014.

²³ Disposición adicional décima de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, añadida por la LO 4/2015: "*Régimen especial de Ceuta y Melilla 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación*

Esta reforma legal ha venido acompañada del peculiar concepto de *frontera operativa* u *operacional* “a los solos efectos de extranjería”, cuya base jurídica más débil²⁴ no ha impedido su aplicación tanto a fronteras terrestres –vallado– como marítimas; hay que referir el caso de las muertes de inmigrantes a nado, acaecidas al aplicar el concepto de frontera operativa a las aguas bajo soberanía española en la zona del Tarajal de Ceuta, en 2014.

Se trata en definitiva de ficciones jurídicas con modificaciones de instituciones y conceptos generales, elaboradas con el objeto de diferenciar la aplicación del Derecho Internacional y Europeo de Extranjería y Derechos Humanos; para de este modo eludir las responsabilidades del ejercicio de funciones de Estado en el propio territorio, que en la práctica deja la franja del entrevallado en un limbo sin jurisdicción española ni marroquí.

Estos intentos de retrimiento normativo y jurisdiccional en el propio territorio del Estado se ha topado con el TEDH: aunque el Gobierno español alegó que los demandantes estaban fuera de la jurisdicción española, sin haber entrado en territorio español al no haber superado el dispositivo de protección fronteriza, se condenó a España en 2017 por la expulsión de inmigrantes en el espacio entrevallado, efectuada sin identificación ni asistencia jurídica.²⁵

4.3. Las Fronteras marítimas

Hay sin embargo en las fronteras exteriores unas problemáticas de envergadura de muy difícil tratamiento: el control de las fronteras marítimas meridionales, y la posibilidad de llegadas masivas de personas. En realidad ningún Estado aisladamente, pero tampoco la UE sin la coparticipación estatal, puede afrontar estas dos problemáticas de la emigración en el Mar Mediterráneo, y de las repentinas llegadas masivas o avalanchas de decenas o cientos de miles de personas.

En efecto, tenemos la aparentemente irresoluble cuestión de las fronteras marítimas mediterráneas. El control y vigilancia de los espacios y límites marítimos europeos, plantea unas especificidades que hacen muy difícil

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”.

²⁴ Orden de Servicio 6/2014, de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, Protocolo operativo de vigilancia de fronteras.

²⁵ TEDH, N.D. y N.T. c. España, núm. 8675/15 y 8697/15, Sentencia de 3 de octubre de 2017.

gestionar una vigilancia eficaz. Y es que en el medio marino, tenemos la existencia de amplias zonas de alta mar, de zonas diferenciadas SAR de rescate, en un contexto de Estados terceros de la ribera sur del Mediterráneo conflictivos, que poseen problemáticas diversas pero muy complejas.

Pese a la impresionante normativa adoptada (podemos citar entre otros desde la regulación creadora de FRONTEX hasta la del Cuerpo de Guardia de Fronteras y Costas, pasando por la normativa sobre equipos de intervención rápida en las Fronteras (Rabit)²⁶, o la de vigilancia de fronteras marítimas exteriores en operaciones conjuntas), todo lo que se ha intentado para frenar o prevenir la inmigración no ofrece perspectivas de sostenibilidad como solución razonable y permanente de los problemas, que incluyen la lucha contra el tráfico de trata de seres humanos. Incluso hemos conocido la tentación de respuesta militar, en algún caso felizmente disuadida por la propia ONU, y en otros iniciada en el marco OTAN, o en el marco de la Operación ‘Eunavfor Med / Sofía’.

La extraordinaria fragilidad e inseguridad de las fronteras mediterráneas europeas hace que la vigilancia marítima sea insuficiente y plantee multiplicidad de nuevos problemas (examen extraterritorial de solicitudes de asilo, derechos de los inmigrantes en los diferentes espacios marítimos, o desembarque de inmigrantes en terceros Estados²⁷, por ejemplo).

En realidad, la catarata de problemáticas jurídicas que se presentan en Derecho Internacional y Europeo ante la inmigración irregular y en el Mediterráneo y el respeto de los derechos humanos en las diferentes acciones prácticas de control y salvamento por los Estados y la UE es, sencillamente, desbordante²⁸.

²⁶ Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados, *DOUE L* 199 de 31.7.2007, pp. 30-39.

²⁷ Durante 2015, no se produjeron acciones de desembarco en terceros países de inmigrantes rescatados en el mediterráneo por operaciones conjuntas, cfr. *Frontex' Annual Report on the implementation on the EU Regulation 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders*, 2016.

²⁸ Entre otros, puede verse: DI FILIPPO M. “Irregular Migration Across the Mediterranean Sea: Problematic Issues Concerning the International Rules on Safeguard of Life at Sea”, *Paix et Sécurité Internationales*, n° 1, 2013, pp. 53-ss; FRA-European Union Agency for Fundamental Rights – *Fundamental Rights at Europe's southern sea borders*, Luxembourg 2013; MARINAI, S. “The Action of Greece and Spain against Irregular Migration by Sea” en A. DEL VECCHIO (Ed.) *International Law of the Sea – Current*

Además tenemos el hecho cualitativamente superior de que las vías marítimas de inmigración concentran los horrendos datos objetivos de masivas muertes diarias de inmigrantes que intentan llegar a Europa por esta vía, conducidos principalmente por mafias de tráfico de personas a espantosas situaciones de peligro y muerte en el mar²⁹

En buena medida, son las fronteras marítimas las que condicionan que la UE deba introducirse en una Política fronteriza nueva. En efecto, las circunstancias y problemáticas que referimos confirman que deben articularse nuevos enfoques a la inmigración por vía marítima, así como la gestión interna de la llegada de refugiados. Además, la experiencia demuestra que la UE ha conocido anteriormente de desbordamientos y crisis con la llegada súbita por mar de algunos miles de personas (caso de los cayucos en Canarias en 2006,³⁰ o las frecuentes llegadas a Lampedusa por ejemplo); por lo que conflictos internos de Estados terceros pueden, con relativa facilidad, nuevamente volver a poner en cuestión el sistema de acogida y libre circulación en Europa, mientras permanezcan los canales de llegada por vía marítima a Europa (mediterráneo oriental, central y occidental)

5. ¿DÓNDE LOS DERECHOS HUMANOS EN SITUACIONES DE EXTERNALIZACIÓN Y DE EXTRATERRITORIALIDAD DE CONTROLES MIGRATORIOS?

A diferencia de la cuestión de estatutos específicos y restrictivos de la aplicación de normas y mecanismos de protección en los pasos fronterizos y en las líneas fronterizas de algunos Estados, cuando los controles de frontera tiene lugar fuera del territorio de los Estados miembros, se produce por definición una carencia de los parámetros básicos necesarios para la

Trends and Controversial Issues, The Hague, 2014, pp. 29-ss; RIJPM J. J. “The Patrolling of the European Union’s External Maritim Border: Preventing the Rule of Law from Getting Lost at Sea” en *International Law of the Sea – Current Trends...cit*, pp. 77-ss; SOBRINO J. M. OANTA, G. A. “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”, *AFDUC* 14, 2010, pp. 759-ss. Sigue siendo de interés el Documento SEC(2007)691 de 15.05.2007, Commission Staff Working Document, “Study on the International Law instruments in relation to illegal immigration by sea”.

²⁹ Ver por ejemplo, AMNESTY INTERNATIONAL *Lives Adrift- Refugees and Migrants in Peril in the Central Mediterranean*, 2014.

³⁰ Puede verse, ACOSTA SANCHEZ M. – DEL VALLE GALVEZ A. “La crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras –FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina”, *Tiempo de Paz*, 83, 2006, pp. 19-ss.

aplicación de los derechos fundamentales de los extranjeros, inmigrantes y refugiados.

En realidad, dada la generalizada percepción de vulnerabilidad del cinturón fronterizo exterior meridional, estamos ante lo que parece una tendencia inevitable en Europa, con diversas manifestaciones de nuevas y complejas funciones de control de fronteras que albergan ahora numerosos aspectos problemáticos; con instrumentos de control que se proyectan no sólo en la línea de frontera, sino en diferentes lugares y espacios de los territorios liminares europeo y de otros Estados limítrofes. De esta tendencia se considera que existen numerosas manifestaciones, todas referidas a problemáticas extraterritoriales del ejercicio de funciones de frontera, en los márgenes o fuera del territorio de la Unión, con instrumentos europeos de control pre-fronterizo³¹.

5.1. Externalización / Extraterritorialidad: ¿Desterritorializar?

Una primera cuestión tiene que ver con los conceptos que tenemos al uso en estas temáticas, y que a mi juicio presentan carencias en la utilización de los mismos para referirnos a las realidades migratorias

Las expresiones son muy variadas, pues las prácticas han recibido diversas denominaciones. Nagore Casas refiere por ejemplo refiere que

*“In addition to ‘politics of non-entrée’, several terms have been used by scholars to refer to this phenomenon, which is subject to increasing attention by literature and media: ‘outsourcing, externalisation, offshoring or extraterritorialisation of migration management; external migration governance; remote migration policing’; ‘de-territorialisation of border control’; ‘politics of extraterritorial processing’; ‘neo-refoulement’; or ‘limes imperii’. All of these terms refer to the various types of interception measures used by states against asylum-seekers and refugees, measures which are usually developed by the wealthiest states, notably the United States, Australia, Canada and EU Member States”*³².

Estas expresiones quieren reflejar realidades diferentes, pero que en suma inciden en la voluntad de la UE y los EEMM en alejar o prevenir la llegada de inmigrantes a sus fronteras exteriores, mediante una doble serie de medidas que llevan a resituar las funciones de control fronterizo en terceros Estados o fuera de su territorio:

³¹ NAGORE CASAS M., “The instruments of pre-border control in the EU: A new source of vulnerability for asylum-seekers?”, en European Commission – FRAME, 31.05.2016, pp. 30-59.

³² NAGORE CASAS *Ibidem*, pp. 31-32.

- Por una parte, con medidas como Acuerdos internacionales que pretenden que Estados terceros (de origen o tránsito) vigilen sus fronteras y flujos migratorios, para impedir su acceso físico al territorio de los Estados UE, asumiendo la localización en su territorio, o el rechazo, de refugiados e inmigrantes en general que provienen de otros Estados, pero con dirección a los Estados europeos como lugar de destino.
- Por otra parte, llevando a cabo funciones de control fronterizo por los propios Estados, aunque fuera de su jurisdicción

En general, se utiliza con facilidad las expresiones *externalización* o *extraterritorialización* de las fronteras y sus controles, muchas veces como sinónimos.³³

Sin embargo, conviene intentar aportar un poco de mayor precisión al empleo de estos conceptos, para conocer las consecuencias y alcance jurídico de las expresiones, que en ocasiones son figurativas (crear una “zona-tampón” o “Estados-tampón” alrededor de Europa, por ejemplo), y que pretenden reflejar la realidad de la deslocalización sistemática de ciertas funciones fronterizas y de control migratorio fuera de la frontera-línea.

La doctrina frecuentemente considera que ciertas funciones de control fronterizo de la UE y sus Estados se realizan por otros Estados terceros, a través de figuras jurídicas imprecisas, como “delegación”, “atribución” o “control remoto” para la “contención de los flujos migratorios”. Normalmente en estos análisis no queda claro el vínculo jurídico entre los Estados Miembros/UE y la realización de estas prácticas de control migratorio fronterizo por terceros Estados.

Sin embargo, es muy difícil poder considerar legalmente que existe un control directo o indirecto de actuaciones de Estados terceros por parte de los Estados europeos o de la Unión Europea. Se trata de una cuestión muy difícil de concluir sobre la base de los acuerdos políticos y jurídicos alcanzados, o de la normativa de derecho derivado adoptada por la UE. Aparte de la dificultad de su demostración, no parece que nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad internacional de los Estados europeos o de la UE, ante un comportamiento de gestión migratoria de un tercer Estado (control de fronteras por Túnez, o retorno o regularización de inmigran-

³³ Ver por ejemplo GABRIELLI L., “La externalización europea del control migratorio. ¿La acción española como modelo?” *Anuario CIDOB de la inmigración*, N.º. 2017 2017, págs. 127-152; ZAPATA BARRERO, R. - ZARAGOZA CRISTIANI J., “Externalización de las políticas de inmigración en España: ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y flujos migratorios?” *Panorama social*, N.º. 8, 2008

tes por Marruecos, por ejemplo), si lo consideramos a la luz del Derecho internacional; en este sentido, no parece que resulten aplicables las disposiciones del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado (Primera Parte Cap. II, Artículos 4-11, “Atribución de un Comportamiento al Estado”³⁴).

Ante esta indefinición en los análisis, quizás sea razonable diferenciar entre los conceptos de externalización y de extraterritorialización. De hecho el mismo Diccionario de la Real Academia claramente entiende que se trata de situaciones diferentes, ya que mientras *Extraterritorial* su única acepción refiere que es lo “Que está o se considera fuera del territorio de la propia jurisdicción”, *Externalizar* lo considera proveniente del inglés y aplicable a la economía, dando como primera acepción “Dicho de una empresa o de una institución pública: Encomendar la realización de tareas o servicios propios a otra empresa”

Entenderíamos así:

– *Externalización* de controles fronterizos, cuando no hay ni presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados Miembros. Los Estados terceros llevan a cabo determinadas funciones de control fronterizo (vigilancia de sus fronteras, detención y devolución de inmigrantes, procesos de regularización y permisos de residencia a inmigrantes) como consecuencia directa o indirecta de acuerdos con la UE o con Estados Miembros de la UE.

En realidad las actividades de Externalización de controles migratorios, parece más adecuado encajarlas en la genéricas de *gestión o control de flujos migratorios*, por tener componentes, actividades y fines que no estrictamente los de control de entrada de extranjeros en el territorio a través de controles de frontera.

– *Extraterritorialidad* de las funciones de control fronterizo, cuando hay presencia o ejercicio por agentes públicos de los Estados UE de ciertas actividades o funciones de control en el territorio de Estados terceros, con su acuerdo. De forma que habría ejercicio directo o indirecto de jurisdicción estatal, aplicando el Derecho de la Unión o el Derecho interno de un Estado.

³⁴ Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001. Ver el análisis de Derecho Internacional en las diferentes situaciones que plantean GAMMELTOFT-HANSEN, T. - HATHAWAY, J. C. “Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 53, no. 2 (2015): 235-84.

La presencia del agente público que actúa por cuenta del Estado UE o de la UE, en situación de control por el desagüe quizás puede ser el factor diferencial y determinante de la diferencia conceptual. Otras opciones para establecer criterios de atribución de responsabilidad de los Estados aparentan ser menos sólidas: como la de determinar si existe o no aplicación de Derecho de la UE o de los Estados miembros de la UE en el territorio de terceros Estados; o si por vía de responsabilidad internacional existe consentimiento o puesta a disposición de órganos de Estado tercero al servicio del Estado UE o de la UE.

En este ejercicio de intentar una mayor precisión conceptual, quizás sea más útil utilizar el termino **Desterritorializar**, que es más neutro que los referidos, ya que evoca la idea de ubicar fuera del territorio determinadas funciones de control fronterizo, a desarrollar por otros Estados o por el propio Estado. El mismo Diccionario de la Academia de la Lengua asienta que territorial es lo “perteneiente o relativo al territorio”. Como se trata de situaciones y actuaciones vinculadas a las migraciones y a los controles fronterizos, debemos conceptualmente situarnos fuera del territorio; por lo que esta opción de *Desterritorializar*, permite hipotéticamente abarcar las situaciones de *Externalización* y de *Extraterritorialidad* de las funciones de control fronterizo³⁵.

5.2. *Problemática de los derechos humanos en controles migratorios desterritorializados*

Son muchas las situaciones que pueden afectar a la protección de los derechos humanos, al desarrollarse ciertas funciones de control fronterizo fuera del territorio de los Estados miembros. Referiremos algunas de las que han provocado un mayor debate para la protección de los derechos humanos.

³⁵ En un sentido diferente, vinculado a identidades en las migraciones REYES TOVAR M., “La Dessterritorialización como forma de abordar el concepto de frontera y la identidad en la migración”, *Revista Geográfica de América Central* 2011, 2. Por su parte NARANJO GIRALDO G E. CONCIBE la Desterritorialización de una frontera como la realización de ciertos controles fronterizos fuera del territorio del Estado, “Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias. Flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España- Marruecos” *Estudios Políticos*, N°. 45, 2014, págs. 13-32.

5.2.1. Centros en Estados terceros para internamiento y examen de solicitudes de asilo

Se trata de una idea recurrente, la de crear un centro en el norte de África³⁶ un centro o lugar de acogida temporal, con la finalidad de alojar a los demandantes de asilo mientras se procesan sus solicitudes en Europa. Se trata de una posibilidad hoy por hoy sin posible cobertura legal internacional o europea, aunque aflora cada cierto tiempo con las crisis migratorias.³⁷

Las cuestiones más delicadas respecto al respeto de los derechos fundamentales van referidas al estatuto jurídico interno o internacional de estos centros, y de la responsabilidad de los mismos, con intervención de agentes públicos de los Estados miembros o de funcionarios y agentes de la UE, o de otra Organización Internacional.

De todas formas, parece que el precedente del Centro polivalente de Níger puede ofrecer perspectivas a este tipo de Centros de orientación de inmigrantes y de examen de sus eventuales solicitudes de asilo. El debate se ha reabierto decididamente en 2017 y 2018, incluyendo el acuerdo del Consejo Europeo de Junio de 2018³⁸ para crear *Plataformas regionales de desembarque* en terceros países³⁹, y *Centros controlados* en el territorio de los Estados UE.⁴⁰

³⁶ NAÏR refiere que ya en 2003 se propuso crear ‘Transit Processing Centers’, campos de retención *off-shore* en zonas de protección regional en países limítrofes o vecinos a la UE, Refugiados, Edit Crítica, op. cit. pp. 51-52.

³⁷ Ver por ejemplo “Macron pide que la identificación de refugiados empiece en Chad y Níger”, *El País* 29.08.2017; “Italia propone campos de refugiados en Libia para contener la inmigración” *El Periódico*, 08.08.2017.

³⁸ Ver GONZALEZ ENRIQUEZ c., “El Consejo Europeo y las migraciones: ¿se ha avanzado algo?” *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 85/2018 - 5/7/2018.

³⁹ Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas, 28.06.2018, doc. EUCO 9/18, Punto 5: “En ese contexto, el Consejo Europeo pide al Consejo y a la Comisión que estudien con prontitud el concepto de plataformas regionales de desembarque, en estrecha cooperación con los terceros países correspondientes, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Estas plataformas deben funcionar distinguiendo cada situación particular, respetando plenamente el Derecho internacional y sin crear un efecto llamada”. <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2018/06/28-29/>.

⁴⁰ Punto 6: “En el territorio de la UE, de conformidad con el Derecho internacional, es preciso hacerse cargo de las personas a las que se rescata, partiendo de un esfuerzo compartido, trasladándolas a centros controlados establecidos en Estados miembros, solo de manera voluntaria, en los que una tramitación rápida y segura permitiría, con

5.2.2. Acuerdo con Turquía de 2016

El Acuerdo global con Turquía fue clave en la crisis migratoria de 2015-2016⁴¹, al que se llega en Octubre 2015. Este Acuerdo incluye tanto proseguir avanzando en los capítulos de la negociación de adhesión abierta en 2005, como el compromiso de Turquía de liberalización de visados y un mayor control de salida del territorio turco hacia Grecia, con una generosa ayuda europea para este fin. El Acuerdo (*Statement*) con Turquía de readmisión de refugiados y las relaciones con los países fronterizos, se estableció formalmente el 18.03.2016.⁴²

La cuestión más debatida⁴³ con este Acuerdo es su condición jurídica de Tratado Internacional o de simple Declaración Política. De esta naturaleza derivan importantes consecuencias de control en la aplicación y vigilancia del cumplimiento por las instancias de la UE y los Estados. El Tribunal de Justicia señaló en su decisión sobre este asunto en Febrero de 2017 que no se trataba de un Tratado firmado por ninguna institución de la UE, sino en su caso por los Estados miembros.⁴⁴

Esta cuestión de la naturaleza jurídica de los instrumentos es esencial para asegurar los mecanismos de protección de derechos fundamentales –por ejemplo en los previstos procedimientos griegos de devolución de in-

el pleno apoyo de la UE, hacer una distinción entre los migrantes irregulares, a los que se retornará, y las personas necesitadas de protección internacional, a las que se aplicará el principio de solidaridad. Todas las medidas en el contexto de dichos centros controlados, también la reubicación y el reasentamiento, se aplicarán de manera voluntaria, sin perjuicio de la reforma de Dublín”

⁴¹ E. SOLER, “Turquía se hace indispensable”, en CIDOB *Europa ante la crisis de los refugiados: 10 efectos colaterales*, 11/2015, pp. 35-36.

⁴² El Acuerdo o Declaración, contenida en el Comunicado de Prensa 144/16 del Consejo, puede consultarse en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>. Puede verse, LISA, P., “The EU-Turkey Agreement: a turning point in the EU’s policy approach to the refugee crisis but with the devil lurking in the detail”, *Real Instituto Elcano* Expert Comment 15/2016 – 08.04.2016.

⁴³ Puede verse, SANTOS VARA, J., “La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016: un tratado disfrazado?” en *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, 2017, págs. 289-300; URÍA GAVILAN, E. “La declaración Unión Europea-Turquía: la externalización de la seguridad en detrimento de la protección de los derechos humanos” en *Las amenazas a la seguridad internacional hoy* / coord. por Enrique J. Martínez Pérez; Carmen Martínez Capdevila (dir.), Montserrat Abad Castelos (dir.), Rafael Casado Raigón (dir.), 2017, págs. 89-101.

⁴⁴ Autos del Tribunal General de 28 de febrero de 2017 en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM / Consejo Europeo, en los que el Tribunal General de la UE se declara carente de competencia para resolver los recursos de tres solicitantes de asilo contra la Declaración UE-Turquía, ECLI:EU:T:2017:128, 129 y 130

migrantes llegados desde Turquía. Pero también tiene un importante valor de precedente. En este sentido, el Acuerdo con Turquía de Marzo de 2016 es significativo, pues –aparte de los problemas que tiene en su aplicación– refleja las carencias de Derecho con las que se ha afrontado el problema: muy probablemente este acuerdo no es formalmente un Tratado; ni tampoco se han previsto mecanismos de seguimiento y supervisión de aplicación del acuerdo, ni de vigilancia del cumplimiento por Turquía de la normativa básica de los derechos humanos⁴⁵. En general el Acuerdo se considera que no debe mantenerse como tal, debido a sus importantes carencias.⁴⁶

5.2.3. Acuerdos de la UE o de Estados miembros con Estados terceros, y derechos humanos de los inmigrantes en estos países

Los acuerdos de la UE con terceros países se han constituido en pieza esencial para vehicular actuaciones de control de flujos migratorios hacia Europa. Este es el caso del anteriormente referido Acuerdo con Turquía de 2016, e igualmente el caso de los Acuerdos con Marruecos.

Por otra parte, los Acuerdos bilaterales entre Estados UE y Estados terceros se han convertido en un instrumento complementario necesario para el tratamiento por la UE de las cuestiones de flujos migratorios y controles de acceso al territorio europeo. En particular, cabe referir el caso del “Acuerdo” entre Italia y Libia.⁴⁷

En este tipo de acuerdos se pretende apoyar a los Estados terceros para ejercer controles migratorios en sus propias fronteras, y desarrollar sus propias políticas de inmigración y retorno de inmigrantes.

Problemas acuciantes son el no respeto del estándar mínimo internacional de Derechos de los inmigrantes dentro del Estado libio, y de violaciones masivas de derechos fundamentales –con casos de esclavitud– en centros de detención en este país.

⁴⁵ Ver sobre este Acuerdo con Turquía PEERS, S. “The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment”, *EU Law Analysis* 18.03.2016; DEN HEIJER, M. – SPIJKERBOER, Th. “Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?”, *EU Law Analysis*, 07.04.2016

⁴⁶ TOYGÜR I. - BENVENUTI, B. “One year on: an assessment of the EU-Turkey statement on refugees”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 21/2017 – 21.03.2017

⁴⁷ PALM A. “The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?” *EU Immigration and Asylum Law and Policy - Eumigrationblog.eu* 02.10.2017. El MOU Italia-Libia puede verse en http://eumigrationlawblog.eu/wp-content/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf

5.2.4. Salvamento de inmigrantes en el mar y desembarco en terceros Estados

El salvamento de inmigrantes en alta mar tiene un marco jurídico asentado en la Convención de NNUU sobre Derecho del Mar, pero hay cuestiones muy abiertas en torno a las Zonas SAR en el Mediterráneo y las obligaciones de los Estados en estas áreas, en particular para el desembarco de las personas rescatadas. Una cuestión delicada es igualmente la problemática de la normativa aplicable y la obligatoriedad de los buques mercantes en proceder al salvamento y desembarco de los inmigrantes⁴⁸, donde la práctica refleja preocupantes claroscuros.

También hay una problemática específica de la interceptación o la colaboración de buques de Estado europeos para el control de inmigrantes en espacios marítimos de Estados terceros, que requieren siempre de la autorización del Estado costero. Y un ramal dentro de este vector es el de la debatida participación de buques de ONGs en estas labores de salvamento y rescate.

5.2.5. Solicitantes de Asilo y Refugio en frontera, y devoluciones de inmigrantes y refugiados

Quizás el ámbito que más ha preocupado a la doctrina sea el de los derechos de solicitantes de asilo y el tratamiento de los refugiados en su llegada y cruce de las fronteras exteriores europeas. Por lo que hace a la situación de sus derechos en actividades *desterritorializadas*, la situación de los derechos de solicitar asilo puede verse cuestionada en diversos momentos, comprendiendo la información a los inmigrantes de esta posibilidad en territorios que no están bajo la jurisdicción territorial europea, o la tramitación y asistencia letrada con intérprete en estas situaciones. Junto al examen extraterritorial de solicitudes de asilo, también están en cuestión los derechos de los inmigrantes en los diferentes espacios marítimos, o el desembarco de inmigrantes en terceros Estados.⁴⁹

⁴⁸ SMITH, A., "Uncertainty, Alert and Distress The Precarious Position of NGO Search and Rescue Operations in the Central Mediterranean" *Paix et sécurité internationales*, N.º. 5, 2017, págs. 29-70.

⁴⁹ Ver nota 27. A este respecto del desembarco de inmigrantes, ABDERRAHIM, T., "Pushing the boundaries: How to create effective migration cooperation across the Mediterranean" *ECFR - Policy Brief*, January 2019.

Las devoluciones aceleradas colectivas o sin garantías de potenciales solicitantes de asilo ha sido igualmente denunciadas como atentatoria de los derechos fundamentales de los que buscan refugio.

Hay otra serie de situaciones muy problemáticas para los derechos humanos, pero que ya se producen dentro del territorio de los Estados UE, Hay que referir la cuestión de los **Hotspots/Puntos críticos** centros de identificación de inmigrantes en Grecia e Italia. La gestión de la crisis de refugiados de 2015-2016 muestra que los sistemas de acogida y registro en la llegada son insuficientes, como ha revelado especialmente el despliegue y funcionamiento de los Hotspots en Grecia, pero también en Italia⁵⁰. Esto ha demostrado los límites de recepción inmediata de las llegadas por las dos rutas de acceso que parecen confirmarse a lo largo del tiempo: el canal de Sicilia y las islas griegas desde Turquía.

Igualmente debe referirse **la denegación de acceso a puerto** de buques con inmigrantes rescatados en aguas territoriales de Libia o en alta Mar. O la situación de derechos fundamentales ya en Europa de los **solicitantes de asilo** cuando se tramita y obtienen el estatuto de refugiado, o la protección subsidiaria que se concede a la mayoría de los que no obtienen el estatuto de refugiado conforme a la Convención de Ginebra.

6. CONCLUSIONES Y VALORACIONES

1. La crisis de 2015 ha puesto de relieve para la UE tendencias anteriores de los flujos migratorios hacia Europa. Básicamente nos interesa resaltar la toma de conciencia de la UE y sus Estados Miembros de la gravedad y permanencia de los flujos migratorios en el contexto euro-mediterráneo, y la necesidad de reconfigurar los controles en las fronteras exteriores europeas.

2. En este contexto, la UE parece pretender diseñar una nueva política de gestión y control de sus fronteras exteriores, al menos hacia el Mediterráneo y África. Esta nueva política de fronteras exteriores implica, por una parte reconfigurar, extender y proyectar el control fronterizo en territorios y espacios fuera de las líneas fronterizas, en espacios marítimos más allá del Mar territorial, y en territorios bajo jurisdicción y soberanía

⁵⁰ PRIETO, B., "Los hotspots, un eslabón débil en la gestión de la crisis de los refugiados" *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 25/2016, de 04.03.2016. European Council on Refugees and Exiles – ECRE, *The Implementation of the Hotspots in Italy and Greece – A Study*, December 2016

de otros Estados. Este enfoque por tanto conlleva novedosas relaciones con este para con los países del entorno, adaptadas a cada país, a efectos de reforzar los controles y gestión de los flujos migratorios con apoyo de terceros Estados.

3. Estas prácticas y tendencias se inscriben en un contexto más general de modificaciones esenciales de las funciones fronterizas, y del mismo concepto de frontera internacional.⁵¹ Con esto la UE dar paso revolucionario: tras un crear un modelo de fronteras interiores, toca el turno a elaborar y diseñar un modelo propio de fronteras exteriores. Pero este logro es mucho más difícil de conseguir, ya que necesita forzosamente expandir ciertas funciones de control fronterizo en los espacios liminares europeos, y adelantarse en espacios sin jurisdicción de los Estados miembros o directamente en espacios marítimos y territoriales de Estados terceros de la cuenca mediterránea, África y Oriente medio. Se trata en definitiva de unas especie de retorno a los amplios márgenes fronterizos en lugar de las fronteras lineales, donde la UE proyecta su poder en búsqueda de seguridad y de protección de intereses esenciales.⁵²

4. El aspecto esencial del nuevo modelo de frontera exterior europeo es que persigue el desplazamiento de ciertas funciones de control fronterizo en los márgenes de Europa, fuera de su territorio terrestre y marítimo. La reconfiguración de funciones fronterizas implica por tanto concebir un amplio espacio liminar fronterizo a la UE, en el que podrían llevarse a cabo determinadas funciones de control y acceso al territorio UE, a desempeñar tanto por Estados UE como por la UE o por Estados fronterizos o implicados en los flujos migratorios hacia la UE

Desde luego, en el concepto internacional de frontera no es una novedad la no coincidencia entre frontera-límite y frontera-lugar de control⁵³; pero sí la pretensión de adelantar sistemáticamente los instrumentos de control fronterizo de acceso al territorio europeo, en un nuevo modelo jurídico-institucional fronterizo evolucionado.

5. Entre estas funciones de control fronterizo que se proyectarían fuera del territorio UE podemos señalar: la tramitación de solicitudes de asilo; la

⁵¹ Avanzamos estas ideas en “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo cit.*, 2016.

⁵² GERMOND, B., ‘From Frontier to Boundary and Back Again: The European Union’s Maritime Margins’ (2010) 15 *European Foreign Affairs Review*, Issue 1, pp. 39–55

⁵³ Este aspecto en DEL VALLE GALVEZ A., “Control de Fronteras y Unión Europea”, *AFDUAM* n° 7, 2003 *cit.*, , en pp. 72-ss.

retención de llegada de refugiados⁵⁴; la ejecución de acuerdos de retorno y la devolución de inmigrantes y refugiados⁵⁵.

Esto implica que las fronteras exteriores europeas, a efectos de tareas labores de control, se transformarían funcionalmente en un amplio espacio territorial y marítimo, variable, de territorios limítrofes e islas bajo soberanía o jurisdicción de un Estado UE y un Estado tercero fronterizo.

6. El desplazamiento de ciertas funciones de control fronterizo fuera del territorio de los Estados de la UE plantea de entrada un problema de comprensión conceptual. En este sentido, es frecuente utilizar expresiones variadas que, en suma, hacen referencia a actividades de gestión y control migratorio fuera del territorio, llevados a cabo por agentes públicos de los Estados UE, o por terceros Estados.

Consideramos que es más procedente diferenciar entre *externalizar* y el desempeño *extraterritorial* de las funciones de control fronterizo. Por *Externalizar* entendemos adoptar acuerdos y medidas que pretenden que Estados terceros vigilen sus fronteras y flujos migratorios, para impedir su acceso físico al territorio de los Estados UE, asumiendo la localización en su territorio, o el rechazo, de refugiados e inmigrantes de otros Estados. Esto no implicaría presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados Miembros. En realidad, fuera del territorio europeo es muy discutible que los Estados estén realizando estrictamente funciones de control fronterizo, ya que se trata de un ámbito que se encuentra tal vez en el más genérico terreno del *control de flujos migratorios* y vinculado a la acción exterior europea.

Por otra parte, la actuación *Extraterritorialidad* suponer llevar a cabo funciones de control fronterizo por los Estados fuera de su territorio de las funciones de control fronterizo, cuando hay presencia o ejercicio por agentes públicos de EEMM de ciertas actividades o funciones de control en el territorio de Estados terceros, con su acuerdo.

Desterritorializar es un término que puede abrazar ambas situaciones, ya que evoca la idea de ubicar fuera del territorio determinadas funciones de

⁵⁴ Según ACNUR, Turquía, Líbano y Jordania atienden en 2016 a más de 4 millones de los 5 millones de refugiados sirios, en campamentos que reciben ayuda de la UE: “Bruselas aprueba movilizar 1.400 millones de la ayuda prometida para los refugiados sirios en Turquía”, *Europa Press* 28.07.2016; “Bruselas apoyará con más de 200 millones a refugiados sirios en Turquía, Jordania y Líbano”, *Europa Press*, 22.06.2016.

⁵⁵ “Merkel pide replicar en otros países el pacto con Turquía para frenar la migración”, *El País*, 28.09.2016

control fronterizo, a desarrollar por otros Estados o por el propio Estado. Por lo que esta opción permite hipotéticamente abarcar las situaciones de Externalización y de Extraterritorialidad de las funciones de control fronterizo.

7. Uno de los mayores problemas de los controles fronterizos fuera de territorio es evidentemente cómo garantizar la aplicación del Derecho y los valores europeos en estos territorios liminares concéntricos de Europa. La concepción de situar ciertos controles de acceso al territorio en amplios márgenes fronterizos es un fenómeno que debe embridarse con el Derecho y la vigilancia del cumplimiento del Derecho internacional y europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, se trata de situaciones completamente novedosas para la aplicación de Derechos humanos, ya que en cualquier caso nos encontramos con actividades de control fronterizo fuera del territorio de los Estados, y por tanto, donde los presupuestos de la aplicación de la normativa internacional europea y estatal de derechos humanos, y de sus mecanismo de control y sanción, se ven confrontados a dificultades estructurales de excepcionalidad; pues, en efecto, ni los sujetos, ni el ámbito espacial de aplicación, o los mecanismos de interpretación y sanción de la normativa de derechos humanos es aplicable en situaciones de normalidad en estos territorios.

8. Hemos calificado como frágil el régimen de los derechos humanos de los extranjeros en las mismas Fronteras Exteriores europeas: tanto en fronteras terrestres, como marítimas y aéreas, nos encontramos con situaciones de especialidad o excepcionalidad en los regímenes de derechos humanos que se aplican con normalidad en el resto de los territorios del Estado bajo su jurisdicción.

En general hay una tendencia de los Estados a calificar con ciertos regímenes jurídicos especiales y específicos estos espacios fronterizos, y por tanto no considerando aplicables ahí ciertos sectores del ordenamiento general aplicable al conjunto del territorio del Estado. Especialmente en materia de normativa interna e internacional de protección de Derechos fundamentales de los extranjeros.

Por lo que hace a las fronteras aéreas, los aeropuertos se encuentran en su totalidad en el territorio terrestre del Estado. No obstante, los Estados al instaurar sus controles fronterizos de personas, acuden a funciones liminares, llegando a considerar determinadas zonas o espacios como espacios sin jurisdicción estatal, o con una jurisdicción atenuada o diferenciada, lo que tiene unas implicaciones importantes para la aplicación de la normativa y mecanismos de protección de derechos humanos. En estos espacios por tanto cierta normativa provoca una menor intensidad o debilidad de la

fuerza jurídica de las normas e instituciones de los derechos humanos, motivada por el peculiar o especial estatuto jurídico que los Estados atribuyen a estos espacios liminares aéreos. Hay que destacar que pronunciamientos judiciales con los del TEDH, o del Tribunal Constitucional español, han marcado un dique de contención para la concepción y tratamiento de estos espacios a efectos de la protección de derechos humanos de extranjeros, inmigrantes o solicitantes de asilo, rechazados en los mismos puestos de control fronterizo y en espera de actuación administrativa del Estado, con una seria limitación de movimientos, cuando no se trata de detenciones de extranjeros en frontera.

En las fronteras marítimas, la cuestión de los derechos humanos se plantea de manera diferente, conforme a las características de este medio y la proyección de competencias de los Estados en los diferentes espacios marítimos. La UE lleva ya mucho tiempo coordinando operaciones *ad hoc* en algunas zonas del Mediterráneo, y con la crisis se ha puesto de manifiesto la insostenibilidad de tales mecanismos de control de flujos migratorios. La avalancha de problemáticas que se plantean en el medio marino, particularmente en materia de derechos humanos, hace que resulte inviable prever a corto, medio y largo plazo una solución estable de control marítimo en los flujos que llegan por mar desde África y Turquía.

En fin, en las fronteras terrestres europeas existe una especial concepción y aplicación de la normativa de entrada, permanencia y salida de extranjeros, en especial inmigrantes y refugiados o solicitantes de asilo. Los regímenes particulares en la línea fronteriza o en los puestos de control fronterizo terrestre hacen que los derechos humanos se vean cuestionados en ciertas situaciones. Es el caso de las *devoluciones en caliente*, o de *rechazo en frontera*, activando una especial concepción legal de la frontera, como la *frontera operativa*, para no considerar jurídicamente en territorio del Estado a personas que han cruzado la línea fronteriza.

9. Más allá de las líneas fronterizas, nos encontramos con territorios donde se externalizan ciertas funciones de control fronterizo. Aquí tenemos una dificultad estructural para analizar la protección de derechos humanos en el desempeño de los controles de frontera. Como indicamos, existe una dificultad de ubicación de los elementos esenciales de los sistemas de protección de derechos humanos donde se llevan a cabo funciones fronterizas, en sentido muy amplio; y la presencia o actuación de actores estatales no es evidente en muchas ocasiones.

A nuestro juicio, la Externalización no implica actividad de Agentes del Estado. Con la denominada *externalización* la dificultad para los derechos humanos es muy importante, pues debe determinarse cómo y en qué me-

didada se aplican los derechos humanos en la gestión y *control de flujos migratorios*, que lleva a cabo la UE con terceros Estados. En este sentido, la UE debe establecer mecanismos de seguimiento, control y supervisión de la actuación de otros Estados en el control de flujos migratorios. Toda esta actividad debe estar sometida a procesos formales de Tratados y mecanismos de seguimiento y control de su aplicación.

Por otro lado, en territorios donde se llevan a cabo actuaciones *Extraterritoriales*, en las proximidades de las fronteras exteriores europeas, cabe determinar el grado de implicación del Estado y de los agentes estatales en los *controles fronterizos* exteriores desterritorializados. Nuestra propuesta es que toda acción del Estado de estar acompañada del sistema de normas controles de aplicación y vigilancia de derechos humanos.

De todas formas parece claro que en el ejercicio de actividades de control fronterizo y migratorio, los agentes públicos se encuentran obligados por las normas de derechos humanos, incluso en actuación extraterritorial, lo que incluye situaciones en las que estos agentes y autoridades tienen el control *de iure* o *de facto* de una actividad de control o vigilancia fronteriza.⁵⁶

102. Necesitamos con todo, una visión estratégica de los flujos migratorios y de las diferentes dimensiones de los controles de frontera. La crisis de refugiados parece haber tenido efectos decisivos sobre la concepción de las Fronteras exteriores europeas, y todo parece indicar que podemos encontrarnos ante una evolución del modelo funcional de control en el acceso al territorio de la Unión. Este modelo europeo de frontera exterior se inscribiría en una tendencia general de la sociedad internacional de la globalización, que afirma las fronteras aunque alterando su concepción, funciones y componentes de base territorial⁵⁷. En el caso europeo, este nuevo modelo comportaría una desagregación de ciertas funciones fronterizas, como el control de acceso, en un amplio espacio liminar terrestre o marítimo.

Un nuevo Modelo de fronteras, pero inscrito en una verdadera *Política de Fronteras Exteriores* europea, con medidas extraterritoriales y medidas de externalización de gestión y control de flujos migratorios. Esta nueva Política de Fronteras Exteriores requiere a nuestro juicio su imbricación con otras políticas capitales de la Unión: la política de inmigración y extranje-

⁵⁶ Vid. CARRERA S. – STEFAN M., *Complaint Mechanisms in Border Management and Expulsion operations in Europe- Effective Remedies for Victims of Human Rights Violations?*- Centre for European Policy Studies- CEPS, Brussels, 2018, p. 5-ss.

⁵⁷ Ver los comentarios de Luz GÓMEZ en “El Tercer País- La crisis de refugiados en el Mediterráneo oriental ha llevado al paroxismo la noción clásica de frontera”, *El País*, 06.05.2016.

ría, y la Política Exterior, siendo la Política de Fronteras una pieza autónoma pero complementaria de estas Políticas, y sin las que probablemente no podría hacerse una política de fronteras exteriores coherente y eficaz. La política de inmigración además sigue teniendo un margen de acción importantísimo en manos de los Estados.⁵⁸

La nueva Política de Fronteras Exteriores debe basarse en los valores europeos y en el respeto de los Derechos Humanos, con un compromiso supervisado de todos los actores involucrados, de aplicación estricta de normas de Derechos Internacional y Europeo de los Humanos, cuando se apliquen directa o indirectamente Derecho de la Unión o normas europeas, aunque sea en los espacios fronterizos de otro Estado.

En su misma concepción, toda nueva Política de Fronteras Exteriores necesita incorporar al tercer Estado limítrofe en la elaboración de la Política de Fronteras, en pie de igualdad. De forma que la Política de Fronteras Exteriores ha de tener caracteres diferentes en función de cada Estado tercero fronterizo con la UE. El riesgo de no hacerlo es que toda actuación de control migratorio exterior sea vista como conformación de una hegemonía discursiva de la UE, con imposición de los elementos de control fronterizo, en una desnuda búsqueda de espacios de seguridad⁵⁹ o frontera adelantada, por Estados convertidos en nuevos *first line States*.

La asociación institucional a la unión de los Estados terceros vinculados a la UE (y en particular los Estados con territorios limítrofes a la UE, como son los Mediterráneos), implica asumir una potente Cooperación transfronteriza con los terceros Estados vecinos: otra función que se cumple en la frontera es la de cooperación entre territorios y entidades a uno y otro lado de la frontera-línea. A mi juicio, la UE debe intentar que no sólo la función de control, sino también la función de cooperación transfronteriza rija en estos nuevos espacios liminares fronterizos, que serían propios de las nuevas concepciones de las funciones fronterizas. Para ello sería necesario prescribir en el nuevo Modelo de Fronteras la utilización de Fondos estructurales y particularmente Fondos de Cooperación transfronteriza tal y como se programan y emplean entre las fronteras interiores europeas, y concebir una cooperación transfronteriza que vaya más allá de la cooperación al desarrollo.⁶⁰

⁵⁸ GONZÁLEZ VEGA, J. “El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals* n° 111 12/2015, pp. 173-193.

⁵⁹ MARENGO CAMACHO, J. “Fronteras elásticas, hegemónicas y teoría del discurso: la frontera sur de México”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, n°. 111, 2015, pp. 9-34.

⁶⁰ Una visión crítica de “la leyenda-migración-desarrollo” como discurso positivo de legitimación, en NAÏR, S. *op. cit.*, pp. 43-ss.

Además, es inevitable afrontar y aceptar en este contexto la potenciación de la movilidad de personas nacionales de Estados vecinos con el espacio “federal” UE de libre circulación. Y en general, supone asumir la necesidad de creación de vías legales de entrada a la UE, que es clave para la gestión de flujos migratorios y elemento determinante en cualquier política estable que regule el acceso a la UE; por ejemplo el caso del Visado Humanitario es un tema de debate en esta necesaria línea de futuro.⁶¹

En definitiva, se requiere concebir desde los valores europeos un nuevo Modelo de fronteras, donde, acomodado entre las políticas de inmigración y de PESC, las funciones de control y gestión de las migraciones se desarrollen con plenas garantías de cumplimiento del Derecho, en un contexto de Derechos Humanos y de cooperación transfronteriza y de movilidad de personas con los territorios liminares europeos.

La actividad de la UE para adoptar normas y medidas que avancen en el tratamiento de las cuestiones migratorias, refugio y asilo ha sido impresionante en los últimos años⁶². Desgraciadamente, la coyuntura actual de la Unión parece impedir acuerdos a largo plazo con enfoques estratégicos del problema estructural de los flujos migratorios. Los planteamientos y acuerdos a los que se han llegado en el seno de la UE durante 2017 y 2018 parecen demostrar que es difícil adoptar un enfoque diferente del securitario y de refuerzo de las fronteras exteriores mediante FRONTEX, aun aceptando la gravedad del problema y la necesidad de dimensiones estratégicas de desarrollo en África hacia el futuro⁶³. Las Conclusiones del Conse-

⁶¹ Al respecto, SÁNCHEZ LEGIDO, A. “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 2017, 433-472.doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.02>; Parlamento Europeo 2014-2019 Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior *Documento de Trabajo sobre los Visados Humanitarios* Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior de 05.o4.2018 Ponente: J. F. López Aguilar, DT\1150200ES.docx, PE619.272v02-00.

⁶² Un panorama reciente puede verse en *EU Asylum, Borders and External Cooperation on Migration – Recent developments*, European Parliament PE621.878, EPRS May 2018.

⁶³ Pueden verse rápidamente los planteamientos de la Comisión en los Comunicados de 7 de diciembre de 2017 “Una gestión de la migración con visión de futuro: la Comisión Europea presenta el camino a seguir” http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5132_es.htm; 12 de junio de 2018, “Presupuesto de la UE: la Comisión propone un importante aumento de la financiación para reforzar la gestión de las fronteras y la migración” http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4106_es.htm; y 12 de septiembre de 2018: “Estado de la Unión 2018: la Comisión propone los últimos elementos necesarios para alcanzar una fórmula transaccional en materia de migración y reforma de las fronteras”

jo Europeo de Junio de 2018 para crear *Plataformas regionales de desembarque* en terceros países y *Centros controlados* en los Estados miembros, reflejan la complejidad de la situación y las dificultades para que la UE actúe con una política estratégica consensuada en esta cuestión vital para la identidad, valores y pervivencia de la integración europea.

EN FRONTERA	
— CONTROL TERRITORIAL → CONTROL DE FRONTERAS <i>Fragilidad de Derechos Humanos</i> → DERECHOS HUMANOS — Aplicación del 100% de la normativa internacional, europea e interna de derechos humanos – No situaciones o regimenes de excepcionalidad	
MEDIDAS DE CONTROL TERRITORIAL	Fronteras Aeroportuarias
	Fronteras Terrestres
	Fronteras Marítimas
FUERA DE TERRITORIO Y JURISDICCION DE ESTADOS UE O MAS ALLA DE FRONTERAS EXTERIORES EUROPEAS	
— DESTERRITORIAL O FUERA DE TERRITORIO <i>¿Aplicación de Normas de protección de Derechos Humanos?</i>	
MEDIDAS DESTERRITORIALES	EXTRATERRITORIALIDAD → CONTROL DE FRONTERAS SÍ – Actuación de Agentes Públicos del Estado → DERECHOS HUMANOS – Agente y funciones se rigen por Derechos Humanos aplicables en el territorio europeo. Acuerdo del Estado del Territorio
	EXTERNALIZACION → CONTROL/GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS NO – Inexistencia de Agentes Públicos de Estado → DERECHOS HUMANOS – Tratados formales y Seguimiento, control y sanción a otros Estados por incumplimiento de normativa internacional de derechos humanos

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5712_es.htm: Las Conclusiones del Consejo Europeo de 18 de Octubre de 2018 confirman esta situación, vid. Las Conclusiones en <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2018/10/18/>