

ESTUDIOS

Frontera Sur: Una realidad política y jurídica “construida” que genera violaciones de Derechos Humanos

Carlos Arce Jiménez¹

Resumen: Las políticas e instrumentos normativos que se aplican en el control fronterizo y en la gestión de flujos migratorios en la Frontera Sur no se corresponden a la realidad material de estos fenómenos. Dicha disfunción conlleva que no se dé respuesta a los objetivos declarados de los mismos (evitar el tráfico de personas, fomentar la migración regular y ordenada, lucha contra el terrorismo internacional...) y que se produzcan graves violaciones de Derechos Humanos sobre las personas migrantes como “daño colateral”. En este artículo analizamos las principales contradicciones político-jurídicas asociadas al proceso de externalización de fronteras auspiciado por la UE y España, la perversión que representa condicionar la cooperación al desarrollo al control de los flujos migratorios o el cuestionamiento del Estado de Derecho vinculado a las “devoluciones en caliente” y a otras prácticas similares llevadas a cabo en las fronteras españolas y europeas.

Palabras clave: *Políticas migratorias, Derechos Humanos, devoluciones en caliente, externalización de fronteras, Frontera Sur.*

Fecha de recepción: 22 de mayo de 2019.

Fecha de admisión definitiva: 28 de octubre de 2019.

¹ Área de Derecho Constitucional. Dpto. de Derecho Público y Económico. Universidad de Córdoba.

Southern Border: a political and legal reality “constructed” which generates Human Rights violations

Abstract: Policies and normative tools that have been applied in the border control and management of migratory flows on the Southern Border don't correspond with the reality of these phenomena. That situation contradicts their stated goals (preventing human trafficking, encouraging regular migration, fighting international terrorism...) and it is causing serious human rights violations against migrants as “collateral damage”. In this article we analyze main political-legal contradictions associated with the process of outsourcing border control driven by the EU and Spain. Besides, we pay attention to the perversion that represents conditioning the development cooperation to the control of migratory flows, and the questioning of the Rule of Law linked to the arbitrary expellings (and other similar practices) carried out at the Spanish and European borders.

Key words: *Migration policies, Human Rights, arbitrary expellings, outsourcing border control, Southern Border.*

Frontière sud: Une réalité politique et judiciaire “construite” qui génère des violations des Droits de l’Homme

Résumé: Les politiques et les instruments normatifs appliqués en matière de contrôle aux frontières et de gestion des flux migratoires à la frontière sud ne correspondent pas à la réalité matérielle de ces phénomènes. Ce dysfonctionnement conduit à une situation où les objectifs déclarés ne sont pas atteints (prévention de la traite des êtres humains, promotion d'une migration régulière et ordonnée, lutte contre le terrorisme international, etc.) et où de graves violations des droits humains des migrants en tant que «dommages collatéraux» se produisent. Dans cet article, nous analysons les principales contradictions politico-juridiques liées au processus d'externalisation des frontières parrainé par l'UE et l'Espagne, la perversion représentée par le conditionnement de la coopération au développement au contrôle des flux migratoires, ou la remise en cause de l'État de droit en raison des «retours à chaud» et autres pratiques similaires menées aux frontières espagnoles et européennes.

Mots clé: *Politiques migratoires, droits de l'homme, retours chauds, externalisation des frontières, frontière sud.*

I. Migraciones en la Frontera Sur: ¿contexto real o realidad construida?

Se puede sostener que han devenido en lugares comunes de las ciencias políticas y jurídicas las siguientes percepciones sobre las políticas públicas y las herramientas normativas a través de las cuales se ejecutan:

- Que tanto su objeto como ámbito de aplicación es la realidad social, sobre la que inciden y/o transforman regulando comportamientos generales, resolviendo conflictos, orientando su devenir futuro.

- Sin ser incompatible con lo anterior, se le asigna un carácter eminentemente reactivo, es decir, primero evoluciona el contexto social y a posteriori las políticas públicas y el ordenamiento jurídico reaccionan para gestionar esta nueva realidad. Se podría resumir en la expresión coloquial “la sociedad siempre va por delante del Derecho”.

Sin embargo, en la materia sobre la que versa el presente artículo, parece haber quebrado esa lógica. Tal como expondremos en las siguientes líneas, en el control de fronteras y en la gestión de los flujos migratorios, la realidad material cada vez está más alejada de la político-jurídica. Es evidente que la señalada desconexión no puede ser inocua, representando la Frontera Sur europea en general, y la española en particular, un ejemplo clarividente al respecto. Por una parte, cualquier decisión política o norma jurídica que obvie el ámbito social donde debe ser aplicada va a tener serias dificultades para alcanzar sus objetivos. Por otra, no se podrán prever “efectos colaterales” no deseados. Aunque en los próximos apartados las analizaremos con un mayor detenimiento, a modo de planteamiento inicial podemos pasar por este filtro las políticas fronterizas y migratorias en la Frontera Sur europea.

Según disponen los arts. 79 y 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los objetivos de las políticas de control de fronteras y gestión de flujos migratorios de la Unión Europea serían:

- Gestión eficaz de los flujos migratorios.
- Trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente.
- Prevención de la inmigración ilegal.
- Lucha contra la trata de seres humanos.
- Combate contra la delincuencia de dimensión transfronteriza (especialmente el terrorismo).

Para la consecución de estos objetivos, la UE ha desarrollado diversos instrumentos político-jurídicos. Por supuesto que podrían establecerse metas distintas, pero el punto de partida siempre debería ser que, sean cuales sean éstas, las políticas implementadas tendrían que efectivamente dirigirse a alcanzarlas, teniendo en cuenta la realidad social en la que deben surtir efecto y con estricto respeto del marco propio en materia de derechos fundamentales y del Derecho Internacional Público.

Sin embargo, analizada la situación de la Frontera Sur europea en los últimos años, podemos constatar que los objetivos descritos no solo están lejos de ser alcanzados, sino que la ineficacia de las herramientas utilizadas en su consecución hace plausible plantear que su intencionalidad política última esté lejos de la declarada. A los efectos que ahora nos atañen, la realidad demuestra que la UE no ha conseguido una gestión eficaz de los flujos migratorios, no ha prevenido la inmigración irregular, no ha terminado con la trata de personas y no ha evitado ataques terroristas.

No se puede hablar de gestión eficaz de flujos migratorios porque las vías de acceso legales y seguras a territorio europeo siguen brillando por su ausencia. Como ejemplo de la ineficiencia podemos destacar el sistema de reubicación de solicitantes de asilo auspiciado por la Comisión Europea² en septiembre de 2015 para tratar de dar respuesta a la conocida como “crisis de los refugiados”, que concluyó con un sonoro fracaso^{3,4}.

En la misma línea, la prevención de la inmigración irregular también se puede considerar como una aspiración fallida, tal como demuestran las propias cifras de la agencia FRONTEX⁵. Existiendo picos y descensos de llegadas por vías irregulares a la UE, éstas han sido una constante en los últimos años, a pesar de todos los medios que se han aplicado para su contención. Desde el comienzo de la Historia de la Humanidad en la raíz de los flujos migratorios está la búsqueda de una mejora de condiciones de vida, lo que determina que se produzcan movimientos de población de los lugares donde éstas son más precarias hacia aquéllos donde son potencialmente mejores (Arce, 2018). Nuestros tiempos no representan una excepción, existiendo un potente “efecto expulsión” desde las zonas empobrecidas del planeta debido a conflictos, cambio climático, sistemas político–institucionales fallidos... que generan situaciones incompatibles con un mínimo respeto a la dignidad humana. A pesar de lo anterior, desde determinadas instancias políticas y mediáticas se insiste en que la clave de los flujos migratorios es el “efecto llamada” derivado de la laxitud en el control

² https://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5596_es.htm.

³ A pesar de la modestia de los compromisos (160.000 personas a reubicar entre 22 Estados miembro), en el plazo establecido de dos años apenas se alcanzó el 35%.

⁴ <https://www.cear.es/que-paso-con-los-compromisos-de-acogida-de-refugiados/>.

⁵ <https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/migratory-routes/western-mediterranean-route/>.

fronterizo en los países de destino, y que por ello es imprescindible reforzarlo. Esa ha sido la línea argumental que ha seguido la UE en su “lucha” contra con la inmigración irregular, con los resultados señalados. Los flujos migratorios desde África hacia Europa se mantendrán mientras exista el “efecto expulsión” de las condiciones de vida indignas en el continente africano, el no habilitar vías de acceso legales y seguras y el endurecimiento del control fronterizo tan solo provocan que la “ruta” sea más peligrosa desde la perspectiva de los Derechos Humanos^{6,7}.

Tampoco se ha conseguido grandes éxitos en la lucha contra la trata de personas. Según la propia Comisión Europea^{8,9}, en el periodo 2013–2014 los Estados UE registraron cerca de 16.000 víctimas de trata. Pero al igual que en el caso de las personas fallecidas en frontera, las cifras oficiales pueden estar lejos de la dimensión real, ya que existen serias disfunciones en la propia identificación de las víctimas^{10,11}. Alarmantes son los estudios que indican que una cuarta parte de las víctimas de la trata en Europa podrían ser menores de edad^{12,13}. A nuestro juicio, será imposible terminar con el tráfico de personas mientras no existan vías de acceso legales y seguras a territorio europeo. Si se suma a esta circunstancia el “efecto expulsión” existente en los principales países de origen, se configura un escenario ideal para quiénes se lucran con las migraciones irregulares, ya que son los únicos capaces de proporcionar el acceso efectivo a Europa.

⁶ Según la OIM más de 17.000 personas han perdido la vida en la Frontera Sur europea en el periodo 2014–2018. Estas son las cifras contrastadas, el número real de víctimas puede ser hasta 3 veces superior.

⁷ <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

⁸ “First commission report on the progress made in the fight against trafficking in human beings”. Comisión Europea, 2016.

⁹ https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/factsheet_commission_report_en.pdf.

¹⁰ P.ej., el Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres humanos (GRETA, organismo de seguimiento del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos), en su último informe–país sobre España de junio de 2018 destaca especialmente esa dificultad.

¹¹ <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>.

¹² Ver el informe “Trafficking in children” publicado por el GRETA en mayo de 2018.

¹³ <https://rm.coe.int/6gr-extract-web-en/16808b6552>.

Por último, la constante vinculación entre migraciones y “terrorismo global” que se puede observar en los instrumentos político-jurídicos de la UE sobre la materia también se ha mostrado desconectada de la realidad. Baste destacar que la práctica totalidad de los autores de los atentados más graves de este tipo de terrorismo que han tenido lugar en Europa en los últimos años¹⁴ eran nacionales de países europeos, por lo que el cierre de las fronteras exteriores de la Unión no tuvo, ni pudo tener, ningún efecto preventivo de esos execrables crímenes.

Por ende, si podemos afirmar que las políticas de fronteras y migratorias europeas no cumplen sus objetivos formales, es obligado interrogarnos por la razón que justifica la aplicación reiterada de las mismas a pesar de su ineficacia. Quizás la respuesta en parte la encontramos en la pérdida de protagonismo del Estado-nación en el contexto de la globalización (Arce, 2009), teniendo el enfoque policial/securitario de las fronteras físicas un papel simbólico (Wihtol de Wenden, 2000: 17-18) de la soberanía estatal en cuestión¹⁵. En este sentido, Wendy Brown afirma:

Más que expresión renovada de la soberanía del Estado, los nuevos muros son iconos de su erosión... lo que aparece... como representación de la soberanía estatal expresada en realidad su debilidad con relación a otros tipos de fuerzas globales. (Brown, 2015: 34)

Así, el control de la movilidad humana sería un ámbito donde el Estado todavía puede mostrar un ejercicio visible de su soberanía, dado que respecto a la circulación de mercancías y capitales esa capacidad se ha visto sustantivamente mermada (Solanes, 2016: 149).

Otra de las funciones de la frontera es la construcción de las personas extranjeras como el “otro” (Solanes, 2016: 152). Una vez definido como tal mediante el filtro de las fronteras, ese “otro” se inserta en un sistema jerárquico de ciudadanía en función de la nacionalidad y el estatus administrativo de extranjería, que tendrá una dimensión externa que se manifiesta en la capacidad o no de ejercer la libertad de circulación transnacional y otra interna referida al nivel de reconocimiento de derechos en el Estado-nación de que se trate (Castles, 2003).

¹⁴ Los acontecidos en Barcelona (agosto 2017), Manchester (mayo 2017) o París (noviembre 2015), por ejemplo.

¹⁵ Es por ello que, a pesar de la profusión de pronunciamientos políticos e instrumentos jurídicos de la UE en esta materia, los Estados miembro son especialmente refractarios para ceder competencias al respecto, siendo difícil hablar de una verdadera política común sobre migraciones y fronteras.

En la creación de una constante sensación social de temor ante un variado catálogo de amenazas, poco importa si reales o imaginarias¹⁶, que caracteriza a las sociedades contemporáneas, es igualmente útil el concepto de frontera. Una sociedad con miedo es más proclive a aceptar limitaciones de derechos a cambio de una prometida seguridad¹⁷. En ese contexto surge la frontera como un parapeto defensivo en el que

...se produce una especie de suspensión del Derecho que no es abolido por completo pero que deja paso a actuaciones que no es que sean cuestionables, sino que son directamente ilegales aunque se quieran justificar desde el estado de emergencia ... (Solanes, 2016: 156).

La suspensión del Estado de Derecho en las fronteras tiene graves consecuencias en forma de vulneración de los Derechos Humanos de las personas migrantes que tratan de acceder a territorio europeo. La relevancia de las fronteras en estas sociedades del miedo viene asociada a que en los últimos tiempos se ha alimentado un temor específico respecto a una supuesta invasión de flujos migratorios descontrolados hacia territorio europeo. Dicho contexto ha sido caldo de cultivo para el crecimiento de formaciones de ultraderecha, que han hecho de la xenofobia y el nacionalismo identitario sus ejes de acción política con grandes réditos electorales, contaminando el discurso de los partidos tradicionales y generando un círculo vicioso donde las políticas migratorias y de fronteras represivas se presentan como la única alternativa factible frente a la "invasión" (Zapata, 2013: 29–30). Y a ello a pesar de que en los últimos años se ha producido un acusado descenso de las llegadas irregulares de personas migrantes por la Frontera Sur (cerca del 90% en el periodo 2015–2018)¹⁸.

Cerramos este apartado concluyendo que la gestión político-jurídica de las migraciones y el control de fronteras en Europa se configuran a espaldas de la realidad material sobre la que deberían incidir, o incluso cabe afirmar que se fundamentan en una "realidad construida"¹⁹ caracterizada por la excepcionalidad y el desconocimiento de principios básicos del Estado de Derecho y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹⁶ Ver LUCAS (2009), donde se analizan estas cuestiones desde la perspectiva de las migraciones.

¹⁷ En este sentido ver los conceptos de "sociedades del riesgo" y "cultura de control" elaborados por autores como GARLAND (2005).

¹⁸ <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

¹⁹ Sobre la "construcción social de la realidad" ver LUCKMANN y BERGER (1999).

2. La perspectiva europea: El “enfoque global”, la externalización y la cooperación condicionada

Por lo expuesto, la “perspectiva europea” del objeto de estas líneas debe partir de dos premisas: se erige sobre un contexto material “construido” y está lastrada por la pertinaz resistencia de los Estados miembro a desprenderse de unas competencias que entienden parte de la esencia de la soberanía nacional. Desde ese bien entendido, en el presente apartado analizamos los que consideramos elementos clave de la misma.

2.1. El “enfoque global” de las migraciones de la Unión Europea

Ya anunciamos que el art. 79 TFUE proclama que la UE *desarrollará una política común de inmigración*. Sin embargo, insistimos en que esa aspiración declarada dista de constituir una auténtica política migratoria común (González, 2015: 176). De hecho, el mismo precepto contiene el “antídoto” contra la convergencia europea en este ámbito, ya que su apartado 5º establece que

El presente artículo no afectará al derecho de los estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

Siendo las llamadas “migraciones económicas” las más numerosas, a las que se suman los “flujos mixtos”²⁰, dejar en mano de los Estados las competencias para regular la inmigración laboral condiciona cualquier proyecto de política común europea de migraciones. De esta manera, la gestión de las migraciones y el control de fronteras en Europa se ha vehiculizado a través de la cooperación bilateral de los Estados miembro y los de origen/tránsito con el apoyo político y financiación puntuales por parte de las instituciones comunitarias (González, 2015: 177).

A pesar de lo anterior, la UE ha tratado de avanzar en la construcción de unas directrices comunes en esta materia, con herramientas más políticas que estrictamente normativas. Uno de los hitos fue el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia) en 1999, colofón de la presidencia de turno finlandesa. La relevancia de Tampere, más que en el impulso de una política migratoria comunitaria, se sitúa en la creación del concepto “enfoque global de las migraciones”. Esta perspectiva pretende vincular la gestión de flujos migratorios y el control de fronteras a otras dimensiones

²⁰ *Movimientos de población complejos, que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes (OIM 2009,1).*

que se entienden conexas y hacerlos trascender del ámbito territorial de la Unión. Ello tendría una especial incidencia en la acción exterior de la UE y sus distintos instrumentos (relaciones económico–comerciales, cooperación al desarrollo, lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo transnacional...), poniendo el foco geográfico en los países de origen y tránsito de las migraciones que tienen como destino el territorio europeo²¹.

La apuesta por el “enfoque global” se ha incorporado como eje transversal en el resto de herramientas político–jurídicas comunitarias que han tratado el binomio migraciones–fronteras desde Tampere. De esta manera, el Consejo Europeo de Sevilla 2002, reafirma la necesidad de utilizar las relaciones exteriores de la UE para gestionar la migración por vías irregulares (Zapata, 2013: 3–4):

...(incluir) una cláusula sobre gestión común de los flujos migratorios y sobre la readmisión obligatoria en caso de inmigración ilegal en todo futuro acuerdo de cooperación, de asociación o equivalente que la Unión Europea o la Comunidad Europea celebre con cualquier país.

Nos encontramos de nuevo con el concepto en el Consejo Europeo de Bruselas de 2005, en cuyas conclusiones se prioriza un contexto geográfico específico al adoptar una *visión global de la emigración: actuaciones prioritarias centradas en África y en el Mediterráneo*. El “enfoque africano”, y más en concreto, el subsahariano, se ha consolidado en todas las estrategias europeas de “lucha contra la inmigración ilegal”, y en ello entendemos que tiene un gran peso la “realidad construida” en materia de migraciones. Según Eurostat²², entre las 20 principales comunidades de personas nacidas en terceros países que se encuentran en la UE, tan solo 3 son africanas (Marruecos, Argelia y Túnez) y ninguna subsahariana. ¿Cuál sería entonces el motivo de centrar todas las políticas migratorias y de fronteras europeas en una región de la que no parte el flujo principal de inmigración hacia territorio de la Unión? No sería descabellado sostener que siendo los flujos migratorios por vías irregulares más visibles por la precariedad de los medios materiales con los que se llevan a cabo, se configuran como un escenario ideal para “representar” la lucha contra la inmigración irregular²³.

²¹ Ver ZAPATA (2013: 2–3) y ABRIESKA (2017: 134–135).

²² https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/7/72/Largest_20_foreign-born_communities_living_in_the_EU-28%2C_2011_PITEU17.png.

²³ Como se desprende de las principales comunidades de nacionales de terceros países, la Frontera Sur europea no es la principal vía de entrada de los flujos migratorios (por vías regulares o irregulares) a la UE, lo son los aeropuertos internacionales de las grandes capitales europeas y algunas fronteras terrestres del centro y Este de la Unión.

TABLA nº I. Personas residentes en la UE nacidas en terceros países (2011)

País de origen	Personas nacidas en 3 ^{os} países viviendo en la UE (en miles)	% sobre el total en 3 ^{os} países viviendo en la UE	% sobre el total de la población UE
Marruecos	2.287	7.2	0.5
Turquía	2.076	6.5	0.4
Rusia	1.812	5.7	0.4
Argelia	1.511	4.8	0.3
Ucrania	1.091	3.4	0.2
India	1.052	3.3	0.2
Bosnia y H.	956	3	0.2
Albania	903	2.8	0.2
Kazajistán	877	2.8	0.2
China	826	2.6	0.2
Pakistán	745	2.3	0.1
Estados Unidos	584	1.8	0.1
Túnez	529	1.7	0.1
Brasil	522	1.6	0.1
Ecuador	518	1.6	0.1
Colombia	506	1.6	0.1
Suiza	489	1.5	0.1
Serbia	429	1.4	0.1
Filipinas	405	1.3	0.1
Argentina	396	1.2	0.1

Fuente: Eutostat.

Sigue la misma línea el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo de 2008, que establece cinco compromisos básicos en estas materias, siendo el quinto *crear una colaboración global con los países de origen y tránsito que favorezca las sinergias entre migración y desarrollo*. Aunque hace una referencia específica al

vínculo migraciones–desarrollo (Gortázar, 2009: 203), que será objeto de nuestra atención más adelante, baste ahora destacar esa alusión al carácter “global” de la colaboración con los países de origen y tránsito, situando la cuestión migratoria como elemento insoslayable en cualquier relación que se pueda establecer con dichos Estados.

El Programa de Estocolmo de 2010 por su parte establece que en el objetivo de conseguir *una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* es imprescindible la conexión de la gestión de las migraciones con otras políticas clave de la UE como la acción exterior, la seguridad o la cooperación al desarrollo (Arce, 2012: 138). La Agenda Europea de la Migración de 2015 mantiene esta dirección, encargando al Servicio Europeo de Acción Exterior y a la Comisión el fomento de la colaboración con los países de origen y tránsito en el control de la movilidad humana dirigida a suelo europeo (Abrisketa, 2017: 135). Por último destacar que el Código de Fronteras Schengen 2016 en su art. 54 considera que es función de FRONTEX *facilitar la cooperación técnica y operativa entre los Estados miembros y terceros países en el marco de la política de relaciones exteriores de la Unión*.

Este breve recorrido permite concluir que el “enfoque global de las migraciones” se ha convertido en un eje estratégico en la gestión de las mismas por parte de la UE. Sin embargo, tal como ocurre con los objetivos generales establecidos por el art. 79 TFUE para las políticas migratorias europeas, no se puede calificar más que de estrepitoso fracaso la incorporación de esa perspectiva en sus dos décadas de recorrido. De la literalidad del concepto se podría interpretar que el fin último sería tratar el fenómeno migratorio en la UE de una forma holística, superando abordajes simplistas de una realidad tan consustancial a la Humanidad como compleja. Sin embargo, el efecto ha sido el contrario, ya que desde el Consejo de Tampere hasta nuestros días se ha acentuado la perspectiva exclusivamente securitaria y utilitarista de las políticas migratorias y de fronteras. El “enfoque global” se ha traducido en ampliar el catálogo de recursos políticos, jurídicos y materiales al servicio de ese “pensamiento único” respecto a la materia erigido sobre una realidad construida contaminada por una alarma social carente de fundamento objetivo.

Las consecuencias negativas de esta situación coinciden en gran medida con las descritas cuando analizamos el art. 79 TFUE en el contexto real de las migraciones que se dirigen hacia Europa. Por ahora tan solo añadir que la cerrada conexión entre movilidad humana y seguridad promovida por el “enfoque global” ha comprometido el derecho de asilo (Solanes, 2016: 175–176). Por una parte, los potenciales solicitantes de asilo ven restringida la posibilidad de ejercer sus

derechos por la falta de vías de acceso legales y seguras a territorio europeo y con el tratamiento que reciben en las fronteras exteriores. En el caso de que logren ingresar en la Unión, el deficitario funcionamiento del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) (Solanes, 2014: 194–199), el fracaso de las soluciones “ad hoc” como las establecidas en 2015 por la UE, o la ineficacia de muchos de los sistemas nacionales de asilo de los Estados miembro tampoco ofrecen unas expectativas más halagüeñas a las personas refugiadas.

Desde un punto de vista práctico, nos parece muy ilustrativa la descripción que realiza Cristina Gortázar sobre la plasmación efectiva del “enfoque global”:

Los esfuerzos destinados por la UE al control de su frontera externa y a la devolución o expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentran en la UE de manera irregular, son muchos más y, además, más operativos; las medidas para la cooperación y el establecimiento de sinergias positivas entre la migración y el desarrollo que supongan ventajas para los países de origen de los inmigrantes y solicitantes de asilo, son muchas menos y de ninguna de ellas nos consta su operatividad (Gortázar, 2009: 214).

En las próximas líneas analizaremos las herramientas más relevantes a través de las cuales se ha desarrollado el reiterado enfoque: la externalización de fronteras y la cooperación al desarrollo condicionada.

2.2. La externalización de las fronteras europeas

Podemos definir la externalización de fronteras como una estrategia política jurídica compleja que permite a un Estado (o una organización supraestatal como la UE) realizar un control de los flujos migratorios más allá de su territorio. La doctrina se ha referido a esta realidad con diferentes términos: extraterritorialización de la política migratoria, desterritorialización de los controles fronterizos, neo-refoulement, deslocalización virtual... (Abrisketa, 2017: 125–126).

Como hemos adelantado, la externalización impulsada por la UE se desarrolla en el contexto del enfoque global de las migraciones, dado que su plasmación práctica necesita de la involucración de los países de origen y tránsito de los flujos migratorios que se dirigen hacia Europa. Una de las características de esta estrategia es la relación jerárquica entre la UE y sus Estados miembro con los países de origen/tránsito, ya que los primeros tienen el monopolio de la decisión sobre todo el proceso. Dicha asimetría se justifica en la enorme diferencia de peso geopolítico, económico y de desarrollo humano entre países de destino y los de

origen/tránsito (Zapata, 2013: 5–7)^{24,25}. Una de las cuestiones que hacen que estos Estados tengan unos niveles tan bajos de desarrollo humano es la falta de unos sistemas institucionales democráticos y de protección de derechos humanos sólidos^{26,27} y un alto nivel conflictual (Institute for Economics & Peace, 2018), lo que determina que no sea posible garantizar que las funciones que asumen en la gestión de los flujos migratorios se llevan a cabo de forma respetuosa con el DIDH (Solanes, 2016: 175–176). La “realpolitik” que rezuma la externalización tiende a soslayar la dimensión humanitaria y la indemnidad de los Derechos Humanos (Roldán, 2015: 476).

La externalización de fronteras se instrumenta a través de 3 estrategias (Papadopoulos, 2007: 98–99):

- Control remoto de las fronteras a través de los países de origen y/o tránsito.
- Protección “a distancia” de los potenciales solicitantes de asilo (externalización de la gestión del asilo).
- Transferencia de tecnología y capacidades materiales a países de origen y tránsito para realizar las funciones descritas.

Zapata considera que para materializar estas estrategias son necesarias prácticas diplomáticas (como los acuerdos de readmisión con países de origen/tránsito²⁸),

²⁴ La frontera euroafricana es una de las más desiguales del planeta en términos de desarrollo humano. Se puede comprobar consultando la posición que ocupan los países de ambas orillas del Mediterráneo en el ranking del índice de desarrollo humano (IDH) del PNUD. Ello determina una relación asimétrica y una unilateralidad *de facto* (Zapata, 2007: 89), estableciéndose un sistema de compensación (Wolff, 2008), en la medida de que la UE concede a los países implicados en la externalización contrapartidas políticas, económicas y/o comerciales a cambio de su “buen desempeño” en el control de los flujos migratorios hacia Europa.

²⁵ <http://hdr.undp.org/en/2018-update>.

²⁶ Desde esta perspectiva el Mediterráneo también marca la línea fronteriza más desequilibrada a nivel global.

²⁷ <https://infographics.economist.com/2018/DemocracyIndex/>.

²⁸ En la misma línea están los más amplios «marcos de asociación en materia de migración» entre los Estados miembro y la UE con terceros Estados. No siempre se publica su contenido, teniendo su sostén jurídico en el art. 78.2.g) TFUE (*la asociación y cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal*), en la Directiva 2008/115/CE (“directiva retorno”) y la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión

instituciones externas no permanentes (centros de internamiento temporales, oficinas de inmigración, patrullas fronterizas conjuntas... en países de origen/tránsito) y políticas relacionadas con la gestión de los flujos migratorios en sentido más estricto (visados, retorno, de devolución y extradición) (Zapata, 2013: 14–16).

Para aumentar la precariedad jurídico–institucional desde la perspectiva de los Derechos Humanos en la que se desarrollan la externalización, es común la utilización de instrumentos informales (como la Declaración UE–Turquía de 2016) ante la falta de efectividad de los acuerdos internacionales formales. A lo anterior se añade la privatización de ciertos aspectos del control de fronteras que se ponen en manos de compañías de transporte, como la realización de controles de acceso en los puntos de salida y las decisiones de no entrada en los de llegada (Abrisketa, 2017: 127–129).

El derecho de asilo es uno de los principales “damnificados” de las políticas migratorias y de fronteras europeas. En este ámbito, la externalización de fronteras tiene una incidencia especialmente negativa, y puede servir de ejemplo de sus consecuencias en materia de Derechos Humanos. Se pone en cuestión el acceso efectivo a un procedimiento normalizado de asilo, ya que se dificulta la posibilidad de solicitar asilo en suelo europeo, dejando en ocasiones la protección internacional en manos de Estados con un sistema institucional en la materia muy precario o directamente inexistente²⁹.

Dentro del derecho de asilo nos encontramos con el “principio de no devolución”, cuyo respeto se ve socavado por la externalización. Este principio, reconocido a nivel global en el art. 33 de la Convención de Ginebra (CG) y en el ámbito UE en el art. 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), establece la prohibición de expulsar a cualquier persona (sea cual sea su estatus jurídico) a un territorio

o la retirada de la protección internacional. Algunos tienen su precedente en acuerdos de readmisión previos (Abrisketa, 2017: 127–128).

²⁹ Por ejemplo, Turquía no ha suscrito el Protocolo de 1967 de la Convención de Ginebra (lo que conlleva que el Estado turco solo reconoce como potenciales refugiadas a personas europeas y por causas previas a 1951), circunstancia que no impidió la firma de la Declaración UE–Turquía de 18 de marzo 2016 por la que el país otomano se comprometía a impedir el acceso a territorio europeo de potenciales refugiados de países como Siria, Afganistán o Irak y brindarles “protección” en su Estado con la financiación de la Unión. Un interesante análisis de este acuerdo en Provera (2016).

donde su vida o su libertad peligre (art. 33 CG) y/o donde corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 19.2 CDFUE).

El principio está conectado con los instrumentos internacionales que tratan de prevenir la tortura y los tratos inhumanos o degradantes (entre otros el art. 3.1 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el art. 3 del Convenio Europeo de los DDHH –CEDH–), algo que ha certificado la jurisprudencia internacional en materia de DIDH³⁰.

En este contexto sería crucial determinar si el principio de devolución tan solo debe aplicarse cuando la persona se encuentra en el territorio o fronteras del Estado de que se trate o debería ampliarse a aquellos otros espacios territoriales donde de forma directa o indirecta éste también proyecta su jurisdicción. Para ACNUR la respuesta es clara:

..una interpretación que restringiera el alcance de la aplicación del artículo 33 de la Convención ... a la conducta dentro del territorio de un Estado parte ..., no solo sería contraria a los términos de la disposición sino al objeto y fin del tratado ... Asimismo, sería incongruente con las normas pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos ... el Estado se encuentra compelido ... en virtud del artículo 33... a no devolver a los refugiados al peligro de persecución donde quiera que ejerza efectiva jurisdicción ... el criterio decisivo no es si tales personas se encuentran en el territorio del Estado sino... si se encuentran bajo el efectivo control y autoridad de ese Estado (ACNUR, 2007: 22)

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) sostiene también la proyección supraterritorial del principio de no devolución³¹. Sin embargo, esta interpretación del principio no conlleva una obligación automática de admisión de los solicitantes de asilo por parte del Estado (Abrisketa, 2017: 146).

A pesar de la claridad de la argumentación jurídica expuesta, los procedimientos vinculados a la externalización de fronteras de la UE siguen poniendo en cuestión el principio de no devolución y otros elementos básicos del DIDH en materia de migraciones, tal como demuestran las 17.000 personas muertas y desaparecidas en las fronteras europeas en los últimos 4 años³².

³⁰ Ver sentencia TJUE de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Caldaru*, C-404/15 y C-659/15.

³¹ Sentencia TEDH (Gran Sala) *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, núm. 27765/09, 23 de febrero de 2012.

³² <https://missingmigrants.iom.int/>.

2.3. Cooperación al desarrollo condicionada al control migratorio

Del art.3.3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) se desprende la obligación de todos los Estados de implicarse en el impulso de la cooperación para el desarrollo, y que el resto de sus políticas deben alinearse para propiciar un contexto favorable al ejercicio del derecho al desarrollo de los países empobrecidos. Siguiendo esta lógica, las políticas de control de fronteras y gestión migratoria europeas deberían estar condicionadas a la consecución de los objetivos de la cooperación al desarrollo de la UE, y no a la inversa como sucede en la actualidad.

Uno de los conceptos más utilizados para vincular desarrollo y migraciones es el de “codesarrollo”, mediante el cual los migrantes se convierten en agentes de desarrollo de su país de origen a través de las remesas (Gortázar, 2009: 211), pero también con la transmisión de nuevas perspectivas, ideas o conocimientos que van adquiriendo durante su periplo migratorio (esto último tanto en su estancia en el país de destino como en los casos de retorno al de origen). Inicialmente este concepto se planteaba como desconectado del control migratorio, pero sin embargo ha terminado jugando un papel relevante en el mismo y en la cooperación al desarrollo condicionada.

Hay que destacar que las políticas migratorias y las de cooperación de la UE se consideraron compartimentos estancos hasta el “advenimiento” del enfoque global europeo de las migraciones. Destacamos ahora las referencias expresas a la cooperación al desarrollo condicionada en los principales instrumentos político–normativos sobre los que se construye el enfoque global de migraciones:

- Consejo Europeo de Sevilla (2002): *...la ayuda al desarrollo... constituyen medios para promover la prosperidad económica de los países afectados y reducir así las causas de los movimientos migratorios. ... que se incluya una cláusula sobre gestión común de los flujos migratorios y sobre la readmisión obligatoria en caso de inmigración ilegal en todo futuro acuerdo de cooperación... que la Unión celebre con cualquier país.*
- Consejo Europeo de Bruselas (2005): *...compromiso ... de apoyar los esfuerzos de desarrollo de los países de origen y tránsito forma parte de un proceso prolongado de respuesta ...a los desafíos de la emigración, ... importancia de atacar las raíces de la emigración, ... mediante la creación de posibilidades de sustento y la erradicación de la pobreza...*

- El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (2008): *...colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo ... Llevar a cabo políticas de cooperación con los países de origen y tránsito con el fin de disuadir o luchar contra la inmigración clandestina, ... mediante el refuerzo de las capacidades de estos países.*
- Programa de Estocolmo (2010): *...crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo y la utilización más eficaz de los instrumentos de cooperación existentes de la Unión para impulsar la capacidad de los países asociados, con la intención de garantizar unas infraestructuras ... y una capacidad administrativa suficiente para tramitar todos los aspectos de la migración.*
- Agenda Europea de la Migración (2015): *las delegaciones de la UE en países clave... contribuirán a integrar las cuestiones de migración en la cooperación al desarrollo... Una actuación más decidida a fin de vincular las políticas de migración y de desarrollo.*

Se puede afirmar que se ha consolidado la cooperación al desarrollo condicionada en el marco del enfoque global de las migraciones. Sin embargo, consideramos que ésta es difícilmente compatible con los principios de coherencia de las políticas europeas en el ámbito del desarrollo proclamados por la propia UE. De esta manera el Consenso Europeo sobre Desarrollo de 2005³³ afirma:

La UE está ... comprometida con el fomento de la coherencia de las políticas en favor del desarrollo ... Es importante que las demás políticas distintas de la de desarrollo contribuyan a los esfuerzos de los países en desarrollo por cumplir los ODM. La UE tendrá en cuenta los objetivos de cooperación para el desarrollo en todas las políticas ... que puedan afectar a los países en desarrollo

Por lo tanto, las políticas de control de fronteras y migratorias, como el resto de políticas de la UE, deben estar alineadas con las políticas de desarrollo europeas en la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) establecidos por Naciones Unidas. Esta apuesta por la coherencia de políticas se ha renovado en el nuevo Consenso Europeo sobre el Desarrollo de 2017³⁴.

³³ Declaración conjunta del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión sobre la política de desarrollo de la Unión Europea: "El consenso europeo".

³⁴ *The EU and its Member States will apply the principle of policy coherence for development (PCD), and will take into account the objectives of development cooperation in all external and internal poli-*

El condicionar la estrategia de ayuda al desarrollo de la UE a la implicación de los países destinatarios en el control de los flujos migratorios que se dirigen a Europa entra en flagrante contradicción con la coherencia de políticas, ya que ello no encuentra encaje bajo ningún concepto en la consecución de los ODM.

3. El caso español. De los planes África a la DA 10ª LO 4/2000, políticas de control de fronteras y gestión de flujos migratorios que dan la espalda a los Derechos Humanos

En el contexto del control de fronteras y gestión de flujos migratorios en Europa, el caso español es especialmente relevante. Por una parte, porque por su situación geográfica España es una de las vías de entrada de los flujos migratorios que tratan de acceder a la Unión de forma irregular a través de su frontera Sur. Por otra, porque ha sido “pionera” en la aplicación de algunas de las medidas que se han generalizado en las políticas migratorias y de fronteras de la UE y de sus Estados miembro, como la externalización, la cooperación condicionada o las expulsiones por vías de hecho.

Debemos destacar que el control de fronteras y la gestión de los flujos migratorios del Estado español también se ha basado en una “realidad construida” que dista mucho de la realidad material de las migraciones en España. En el discurso político–mediático sobre la situación migratoria española en los últimos años se alude de forma reiterada a las siguientes “ideas fuerza”:

- Flujos migratorios descontrolados.
- La principal vía de entrada a territorio español de los flujos migratorios es la frontera Sur, especialmente las costas andaluzas, Ceuta y Melilla
- Protagonismo muy marcado de las personas migrantes subsaharianas en dichos flujos.

Estas premisas no se corresponden con la realidad, lo que hace que se produzcan disfunciones similares a las expuestas en el ámbito de la UE con unas consecuencias

cies which they implement and which are likely to affect developing countries. The EU and its Member States will apply the principle of policy coherence for development (PCD), and will take into account the objectives of development cooperation in all external and internal policies which they implement and which are likely to affect developing countries.

que se traducen en vulneraciones de derechos fundamentales de las personas migrantes en situación más precaria. La discordancia entre las citadas “ideas fuerza” y el fenómeno migratorio que realmente acontece se demuestra a través de un sencillo recorrido por las principales cifras oficiales sobre la materia.

Respecto a la percepción de unos flujos migratorios descontrolados, el Instituto Nacional de Estadística (INE) indica que en España en los últimos años las migraciones han seguido la lógica interna natural que las autorregulan³⁵. En España se produjo un fuerte incremento de la inmigración entre finales de los 90 y la primera década del siglo XXI, coincidiendo con un ciclo expansivo de la economía basado en unos sectores productivos con una demanda intensiva de mano de obra (construcción y servicios). A partir de 2008, la crisis económica determinó un pronunciado descenso de la inmigración, activándose el flujo migratorio contrario (emigración), en el que tuvieron un especial protagonismo las personas extranjeras llegadas en tiempos de bonanza que voluntariamente en la inmensa mayoría de ocasiones buscaron mejores oportunidades retornando a sus países de origen o desplazándose a nuevos destinos. Lo anterior se puede comprobar en la siguiente tabla sobre el saldo migratorio y la variación total de población en el Estado español en el periodo 2008–2017³⁶:

TABLA n° 2. Saldo migratorio y variación total de población en España (2008–2017)

AÑO	Saldo migratorio (diferencia entre inmigración y emigración)	Población absoluta	Variación población
2008	+310.641	45.668.938	+884.279
2009	+12.845	46.239.271	+570.333
2010	-42.675	46.486.621	+247.350
2011	-37.698	46.667.175	+180.554
2012	-142.552	46.818.216	+151.041
2013	-251.531	46.727.890	-90.326
2014	-94.976	46.512.199	-215.691

³⁵ La búsqueda de mejores condiciones de vida (Arce, 2018: 116).

³⁶ Al cierre de este artículo no estaban disponibles los datos completos de 2018.

2015	-1.761	46.449.565	-62.639
2016	+87.422	46.440.099	-9.466
2017	+161.272	46.527.039	+86.940

Elaboración propia. Fuente INE.

Se observa que el año 2008, cuando comienzan los síntomas de la crisis social y económica, es el último donde se mantienen el saldo migratorio positivo y el crecimiento de población pujantes. A partir de ese momento empieza una caída vertiginosa que encuentra su cota máxima en el año 2013 para el saldo migratorio negativo y el 2014 para la pérdida de población. No encontraremos cifras positivas en el primero hasta el año 2016 y en la segunda hasta 2017. Estos datos confirman que no vivimos ninguna “invasión” descontrolada^{37,38}, adaptándose los flujos migratorios a las condiciones de vida y oportunidades laborales que ha ofrecido en cada momento el país: a mejor situación más inmigración, a peor situación crecimiento de la emigración. Igualmente esta tabla demuestra que la inmigración es la estrategia contra la despoblación y el envejecimiento con unos resultados más rápidos y contundentes.

Con una simple consulta a datos oficiales del INE también quedan desmentidas las percepciones respecto a que la principal vía de entrada de las migraciones es la frontera Sur y que las personas subsaharianas representan el perfil prevalente entre los inmigrantes en España. En la siguiente tabla se relacionan las 20 principales comunidades extranjeras en el Estado español según el número de personas empadronadas. Hay que tener en cuenta que el padrón es el instrumento que más se aproxima al número real de extranjeros que se encuentran en España, ya que al mismo pueden acceder aquellos que están en situación irregular (y de hecho suelen hacerlo, ya que es un requisito para acceder a determinados servicios públicos y recursos sociales):

³⁷ En el año 2018 la comunidad extranjera en España tan solo repuntó un 6,1%.

³⁸ https://www.ine.es/prensa/pad_2019_p.pdf.

**TABLA nº 3. Principales comunidades extranjeras en España
(01/01/2019)**

Nacionalidad	Población a 01/01/2019	Variación durante 2018
Marruecos	812.412	+5,4%
Rumanía	669.434	-1,0%
Reino Unido	249.015	+2,5%
Italia	227.912	+10,4%
China	224.372	+3,9%
Colombia	206.413	+24,4%
Venezuela	137.589	+43,9%
Ecuador	131.679	-2,7%
Bulgaria	122.362	-1,6%
Ucrania	111.558	+4,3%
Alemania	111.413	-0,1%
Francia	103.184	+4,2%
Honduras	96.197	+27,7%
Bolivia	95.605	-3,9%
Portugal	93.008	+3,8%
Brasil	90.124	+10,3%
Pakistán	88.783	+7,1%
Perú	84.078	+18,5%
Paraguay	80.053	+5,7%
Rusia	77.574	+4,9%

Elaboración propia. Fuente INE^{39,40}

³⁹ Estas 20 comunidades nacionales representan casi el 76% de la población extranjera en España a 1 de enero de 2019 (3.812.765 sobre 5.025.264).

⁴⁰ https://www.ine.es/prensa/pad_2019_p.pdf.

Entre dichas comunidades no hay ninguna subsahariana. La única africana, y por ende susceptible de que su vía de acceso prioritaria sea la frontera sur, es la marroquí, corroborando nuestra argumentación el hecho de que su volumen se haya mantenido estable (un moderado incremento del 5,4% en 2018). Predominan los ciudadanos europeos y nacionales de países latinoamericanos, que en ningún caso acceden a España saltando las vallas de Ceuta y Melilla o en “pateras”. La única nacionalidad que registró un incremento sensible desde la perspectiva relativa en 2018 fue la venezolana, que creció cerca de un 44% respecto al año anterior.

Por lo expuesto, debemos preguntarnos de nuevo, ¿por qué el Estado español construye su estrategia en estas materias sobre unas premisas fácticas tan alejadas de la realidad? No encontramos respuesta alternativa a la ya expuesta: las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla y las frágiles embarcaciones de fortuna que llegan a las costas andaluzas facilitan una imagen político–mediática muy poderosa para escenificar la “mano dura” en la “lucha” contra la supuesta invasión que representan los flujos migratorios irregulares en la frontera Sur española.

Es innegable que durante 2018 ha tenido lugar un llamativo incremento relativo de las llegadas irregulares por el flanco Sur de la frontera del Estado español (64.120 personas frente a las 28.587 del año 2017). Sin embargo, si situamos esa cifra en su verdadero contexto⁴¹, a nuestro juicio no se puede justificar que para gestionar estos flujos migratorios se estén aplicando políticas que tengan como “daño colateral” cerca de 8.000 personas muertas y desaparecidas en los límites fronterizos meridionales españoles en los últimos 30 años (APDHA 2019). Solo partiendo de este panorama material cobra su sentido cualquier análisis de las políticas migratorias y de fronteras del Estado español.

3.1. Externalización y cooperación condicionada española

La gestión de flujos migratorios y de control de fronteras española se incardina en las coordenadas del “enfoque global de las migraciones” de la UE (Delgado, 2010: 63–64), usando para ello las herramientas analizadas de la externalización de fronteras y la cooperación al desarrollo condicionada, siendo punta de lanza europea en esta forma “innovadora” de políticas migratorias y de fronteras (Delgado, 2010).

⁴¹ Descenso del 90% de llegadas en el conjunto de la frontera Sur europea en el periodo 2015–2018, el hecho de que los flujos migratorios que acceden por esta vía tengan un impacto muy menor en la comunidad extranjera en España, que esa cifra representa apenas el 0,1% de la población total de España...

Aunque las sinergias entre la acción exterior española y la gestión migratoria se acentúan a partir de la “crisis de los cayucos” de 2006⁴², podemos encontrar antecedentes más remotos en algunos instrumentos internacionales bilaterales que el Estado español formalizó con países de origen y tránsito de las migraciones hacia España. Estos acuerdos se centran en la readmisión: Acuerdo España–Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente (13/02/1992)⁴³, Protocolo España–Argelia sobre circulación de personas (31/07/2002)⁴⁴, Acuerdo España–Guinea Bissau en materia de inmigración (07/02/2003)⁴⁵ y Acuerdo España–Mauritania en materia de inmigración (01/07/2003)⁴⁶. También el Estado español ha tratado gestionar desde la perspectiva internacional realidades específicas como las migraciones laborales⁴⁷ y los menores extranjeros no acompañados⁴⁸ (González, 2015: 178–180).

Pero es a través de los “Planes África”⁴⁹, que se pusieron en marcha tras la “crisis de los cayucos”, como se estructuró la externalización de fronteras del Estado español. El objetivo de estos planes fue reforzar la presencia diplomática, política y económica en África occidental, región históricamente olvidada dentro de la acción exterior española, con el objetivo de implicar a los países de origen y tránsito de las migraciones hacia España de la zona en el control de los flujos migratorios. Para ello se valió de los acuerdos internacionales de “nueva generación” y la

⁴² En el año 2006 se registró un aumento significativo de las llegadas por vía irregulares a España, especialmente a Canarias a través de “cayucos”, embarcaciones usadas tradicionalmente para la pesca en África occidental.

⁴³ BOE 24/02/1992.

⁴⁴ BOE 12/02/2004.

⁴⁵ BOE 07/03/2003.

⁴⁶ BOE 04/08/2003.

⁴⁷ Acuerdos con Colombia (21/05/2001, BOE 04/07/2001), Ecuador (29/05/2001, BOE 04/07/2001), República Dominicana (17/12/2001, BOE 05/02/2002), Marruecos (25/07/2001, BOE 20/09/2001) Mauritania (25/07/2007, BOE 30/10/2007) y Ucrania (12/05/2009, BOE 10/08/2011).

⁴⁸ Acuerdos con Rumanía (15/10/2005, BOE 16/08/2006), Senegal (05/12/2006, BOE 18/07/2008) y Marruecos (06/03/2007, BOE 22/03/2013).

⁴⁹ El primer Plan África se desarrolló entre 2006 y 2008 y el segundo entre 2009 y 2012.

cooperación al desarrollo condicionada (Pinyol, 2008: 60 y Azkona, 2015: 211). Bajo el paraguas de los planes, España suscribió acuerdos de “cooperación en materia migratoria” con Gambia (BOE 28/12/2006), Guinea Conakry (BOE 30/01/2007), Malí (BOE 04/06/2008), Cabo Verde (BOE 14/02/2008), Guinea-Bissau (BOE 03/06/2009) y Níger (BOE 03/07/2008). Aunque formalmente se dirige a la lucha contra la delincuencia en general, la preponderancia que le da a *la lucha contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos* hace que el convenio suscrito entre España y Senegal en 2006 haya que situarlo también en este marco (BOE 14/03/2009). El efecto material de esta proyección del control de las fronteras españolas hacia África occidental fue el cierre de la “vía canaria” para los flujos migratorios irregulares que partían de esta región del planeta⁵⁰.

Hay que destacar la precariedad jurídica que caracteriza a los instrumentos internacionales citados (es muy común la “aplicación provisional” inmediata, que se dilate su entrada en vigor formal o que no se lleven a cabo los acuerdos de desarrollo que prevén) y la ausencia en los mismos de mecanismos de salvaguarda de los Derechos Humanos de las personas a las que deben ser aplicados (González, 2015: 180–182). Otros acuerdos no pasan de ser instrumentos no normativos (art. 2.1.d) Ley 25/2014)⁵¹, lo que implica dejar en manos del Ejecutivo sin control parlamentario una cuestión tan sensible desde la perspectiva de los Derechos Humanos como la dimensión transnacional del control fronterizo y la gestión de los flujos migratorios (González, 2015: 184).

El contexto descrito ha tenido sus consecuencias negativas en forma de vulneración de derechos fundamentales. Informes de entidades de la sociedad civil documentan estas circunstancias e igualmente han sido certificadas por instituciones internacionales del ámbito del DIDH. Como ejemplo podemos destacar la Comunicación 323/2007 del Comité Contra la Tortura ONU en el caso J. H. A. contra España (CAT/C/41/D323/2007, 21/11/2008), el conocido como caso “Marine I”. El comité afirmó la responsabilidad del Estado español por las violaciones de derechos sufridas por 369 personas migrantes en Mauritania tras ser trasladadas a territorio mauritano por una embarcación española de salvamento desde aguas internacionales, a pesar del intento de “externalizar” dicha responsabilidad al país africano, debido a que España seguía manteniendo un control “de facto” sobre las víctimas, y que por ello se encontraban sometidas a su jurisdicción.

⁵⁰ De 31.678 personas que llegaron a las costas de Canarias en 2006 se pasó a 189 en 2010 (APD-HA, 2011: 79).

⁵¹ Entre otros, los «memorandos de entendimiento» para luchar contra la inmigración ilegal con Ghana (2005), Senegal (2006) o Malí (2007) (González, 2015: 183).

Una herramienta esencial para las políticas españolas de externalización de fronteras es la cooperación al desarrollo condicionada. Los Planes África representan el punto de partida de esta estrategia, que se “institucionaliza” en el III Plan director de la cooperación española (2009/2012), que incorpora por primera vez la vinculación entre migraciones y desarrollo (Azkona, 2015: 208).

Aunque en el discurso general de la cooperación española se apuesta por una coherencia de todas las políticas del Estado con las de cooperación (Abrisketa, 2017: 207) para fomentar un desarrollo sostenible de los países empobrecidos, generando una alianza igualitaria y no condicionada entre todos los actores implicados (regiones en vías de desarrollo incluidas), las herramientas españolas de cooperación concretas contradicen estos objetivos declarados:

las ideas de «a más desarrollo, menos migración» y la de «colaborar con los que nos ayudan», se encuentran en instrumentos relacionados con las políticas migratorias de la UE y en herramientas del MAEC del estado español...esto choca ... con las ideas que subyacen en informes y actividades de las NN.UU., como el hecho de considerar a las migraciones como un factor de desarrollo; o la obligatoriedad que tienen los estados de cooperar para que se cumpla el derecho al desarrollo de otros países (Azkona, 2015: 212).

3.2. Devoluciones en caliente: ejemplo paradigmático de un control de fronteras al margen de la dignidad humana

A nuestro juicio, es muy cuestionable la arquitectura político-jurídica española de control de fronteras y gestión migratoria en materia de Derechos Humanos. Instancias internacionales de DIDH han señalado al Estado español la necesidad de mejorar dicho marco⁵². Sin embargo, en las vulneraciones de derechos fundamentales en este ámbito tienen un protagonismo incluso superior la aplicación práctica de dicho marco que las deficiencias estructurales del mismo. Esta aplicación se instrumenta

⁵² P. ej., el Comité contra la tortura ONU, en sus *Observaciones finales sobre el 6º informe periódico de España* (2015) “...insta al Estado parte a que revise la legislación en materia de inmigración e asilo con miras a respetar incondicionalmente el derecho de no devolución..., y a que tome todas las medidas necesarias para poner en práctica plenamente dicho derecho... debe asegurar la evaluación individual de cada caso, incluida la identificación de posibles víctimas de tortura, y garantizar que todas las personas necesitadas de protección internacional tengan acceso a los procedimientos de asilo...”. A pesar de no tratar un asunto que implicara a España, la sentencia del TEDH en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (23/02/2012) determina unas obligaciones básicas en esta materia que vinculan a todos los Estados signatarios del CEDH, entre ellos el español: En caso de internamiento, derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes / En caso de expulsión tiene que haber posibilidad de recurso suspensivo / Si el destino de la expulsión no es seguro, no debe ser expulsado...(Carrillo, 2013: 290).

frecuentemente a través de “vías de hecho” que desconocen los principios básicos del DIDH, como las expulsiones sumarias por parte de las fuerzas de seguridad españolas hacia territorio marroquí que se producen en los perímetros fronterizos de Ceuta y Melilla, conocidas como “devoluciones en caliente”. Esta práctica se ha llevado a cabo de forma reiterada desde que se erigieron las vallas en esas fronteras, intentando legitimarla en la afirmación de que encontrarse en los espacios fronterizos no puede considerarse como presencia en territorio español, interpretación desechada por la jurisprudencia nacional e internacional⁵³.

España ha sido condenada en primera instancia por el TEDH⁵⁴ (caso N.D. y N.T. vs España, sentencia de 03/10/2017) por una “devolución en caliente” llevada a cabo en Melilla en el año 2014, al considerar que se había vulnerado el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH, que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, y el art. 13 CEDH al haber privado a los demandantes del derecho a un recurso efectivo contra la expulsión⁵⁵.

Uno de los argumentos esgrimidos por la defensa el Estado español en el proceso es el pintoresco “concepto operativo de frontera”, especialmente ilustrativo de la arbitrariedad administrativa e inseguridad jurídica que preside la gestión de la Frontera Sur española. Según este concepto, la frontera española a efectos de control migratorio no necesariamente coincide con sus límites geográficos, pudiendo estar delimitada por los obstáculos materiales (o humanos) que se establezcan para impedir las entradas por vías irregulares, incluso cuando los mismos estén situados en territorio español, pretendiendo con ello eximir de la aplicación de la jurisdicción de España hasta que se superen estos obstáculos (Martínez, 2015: 14)⁵⁶. El TEDH rechaza esta interpretación en el apartado 53 de la citada sentencia, al afirmar que

⁵³ Ver el Auto del Tribunal Constitucional 55/1996, de 6 de marzo y la sentencia del TEDH en el caso *Amuur c. Francia*, de 26 de junio de 1996 (González, 2015: 187).

⁵⁴ El Estado español ha recurrido la sentencia, que al cierre de este artículo se encuentra pendiente de resolución.

⁵⁵ Para un exhaustivo análisis de la sentencia, ver Sánchez (2018).

⁵⁶ La STC 21/1997 recuerda que el sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) se proyecta no sólo a los supuestos en que su actividad se desarrolla en zona territorial española, sino que también quedan sometidos al imperio de la ley por la mera circunstancia de ser una actividad desarrollada por empleados públicos españoles en el desempeño de sus cargos, aunque se desarrolle fuera del territorio nacional (Martínez, 2015: 15).

la línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla ha sido delimitada por los tratados internacionales en los que son parte los Reinos de España y de Marruecos y que no puede ser modificada a instancia de uno de estos Estados por las necesidades de una situación concreta de hecho.

Entre los hechos juzgados (año 2014) y el fallo del TEDH analizado (2017), el Estado español trató de dar cobertura jurídica a las “devoluciones en caliente”, con la incorporación a la LO 4/2000 de la disposición adicional 10ª (a través de la LO 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana), denominada *Régimen especial de Ceuta y Melilla*. Consideramos infructuoso cualquier intento de “legalizar” este tipo de prácticas, por ser incompatibles con el DIDH, el Derecho UE y nuestro propio texto constitucional (Martínez, 2014: 13–16). El tenor literal de la disposición a nuestro juicio confirma lo anterior; su apartado segundo (y la necesaria interpretación armónica con el resto del ordenamiento español, comunitario y del DIDH) no encaja con las expulsiones a través de “vías de hecho” sin garantías que prevé el primero. En la línea de lo establecido por la sentencia del TEDH en el caso N.D. y N.T. vs España, vulneran la prohibición de devoluciones colectivas (art. 4 Protocolo 4 CEDH), privan el derecho a un recurso efectivo contra la expulsión (art. 13 CEDH) o el principio de no devolución (art. 33 Convención de Ginebra y art. 19.2 CDFUE).

Los supuestos que pretende regular este precepto deberían ser encuadrados al menos dentro del procedimiento de devolución (art. 58.3 LO 4/2000), y en todo caso en un procedimiento que respete el principio de audiencia, la asistencia letrada y de intérprete si la persona no entiende o habla español, y que garantice su control judicial (Martínez, 2015: 13 y 22).

Por último, destacar que las oficinas de asilo que se habilitaron a partir de 2015 en las fronteras de Ceuta y Melilla siguiendo lo dispuesto por el apartado 3º de la disposición adicional han sido un auténtico fracaso, ya que las fuerzas de seguridad marroquíes impiden que accedan a las mismas las personas subsaharianas, que son el perfil mayoritario dentro de los flujos migratorios que transitan por estos pasos fronterizos^{57,58}. Esta circunstancia impide el acceso normalizado al procedimiento de solicitud de asilo que exige el DIDH.

⁵⁷ Colectivos de la sociedad civil y ACNUR lo han denunciado en reiteradas ocasiones.

⁵⁸ <https://apdha.org/wp-content/uploads/2016/07/Informe-Ceuta-Melilla-2016.pdf>.

Varios grupos parlamentarios interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra distintos preceptos de la LO 4/2015, entre ellos el que analizamos, que ha sido admitido a trámite por el Tribunal Constitucional y está pendiente de sentencia.

4. Conclusiones

Tal como hemos destacado, las migraciones internacionales en general, y las dirigidas a Europa y España en particular, traen causa en el desequilibrio social, político y económico existente entre las distintas regiones del planeta. Por lo tanto, cualquier política de gestión de flujos migratorios y control de fronteras debe partir del reconocimiento de esa realidad si quieren ser efectivas (Gortázar, 2009: 214).

Aunque se puede afirmar que existe una tendencia en el derecho internacional a reforzar la perspectiva de Derechos Humanos en la regulación de las migraciones transnacionales⁵⁹, en el ámbito de la UE y de sus Estados miembro constatamos la existencia de fuertes resistencias a la consolidación de dicho proceso (González, 2015: 174), siendo un ejemplo las políticas migratorias y de fronteras basadas en una “realidad construida” analizadas en estas líneas.

Consideramos que la externalización de las políticas migratorias es una opción exclusivamente defendible desde una “concepción alternativa” de los hechos materiales que configuran las migraciones que se dirigen a la UE en general y a España en particular. Respecto a estas políticas, cabe afirmar⁶⁰:

- No frenan los flujos migratorios irregulares, simplemente los desplazan hacia otras rutas, normalmente más peligrosas
- Vulneran principios básicos del DIDH como el de no devolución, o incluso el derecho a salir del propio país consagrado por el art. 13.2 DUDH.
- La militarización de las fronteras de países de origen y tránsito al servicio de la externalización puede suponer un factor de desestabilización en regiones ya de por sí inestables.

⁵⁹ P. ej. la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990) o la jurisprudencia que en la materia ha ido consolidando el TEDH.

⁶⁰ Ver ABRISKETA (2017: 131 y 153), Arce (2018: 136–137) y ZAPATA (2013: 19–21).

- Siendo uno de sus objetivos declarados la lucha contra la trata de personas, consiguen el efecto radicalmente contrario, ya que configuran un contexto muy propicio para las organizaciones que se lucran con ella, debido a que son las únicas con capacidad para facilitar el acceso material a territorio europeo ante la ausencia casi absoluta de vías de acceso legales y seguras para ello.

Hemos insistido en la necesidad de romper con la lógica perversa de la cooperación al desarrollo europea y española condicionada al control de los flujos migratorios, que podría resumirse en la máxima “más desarrollo para menos migración”. Desde una perspectiva que asuma la coherencia de políticas en materia de cooperación, y con un estricto respeto al marco establecido por el DIDH, se impone como objetivo prioritario “una migración mejor para aumentar el desarrollo” (Zapata, 2013: 25–26).

Ha quedado demostrado que prácticas como las “devoluciones en caliente” que se producen en la Frontera Sur española no pueden tener encaje en nuestro marco constitucional, en el Derecho UE o en el DIDH, sea cual sea la denominación que se les quiera asignar o la cobertura legal que se les pretenda brindar (Martínez, 2015: 27–29). Por ende, dichas herramientas y otras similares que habitualmente se aplican en el control fronterizo de la Unión y España son incompatibles con elementos básicos del Estado de Derecho.

Concluimos estas líneas afirmando una vez más que la realidad material de las migraciones contemporáneas está mucho más cerca de su histórica autorregulación que de invasiones masivas descontroladas, del “efecto expulsión” que representan las condiciones de vida indignas en muchas regiones del planeta que del “efecto llamada” derivado de una inexistente laxitud en el control fronterizo por parte de los países de destino. Persistir en impulsar políticas migratorias y de fronteras basadas en la descrita “realidad construida” tan solo conseguirá incrementar las ya inaceptables cuotas de muerte, sufrimiento humano y violación generalizada de los Derechos Humanos.

5. Referencias bibliográficas

ABRISKETA URIARTE, J. (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*, nº56, enero-abril: 119–158.

ACNUR (2007) *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*. Ginebra.

APDHA (2011) *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2010–2011*. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. Sevilla.

— (2019) *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2019*. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. Sevilla.

ARCE JIMÉNEZ, C. (2009) *La ciudadanía en la era de la globalización: El reto de la inclusión*. Madrid: Ramón Areces.

— (2012) *Los derechos políticos de los residentes extranjeros: La ciudadanía inclusiva*. Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz.

— (2018) “Migraciones, Derechos Humanos y Vulnerabilidad” *Revista de Fomento Social*, nº289, 73/1: 115–140.

AZKONA, N. (2015) “La coherencia entre los marcos normativos de Naciones Unidas, la Unión Europea y el Estado español. El caso de las políticas de cooperación y la dimensión exterior de la política migratoria”. *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, nº13. Universidad de Deusto: 189–217.

BROWN, W. (2015) *Estados amurallados, soberanía en declive*. Barcelona: Herder.

CARRILLO SALCEDO, J. A. (2013) “Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (Sentencia de 23 de febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32: 285–291.

CASTLES, S. (2003) “Jerarquías de ciudadanía en el marco del orden global”. *Anales de la Cátedra de Francisco de Suárez nº 37 (Ciudadanía e inmigración)*: 9–33.

COMISIÓN EUROPEA (2016) *First commission report on the progress made in the fight against trafficking in human beings*. Bruselas: Unión Europea.

DELGADO, L. M. (2010) "La acción exterior como innovación en la política española de inmigración", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 91: 63–85.

GARLAND, D. (2005) *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

GONZÁLEZ VEGA, J. A. (2015) "El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 111: 173–193.

GORTÁZAR ROTAECHE, C. J. (2009) "El enfoque global de la migración en la Unión Europea y el derecho humano al desarrollo". *Miscelánea Comillas*, vol. 67, n.º 130: 199–216.

GRETA (2018) *Trafficking in children*. Consejo de Europa: Estrasburgo.

INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE (2018) *Global Peace Index 2018: Measuring Peace in a Complex World*. Sidney.

LUCAS MARTÍN, J. (2009) "El miedo en las sociedades más seguras de la Historia". *Anales de la Cátedra de Francisco de Suárez* n.º 43: 85–92.

LUCKMANN, T. y BERGER, P. (1999) *La construcción social de la realidad*. Madrid: Amorrortu Editores España.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros (2014) "Expulsiones en caliente": cuando el Estado actúa al margen de la ley" (informe jurídico). Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011–26449). Madrid.

— (2015) "Rechazos en frontera": ¿frontera sin derechos?" (informe jurídico). Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011–26449). Madrid.

OIM (2009) *Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM*. Ginebra.

PAPADOPOULOS, A. (2007) "Editorial: Migration and Human Security in the Balkans", *Migration Letters*, vol. 4, n.º 2: 95–100.

PINYOL, G. (2008) La política de inmigración española como un nuevo instrumento de acción exterior, en Barbé (coord.). *España en Europa 2004–2008*, Monografías del Observatorio de Política exterior europea, n.º 4. Barcelona: Institut Universitari d’estudis europeus. 58–63.

PROVERA, M. (2016) *The UE–Turkey deal. Analysis and Considerations*. Bruselas: Servicio Jesuita a Refugiados de Europa.

ROLDÁN BARBERO, J. (2015) “La aplicación territorial del derecho de la Unión Europea y el derecho internacional”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 51: 453–490.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2018) “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)”. *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 65: 1–39.

SOLANES CORELLA, A. (2014) “Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá VII*: 179–208.

— (2016) “Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras” *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º XXXII: 145–184.

WIHTOL DE WENDEN, C. (2000) *¿Hay que abrir las fronteras?* Barcelona: Bellaterra.

WOLFF, S. (2008) “Border Management in the Mediterranean: Internal, External and Ethical Challenges” *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 21, n.º 2: 253–271.

ZAPATA-BARRERO, R. (2007) “The Spanish Governance of EU borders: Normative Questions”, *Mediterranean Politics*, vol. 12, n.º 1: 85–90.

— (2013) “La dimensión exterior de las políticas migratorias en el área mediterránea: premisas para un debate normativo”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* n.º 2: 1–38.