

ESTUDIOS



# MIGRACIÓN: ESPACIOS DE IMPUNIDAD E INSEGURIDAD JURÍDICA

**Nicolás Pérez Sola**

*Universidad de Jaén*

*[nperez@ujaen.es](mailto:nperez@ujaen.es)*

## Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA REGIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE EUROPA: 2.1. Marco jurídico. 2.2. Las exigencias derivadas del Estado de derecho. 2.3. Externalización. 2.4. La impunidad en las fronteras.

---

45

## **RESUMEN**

El ámbito en el que tienen lugar los flujos migratorios evidencia la existencia de espacios de impunidad e incremento de la inseguridad jurídica.

**Palabras clave:**

Flujos migratorios, impunidad, inseguridad jurídica.

## **ABSTRACT**

### **MIGRATIONS: SPACES OF IMPUNITY AND LEGAL INSECURITY**

The manner in which migration flows are managed enables of spaces impunity as well as the increase in legal insecurity.

**Key Words:**

Migrations flows, impunity, legal insecurity.

## I. INTRODUCCIÓN.

Una de las manifestaciones ya clásicas de la soberanía de los Estados es el ejercicio de sus competencias en el control de las fronteras y por ende en materia de extranjería, inmigración y asilo. Estamos sin duda ante materias que tradicionalmente han sido objeto de regulación por cada Estado y superar la reserva estatal sobre las mismas ha sido tarea compleja. No obstante esta competencia estatal, la comunidad internacional ha adoptado una serie de instrumentos orientados a establecer determinadas garantías para quienes por diversas razones llegan a las fronteras de otros Estados. Es cierto que dichos instrumentos internacionales ni han sido ratificados por muchos Estados ni, en caso de haberlo hecho, tienen un gran nivel de exigencia y operatividad. Aunque si han permitido llevar a cabo construcciones conceptuales siempre necesarias en el mundo del derecho. Se trata de categorías que acaso sea preciso revisar su vigencia y actualidad ante nuevas realidades no previamente contempladas o no suficientemente actualizadas, como nos muestra la realidad de los llamados flujos mixtos.

El carácter propositivo del derecho internacional de los derechos humanos, su relativa eficacia, la necesidad de desarrollos regionales y estatales de las obligaciones allí contraídas por quienes los suscribieron, la necesidad de dotar de garantías efectivas a los derechos proclamados para su exigencia ante los tribunales y el interés de la interpretación sobre el alcance y contenido de los mismos, son todas ellas cuestiones que han de ser analizadas desde una perspectiva cronológica al objeto de alcanzar una aproximación a la situación actual. En efecto los enunciados contenidos en los tratados internacionales han requerido una concreción posterior, no solo al objeto de definir con mayor claridad los compromisos adquiridos por los Estados parte, sino por cuanto precisar las garantías y derechos de los destinatarios de aquéllos.

Frente al surgimiento y aprobación de normas internacionales de soft law, las realidades socioeconómicas y medioambientales muestran nuevos motivos aparentes para la migración en muchas ocasiones mixta, que superan las categorías clásicas. No solo los conflictos bélicos o étnicos sino también las sequías prolongadas y desastres climáticos con pérdidas de pastos y déficit de agua están en el origen de la migración. Pero frente a los desplazamientos forzados fronterizos o a terceros países, cada vez más se acude a respuestas de seguridad u orden público, olvidando la ayuda humanitaria o las estrategias de cooperación al desarrollo. Ante estas realidades los ordenamientos jurídicos de los Estados receptores de estos flujos migratorios no arbitran fórmulas nuevas o procedimientos eficaces, más allá de incrementar la seguridad en el control fronterizo de los flujos y generar nuevos espacios a los que desplazar a los migrantes, prolongando el tiempo de su permanencia en los mismos, con una indefinición de su estatuto jurídico y una evidente privación de garantías, significativamente en cuanto al control judicial de su privación de libertad.

Incluso el lenguaje que incorporamos para describir esta situación no oculta una percepción previa, así hablamos de flujos, caravanas, llegadas de contingentes que nos aproximan a una descripción cuantitativa, en la que la cifra es más relevante que la dignidad de cada una de las personas y sus historias individuales que se incluyen en el colectivo al que se describe. De igual modo, no deja de sorprender que en una sociedad globalizada en ámbitos comerciales, de comunicaciones o de movimientos financieros, la comunidad internacional no sea capaz de atisbar una respuesta también global orientada a preservar los derechos humanos de quienes inician, cualquiera que sea la causa de su desplazamiento, un periplo de supervivencia a la búsqueda de un espacio más seguro y con más posibilidades de desarrollo, no solo económico sino personal.

Cuestiones como la existencia de un estatuto definido de garantías para los migrantes así como de procedimientos efectivos para hacerlas valer, han sido recogidos con formulaciones no siempre precisas en los instrumentos internacionales, fruto de compromisos adquiridos a partir de la asunción del principio de la dignidad humana, más allá de la titularidad de una nacionalidad.

Es cierto que existe una dualidad en el tratamiento de la migración que se concreta a través de la distinción entre quienes solicitan en terceros Estados protección internacional, más allá de cuál sea su configuración legal concreta y, por otra parte, los flujos migratorios de carácter mixto. Pues bien, si en el primer caso parece que disponemos de algún instrumento internacional al respecto, mucho más imprecisa se nos muestra la aproximación jurídica a la migración, que no es exclusivamente económica sino de una mayor complejidad, dado su carácter mixto por la concurrencia en muchos de los proyectos migratorios de un conjunto de circunstancias de diverso tipo.

El instrumento internacional de mayor relieve respecto de la protección frente al riesgo de sufrir persecución es el estatuto del refugiado contenido en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, actualizado por el Protocolo de Nueva York de 1967. Sin duda es el más extendido dentro del derecho internacional, pero la necesidad de una ampliación o una actualización de éste resulta imprescindible. La transformación experimentada en el mundo actual, los desplazamientos colectivos operados inicialmente en Europa y posteriormente en otras áreas geográficas del planeta, motivados por conflictos bélicos, étnicos o religiosos han conllevado la proliferación de una cierta tipología de refugiados, no siempre susceptible de análisis individualizado, no prevista en los instrumentos antes mencionados. Es cierto que ni la Convención de Ginebra ni los instrumentos internacionales en la materia han contemplado la figura de los “migrantes climáticos” pero de alguna manera se debe arbitrar la protección de los mismos vinculada a la responsabilidad exigible a aquellos Estados más contaminantes. En este sentido se ha propuesto la formulación en la Convención Marco sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas de un Protocolo sobre protección de las personas que huyen de los impactos climáticos.

También debemos que otros instrumentos regionales de derechos humanos recogen como hipotéticos destinatarios de protección a quienes huyen de la persecución individual o del conflicto armado o de la violencia asociada con uno o más motivos contenidos en dicha Convención. La Declaración de Cartagena incluye aquellas personas que sufren persecución de actores estatales o no estatales como consecuencia de conflictos, violaciones de los derechos humanos, violencia de pandillas, violencia doméstica y otras formas análogas.

En todo caso aun cuando puedan compartir condiciones similares y las mismas rutas y por tanto la vulnerabilidad con los migrantes, los refugiados tienen una vulnerabilidad adicional por el fundado temor de sufrir persecución.

Ahora bien, la Convención de Ginebra no asigna la tarea de interpretación de la misma y su aplicación a ningún tribunal internacional o instancia concreta, además tampoco instituye un procedimiento inequívoco para determinar la condición de refugiado.

Sin duda su mayor contribución es el principio de no devolución pero cuya interpretación y alcance ha sido necesario llevarlo a cabo por otras instancias en el ámbito internacional. En efecto, en el estudio tradicional del estatuto jurídico del refugiado ha tenido una consideración especial el principio de no devolución que, en teoría, deriva de la obligación de todo Estado parte de la Convención de 1951 respecto del solicitante de protección cuando corra peligro su vida o libertad en caso de devolución al país de origen o de tránsito. Recogido en el artículo 33 de la Convención es claramente el elemento central de la protección que otorga el Estatuto de los Refugiados. Constituyen argumentos a favor de esta consideración preeminente del mismo la imposibilidad de formular reserva alguna a este principio por los Estados parte de la Convención de 1951 y su vinculación a los derechos humanos más básicos. Pero hemos de formular a continuación una clara advertencia, la Convención sólo es de aplicación a quien se le ha reconocido el estatuto de refugiado, no ha quien ha solicitado y aún no ha sido resuelta su petición. Sin embargo, una interpretación finalista de la norma implicaría inicialmente su extensión, de tal modo que el Estado pudiera autorizar la permanencia temporal en su territorio en tanto se resuelve la tramitación del expediente correspondiente, pero en ningún caso, salvo incumplimiento del artículo 33 de la Convención, devolver al peticionario al Estado del que es nacional, lo que constituye indudablemente un límite al ejercicio de su soberanía. Ahora bien, estamos en presencia de una obligación de no hacer para los Estados, aunque con carácter secundario despliega otros efectos garantistas para los peticionarios de protección derivados de la dignidad humana entre las que habría que incluir alojamiento, manutención y atención médica.

Sin embargo, no hay concreción respecto de si el principio de no devolución es de aplicación únicamente a quienes se encuentran en territorio del Estado, o también a quienes se presenten en la frontera en solicitud de protección. Solo las resoluciones judiciales han podido concretar atendiendo a las circunstancias particulares que concurren, la viabilidad de este principio frente a expulsiones o devoluciones a terceros Estados.

Tampoco existe una respuesta clara en las legislaciones nacionales respecto a la exigencia de visado como requisito previo para formular la solicitud que dará comienzo a un procedimiento administrativo para obtener alguna figura de protección. Esta exigencia de visado nos coloca ante la posibilidad de exigir que el futuro solicitante de refugio tenga que solicitar el visado ante la delegación del tercer país al que

desea llegar, pero dentro de su propio territorio. Si el solicitante debe obtener el visado fuera del Estado de destino final, su posición claramente queda debilitada. La devaluación del principio de no devolución es evidente cuando se incluyen en esta respuesta de los Estados la exigencia de visado de tránsito previo incluso a personas procedentes de zonas en conflicto, o el impedimento de acceder a consulados y embajadas en solicitud de protección internacional. Es esta ausencia de vías legales y seguras para solicitar la protección internacional la que propicia la búsqueda de otras vías inseguras y de gran peligro para sus vidas para llegar a Europa.

Por otra parte, los legisladores no siempre han “implementado”, actualizado y precisado las garantías reconocidas en los instrumentos internacionales, cuanto rebajado o diluido éstas. Observamos así con claridad como en determinados ámbitos regionales, sin ignorar sus peculiaridades respectivas, se aprecian situaciones similares como son la formalización de actuaciones previas que responden claramente a la externalización de procedimientos de determinación del estatuto jurídico de los afectados, resultante de las propias obligaciones internacionales suscritas. Además, junto a los conceptos, definiciones y figuras contempladas en dichos instrumentos internacionales han ido proliferando nuevas fórmulas que, al menor análisis de las mismas, nos muestran un debilitamiento de las garantías de sus destinatarios. Sirva como ejemplo de la diversidad de situaciones de flujos mixtos y estatutos migratorios la previsión nacional respecto de inmigración económica y la concesión del estatuto de refugiado, la protección subsidiaria o la autorización de residencia por razones humanitarias.

En efecto, el paso del tiempo nos ofrece una realidad en la que las reformas o modificaciones de los instrumentos internacionales para ajustarlos a la actualidad o han sido insuficientes o simplemente no se han llevado a cabo. Quizá el ejemplo más reciente que ilustra la falta de impulsos y apoyos de la comunidad internacional en favor de esa actualización de los instrumentos internacionales como de políticas orientadas a afrontar las migraciones es la Cumbre de Alto Nivel para Refugiados y Migrantes, organizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de noviembre de 2016. En dicha Cumbre se adoptó por unanimidad la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes que atañe a “los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes” con amplio contenido. El *Pacto Mundial sobre Refugiados* alcanzado el 17 de diciembre de 2018 tenía por objeto dar “una respuesta más sistemática y sostenible que beneficie tanto a los refugiados como a las comunidades que los acogen”<sup>1</sup>, pero no incluía la adopción de nuevos instrumentos normativos que dotasen de mayor virtualidad a quienes estén sujetos a sufrir riesgos reales por los distintos motivos de persecución.

Ante esta carencia de adaptación normativa se ha dejado a los tribunales la labor de precisión interpretativa de aquellas “declaraciones” que, a través del análisis casuístico de recursos permite atisbar algunas conclusiones sobre la operatividad de los instrumentos internacionales, regionales y nacionales de protección frente a las peticiones de protección internacional. El creciente número de recursos formulados ante algunos tribunales constituye un interesante material de estudio para alcanzar un nivel de precisión en la determinación de las garantías de los solicitantes, pese a los supuestos casuísticos y el ejercicio por los Estados de su soberanía en la protección de sus fronteras y su seguridad, bajo la justificación de su margen de apreciación en materias de su competencia.

## II. EL SISTEMA REGIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE EUROPA.

### 2.1. Marco jurídico.

En el ámbito del Consejo de Europa y aun cuando el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) no recoge el derecho de asilo y refugio ni la protección internacional, de algunos de

<sup>1</sup> El Pacto Mundial sobre los Refugiados persigue un mecanismo “a disposición de los gobiernos y comunidades para compartir la responsabilidad de las respuestas a la crisis crecientes de desplazamiento forzado para ayudar a reducir el impacto de las grandes situaciones de refugiados en los países de acogida”.

sus preceptos se derivan diversas obligaciones a los Estados partes que han dotado de un contenido mínimo el principio de no devolución por los riesgos que entrañaría para la vida (art.2), padecer torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3), atentar contra la libertad (art.5), o el debido proceso (art.6), incluso la protección del derecho a la intimidad familiar (art. 8). Pero es significativamente el art. 4 del Protocolo 4 al Convenio el que expresamente prohíbe las expulsiones colectivas. En efecto, pese a que, en el CEDH no se recoge el principio de no devolución, la impronta de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>2</sup> es evidente y por ello respecto a la resolución de extradición ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que “puede suscitar un problema en relación con el art. 3 y comprometer, por tanto, la responsabilidad de un Estado contratante en virtud del Convenio, cuando hay motivos serios y comprobados para creer que el interesado, si se le entrega al Estado, correrá un peligro real de que se le torture o se le someta a penas y tratos inhumanos o degradantes”<sup>3</sup>. Así, tan sólo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se ha podido concretar el entendimiento correcto del objeto de esta protección a través del “examen razonable y objetivo de la situación particular” para no incurrir en una expulsión colectiva expresamente prohibida por el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH<sup>4</sup>.

Es en este contexto en el ámbito de la Unión Europea que tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se han hecho eco de este principio. Así en el primero de los textos se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra (art. 18) y expresamente “se prohíben las expulsiones colectivas” cuando se puedan derivar de las mismas “un grave riesgo” (art.19). En el segundo texto se da cobertura a una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal “destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el principio de no devolución” (art. 78). No obstante estos enunciados deben interpretarse de forma coherente con el desarrollo efectuado en la Unión Europea de una política común en materia de inmigración, asilo y refugio integrada por algunos instrumentos que restringen lo inicialmente afirmado en aquéllos, así sucede con la Directiva de retorno<sup>5</sup>, entre cuyos objetivos precisos se encuentra incentivar el retorno al país de origen o tercero de paso del inmigrante en situación irregular en la Unión Europea, como se comprueba con una simple lectura de la misma.

No cabe duda que la problemática generada por la puesta en práctica de la libertad de circulación de las personas en el territorio comunitario ha llevado aparejada una aproximación de las legislaciones nacionales respecto al modo de afrontar la inmigración económica y la tramitación de la petición de refugio. Los principios de libertad, solidaridad y respeto a la dignidad humana que se propusieron como elementos esenciales de la Comunidad Europea han tenido difícil acomodo entre los Estados miembros, procedentes de diferentes tradiciones jurídicas, con características políticas y económicas también diversas. Es precisamente por estas razones que su tratamiento a nivel comunitario ha resultado especialmente complejo, ya que con anterioridad siempre fueron reconducidas al ámbito de la soberanía de los Estados, frente a esta nueva perspectiva que impone una dimensión supranacional y comporta la exigencia de adoptar disposiciones comunes.

El instrumento esencial para articular un Sistema Europeo Común de Asilo fue el Reglamento de Dublín al establecer los criterios para la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional atendiendo a su consideración de Estado de primera llegada, cuestión esta no prevista en el Convenio de Ginebra y que constituye una restricción al ejercicio de solicitar protección

2 “Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas” (art. 33.1).

3 Caso Soering c. Reino Unido, STEDH de 7 de julio de 1989.

4 Conka c. Bélgica, STEDH de 5 de junio de 2002.

5 La Directiva 2008/115/CE relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, persigue “un retorno rápido en condiciones de seguridad y dignidad, inmediatamente después de la denegación de la solicitud de asilo y del recurso, cuando dicho recurso no tenga efecto suspensivo, ha de disuadir en gran medida, además, a los emigrantes de abusar de los canales del asilo por razones no relacionadas con la protección”.

internacional. El Estado responsable del examen de la solicitud debía llevar a cabo dicho examen, poniendo fin así a la posibilidad de los refugiados en órbita y a la presentación sucesiva en diversos Estados de la petición de asilo. Aunque la realidad ha venido a demostrar que en muchos casos los solicitantes se desplazan a otro Estado en el que realizan la solicitud, aun cuando no son los de primer punto de entrada, repercutiendo en las capacidades de éstos en los procedimientos de asilo o en sus condiciones de acogida. En todo caso, se admitía la posibilidad de que un Estado no responsable pudiera hacerse cargo del examen de la solicitud de asilo siempre que mediase conformidad del afectado.

Sucintamente expuesto se recordará que la Unión Europea a través del Acuerdo de Schenguen propició un espacio único y fronteras exteriores comunes, sistema de asilo y refugio común, que como ya se ha apuntado tuvo un giro considerable con la aprobación de la Directiva de retorno, después el terrorismo y ahora la pandemia han dado argumentos para el restablecimiento de las fronteras nacionales; la posibilidad de una nueva política de asilo y refugio común se ha alejado en el tiempo. Por el momento están estancadas las Propuestas de la Comisión relativas a un nuevo marco normativo en la materia y se mantiene la imposibilidad de vías legales de acceso<sup>6</sup>. Tan sólo pervive la práctica nacional de la autorización de residencia por razones humanitarias.

En este contexto debemos recordar como de conformidad con el artículo 80 del TFUE, las políticas de la Unión en el ámbito de los controles fronterizos, el asilo y la inmigración y su aplicación se rigen por los principios de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros y los actos de la Unión adoptados en este ámbito deben incluir medidas apropiadas para la aplicación de este principio. Pues bien, con ocasión de los desplazamientos masivos como consecuencia de la guerra de Siria ha conllevado una fuerte reacción de algunos Estados Miembros en favor de una perspectiva absolutamente securitaria desde 2015 en el control de las fronteras internas, con una fortísima reacción de las sociedades y los gobiernos. Desde entonces, es claro el incremento de tensión entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión en relación con los objetivos de la política de inmigración decidida por las instituciones europeas y la intervención de los tribunales se ha hecho necesaria, ante recursos individuales contra aquéllos, incluso por el incumplimiento del ordenamiento comunitario en la materia de acuerdos previos sobre reasentamiento y reubicación adquiridos por la Comisión y los Estados Miembros<sup>7</sup>.

En la actualidad se asiste a un bloqueo de la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo, especialmente por los Estados de Visegrado, que se han opuesto a la adopción de cuotas obligatorias de reubicación. Sorprende en esta situación que el acuerdo solo se haya alcanzado en referencia al reforzamiento de Frontex, agencia de la Unión Europea, que amplía sus competencias y capacidades pero que no se ven acompañadas de un mayor control político como jurisdiccional de sus actuaciones como más tarde se precisara.

Sin duda, en este análisis falta recordar la ausencia de vías de integración respecto de quienes ya se encuentran en el territorio de la Unión Europea y la situación demográfica que presentan varios de sus Estados miembros. Acaso, más que incentivar el retorno, ya sea este voluntario o forzoso, debieran diseñarse políticas de integración en la sociedad y en el mercado de trabajo ante la realidad demográfica de Europa.

Esta falta de respuesta solidaria se ha vuelto a poner en evidencia con ocasión de la caída del régimen político en Afganistán y el triunfo talibán. Ante el éxodo migratorio generado la respuesta de la Unión Europea debe ser puesta en evidencia. Frente a la reacción de acogida que se adoptó por la entonces Canciller alemana Angela Merkel en el año 2015 como consecuencia de la llegada a Europa de más de un millón de solicitantes de protección, la Unión Europea no está dispuesta a adoptar medidas que puedan suponer un efecto llamada. Las posiciones de los Estados Miembros pueden clasificarse atendiendo a la oposición de quienes bajo ningún concepto están dispuestos a aceptar decisiones basadas en la solidaridad (Países de Visegrado), los Estados receptores del mediterráneo y aquellos Estados que suelen ser en los que más se solicita protección (Alemania, Francia, Holanda, Suecia y Austria). Así el Consejo de Ministros de

6 En concreto las propuestas más recientes se contienen en el Nuevo Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea de 23 de septiembre de 2020 y la Estrategia Europea sobre el Retorno Voluntario y la Reintegración de 27 de abril de 2021.

7 Asuntos C-715/17, C-718/17 y C-719/17. Sentencia de la Gran Sala de 17 de diciembre de 2020 en el asunto Comisión/Hungría C-808/18 en la que se constata que desde 2015 Hungría había sistemáticamente impedido la presentación de solicitudes de protección internacional en su frontera.



interior celebrado el pasado 30 de agosto de 2021 aprobó una declaración en la que se adopta la decisión de llevar a cabo un importante apoyo económico a los Estados de la región para hacer frente a los flujos migratorios procedentes de Afganistán pero no se plantea en ningún caso un sistema de cuotas de reparto de reasentamiento como el adoptado y fracasado en la pasada década<sup>8</sup>.

## 2.2. Las exigencias derivadas del Estado de derecho.

Ocurre que la concreción del Estado de derecho nos orienta hacia el sometimiento a la legalidad de las actuaciones de los poderes públicos como de los ciudadanos y el control judicial es la garantía esencial frente a ámbitos de impunidad o discrecionalidad. Es en este sentido que si los Estados son competentes para adoptar regulaciones específicas para su control fronterizo o para determinar las circunstancias y requisitos que han de concurrir para permitir la entrada y permanencia en su territorio de quien carece de su nacionalidad, será preciso una ley previa que concrete los procedimientos y los requisitos que han de presidir cualquier expediente administrativo dirigido a resolver cuestiones relativas al denominado régimen de extranjería.

La libertad deambulatoria y los obstáculos o limitaciones a la misma por la existencia de fronteras y controles en ellas alcanza supuestos extremos como la “devolución” o la retención y permanencia, bien en frontera bien en el interior del territorio del nuevo Estado bajo limitaciones de esa movilidad que puede y debe ser tutelada por los órganos judiciales. Es por ello que la inseguridad en la que se encuentra el potencial solicitante de protección internacional en frontera o en las diferentes instalaciones en que pueden ver restringida su movilidad, genera honda preocupación desde la perspectiva de las exigencias de claridad, certeza y ley previa que se deriva del Estado de derecho.

Como ha tenido ocasión de afirmar el TEDH no pueden existir espacios sin derecho por lo que la exigencia de regulación de estas situaciones como la afirmación de procedimientos y garantías en los mismos constituyen un objetivo que entendemos debe ser afirmado con rotundidad.

## 2.3. Externalización.

No obstante la existencia de instrumentos internacionales y regionales en la materia, la contradicción se nos manifiesta ante las reiteradas propuestas de externalización de la denominada “gestión de los flujos” y las obligaciones internacionales contraídas. En efecto, todo parece indicar una tendencia hacia la exoneración de responsabilidad en favor de terceros Estados que o bien los denominamos como Estados seguros, o bien fruto de acuerdos bilaterales de readmisión, los hacemos depositarios de la misma, sin ningún control sobre las actuaciones concretas de estos últimos<sup>9</sup>. Así se explican determinados acuerdos entre Estados soberanos como Estados Unidos y Méjico, Guatemala, Honduras, el Salvador en el continente americano a través de programas como el denominado Protocolo de Protección de Migrantes (Quédate en Méjico)<sup>10</sup>. En el continente europeo baste reseñar el acuerdo alcanzado en 2016 entre los Estados Miembros de la Unión Europea y Turquía. Con un ámbito más específico los sucesivos acuerdos de Italia con Libia<sup>11</sup>

8 De unas previsiones iniciales de 160.000 personas tan solo se llevo a cabo el 20% de lo previsto.

9 El Migration compact suscrito por la Unión Europea con Niger, Nigeria, Mali, Senegal y Etiopía constituye un ejemplo de ayuda financiera por lucha contra la inmigración ilegal.

10 Por la complejidad y dramatismo que reviste la frontera norte de México con Estados Unidos y las situaciones de vulnerabilidad de las caravanas que desde Centroamérica se dirigen a Río Grande. Las respuestas institucionales de México como las previsiones legales de Estados Unidos y el limbo jurídico en el que se encuentran los afectados, merecen una reflexión en profundidad más allá de las razones históricas, económicas o climáticas que motivan dicha inmigración. En aplicación de dicho Protocolo al menos 60.000 personas habrían sido devueltas a Méjico durante la presidencia de Donald Trump, donde esperarían la resolución de su expediente previa citación judicial. La consideración de Méjico como tercer Estado seguro no supera el mínimo juicio dado el clima de violencia que se vive en la zona fronteriza en la que se han instalado de forma precaria dichos migrantes.

11 En el caso de Italia y Libia, el acuerdo se alcanzó en 2017 y renovado de forma automática en el 2021, sin entrar a consideraciones puestas en evidencia tanto por ACNUR como por la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa en orden a la suspensión de la colaboración con la Guardia Costera Libia, a la que se ha dotado de financiación y



han producido efectos perniciosos para los inmigrantes que son devuelto por las embarcaciones de las fuerzas de seguridad libias a este país en donde han de sufrir penurias sin fin. Además, por cuanto afecta a España se puede recordar el acuerdo con Marruecos<sup>12</sup> así como la colaboración con Mauritania para la readmisión de migrantes que hubieran partido de estos países en su periplo migratorio.

En ambos ámbitos regionales se constata la situación de extrema vulnerabilidad que preside la existencia de los migrantes y la inseguridad jurídica evidente de quienes se encuentran en el puente internacional Del Río junto a Ciudad Acuña con la aplicación del denominado Título 42 o entre Tapachula y El Ceigo sin mayores garantías sobre su destino final. De igual modo ocurre con quienes se encuentran entre ambas orillas del río Evros que constituye la frontera entre Turquía y Grecia y son objeto de devoluciones en caliente entre uno y otro Estado donde no se aplica el acuerdo entre Unión Europea y Turquía.

En este proceso de externalización de las responsabilidades respecto de la acogida y tramitación de expedientes de protección internacional frente a la experiencia de Australia o Estados Unidos la Unión Europea se plantea un sistema de “zonas de protección regional” o de “centros de procesamiento de tránsito”, sobre los que pesaría la transferencia y posterior recepción de los solicitantes en su caso de protección, la ubicación y la privación de libertad en emplazamientos concretos y en su caso la reubicación en terceros Estados. La adopción definitiva de este sistema choca con el principio de no devolución ya citado y reconocido en la Convención de Ginebra como en la normativa de la Unión Europea (Directiva de retorno), así como con la efectividad de los derechos recogidos en el CEDH. De acogerse dicho sistema estaríamos ante un incumplimiento por parte de los Estados de sus responsabilidades asumidas con la firma de la citada Convención. El Acuerdo Unión Europea-Turquía ejemplifica los riesgos que conlleva esta forma de proceder en la medida en que por su carácter no es susceptible de control por parte del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es cierto que el CEDH no prevé el derecho de acceso de los no nacionales al territorio de otro Estado, pero si en cambio proscribía la tortura, los tratos inhumanos o degradantes así como proclama el derecho a la vida. Además como se ha señalado, se prohíben las expulsiones colectivas. Si bien es cierto que en sus pronunciamientos el propio TEDH ha reconocido la extraterritorialidad del Convenio, se ha mostrado conforme en el caso de N.D. y N.T. c. España, se ha mostrado favorable a la actuación del Estado español al estimarla conforme con “la política de seguridad y la soberanía de los Estados y de Europa en su conjunto”<sup>13</sup>.

Con carácter reciente algunos Estados han avanzado novedosos tratamientos en su legislación orientados a acordar con terceros Estados la gestión de las solicitudes de protección internacional, así como su reconocimiento y posterior acogida en ellos.

En concreto Dinamarca ha aprobado una nueva regulación que contempla, previo acuerdo con terceros Estados, que por parte de estos y con financiación de aquella se acoja el procedimiento de reconocimiento en su caso de protección internacional. De igual modo la previsión en este sentido se contempla también en el nuevo tratamiento legislativo de la inmigración aprobado en Gran Bretaña tras el brexit que ocasionó su abandono de la Unión Europea.

Ante esta situación y solo de modo casuístico el TEDH ha precisado algunas garantías mínimas que deben ser observadas para no incurrir en vulneración del art. 3 CEDH<sup>14</sup>, si bien constituyen pronunciamientos

---

medios materiales, dada la precariedad y vulnerabilidad de los migrantes devueltos a los centros de internamiento en Libia sin garantías de respeto de los derechos humanos.

12 En el que se han amparado las administraciones competentes para justificar la devolución de menores “retornos asistidos” que ingresaron a nuestra frontera con ocasión de los sucesos del 17 de mayo de 2021 y que han sido suspendidos por resoluciones judiciales. En torno a 700 de ellos que permanecen en Ceuta serían menores no acompañados. El cumplimiento de la legalidad exigiría al menos que prevalezca el interés superior del menor y por tanto el retorno sea voluntario, para lo que deberá ser oído en el proceso el menor y esté garantizada su reintegración en el país de retorno.

13 STEDH Gran Sala de 14 de febrero de 2020.

14 En el caso Ilias y Ahmed c. Hungría, STEDH de 21 de noviembre de 2019 se resuelve la violación del art. 3 CEDH por la expulsión a Serbia de dos ciudadanos de Bangladesh que habían entrado desde ese país a Hungría. Las autoridades húngaras no llevaron a cabo una evaluación eficaz y adecuada de la demanda de asilo presentada, incumpliendo la obligación que le incumbe al aplicar de modo automático la cláusula de tercer estado seguro a Serbia, al acordar la expulsión de dichos solicitantes, sin atender a constatar si existía un sistema idóneo de asilo en el Estado receptor ni evaluar la existencia de riesgo por dicha expulsión. En términos no muy diferentes también el caso D.A. y otros c. Polonia, STEDH de 8 de julio

concretos con un alcance muy limitado.

Pero las realidades son complejas y nos muestran determinadas vulnerabilidades que difícilmente pueden ser soslayadas con un mero dato estadístico: menores no acompañados, mujeres embarazadas con menores de edad, ancianos frente a los que los Gobiernos de Estados democráticos han de arbitrar respuestas puntuales. Un simple vistazo a la condiciones de acinamiento personal en el que se encuentran migrantes y solicitantes de protección internacional en centros de registro resultan impactantes. Las condiciones higiénicas, atención sanitaria o legales de quienes ven como la inicial provisionalidad de su permanencia en dichos centros de tránsito o internamiento, se prolonga sine die, evidencian la insuficiencia de medios así como la ausencia de controles sobre los mismos y las deficiencias en la atención prestada.

Ocurre que más allá de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas en este periplo inmigratorio, es necesario concretar la identidad precisa de cada uno de los integrantes de este colectivo. La necesidad de incorporar garantías frente a familias monoparentales, menores no acompañados, personas perseguidas por diversas causas en su país de origen o de tránsito resultan imprescindibles. Así ha tenido ocasión de señalar el TEDH que es necesario tomar medidas de protección efectivas respecto de los menores no acompañados para no incurrir en vulneración del art. 3 del CEDH<sup>15</sup>. La conclusión que alcanza el juzgador es que no sólo se vulnera el art. 3 del CEDH cuando se retiene a menores no acompañados como ya había señalado con antelación<sup>16</sup>, sino que además constituye un trato inhumano y degradante dejar en libertad tras la retención, al menor no acompañado sin ninguna medida de protección o tutela sobre el mismo, quedando absolutamente desprotegidos en una situación de vulnerabilidad extrema.

En este sentido las condiciones de los internados en un centro de inmigrantes en situación de extrema vulnerabilidad por su condición de menores constituye un trato inhumano y degradante contrario a la dignidad de las personas y por tanto una vulneración del art. 3 del CEDH aun en contexto de flujo masivo de inmigrantes<sup>17</sup>. En efecto, el TEDH ha afirmado el mayor interés del menor y por tanto debe primar el interés superior de este. De tal modo que se han producido sucesivas condenas, entre otros al Estado francés, con ocasión de privación de libertad acordadas por las autoridades administrativas en el curso de expedientes de expulsión referidas a familias con menores que han permanecido retenidas en dichos centros varios días en condiciones insuficientes y con riesgo para la salud mental de los menores. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha señalado tres criterios a tener en cuenta para poder valorar la posibilidad de la violación de los arts. 3, 5.1 y 5.4 así como 8 del CEDH: la menor edad de los hijos, la duración de la retención y el carácter inadecuado de las instalaciones en las que permanecen retenidos a la espera de la ejecución de la expulsión<sup>18</sup>.

Y es en este escenario en el que cada vez más se incrementa la inseguridad jurídica por la dificultad de determinar responsabilidades y por el enigma que en muchas ocasiones supone concretar unas mínimas garantías para cada una de las personas que forman parte de esos flujos, a las que se les priva de libertad en muchas ocasiones, se les impone un confinamiento temporal sin asistencia jurídica, ni de intérprete o se les “retorna” sin la menor garantía de cuál será su futuro en ese tercer Estado “seguro”, de tránsito o de espera. \*Al contrario de lo que cabría pensar, ni existe una relación de terceros Estados seguros aprobada por la Unión Europea en su conjunto, ni tampoco coincidencia respecto de aquellos con tal consideración por alguno de los Estados Miembros, con la consiguiente inseguridad que se deriva de ello. Se hace así difícil de compatibilizar el estado de derecho con la garantía del control judicial de las actuaciones de los poderes públicos cuando se producen ejecuciones administrativas carentes de garantías<sup>19</sup>, se permiten espacios

de 2021 supuso la condena a este Estado por el riesgo de “devolución en cadena” con ocasión de no haber examinado las solicitudes de protección de ciudadanos sirios ante el riesgo de expulsión a Bielorrusia y más tarde a Rusia y Siria.

15 Caso Rahimi c. Grecia, STEDH de 5 de abril de 2011.

16 Entre otros Caso A. c. Reino Unido, STEDH de 19 de febrero de 2009.

17 Caso S.F y otros c. Bulgaria, STEDH de 7 de diciembre de 2017.

18 Caso Popov contra Francia, STEDH de 19 de enero de 2012; así como las SSTEDH de 12 julio de 2016 recaídas en el Caso A.B. y otros c. Francia; Caso A.M. y otros c. Francia; Caso R.C. y V.C. c. Francia; Caso R.K. y otros c. Francia et R.M. y otros c. Francia. Con carácter más reciente Caso M. D. y A.D. c. Francia, STEDH de 22 de julio de 2021.

19 El caso Shahzad c. Hungría, STEDH de 8 de julio de 2021, que declara la violación del art. 4 del Protocolo 4 CEDH por

de impunidad sin imperio del derecho, fruto también de un creciente populismo en muchas sociedades occidentales, que impulsan a sus gobernantes a recuperar el miedo al otro, al extranjero y a reconvertir a las fronteras en muros/fortalezas.

## 2.4. La impunidad en las fronteras.

Las diversas situaciones en frontera son sin duda el mayor espacio de inseguridad jurídica. Claro ejemplo de cuanto aquí se indica son las expulsiones colectivas y las devoluciones “en caliente” con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de no devolución, sin posibilidad de llevar a cabo la detección de perfiles vulnerables, la ejecución inmediata de conformidad con los acuerdos de readmisión o la penalización para volver al territorio del que se es devuelto hasta transcurrido un número determinado de años.

Además esta creciente inseguridad jurídica alcanza a las situaciones de privación efectiva de libertad sin control judicial o legal en determinados territorios, ya sean las islas del mar egeo o las atlánticas islas canarias, donde se prolongan las limitaciones en la libertad de movimientos sin que se vislumbre un futuro. Asistimos pues a situaciones de confinamiento ausente de perspectivas el día siguiente en Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes o en los Centros de Acogida Temporal de Extranjeros, impidiéndoles el desplazamiento al territorio continental de la Unión Europea. Esta situación ha experimentado un crecimiento exponencial en las Islas Canarias desde otoño de 2020, con ocasión de la llegada de un número considerable de migrantes que ha desbordado las previsiones de las instituciones correspondientes, dando lugar a episodios de enorme desprotección como los vividos en el muelle del puerto de Arguineguín<sup>20</sup>. Junto a la precariedad de las condiciones materiales en este muelle, se evidenció la ausencia de asistencia letrada así como de entrevistas individuales que, en muchos casos, hubiesen puesto de manifiesto situaciones de vulnerabilidad susceptibles de formular solicitudes de protección internacional.

Por su especial dramatismo la prohibición de auxilio en el mar, el impedimento de arribar a puerto con migrantes o la imposición de sanciones administrativas o penales a los responsables de las embarcaciones de rescate por “colaboración” con el tráfico de ilegales, evidencian una descomposición del sistema de garantías más allá del incumplimiento del derecho internacional del mar. Es en el contexto del sur de Europa en el que se ha prescindido incluso de la intervención por parte de los Estados en aplicación de la legislación marítima, al dejar exclusivamente en manos de organizaciones no gubernamentales el salvamento de quienes en esa travesía del mediterráneo pueden perder la vida.

Contribuye a la inseguridad jurídica la actual competencia teóricamente compartida entre los Estados Miembros y las instituciones europeas competentes en la materia. Así primero FRONTEX como la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (GFC) presenta un nuevo ámbito de inseguridad, pese a que su objetivo sea “garantizar una gestión europea integrada de las fronteras exteriores, con miras a gestionar esas fronteras eficientemente respetando plenamente los derechos fundamentales, y aumentar la eficiencia de la política de retorno de la Unión”.

Sin duda FRONTEX y la GFC han desarrollado cierto protagonismo en la aplicación de la Directiva de retorno como en el cumplimiento del Acuerdo entre La Unión Europea y Turquía<sup>21</sup>. Estas agencias han

---

efectuar una expulsión colectiva sin el examen individualizado de la situación de varios pakistaníes a los que no se les permitió formular petición de protección internacional. En efecto, la gestión de las esperas en la zona de tránsito así como la imposibilidad de acceso real y efectivo de los afectados a la frontera para llevar a cabo la presentación de su solicitud y posterior expulsión constituyó a juicio del TEDH vulneración de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado húngaro.

20 Recuérdese que muchas de las personas allí concentradas superaron las dos semanas inmovilizadas en el citado muelle superando con creces las 72 horas preceptivas para su puesta en libertad. Situación que se ha visto agravada con la prohibición de volar a la península desde las islas con el motivo argüido por el Ministerio del Interior del confinamiento por la pandemia. Si bien se debe recordar que migrantes con pasaporte en vigor o que ya habían formulado la petición de asilo pueden desplazarse al territorio nacional en tanto no se ejecutase una orden de expulsión.

21 “El Tribunal General no es competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acuerdo internacional celebrado por los Estados miembros”, Autos del Tribunal General en los asuntos T-192/16, TY-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM/Consejo Europeo.

protagonizado algún episodio en la frontera entre Grecia y Turquía, que ha dado lugar a una investigación específica por parte del Parlamento Europeo, así como por la Defensora del Pueblo de la Unión Europea en orden a evaluar la eficacia y transparencia de su “mecanismo de reclamaciones”, así como el papel que desempeña el “agente de derechos fundamentales”<sup>22</sup>. En concreto ya en el pasado esta institución recomendó el establecimiento de un mecanismo a través del cual se pudiesen presentar y tramitar reclamaciones individuales por parte de quienes se viesen afectados por un retorno forzoso. Así la Defensora del Pueblo de la Unión Europea ha instado la previsión de recursos, con especial atención a las denuncias de presuntas violaciones de derechos fundamentales por quienes se viesen afectados por las operaciones llevadas a cabo por FRONTEX<sup>23</sup>. En última instancia, y más allá de la garantía en la observación del respeto de los derechos fundamentales en dichas operaciones<sup>24</sup>, se encuentra también la aplicación de fondos de la Unión Europea con respeto escrupuloso de los derechos de los concernidos en dichas operaciones<sup>25</sup>.

- 
- 22 “Desprecio letal: búsqueda y salvamento y protección de los migrantes en el Mediterráneo central”, Informe de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos 2021. En dicho Informe se documentan hasta 27.000 personas que en el período comprendido entre enero 2019 y la publicación del mismo, han sido devueltas desde aguas internacionales de la zona denominada SAR (Search and Rescue) a las costas de Libia. En el mismo sentido se documentan devoluciones desde Chipre, Malta y Grecia generalmente con destino a Turquía.
- 23 La Comisión del Parlamento Europeo que ha investigado los hechos denunciados por varias ONGs sobre la actitud pasiva y falta de celeridad en la actuación de FRONTEX, no ha podido concluir la responsabilidad expresa de esta Agencia de la Unión Europea en devoluciones desde aguas Griegas a Turquía de migrantes, si bien si se constata que dicha Agencia desatendió las alertas sobre devoluciones en caliente en el mar Egeo. La mayoría de estas situaciones se han producido en el mar y no en tierra firme con la peligrosidad añadida que supone este medio para la vida de los migrantes. En el Informe hecho público el 15 de julio de 2021 manifiesta su preocupación por “la insuficiencia de controles” en el funcionamiento de la misma, su coordinación con la policía griega y la falta de transparencia en las actividades que lleva a cabo.
- 24 “Podrán interponerse ante el Tribunal de Justicia recursos de nulidad en relación con actos de la Agencia que estén destinados a producir efectos jurídicos a terceros, de conformidad con el art. 263 del TFUE, recursos por omisión de conformidad con el art. 265 del TFUE” (art. 98.1 Reglamento (UE)2019/1896 del Parlamento y del Consejo de 13 de noviembre sobre la Guarda Europea de Fronteras y Costas).
- 25 En el ejercicio de sus funciones, la GEC “garantizará que ninguna persona, vulnerando el principio de no devolución, sea forzada a desembarcar, forzada a entrar o conducida a un país, o entregada o retornada de otra forma a las autoridades de un país cuando exista un grave riesgo...” (art. 80.2).