

Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras

An Iusphilosophical and Political Reflection on Borders

Por ÁNGELES SOLANES CORELLA
Instituto de Derechos Humanos. Universitat de València¹

RESUMEN

Este artículo examina el concepto de frontera frente a la movilidad humana, evidenciando cómo el miedo y la violencia son dos claves básicas en la articulación de las barreras territoriales. Este punto de partida, permite analizar la relación entre frontera, Estado-nación y derechos. Se aborda así de modo crítico, cómo la idea de justicia, vinculada al monopolio estatal a partir de la teoría rawlsiana, no permite justificar, desde una dimensión moral y jurídica, la función de control y exclusión que desempeña la frontera en la actualidad. Cuando los principios de justicia no se toman en consideración en fenómenos tan relevantes como la movilidad humana, prácticas como la externalización de las fronteras hacen ceder los derechos más básicos y la libertad de circulación se convierte en un factor de estratificación. Las medidas articuladas desde la Unión Europea para reforzar las fronteras inteligentes y la política de vecindad, son una muestra de prácticas que debilitan principios tan esenciales como el de non-refoulement, vinculado al

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+i (MINECO/FEDER) 2015-65840-R «Diversidad y Convivencia: los derechos humanos como guía de acción», del Ministerio de Economía y Competitividad, y el proyecto del programa de investigación de excelencia PROMETEO/2014/078 «Justicia social, exhibibilidad de los derechos humanos e integración», de la Generalitat Valenciana.

derecho de asilo, y que vulneran derechos humanos como constata el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: *Fronteras, derechos humanos, movilidad humana, justicia, Estado-nación.*

ABSTRACT

This article examines the border concept which human mobility faces, showing how fear and violence are two basic keys in the articulation of territorial barriers. This starting point, it allows for analysing the relationship between border, Nation-state and rights. It critically discusses how the idea of justice, related to state monopoly from Rawls' theory, does not justify, from a moral and legal dimension, the control function and exclusion played by the border today. When the principles of justice are not taken into consideration in phenomena as important as human mobility, some practices, for example, externalization of borders, sacrifice the most basic rights and freedom of movement becomes a factor of stratification. The measures articulated by the European Union to strengthen smart borders and the neighbourhood policy, are examples of practices that undermine fundamental principles such as non-refoulement, which is linked to asylum right, and these violate some human rights as the European Court of Human Rights notes.

Keywords: *Borders, human rights, human mobility, justice, Nation-state.*

SUMARIO: 1. TIEMPOS DIFÍCILES PARA LA MOVILIDAD HUMANA ENTRE FRONTERAS.–1.1. *El significado de la frontera: más allá de la muralla.*–1.2. *El miedo como justificación y la violencia como reacción.*–2. LA RELACIÓN ENTRE FRONTERAS, ESTADO-NACIÓN Y DERECHOS.–2.1. *La idea de justicia en el Estado-nación aplicada a la movilidad humana.*–2.2. *La externalización de las fronteras y la libertad de circulación como factor de estratificación.*–3. UN EJEMPLO DE LA FUNCIÓN MULTIDIMENSIONAL DE LA FRONTERA: DERECHOS EN LOS LÍMITES DE LA UNIÓN EUROPEA.–3.1. *Una Europa de fronteras inteligentes y vecindad: una teoría ineficaz.*–3.2. *Derechos humanos transversales y débiles.*–4. UN FUTURO BLINDADO.–5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. HARD TIMES FOR HUMAN MOBILITY ACROSS BORDERS.–1.1. *The significance of the border: beyond the wall.*–1.2. *Fear as justification and violence as a reaction.*–2. THE RELATIONSHIP BETWEEN BORDERS, NATION-STATE AND RIGHTS.–2.1. *The idea of justice in the Nation-state applied to human mobility.*–2.2. *The externalization of borders and freedom of movement as a stratification factor.*–3. AN EXAMPLE OF THE MULTIDIMENSIONAL FUNCTION OF THE BORDER: RIGHTS WITHIN THE LIMITS OF

THE EUROPEAN UNION.—3.1. *A Europe of smart borders and neighbourhood: an ineffective theory.*—3.2. *Transversal and weak human rights.*—4. A SHIELDED FUTURE.—5. BIBLIOGRAPHY.

1. TIEMPOS DIFÍCILES PARA LA MOVILIDAD HUMANA ENTRE FRONTERAS

La globalización, con la creciente interdependencia que conlleva, enfrenta a diversos desafíos al modelo de Estado asociado a una nación (pueblo), a una autoridad política dominante y a una determinada jurisdicción territorial. El ascenso de una economía marcada por mercados libres en capital, finanzas y trabajo, la internacionalización de las comunicaciones y la tecnología, y el desarrollo de actores supra y transnacionales, entre otros aspectos, evidencian que el paradigma *westfaliano* está, al menos, en crisis. A partir del cuestionamiento de la territorialidad estatal, se pone en tela de juicio el papel que desempeña en la actualidad el concepto tradicional de soberanía, que fuera de los límites estatales puede considerarse que entra, en mayor o menor medida, en colapso o declive².

En este escenario, resulta precipitado enterrar el sistema de Estados-nación aunque la soberanía, en ámbitos como el económico, el militar, incluso el político, se haya visto erosionada, al menos por dos razones. Por una parte, porque ese modelo de Estado continua reafirmando y sus fronteras nacionales, aunque porosas y en movimiento, siguen cumpliendo el papel de mantener fuera a los *otros*³ o lo que es lo mismo siguen creando identidades hacia dentro a partir de la distribución mental del territorio. Así, la exclusión del extranjero se presenta como natural, no se cuestiona, se legitima través del ordenamiento jurídico y se institucionaliza⁴. Por otro lado, porque aunque las tradicionales estructuras políticas nacionales pueden estar afectadas de cierta debilidad o decadencia, no existen aún nuevas formas políticas de globalización que permitan reemplazarlas. Al ofrecer frente a nuevas realidades las mismas respuestas, el desajuste y las incongruen-

² HABERMAS, J., *La constelación posnacional: ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 95-100; SASSEN, S., *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Bellaterra, Barcelona, 2001, pp. 44-45; COHEN, J. L., *Globalisation and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 13-21; y BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, Herder, 2015, pp. 92-98 y 103-106.

³ La frontera desempeña así un papel quizás más teatral o simbólico, que realmente efectivo. WIHTOL DE WENDEN, C., *¿Hay que abrir las fronteras?*, Barcelona, Bellaterra, 2000, pp. 17-18 y BALIBAR, E., «La política y sus sujetos en el interregno», en BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, op. cit., pp. 9-21, p. 18.

⁴ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994, pp. 117-130 y *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Barcelona, Icaria. Antrazyt, 1996, p. 28.

cias entre el derecho internacional de los derechos humanos y la afirmación de la soberanía territorial estatal están garantizados, ya que, «mientras el terreno en el que viajamos, la sociedad mundial de Estados, ha cambiado, nuestro mapa normativo no lo ha hecho»⁵.

La globalización ha impactado en la soberanía propiciando la creación de oportunidades conceptuales y la acción de nuevos actores y sujetos, pero con todo, de momento, el Estado sigue siendo el sujeto exclusivo para el derecho internacional (incluso al margen de su grado de representatividad respecto de los deseos de la población o del respeto de los preceptos de la representación democrática), aunque no puede combatir la informalización que propicia la participación de actores y sujetos distintos⁶. El Estado-nación continúa considerándose fundamental, por ejemplo, para abrir sus economías nacionales a la global, funcionando al mismo tiempo dentro del proteccionismo y la desregulación neoliberal, solo que debe ubicarse en otra lógica organizadora⁷.

Uno de los fenómenos que más claramente interpela al tradicional esquema de Estado-nación⁸, en un espacio que ya no es aquel en el que surgió, es el de la movilidad humana⁹, que interroga de forma

⁵ BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 17.

⁶ SASSEN, S., *Contrageografías de la globalización. Género y Ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Traficantes de sueños, 2003, p. 81.

⁷ SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Madrid, Katz Editores, 2010, p. 35.

⁸ Considerando el Estado-nación, en la línea que propone Bayón «el estado soberano moderno o «westfaliano», esto es, una unidad territorialmente delimitada que posee autoridad política última dentro de sus fronteras y es externamente reconocida como un igual a cualquier otra unidad también soberana; y que, según los casos, puede abarcar una o varias «naciones» o partes de ellas», BAYÓN, J. C., «¿Democracia más allá del Estado?» en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 121-138, en concreto p. 121.

⁹ Entendiendo la movilidad humana, a falta de una noción universalmente aceptada, como una noción amplia que, en lo que ahora interesa, se identifica con la noción de flujos mixtos que proporciona la Organización Internacional para las Migraciones (OIM/IOM) que considera tales «los movimientos de población complejos incluidos los refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes». A lo largo de este estudio, se diferenciará entre inmigración (proceso por el cual los no nacionales de un Estado entran en él con el propósito de instalarse) y asilo (entendiendo por tal la protección concedida por un Estado a un extranjero en su territorio contra el ejercicio de la jurisdicción por el Estado de origen, basado en el principio de no devolución, que conduce al disfrute de ciertos derechos internacionalmente reconocidos) para evidenciar que se trata de situaciones jurídicamente distintas que exigen políticas y normativas diversas. IOM INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration. International Migration Law*, Geneva, IOM, 2004, pp. 8, 31 y 42. Esa misma definición en un sentido amplio es la que mantiene el ACNUDH cuando habla de migrante internacional para referirse «a cualquier persona que se encuentre fuera de un Estado del que sea ciudadano o nacional o, en el caso de las personas apátridas, de su Estado de nacimiento o residencia habitual. El término incluye a los migrantes que tienen la intención de trasladarse de forma permanente o temporal y tanto a los que se trasladan de manera regular o documentada como a los

persistente a uno de los baluartes estatales: la categoría de frontera. Ciertamente, un indicador del proceso de transformación que está sufriendo el Estado es la pérdida de su soberanía, plasmada en la merma del control de fronteras, puesto que, el vínculo existente entre ambas se ha modificado. Frente a la fácil (y a veces ingobernable) movilidad de capitales y mercancías, la de personas se convierte en un último reducto de la soberanía estatal que en su gestión insiste en controlar quién puede entrar (estar, pasar, residir y/o trabajar) en su jurisdicción, procurando mantener el imaginario entre pueblo, poder y territorio. Con esa voluntad de ejercicio de dominio estatal, superando la simple consideración como meras líneas territoriales, las fronteras desempeñan un papel fundamental en el intento de mantener el orden nacional en un contexto global, y lo hacen insistiendo en las nociones jurídicas sobre las que aquel se asienta, claramente en las de ciudadano-extranjero, aunque estas provoquen importantes disfunciones. Surgen así múltiples teorías sobre la frontera que analizan su *desterritorialización*, su *fronterización* en clave militar y de seguridad o su movilidad en cuanto concepción compleja y cambiante. En todas ellas, persiste la discusión acerca de la función real y simbólica que está llamada a cumplir.

Este trabajo, desde la perspectiva apuntada de la movilidad humana, transita del ámbito teórico al práctico, centrándose en el ejemplo que ofrece la Unión Europea (UE), para analizar críticamente el rol militar, de seguridad y la imagen simbólica que se le asigna a la frontera, en el intento de presentar como imprescindibles los muros; y, al mismo tiempo, la negación de derechos internacionalmente consagrados que ello conlleva, dando lugar a lo que podrían considerarse los nuevos *no-derechos* (que al dejar de serlo parece que hacen ceder las obligaciones que a ellos iban vinculadas, obviando las necesidades que los hicieron surgir) que aparecen como resultado de aplicar un esquema estatal a un contexto global.

1.1 El significado de la frontera: más allá de la muralla

Históricamente los muros fueron concebidos como límites territoriales fronterizos en cuanto delimitación espacial en clave proteccionista hacia el interior y defensiva hacia el exterior. El *limes* del imperio romano era inherente a la propia existencia de este, y adquirió con el tiempo un significado, no solo pero sí especialmente, militar, puesto que, delimitaba la línea defensiva (de las tierras conquistadas frente a posibles invasiones bárbaras) utilizando en muchas ocasiones fronteras naturales como los cauces de los ríos y construyendo grandes for-

migrantes en situación irregular», ACNUDH (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, Ginebra, 2014, p. 4.

tificaciones para proteger el territorio romano como *limes imperii*, que al mismo tiempo suponía también, como gobierno autocrático, el dominio de los romanos sobre los pueblos conquistados. En la Roma imperial, se asimiló el *limes* a la frontera como límite visible que identificaba el ámbito espacial del territorio en sus confines exteriores. Además el *limes* marcó el ámbito jurisdiccional dentro del territorio romano en el que se desarrolló un sistema jurídico sin precedente que ha servido de modelo a buena parte de los ordenamientos jurídicos europeos¹⁰.

El Derecho, la lengua y la religión, contribuyeron a completar una segunda dimensión del *limes* romano que iba más allá del límite físico territorial. Así, este fue visto como la «gran estrategia», en el sentido de entender que las pretensiones del Imperio superaban lo meramente militar, la idea de fortificación, asumiendo la necesidad de una superioridad de las legiones romanas colocadas a lo largo de las fortalezas para garantizar la seguridad, y al tiempo, considerando también básicas la política, la diplomacia, la economía y la religión como forma de conseguir la estabilidad. En ese sentido, podría afirmarse que el *limes* actuó tanto desde una dimensión física como desde otra identitaria, como plan global para defender la seguridad e integridad del Estado, de ahí que en el propio declive y caída del Imperio las causas militares sean un aspecto determinante, pero no el único a tomar en consideración¹¹.

En el mismo sentido, las fortalezas medievales articularon los muros exteriores como mecanismos de intimidación y contención, y también de salvaguarda, distinguiendo territorio y población. En esta época, las murallas seguían definiendo y defendiendo entidades políticas que configuraban la identidad, tanto colectiva como individual, hacia el interior, en la misma medida que se procuraba interceptar las intromisiones desde el exterior¹². De hecho, en la época medieval puede apreciarse un «tipo específico de ensamblaje de territorio, autoridad y derechos» que no tiene una unidad territorial como la del Estado moderno, pero que con el tiempo funcionaría como «una capacidad incorporada para el nacimiento del Estado-nación territorial»¹³.

¹⁰ BUENO DELGADO, J. A., «Del *limes* romano al espacio Schengen», en DELGADO LARIOS, A. y AUBERT P. (col.), *Conflictos y cicatrices: fronteras y migraciones en el mundo hispánico*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 51-70, en concreto p. 52.

¹¹ FERRIL, A., *La caída del imperio romano. Las causas militares*, Madrid, Edaf, 1998, pp. 15 y 37.

¹² HIRST, P., *Space and Power: Politics, War and Architecture*, Cambridge, Polity, 2005, p. 171.

¹³ SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, op. cit., pp. 110-111. La dualidad dentro-fuera, propio-externo (extranjero) y seguro-peligroso, como forma de división subsiste en múltiples ejemplos históricos y actuales, como el muro de Adriano en Gran Bretaña (que delimitaba el Imperio romano en el norte de Europa), la muralla de Teodosio (que protegía la ciudad Constantinopla), la Gran Muralla China (articulada para defender al Imperio chino de las tribus mongoles), la línea Maginot (como defensa francesa a lo

En el paso de la muralla a la frontera ha persistido la dualidad apuntada junto al carácter polisémico de ambos términos, afianzándose la función de protección. En la articulación del orden internacional que adquirió carta de naturaleza a partir de los Tratados de Westfalia (1648), se consagraron tres principios en las relaciones internacionales: la configuración del orden político mundial como una sociedad de Estados, el establecimiento de un principio de coexistencia pensado para articular las relaciones entre ellos en base a una condiciones mínimas que permitirían organizar sus asuntos en el orden internacional y la instauración de un sistema de regulación mutuo en el que no fuera necesaria una autoridad supranacional¹⁴. La idea de inclusión-exclusión se traslada a partir de este momento al orden internacional westfaliano como soporte *sine qua non* de los Estados-nación soberanos, en forma de frontera que delimita la territorialidad, es decir, una concreta jurisdicción símbolo por excelencia de la soberanía. Es relevante recordar, que el modelo de Estado como la noción de frontera se extraen de la cultura occidental y posteriormente se universalizan, sin tomar en consideración los particularismos culturales. El primero nace en Europa y es aceptado aún cuando se podrían haber considerado especificidades culturales. De la misma forma, la noción de frontera es monocultural, puesto que se relaciona con el sistema europeo de Estado territorial¹⁵.

El concepto de frontera que se apunta es básicamente exterior, en sus inicios con marcadas connotaciones militares como protección frente al enemigo, y más tarde frente al otro. En efecto, de los múltiples significados que el concepto de frontera, puede tener, es de especial interés el que remite a su sentido geopolítico y epistemológico. El primero de ellos alude al sentido más originario, desde la propia etimología como «puesto y colocado enfrente» o «confín de un Estado», en el sentido que establece la línea territorial que delimita poder, iden-

largo de su frontera con Alemania e Italia después de la Primera Guerra Mundial, aunque nunca se pensó en completarla si no en dar una imagen de Francia fortificada), el muro Atlántico construido por el Tercer Reich (frente a un posible ataque aliado desde Gran Bretaña), el muro de Berlín (que diferenciaba el mundo liberal del socialista y el comunista), y el último de los muros de la guerra fría que separa Corea del Norte de Corea del Sur (y crea la zona desmilitarizada de Corea (ZDC), es decir, la franja de seguridad que, desde 1953, protege el límite territorial de tregua entre las dos repúblicas coreanas). Asimismo, mas recientemente, la voluntad de construir muros persiste. En 2014, por ejemplo, Bulgaria construyó una valla de seguridad para contener la llegada de refugiados a la UE desde Oriente Medio y el norte de África, su ampliación ya se ha previsto en 2015; también Hungría ha anunciado que construirá una valla con Serbia contra la inmigración, y tanto Ucrania como Estonia se muestran favorables a levantar muros.

¹⁴ JÁUREGUI BERECIARTU, G., «Del Estado nacional a la democracia cosmopolita: política y derecho en la era global», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 36, 2002, pp. 127-150, en concreto p. 133.

¹⁵ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «La relevancia del factor cultural en el derecho internacional contemporáneo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 14, 2010, pp. 325-338, en concreto pp. 332-333.

tividad y seguridad. También desde la dimensión epistemológica la frontera construye el ámbito de lo conocido y lo desconocido, y en ese sentido contribuye a crear la imagen del otro, afianzando la dimensión funcional junto a otra social a la par que política¹⁶.

La frontera separa el «yo» del «otro», creando de esta manera dos identidades, de tal forma que sin frontera no habría otro. La frontera crea al extranjero, hace al migrante que personifica el espectro heterogéneo de distinción jurídica, las desigualdades sociales y las diferencias. Progresivamente las normativas sobre inmigración y extranjería ya se encargarán de ordenar jerárquicamente y clasificar a los migrantes¹⁷.

Como límite exterior cumple en parte un papel semejante al de la barrera cuando actúa como muro interior, puesto que igualmente divide y disgrega, pero existe una notable diferencia, ya que, las barreras no separan el interior de un Estado soberano de un exterior extranjero, sino que actúan como estructuras que pretenden impedir los movimientos dentro del territorio. Ello no impide que existan muros que actúan a la vez como barrera y frontera, entre ellos, por ejemplo, la valla de seguridad de Israel¹⁸, que en función de los diferentes desafíos se muestra de una u otra forma, concentrando todas las funciones performativas, las estrategias legitimadoras y las contradicciones que, como se analizará, pueden encontrarse en la actualidad en los proyectos de amurallamiento. Con todo, la finalidad de generar la exclusión, de dificultar cuando no imposibilitar, el ingreso, persiste en uno y otro caso¹⁹.

¹⁶ ZAPATA-BARRERO, R., «Teoría política de la frontera y la movilidad humana», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 29, julio 2012, pp. 39-66, en concreto pp. 45-47 y GUO, R., *Cross-Border Management: Theory, Method and Application*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2015, pp. 5-12.

¹⁷ DE GENOVA, N. P., «Extremities and Regularities: Regulatory Regimes and the Spectacle of Immigration Enforcement», in JANSEN, Y., CELIKATES, R. and DE BLOOIS, J. (eds), *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: Detention, Deportation, Drowning.*, 1, Rowman & Littlefield, 2015, pp. 3-14, en concreto pp. 3-4.

¹⁸ BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, *op. cit.*, pp. 46-49.

¹⁹ Como en la frontera pero en el interior, los denominados guetos excluyen pensando la relación en clave de segregación espacial, en este caso respecto al «conciudadano indeseado» BAUMAN, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 65, buscando refugio desde el miedo al extraño, más en clave de pobreza que de amenaza cultural o identitaria, BAUMAN, Z., *Vida líquida*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 93-105. Esa misma lógica que se aplica en la frontera respecto al Estado, se traslada a su ámbito interno en las ciudades que se conciben en clave de riesgo para afrontar la existencia de extraños, que son vistos con desconfianza y generan demandas de seguridad que pueden satisfacerse bien a través del refuerzo del sistema represivo institucional o bien desde el ámbito privado, pero en todo caso como reacción frente al extraño, GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 13-37.

La frontera es, por tanto, una línea real, visible y blindada, pero también un espacio imaginario de protección en el contexto de las autopercepciones, de tal manera que exige un proceso y cumple una determinada función. Sin embargo, aún manteniendo estos rasgos originarios mínimos, los nuevos muros en la era de la posguerra fría y poswestfalia, presentan características distintas propias que tienen que ver con la forma de afrontar la globalización desde la soberanía del Estado-nación. Efectivamente, si la frontera es, además, una institución política primaria (como se confirmará, en el siguiente epígrafe, a propósito de la relación entre Estado-nación y derechos) necesariamente hay que entenderla como una categoría histórica, resultado de su particular biografía, y en el mismo sentido mutable en el tiempo²⁰. Por eso, las fronteras actuales, en su historia de vida, responden a retos, en teoría coincidentes pero en la práctica diferentes respecto al clásico papel de las murallas, en la medida en que persiste el objetivo de la defensa y la protección pero respecto a agentes externos distintos, que pueden seguir presentándose como bárbaros, cuando se concretan en los flujos migratorios, los terroristas o los traficantes de armas, drogas y seres humanos, pero que en todo caso no responden estrictamente a un poder soberano estatal.

1.2 El miedo como justificación y la violencia como reacción

En el nuevo escenario las fronteras poswestfalianas se articulan frente a un bárbaro distinto agrupado bajo el término globalización. Frente a ella los pilares del Estado-nación se tambalean porque la transición desde Westfalia produce profundas afecciones en el concepto de soberanía. De los teóricos clásicos de la soberanía moderna (entre ellos, Bodin, Hobbes y Schmitt) pueden sintetizarse algunos rasgos definitorios indispensables de la soberanía, entre ellos, la supremacía, la permanencia en el tiempo, la capacidad de decisión, el carácter completo, la condición de intransferible y la jurisdicción especificada. Todos ellos procuraron plasmarse, aún siendo siempre una aspiración, en el modelo de Westfalia, que ahora se ve amenazado por los crecientes flujos de capital, mercancías, personas y distintas formas de violencia y vasallaje, que priman los criterios de mercado frente a los principios de la legalidad y la política. Como apunta Brown, el Estado-nación continúa siendo un actor, un símbolo de la identificación nacional, pero los rasgos definitorios de la soberanía ya no residen en él si no en el dominio absoluto del capital y de la violencia política sancionada por la divinidad, de ahí que puede relacionarse el declive de la soberanía del Estado-nación con la proliferación de

²⁰ BALIBAR, E., *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*, Paris, La Découverte, 2001, p. 174.

nuevos muros que escenifican la situación real en la que el poder estatal se encuentra²¹.

En este contexto, la frontera como uno de los baluartes nacionales persiste en ser atrincherada, aunque la iconografía física no sea eficaz (o no lo sea tanto como las múltiples posibilidades que ofrecen otros medios menos visuales como los digitales), y mantiene la psicosis del miedo como justificación frente a medidas que vulneran derechos exceptuando la legalidad hasta límites imprevisibles. Ese resorte del miedo, que puede ser visto como una visión simplista de la concepción hobbesiana de la razón política²², se concreta desde el 11S en la defensa frente al terrorismo y, de forma muy preocupante, frente a la movilidad humana, aunando fenómenos como la extranjería y el asilo que reciben un trato excesivamente similar cuando son realidades diferentes.

Ciertamente, el 11S visibilizó una ausencia de homogeneidad nacional, que desde el Estado tanto se había insistido en predicar, dejando paso a otra forma de esencialismo que lleva a una guerra más bien de identidades y culturas que sirvió, igualmente, para alentar el discurso de la seguridad hacia el exterior. El extraño, por definición, es peligroso y frente a él las reacciones político-militares estatales están justificadas en aras de la salvaguarda de la ciudadanía que al Estado le corresponde. Se reafirma así una política de cierre de fronteras, reales e imaginarias, que tiene como justificación el rechazo al otro, que si bien ya existía anteriormente, encuentra en el 11S una coartada perfecta. El extraño pasa a ser un chivo expiatorio renovable que se visibiliza como fuente permanente de inquietud e imprevisibilidad que hace inaplazable la función protectora del Estado, en el mismo sentido la identidad se construye desde la apología de lo que separa y no desde el consenso de valores comunes²³.

Ante el miedo, a los terroristas y a las migraciones, las reacciones a escala mundial se diversifican, pero al mismo tiempo se estandarizan en la representación simbólica del blindaje físico de las fronteras. Los casos de Estados Unidos (separando la frontera de California, Arizona y Texas con México) y España (en la frontera de Ceuta y

²¹ BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, *op. cit.*, pp. 30-34.

²² DE LUCAS, J., «El miedo en las sociedades más seguras de la historia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º43, 2009, pp. 85-92, en concreto p. 86. *Vid.* CARENS, J. H., «Fear vs. Fairness: Migration, Citizenship and the Transformation of Political Community», in LIPPERT-RASMUSSEN, K., HOLTUG, N. and LAEGARD, S. (eds.), *Nationalism and Multiculturalism in a World of Immigration*, Houndmills, UK, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 151-173.

²³ BECK, U., *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 95-96; BAUMAN; Z., *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Barcelona, Tusquets, 2007, p. 122; NAÏR, S., *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía y codesarrollo*, Barcelona, Círculo de lectores, 2010, pp. 198-202; y SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, Logroño, Perla Ediciones, 2012, p. 105.

Melilla con Marruecos), tomados, respectivamente, como una de las mayores fronteras en extensión y una de las que visibiliza un mayor nivel de desigualdad a ambos lados, son paradigmáticos para mostrar los discursos más dispares que justifican la fortificación fronteriza con medidas como los alambres de espino, las concertinas, los radares, los altos muros de hormigón o de plancha metálica y las torres de vigilancia, que aunque no son efectivos (si bien añaden dificultad), transmiten la idea de control.

En el primer supuesto, en Estados Unidos tanto las fortificaciones de Arizona y Texas, como la triple valla de San Diego fueron construidas para ofrecer una visión militarizada de la frontera. La emblemática *Gatekeeper Operation*, para reforzar el muro de San Diego, se presentó como una medida de emergencia articulada dentro de la estrategia nacional para asegurar el estricto trato que debía recibir la inmigración irregular²⁴. Esta necesidad de amurallamiento es un tema recurrente que periódicamente reaparece para vincular realidades tan diversas como el narcotráfico o la inmigración y que sigue teniendo una aceptación socialmente positiva. Así se demostró, por ejemplo, en el debate entre los candidatos republicanos que se celebró el 5 de agosto de 2015 en Cleveland (Ohio), donde una de las propuestas era la de obligar a México a pagar por un muro en la frontera. La ilusión estadounidense de orden y control, bajo una política agresiva en la frontera, no ha tenido los resultados esperados, es más ha provocado otros como la proliferación de un sistema profesional de contrabando, una mayor corrupción y más muertes en la zona fronteriza, aunque se haya insistido por parte de la administración norteamericana, en esos juegos de frontera, en proyectar, respecto a su política, una *imagen ganadora* aunque en realidad no se haya ganado el juego²⁵.

En el mismo sentido, la utilización de concertinas en las vallas de Ceuta y Melilla, a pesar de las terribles consecuencias de su uso²⁶, son una muestra de la voluntad de blindaje con medios visibles que escenifiquen el poder estatal. Poco importan el elevado coste político, económico y social de este tipo de medidas, si la opinión pública asediada por permanentes noticias acerca del intento de entradas irregulares, mezcladas con otras que sutilmente conectan imaginarios como el del terrorismo o fundamentalismo con el de la inmigración y/o la diversidad, para acabar convirtiendo todo ello en el «control del control»²⁷.

²⁴ NEVINS, J., *Operation Gatekeeper and beyond: the war on «illegals» and the remaking of the US-Mexico Boundary*, New York, Routledge, 2010, pp. 93-117.

²⁵ ANDREAS, P., *Border Games. Policing the US-Mexico divide*, London, Cornell University Press, 2009, p. 111 y GUO, R., *Cross-Border Management: Theory, Method and Application*, op. cit., pp. 135-151.

²⁶ Hasta tal punto que el Defensor del Pueblo ha pedido de modo reiterado que dichas concertinas se retiren, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2014 y debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2015, pp. 201-202.

²⁷ WIHTOL DE WENDEN, C., ¿Hay que abrir las fronteras?, op. cit., pp. 18 y 44-46.

Ese miedo lleva también la violencia a la frontera, entendiéndola igualmente como mecanismo de defensa, aunque suponga un daño infringido más allá del amparo del Estado, y con él del ordenamiento jurídico²⁸. Siguiendo con los dos casos mencionados, las actuaciones en la frontera norteamericana muestran muchos ejemplos de violencia con los migrantes, como las actuaciones de los denominados *Minute-men* que dan caza a los inmigrantes en situación irregular en la frontera, reemplazando los mapas por otras falsos o sustituyendo el agua de los depósitos que hay en el desierto por otra no potable.

En la frontera española con Marruecos por ejemplo, en febrero de 2015, en la parte marroquí se procedió al desalojo de los campamentos de extranjeros (de inmigrantes pero también de potenciales solicitantes de asilo) quemando los asentamientos del monte Gurugú. Con anterioridad, el 6 de febrero de 2014, en El Tarajal, se produjo la muerte de quince personas al intentar entrar a nado en territorio español por la playa de Ceuta y ser recibidas con material antidisturbios (disparando bolas de goma) por parte de la Guardia Civil²⁹.

Este tipo de acciones evidencian que en la frontera, en cumplimiento de su función geopolítica y psicológica, 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 (como el caso de las devoluciones o expulsiones *en caliente* en España, que se analizarán más adelante), aunque se quieran justificar desde el estado de emergencia o de *sitio*³⁰ que pretende convertir en permanente lo que no tiene cabida en la legalidad del Estado de Derecho. Esa fuerza coactiva propia del Derecho, incluso

²⁸ DE LUCAS, J., «Violencia, fronteras, Derecho», *Sin permiso*, 27 de abril de 2014, 7 pp., en concreto p. 2 y DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 47-56.

²⁹ A propósito precisamente de los acontecimientos de El Tarajal, el Comité contra la tortura ha recomendado a España adoptar «medidas eficaces para prevenir y poner fin al uso desproporcionado de la fuerza por los agentes del orden, asegurándose de que existan normas claras y vinculantes sobre el uso de la fuerza que se ajusten plenamente a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1990)». Asimismo insta a que se lleve a cabo «la investigación exhaustiva e imparcial de todos los actos de brutalidad y uso excesivo de la fuerza por el personal de las fuerzas del orden y enjuiciar a quienes aparezcan responsables», COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*. El Comité contra la Tortura examinó el sexto informe periódico de España (CAT/C/ESP/6) en sus sesiones 1302.^a y 1305.^a (CAT/C/SR.1302 y 1305), celebradas los días 28 y 29 de abril de 2015, y aprobó en su sesión 1328.^a (CAT/C/SR.1328), celebrada el 15 de mayo de 2015, las observaciones finales, p. 6.

³⁰ LOCHAK, D., *Face aux migrants: état de droit ou état de siège? (conversation avec Bertrand Richard)*, Textuel, Paris, 2007. Se pierde así la perspectiva de que las normas jurídicas pueden crear, interpretar y aplicar el derecho a partir de diferentes premisas que han de tener en consideración las transformaciones sociales y las nuevas necesidades presentes en los ordenamientos jurídicos, RUIZ SANZ, M., «Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones», *Derechos y Libertades*, n.º 32, 2015, pp. 80-106, en concreto pp. 93-97.

diferencial en la polémica entre Ross y Kelsen, deja de ser el ejercicio legítimo de la fuerza, ese que al Estado corresponde y que se plasma a través del ordenamiento jurídico para el respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales y humanos, para convertirse en violencia, en el significado más estricto del término, puesto que provoca de modo deliberado daños físicos y psíquicos a un tercero³¹.

2. LA RELACIÓN ENTRE FRONTERAS, ESTADO-NACIÓN Y DERECHOS

La violencia en la frontera, la suspensión aunque sea temporal de la legalidad, es incompatible con el respeto al estándar mínimo internacional de los derechos humanos. En el intento de superar esas situaciones, el Alto Comisionado de los Derechos Humanos de Naciones Unidas publicó los principios y directrices recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales, que constituye un aporte ineludible para diseñar e implementar políticas garantistas de los derechos. Entre los tres principios básicos se hace referencia a la primacía de los derechos humanos, la no discriminación y la asistencia y protección contra cualquier daño, recordando a los Estados que las fronteras internacionales no son zonas de exclusión o excepción de las obligaciones internacionales. Ciertamente dichos principios se asientan en el denominado *soft law*, con todas las críticas respecto a su carácter no vinculante, aunque en este caso, respecto a la frontera, si bien sería deseable el carácter obligatorio no es desdeñable los efectos jurídicos que estos producen por su lugar en el derecho internacional³².

Entre las directrices que permitan traducir ese marco internacional en medidas concretas y prácticas para la gobernanza de las fronteras se citan las siguientes: promocionar y proteger los derechos humanos; la especial atención al marco jurídico y normativo procurando armonizar la legislación nacional con la internacional en esta materia; desarrollar la capacidad en materia de derechos humanos, por ejemplo, asignando suficientes recursos del presupuesto del Estado para fortalecer la gobernanza de fronteras, incluidos los sistemas de identificación, examen y remisión; garantizar los derechos humanos en los rescates e interceptaciones; propiciar asistencia inmediata en caso necesario; respetar los derechos en el examen y las entrevistas en la frontera así como en la identificación y remisión, tomando en especial considera-

³¹ DE LUCAS, J., «Violencia, fronteras, Derecho», *op. cit.*, pp. 2-4.

³² Se trata de una cuestión de enorme calado que ha generado un gran debate entre la doctrina en relación a diferentes aspectos, entre ellos el de su concepto y como nota predominante el carácter no vinculante, por todos a los efectos que ahora interesa, *vid.* SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2004 y LAPORTA, F. J., «Gobernanza y soft law: nuevos perfiles de la sociedad internacional», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 41-81.

ción la importancia de la vida en familia³³; evitar la detención; e incentivar la cooperación y coordinación entre los múltiples interesados. Estas disposiciones insisten en la universalidad de los derechos humanos y rigen en cualquier lugar en el que los Estados ejerzan un control efectivo, aunque sea fuera de sus territorios. Exigen, también, un respeto ineludible por el debido proceso, el acceso a la justicia para denunciar abusos y acceder a mecanismos de reparación³⁴, antes las múltiples dificultades que encuentran los inmigrantes para el ejercicio de tales derechos y la discriminación de que son objeto³⁵.

Una reflexión iusfilosófica sobre las fronteras debe abordar la conexión entre estas y el poder del Estado en el ejercicio del monopolio legítimo de la violencia, puesto que mientras las mencionadas directrices no sean una realidad no puede seguir obviándose el límite que en las políticas estatales fronterizas, y la regulación normativa, suponen para la garantía de los derechos humanos como concreción de la idea de justicia.

2.1 La idea de justicia en el Estado-nación aplicada a la movilidad humana

Si retomamos la referencia antes apuntada de un posible uso legítimo de la fuerza para la protección de la frontera, es inevitable acudir a la idea de justicia. Ciertamente aunque detrás de las políticas de protección de fronteras y el desarrollo normativo que estas llevan aparejado pueda apelarse a las ideas de paz, seguridad u orden, es necesario, como apunta Ruiz Miguel a propósito de la función del derecho en un mundo global, ir más allá, con una concepción éticamente más comprometida para admitir que «la realización de la justicia aparece ahora como fin y función del Derecho en nuestras sociedades»³⁶.

³³ LA SPINA, E., *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 298-301.

³⁴ ACNUDH (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, op. cit., pp. 11-50.

³⁵ AÑÓN ROIG, M. J., «Integración, discriminación y acceso a la justicia», en SOLANES CORELLA, A. y LA SPINA, E., *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 81-199 y «El acceso a la justicia de las personas inmigrantes: la asistencia jurídica gratuita», en DE LUCAS, J. y AÑÓN ROIG, M. J., *Integración y derechos: a la búsqueda de indicadores*, Barcelona, Icaria, 2013, pp. 289-320. GARCÍA AÑÓN, J., «Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación por perfil étnico», en GARCÍA AÑÓN, J. y RUIZ SANZ, M. (eds), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 281-316.

³⁶ RUIZ MIGUEL, A., «La función del derecho en un mundo global», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, op. cit., pp. 19-39, en concreto p. 22.

Desde que en 1971 John Rawls publicara su teoría de la justicia, las discusiones doctrinales en el ámbito de la filosofía política acerca de las fronteras no han dejado de cuestionar la imposibilidad de aplicar su justicia estatal más allá de los límites del Estado-nación. El marco geopolítico westfaliano, apenas cuestionado de los siglos XVII a XX, es el contexto en el que se inserta la teoría rawlsiana para concebir al Estado como el encargado de administrar justicia y discutir sobre ella, especialmente en los regímenes democráticos. Para Rawls es en las sociedades organizadas estatalmente donde la justicia encuentra su campo de acción³⁷, de tal forma que sin Estado, entendido como una unidad política delimitada territorialmente por una frontera, no puede concebirse la teoría de la justicia. El espacio estatal, en cuanto delimitación territorial es por tanto fundamental. Por ello, resulta significativo que en la obra del mencionado autor no se dedique una atención pormenorizada a las implicaciones políticas, pero también normativas y morales, de la noción de frontera. En la respuesta planteada por Nozick (1974) a la teoría rawlsiana por considerarla intervencionista, tampoco aparece una reflexión sobre la frontera³⁸.

Es a finales de los años 70 cuando Beitz amplía la visión sobre la justicia vinculándola al ámbito internacional. Desde ese momento, distintos filósofos en una perspectiva política y teóricos sociales, aún siguiendo los presupuestos rawlsianos, reclaman la importancia de articular la teoría de la justicia desde dicha dimensión. A partir de Beitz, otros autores como Barry, Pogge, Nussbaum o Fraser, desde un enfoque liberal-igualitario y cosmopolita, se centran en prestar atención a la estructura básica de la sociedad global procurando no perder rigor conceptual ni exigencia normativa³⁹. Aunque Rawls con su derecho de gentes intenta proporcionar un conjunto de normas que funcionen como una especie de pautas de buena conducta que los pueblos (término cuya definición se cuestiona) deberían seguir en sus relaciones, esta propuesta no supera la crítica apuntada al menos por dos motivos. Por una parte, persiste la idea de que la unidad para decidir, a nivel político, acerca de la justicia sigue siendo algo parecido al Estado-nación, de tal forma que no se afronta el orden global⁴⁰. No hay dudas en esa ausencia de un orden institucional global, puesto que, como el propio Rawls reconoce, siguiendo a Kant, «un gobierno mundial –que entiendo como un régimen político unificado con los poderes reconocidos a los gobiernos nacionales– sería un despotismo

³⁷ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 1979, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 25.

³⁸ ZAPATA-BARRERO, R., «Teoría política de la frontera y la movilidad humana», *op. cit.*, p. 41.

³⁹ VELASCO ARROYO, J. C., «Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global», *Arbor*, CLXXXVI 744, julio-agosto 2010, pp. 585-601, en concreto p. 587.

⁴⁰ SINGER, P., *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 21.

global o un frágil imperio desgarrado por frecuentes guerras civiles, en la medida en que pueblos y regiones tratarían de alcanzar libertad y autonomía»⁴¹. Además, aunque las pretensiones rawlsianas giran entorno a trasladar la concepción liberal de la justicia interna (doméstica) a una sociedad de pueblos, no se da la misma coherencia en uno y otro caso, y además existe un marcado énfasis en el ser humano concebido desde una dimensión individual que choca con el ámbito supraestatal, de tal forma que los pueblos (en este sentido en el equivalente a los Estados) son las «últimas unidades de interés»⁴².

En el planteamiento de Rawls, a partir del derecho de gentes, la migración queda ubicada dentro de los aspectos de teoría no ideal, pero incluso cuando como correctivo se intenta acudir a la justicia cosmopolita para los individuos, se sigue desconociendo el principio de distribución entendido como la pertenencia de los seres humanos a diversas comunidades⁴³. Al no incorporar a la teoría de la justicia la dimensión internacional muchos de los fenómenos que se han acentuado con la globalización quedan al margen de la explicación que la misma ofrece, entre otras cuestiones que han quedado patentes en el fructífero debate al respecto. Así, por ejemplo, no se justifica el papel que las fronteras cumplen en la articulación de la movilidad humana y en las consecuencias normativas que de ella derivan.

Como puso de relieve Carens, la tradición liberal no justifica la existencia de la frontera y la función en cuanto al control y la exclusión que esta desempeña. Desde la noción de Estado-nación y la aplicación de los principios liberales, la frontera actúa, como ya se ha apuntado, como elemento de inclusión-exclusión, lo que traducido a las categorías políticas de dicho tipo de Estado equivale a la dicotomía ciudadano-extranjero, en la delimitación de la pertenencia a la comunidad política, y por tanto, en el reconocimiento y garantía de un mayor elenco de derechos y libertades. Así si en la conocida posición original propuesta por Rawls, tras el velo de la ignorancia, hubiera que llegar a un acuerdo sobre los principios de justicia, la libertad de movimiento sería reconocida como un derecho universal en la medida en que resultaría sensato procurar asegurarse que en el caso de nacer en un país sin recursos sería posible, al menos, acceder a otro que sí los tuviera. Si se siguiera una tradición marcadamente liberal la consecuencia sería la apertura de las fronteras. En realidad, tanto el libertarismo de Nozick como el liberalismo igualitario de Rawls, no esgrimen razones morales

⁴¹ Rawls, al mismo tiempo, entiende que la pluralidad de Estados puede ser un factor suficiente para la paz al asumir que las democracias no han entrado en guerra entre sí, RAWLS, J., *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 49.

⁴² POGGE, Th., «La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls», *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 23, 2004, pp. 28-48, en concreto pp. 32-33.

⁴³ BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, op. cit., p. 27.

que permitan justificar el control de las fronteras limitando los derechos de los extranjeros a entrar y/o residir en un Estado⁴⁴.

Kymlicka, por su parte, retoma la noción de justicia de Rawls en el intento de trasladarla a las comunidades que históricamente han sido excluidas de la posición original. Su pretensión es combatir el paradigma de las desigualdades inmerecidas y que pueden considerarse moralmente arbitrarias, aquellas que están presentes en la postura rawlsiana. Con ello lo que se pretende es alcanzar una sociedad con fronteras territoriales que sea más justa en el acceso a los bienes sociales, puesto que, «...los liberales igualitaristas no pueden aceptar un sistema de fronteras que condene a unas personas a la pobreza más terrible al tiempo que permite a otras una vida privilegiada»⁴⁵.

Desde la defensa de una apertura de fronteras, Carens responde a aquellos que señalan que dicha medida desafiaría al sentido común y, además, que el derecho internacional ya protege a los inmigrantes y refugiados, apelando al hecho fundamental de que tales disposiciones, incluso las vinculadas al estándar mínimo de los derechos humanos (así como las normativas estatales) abordan el derecho básico de los Estados de controlar la movilidad humana como si estuviera fuera de toda duda. Al apostar por argumentos a favor de las fronteras abiertas, lo que trata de evidenciar es que la perspectiva crítica de la teoría es correcta, mientras que las prácticas convencionales y las instituciones no lo son. El control discrecional de la inmigración (que lleva aparejada como hemos visto prácticas cuestionables en la frontera) es una profunda injusticia que no se considera injusta por la mayoría como en otro tiempo tampoco lo fueron otras prácticas. Por eso, Carens recurre a la comparación con el feudalismo asumiendo que en el momento actual los criterios de ordenación de tal época no serían admisibles por incompatibles con los principios democráticos. Las prácticas propias de las fronteras cerradas traen una cierta reminiscencia de la desigualdad y la privación de libertad propia de ese período histórico, o en sentido inverso, desde la dimensión democrática, tomando en consideración sus implicaciones morales, la idea de fronteras abiertas encaja mejor con nuestros valores, con la libertad y la más básica igualdad, así como con nuestras intuiciones más profundamente arraigadas acerca de la justicia. En cambio, la idea de que el Estado debe ser capaz de restringir la inmigración según su voluntad, incluso, se podría añadir, acudiendo a argumentos ya señalados como el de seguridad, defensa o protección identitaria en clave de ejercicio soberano, es mucho menos convincente⁴⁶.

⁴⁴ CARENS, J., «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders», *The Review of Politics*, 49 (2), 1987, pp. 251-273.

⁴⁵ KYMLICKA, W., *Fronteras Territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, Madrid, Trotta, 2006, p. 77.

⁴⁶ CARENS, J. H., *The Ethics of Immigration*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 231-233.

Una de las cuestiones que este debate plantea, a los efectos que ahora interesan, es que en la aplicación de la justicia dentro de un contexto global, es fundamental la delimitación de quiénes son los sujetos destinatarios. Para los nacionalistas-liberales, los principios de la justicia son aplicables en el marco de los Estados nacionales, en la línea propuesta por Rawls. En cambio, los partidarios de una visión cosmopolita o globalista, entienden que el objeto de la justicia son las relaciones entre todos los seres humanos de tal forma que la unidad básica de distribución son las estructuras globales. Por último, los internacionalistas presuponen una estructura básica de doble nivel que contempla lo nacional y lo internacional con diferentes grados de obligaciones distributivas. Aunque las dos últimas posturas no son coincidentes, si convergen en considerar que los principios de la justicia han de superar las barreras estatales teniendo una aplicación global o internacional que también permitiría, entre otras cuestiones, un enfoque distinto de la movilidad humana⁴⁷. Como acertadamente puntualiza Ruiz Miguel «si se toman en serio los derechos humanos, la función ideal del Derecho no puede dejar de trascender en gran medida el marco de la soberanía estatal defendido por Rawls»⁴⁸.

Si el ciudadano constituye el sujeto por excelencia del Estado-nación, aquel alrededor del cual se articula toda la protección de este, el extranjero es la segunda institución en importancia, como definición negativa derivada de la primera. Si esa dualidad seminal, se traslada al fenómeno de la movilidad humana, el extranjero, o de forma más particular el inmigrante, es concebido en las políticas que se le aplican y en el ordenamiento jurídico como un sujeto «parcial», por eso es una categoría que permite entender las limitaciones y contradicciones de la pertenencia al Estado-nación y las ausencias explicativas de la perspectiva liberalista. Esta discusión no es nueva, pero la constante modificación de las condiciones en las que se aplica, hace que se redefina la propia categoría de ciudadanía, por eso la inmigración es un excelente ámbito de análisis para indagar acerca de las contradicciones, las tensiones internas y los límites normativos del orden institucional que ha priorizado el Estado-nación⁴⁹.

Precisamente la noción de ciudadanía (que ha generado una prolija discusión que escapa a las posibilidades de este estudio), es tomada entre una parte de la doctrina partidaria del cierre de fronteras desde la función protectora del Estado. Así por ejemplo, Walzer articula la condición de miembro a partir de la exclusión que generan las fronteras, apostando por un cierre parcial y condicionado que no facilita el acceso a la ciudadanía por parte de los extranjeros. Las críticas que enfatizan el error de esta postura señalan que en el punto de partida la

⁴⁷ FRASER, N., *Escalas de justicia*, Herder, Barcelona, 2008, pp. 67-79.

⁴⁸ RUIZ MIGUEL, A., «La función del derecho en un mundo global», *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, *op. cit.*, p. 368.

misma considera que esa pertenencia en clave política a una comunidad se articula en términos étnicos y culturales, sin prestar atención a que esta opción adolece de un importante déficit democrático⁵⁰.

Kymlicka, desde otra perspectiva, defiende una especie de lectura liberal de la construcción nacional. En esa línea considera, entre otras cuestiones, que un Estado liberal: impone menos desventajas a aquellos que permanecen fuera del grupo nacional dominante; no prohíbe los discursos que desafían el privilegio de una identidad nacional; tiene una concepción extensa de la comunidad nacional, y al mismo tiempo una concepción menos exigente de la identidad nacional (que no es excluyente); en él la cultura nacional se hace cosmopolita al adoptar valores edificantes de otra cultura; y reconoce oficialmente a las minorías. En dicho tipo de Estados «los inmigrantes no solo tienen el derecho a convertirse en miembros de la nación, sino que también tienen el deber de unirse a la comunidad nacional». El problema es que si el extranjero no quiere «convertirse» es posible que tenga un estatuto jurídico a la baja de tal manera que, al final del recorrido, la frontera sigue siendo la encargada de proteger y fortalecer la comunidad política nacional⁵¹.

Es evidente que las nuevas realidades de las sociedades plurales plantean exigencias que van más allá de aquellas que estaba acostumbrado a satisfacer el modelo de Estado-nación surgido de los Tratados de Westfalia en la dicotomía ciudadano vs. extranjero, ya no basta con la progresiva inclusión de los ciudadanos como iguales que este postulaba, ni con el mero cierre de fronteras y la exclusión de los que pertenecen a otros Estados. Se hace así imprescindible una redefinición del concepto de ciudadanía, que obliga a reajustarlo a una realidad que supera el Estado-nación y el límite de sus fronteras territoriales⁵². Queda así patente la necesidad de caminar hacia un Estado que ya no cumple con el paradigma tradicional. Ese nuevo modelo puede tender a un Estado supranacional o poswestfaliano entendiendo por tal simplemente aquel que va más allá del Estado soberano de Westfalia, poniendo en tela de juicio ideas que se daban por asentadas, como

⁵⁰ WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 44-74. Frente a sus propuestas vid. BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, op. cit., pp. 61-96.

⁵¹ KYMLICKA, W., *Fronteras Territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, op. cit., pp. 63 y ss.

⁵² SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, op. cit., pp. 47 y 77. Surgen en este punto interesantes aportaciones como las que se realizan desde la perspectiva cosmopolita que, para una parte de la doctrina es vista como un gran paso adelante para abordar la cuestión de los derechos y la justicia con un enfoque que trascienda las relaciones interestatales, abogando de forma implícita por un cosmopolitismo político, vid. BECK, U., *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, op. cit., pp. 139-180; PEÑA ECHEVARRÍA, J., *La ciudad sin muros. Política en clave cosmopolita*, Barcelona, El Viejo Topo, 2010, pp. 49-72, y «Migraciones, ciudadanía y globalización neoliberal», *Arbor*, vol. 188, n.º 755, mayo-junio 2012, pp. 529-542.

el de ser la mejor forma de organización en la que puede ubicarse la democracia o el tener el control absoluto de sus fronteras⁵³.

2.2 La externalización de las fronteras y la libertad de circulación como factor de estratificación

Si retomamos los rasgos analizados propios de la frontera en el período poswestfaliano, asumiendo, como se acaba de exponer, que los principios de justicia quedan al margen y la frontera, especialmente con la globalización, permite actuaciones que suspenden temporalmente los mandatos del Derecho, es posible abordar varios ejemplos que evidencian lo que podrían considerarse los efectos disolventes de la globalización en la soberanía de los Estados nacionales. Ciertamente estos se articulan, entre otras cuestiones, para interceptar flujos de personas, reiterando así un imaginario político que se desvanece en el ámbito global, en un tiempo posterior a la era de la soberanía del Estado nacional pero anterior a la instauración de un orden global alternativo que permita corregir las disfunciones del intento de supervivencia, sin mutación, de esta en un espacio que ya no le es propio⁵⁴.

En la redefinición de la idea tradicional de Estado-nación, o si se prefiere en su declive y progresiva concreción en su naturaleza y funciones dentro de un contexto internacional global, una muestra significativa de las contradicciones latentes es la denominada externalización de las fronteras. Ciertamente este es solo un ejemplo de los muchos posibles a los que se enfrenta, como recuerda a Bayón, una unidad política, como problema de escala, cuando tiene que adoptar elecciones que están determinadas por acciones y decisiones que se toman más allá de sus fronteras, escapando así a su control, como ocurre con carácter general en un mundo globalizado caracterizado por crear múltiples externalidades transfronterizas⁵⁵.

La externalización de las fronteras es un fenómeno, fruto de un proceso, que marca un nuevo contexto en la territorialidad que al Estado correspondía en el marco westfaliano, puesto que la desterritorialización de la frontera implica que los límites geográficos, y por ende políticos, económicos y jurídicos, se extienden para superar las fronteras físicas. El *locus* del control y de la seguridad se expande fuera del territorio y trasciende la actuación nacional, combinando la acción exterior e interior y produciendo una segmentación de los sujetos de control en donde la distinción ciudadano-extranjero se amplía por la creciente

⁵³ BAYÓN, J. C., «Democracia más allá del Estado», *op. cit.*, pp. 121 y 123-126; y ZÜRN, M., «Democratic Governance beyond the Nation-State», in GREVEN, M. y PAULY, L. W. (eds), *Democracy Beyond the State? The European Dilemma and the Emerging Global Order*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2000, pp. 91-114, en concreto pp. 93-95.

⁵⁴ BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁵ BAYÓN, J. C., «Democracia más allá del Estado», *op. cit.*, p. 123.

selectividad diferenciada de las fronteras⁵⁶. Esta estrategia exige la colaboración de los países que implementarán en sus fronteras físicas determinados tipos de políticas, como las de control de los flujos migratorios, marcadas por otro Estado. Un amplio entramado de medidas pueden incentivar este tipo de colaboración si se sujeta a la ayuda al desarrollo, a la firma de acuerdos de readmisión o (en el caso de que existan) a las cuotas legales de migración laboral. Esa externalización supone, también la transmisión a esos terceros países colaboradores de la responsabilidad del control y la gestión de la movilidad humana, pero sin poder asegurar (ni siquiera a nivel formal) que existen las garantías legales que serían exigibles, por ejemplo, en cuanto a asistencia letrada, derecho a interprete o accesibilidad al estatuto de refugiado. Al mismo tiempo, la desterritorialización de la frontera permite procesos específicos de filtración al crear zonas de espera en las que el ritmo migratorio puede regularse de diferente manera, y también procedimientos de selección más o menos tecnocráticos, o incluso en ocasiones, violentos⁵⁷.

Esta alternativa de externalización se ha utilizado tanto en Estados Unidos en su frontera con México, como en las fronteras exteriores de la UE (claramente en el caso de España respecto a Marruecos) o en la denominada solución pacífica en Australia. Al involucrar a terceros Estados en el régimen fronterizo, la división dentro-fuera se relativiza respecto a la tradicional frontera del Estado-nación. Ya no es posible seguir manteniendo la dicotomía ni siquiera en las categorías más primitivas (ciudadano-extranjero) porque entre ellas se arbitran otras muchas. En efecto, la forma de articular la frontera y su impacto en la movilidad humana tiene que ver también con lo que podría denominarse una inclusión diferencial que, en una primera lectura, determina un producción legal de la irregularidad y, al mismo tiempo, un proceso de inclusión migrante en esa misma situación al margen de la legalidad que crean las condiciones, por ejemplo, para la racialización del trabajo y de la ciudadanía⁵⁸.

La frontera física, más o menos alejada de los límites jurídicos del Estado en cuanto acordados a nivel internacional desde la paz de Westfalia, acaba sirviendo solo frente a un determinado tipo de extran-

⁵⁶ FERRERO TURRIÓN, R. y LÓPEZ SALA, A. M., «Fronteras y seguridad en el Mediterráneo», en ZAPATA-BARRERO, R. y GALLARDO FERRER, X. (eds.), *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, Barcelona, Bellaterra, 2012, pp. 229-254, en concreto p. 241.

⁵⁷ DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, op. cit., pp. 75-88, y FERRER GALLARDO, X., «El archipiélago-frente mediterráneo: fractura, ensamblaje y movimiento en el contorno sur de la UE», ZAPATA-BARRERO, R. y GALLARDO FERRER, X. (eds.), *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, op. cit., pp. 79-104; y BARBERO, I., *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*, Gipuzkoa, Cuadernos 3, Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración, 2010, pp. 48-57.

⁵⁸ MEZZADRA, S. y NIELSON, B., «Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia», *Papeles del CEIC*, 2, 2014, 30 pp., pp. 13-14.

jero: bien el inmigrante que (por las múltiples limitaciones variables en cada caso) no ha podido acceder a una autorización de entrada legal o bien el perseguido (en las diversas variables de la Convención de Ginebra) que sería el candidato al estatuto de refugiado.

En ese papel de muro de contención, la frontera cumple una misión en cuanto modifica el sistema de posiciones de los sujetos, sobre las cuales se construyen, por ejemplo, los mercados laborales formales. En ellos se ocupan los inmigrantes trabajadores regulares (temporales, temporeros o permanentes) y son excluidos los irregulares que pasan a engrosar las filas de la llamada economía sumergida en cuya lógica es difícil establecer si la posibilidad de insertarse en la misma es el efecto llamada o si, por el contrario, el ejército de reserva de mano de obra formalmente no reconocida es el que hace que esta exista. En todo caso, la definición de la posición puede también establecerse a partir de la oposición a la noción de ciudadanía, desde la fragmentación del concepto de extranjero, y no en el empleo, en tal caso la catalogación puede sintetizarse, desde las dimensiones de la ciudadanía formal e informal, en la dualidad entre reconocidos pero no autorizados y autorizados pero no reconocidos. En el primer caso, estaríamos ante una especie de ciudadano informal, que puede residir durante largos períodos de tiempo en una comunidad, demostrando una buena conducta, potenciando una interacción con la población autóctona y sería el beneficiario de las amnistías que le permitirían regularizar su situación. Así se irían construyendo estrategias para legitimar determinadas formas de pertenencia informales o extraestatales. En segundo lugar, estarían los autorizados no reconocidos, fuera de la extranjería, que englobaría a los ciudadanos de pleno derecho que no son reconocidos como tales, por ejemplo, aquellos que pertenecen a una minoría y sufren discriminación por cualquier motivo o los ciudadanos que actúan como agentes políticos aunque no se les reconozca como tales⁵⁹.

En esa modificación de las posiciones de los individuos la libertad de movimiento se convierte, por tanto, en un factor de estratificación, no todos los sujetos gozan de ella, ni en la misma medida, sin que el elemento de diferenciación se corresponda exclusivamente con las fronteras nacionales. La UE es un paradigma de dicha estratificación con la configuración de la ciudadanía europea, que obedece a la estructura de un ente supraestatal con repercusiones en el estatuto jurídico.

Un segundo mecanismo, vinculado al mayor disfrute de la libertad de circulación respecto a los inmigrantes irregulares y menor al de los ciudadanos, permite, en la misma medida que la externalización de las fronteras, entender los mencionados procesos de inclusión diferencial. El denominado sistema de puntos o de mano de obra alta-

⁵⁹ SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, op. cit., pp. 370-374.

mente cualificada⁶⁰ es útil a los regímenes cambiantes de frontera para facilitar el filtro selectivo de la movilidad. Descartado el sueño de la migración cero, por su imposible consecución práctica, el sistema de migración oportuna, precisa o deseada permite intentar adaptar los flujos migratorios a las necesidades básicamente económicas, pero también sociales, en un contexto internacional de competencia de trabajo especializado. Esta alternativa responde a pautas altamente tecnocráticas pero al mismo tiempo funciona con medios arbitrarios que permiten multiplicar de forma estratificada los diferentes estados legales de los sujetos que coinciden en un mismo espacio político vigilando los límites entre las diferentes posiciones⁶¹.

3. UN EJEMPLO DE LA FUNCIÓN MULTIDIMENSIONAL DE LA FRONTERA: DERECHOS EN LOS LÍMITES DE LA UNIÓN EUROPEA

Un ejemplo paradigmático de la reformulación del papel que desempeña el Estado nacional en el control y la gestión de sus fronteras, y de la asunción por parte de entidades supraestatales de algunas de las funciones que este venía desempeñando en tal ámbito, lo constituye la UE⁶². En la presión migratoria que existe sobre Europa desde los años 2000, y especialmente sobre los países mediterráneos de la Unión, se han atravesado diversas etapas caracterizadas por la mayor feminización, una más alta cualificación de los trabajadores, el aumento de los solicitantes de asilo y la tendencia a unos desplazamientos que progresivamente son más anárquicos y clandestinos⁶³.

⁶⁰ Esta opción por la migración altamente cualificada no es nueva. Desde la Directiva 2009/50/CE relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, que creó la denominada tarjeta azul UE, ya es patente que la Unión se ha apuntado a la competencia internacional para atraer a los talentos internacionales en sintonía con las políticas de otros países como Estados Unidos, Canadá, Australia o Nueva Zelanda. El desafío consiste en articular ese tipo de migración identificando mejor los sectores económicos y las profesiones con dificultades para contratar personal o con carencias de personal cualificado y realizando una evaluación conjunta de las necesidades mediante diálogos estructurales con los Estados miembros, las empresas y los sindicatos acerca de la demanda de migración laboral y la movilidad relacionada con el comercio. Para ello es imprescindible, por una parte, poner en funcionamiento una plataforma de coordinación en el ámbito de la Unión que tome en consideración las necesidades de los diferentes Estados; y por otra, mejorar el reconocimiento de las titulaciones y las cualificaciones profesionales extranjeras para lo cual la UE también debería abrir un debate con sus socios internacionales.

⁶¹ MEZZADRA, S. y NIELSON, B., «Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia», *op. cit.*, p. 16.

⁶² VERLUISE, P., *Géopolitique des frontières européennes. Elargir, jusqu'où ?*, Paris, Argos, 2013.

⁶³ NAÏR, S., *Y vendrán... las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona, Bronce-Editorial Planeta, 2006, pp. 43-45.

En la evolución de la Unión distintas formas políticas posnacionales se han insertado con poderes económicos transnacionales, dentro de una teórica protección del espacio interior, que no dejan de suscitar dudas entre los propios europeos acerca, entre otras cuestiones, de los medios con los cuales puede protegerse y practicarse la democracia⁶⁴. Es más, como recuerda De Lucas, Europa existe puesto que tiene un territorio, una historia y una herencia, pero eso no significa que ese depósito permita hablar propiamente de identidad común, haciendo un paralelismo con el Estado-nación. Más bien en lo que respecta a la Unión parece que la política y el Derecho, aunque sea como resultado de la concepción de mercado, preceden a la historia y la cultura⁶⁵.

3.1 Una Europa de fronteras inteligentes y vecindad: una teoría ineficaz

En lo que a la gestión de las fronteras se refiere, un objetivo fundamental de la Unión, como se recoge en del artículo 3.2 del TUE es consolidar un espacio de libertad, seguridad y justicia para *sus* ciudadanos, reproduciendo así la dinámica de inclusión-exclusión del Estado nacional pero en las fronteras exteriores europeas. La libre circulación de personas es, por tanto, uno de sus pilares desde el fortalecimiento del espacio Schengen que exige criterios compartidos para el control de las fronteras exteriores, disposiciones comunes para acceder a ese espacio y una cooperación policial más estrecha entre los países participantes en la gestión integrada de dichas fronteras. La aplicación efectiva de los cambios recientemente acordados en materia de gobernanza de Schengen es una prioridad fundamental, puesto que están pensados para aumentar la confianza mutua entre los Estados de dicha zona, evitar los abusos y permitir a la Unión abordar situaciones en las que los Estados miembros incumplen sus obligaciones de control de su sección de las fronteras exteriores⁶⁶.

⁶⁴ BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, op. cit., p. 73.

⁶⁵ DE LUCAS, J., *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria. Antrazyt, 2003, pp. 98-99.

⁶⁶ Vid. COM (2014) 154 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, «Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad», 11 de marzo de 2014. Algunos de los sucesos ocurridos bajo la vigencia del Programa de Estocolmo, tensionaron la colaboración entre los países de la zona Schengen. Así por ejemplo, el 17 de septiembre de 2010 Francia llevó a cabo expulsiones de nacionales de Rumanía (estado miembro de la Unión Europea), con el apoyo al menos implícito del resto de Estados de la Unión, estableciendo así una excepción que abrió la puerta a que otros Estados miembros adoptaran acuerdos que suponían el abandono de una serie de consensos mínimos, imprescindibles para el buen funcionamiento del espacio interior. Los acontecimientos de Lampedusa en las costas italianas, o los de Tarajal en las españolas, son también dos buenas muestras de hasta qué punto es imperativa la cooperación en la gestión de las fronteras exteriores, más allá de las disposiciones de seguridad, incidiendo en la atención humanitaria y el respeto a los derechos humanos.

Todo el entramado del Sistema de Información de Schengen (SIS I y II, este segundo supervisado por la Agencia para la gestión operativa de sistemas informáticos a gran escala, EU-LISA) permite a las autoridades competentes de los Estados miembros, entre otras cuestiones, disponer de información relativa a algunas categorías de personas⁶⁷. Una segunda línea de acción dentro de la prioridad del control de las fronteras externas es la de reforzar la aplicación de la política común de visados para facilitar «las oportunidades de viaje a los viajeros legítimos y hacer que el espacio Schengen sea un destino más atractivo para los nacionales de terceros países», en una clara alusión a la necesidad de combatir la inmigración irregular sin ceder cuotas de seguridad. Para conseguir esa gestión eficaz y común se creó el Sistema de Información de Visados (VIS) pensado, entre otras cuestiones, para impedir que se incumpla el criterio para la determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud y que permite la revisión periódica de las listas de países a cuyos ciudadanos se les exige visado para acceder a la Unión.

Esa misma cooperación se traslada también a la gestión integrada de las fronteras exteriores. En ella, Frontex tiene un papel fundamental, siendo junto Schengen el segundo pilar en la política de fronteras, en la medida en que es más que un mero operador técnico, aunque las decisiones últimas recaen en los Estados en ese reducto de ejercicio de su soberanía. Dicha agencia mantiene un estrecho contacto con otros socios de la Unión que participan en el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, como Europol, la EASO, Eurojust, FRA, Eurodac o Eurosur así como con las autoridades aduaneras de los respectivos Estados de origen. El objetivo básico es compaginar la entrada de los denominados «viajeros legítimos» con el fortalecimiento de la seguridad de las fronteras, sin que exista en este punto tan significativo ninguna referencia expresa al respeto a los derechos humanos de las personas migrantes en situación irregular o de los potenciales solicitantes de asilo. Para conseguir dicha finalidad, se propone priorizar la aplicación del paquete denominado «fronteras inteligentes», que consta de un sistema europeo de entrada y salida y del Programa de Viajeros Registrados (en la línea del Registro de Nombre del Pasajero (*Passenger Name Record*, PNR) que

⁶⁷ Entre las disposiciones normativas más significativas encontramos: 1. Régimen de visados de Schengen: el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985, 19 de junio de 1990; el Reglamento (CE) n.º 539/2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado; y el Código sobre visados, Reglamento (CE) n.º 810/2009. 2. Disposiciones para evitar la entrada no autorizada: la Directiva 2001/51/CE sobre las sanciones aplicables a los transportistas; y la Directiva 2002/90/CE sobre definición de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. 3. Prohibición de entrada y alerta Schengen: Sistema de Información de Schengen (SIS), establecido en virtud del título V del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985; Reglamento SIS II, Reglamento (CE) n.º 1987/2006 y Decisión SIS II, Decisión del Consejo 2007/533/JHA; y Directiva 2008/115/CE sobre retorno, artículo 11. 4. Controles fronterizos: Reglamento (CE) n.º 562/2006 sobre el Código de fronteras Schengen; 5. Zona de tránsito: Directiva 2008/115/CE sobre retorno, artículo 4.

acumula los datos de quiénes viajan en avión). Otra posibilidad que se anota para concurrir hacia una mayor cooperación es evaluar la viabilidad de la creación de un sistema europeo de guardias de frontera. Las fronteras nacionales claramente cuentan con controles extraterritoriales.

Para completar este entramado de blindaje, el denominado Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (EGMM o GAMM por sus siglas en inglés) constituye, desde 2005, el marco general de la política de migración exterior y de asilo de la UE. Ese marco define las modalidades de diálogo político y cooperación operativa de la UE con terceros países en el ámbito de la migración y la movilidad, basadas en unas prioridades claramente definidas que reflejan los objetivos estratégicos de la Unión y firmemente ancladas en la política exterior general de la UE⁶⁸. Este enfoque se centra en el diálogo regional y bilateral entre los países de origen, de tránsito y de destino. Para ello promueve las denominadas «asociaciones de movilidad» con terceros países, que no solo contemplan los ya mencionados acuerdos de readmisión, sino también un conjunto de medidas que abarcan desde la ayuda al desarrollo hasta la facilitación de visados de entrada temporal, pasando por la migración circular y la lucha contra la migración ilegal. La prioridad del retorno voluntario y la denominada reintegración con asistencia europea, en colaboración con los países de origen, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales, es otra de las vías que la Unión Europea pretende explorar en la lucha contra la irregularidad de aquellos que ya se encuentran en su territorio. La cooperación con los países de origen es un punto vital en la consecución de este objetivo. En este contexto adquiere especial importancia el tercer pilar en la política de fronteras, la denominada Política Europea de Vecindad (PEV) que se aplica a algunos de los vecinos con los que la UE tiene frontera terrestre o marítima reguladas por diferentes acuerdos que escenifican la ya mencionada externalización de las fronteras europeas⁶⁹.

⁶⁸ La COM (2011) 743 titulada «Enfoque Global de la Migración y la Movilidad» de 18 de noviembre de 2011 abrió la segunda y más consolidada etapa del EGMM. Este Enfoque se basa en cuatro pilares: migración legal y movilidad; migración irregular y trata de seres humanos; protección internacional y política de asilo, y maximización de la repercusión en el desarrollo de la migración y la movilidad. Los derechos humanos de los migrantes son, en teoría, un tema transversal. La Comisión Europea en el informe sobre la aplicación del Enfoque Global de la Migración y la Movilidad 2012-2013 (COM (2014) 96 final, de 21 de febrero de 2014) destaca que el EGMM ha conseguido afianzar las relaciones políticas con terceros países y regiones, por ejemplo, los países del sur del Mediterráneo y los países de la Asociación Oriental, y sigue siendo una estructura eficiente para lograr la participación de terceros países y regiones en el diálogo político y la cooperación operativa, de ahí que sea decisivo continuar impulsándolo. La situación en el Mediterráneo en 2015 evidencia el fracaso de este tipo de medidas y se plasma también, como se analizará, en la agenda europea de migración.

⁶⁹ Entre los Estados con los que existe acuerdo en Europa oriental, Oriente Medio y el Norte de África, se encuentran: Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Moldavia, Ucrania, Argelia, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Libia, Marruecos, Palestina, Siria y Túnez.

Los diferentes planes plurianuales en materia de libertad, seguridad y justicia en la UE han articulado las referencias a los derechos humanos de modo transversal, diluyendo sus garantías y primando la protección de la Europa fortaleza. Se insiste en que la Unión debe continuar haciendo cumplir la política de retorno basada en normas comunes que respete los derechos fundamentales, pero al mismo tiempo se alienta la ya mencionada psicosis del miedo que enfatiza la necesidad de contar con un nivel de seguridad y gestión de las fronteras que sea uniforme y elevado, puesto que estas desempeñan un importante papel en la lucha contra la delincuencia transfronteriza. Además, se proclama que los niveles de inestabilidad en muchos terceros países suponen una amenaza para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos en esos países, pero también podría tener un impacto importante sobre la UE⁷⁰.

Ninguna de estas medidas ha servido para gestionar, en clave de derechos humanos, situaciones tan difíciles como, por ejemplo, las de Melilla, Lampedusa, Rodas, Macedonia, Kos o Libia, ni las consecuencias de la guerra de Siria o los conflictos que generan los elevados niveles de desplazamiento forzoso en República Centroafricana, Sudán del Sur, Somalia, República Democrática del Congo o Nigeria. De hecho como consecuencia de la ineficacia de las fronteras europeas, blindadas e inoperativas (lo cual no significa que no supongan serias dificultades para la entrada regular e irregular), la movilidad humana se presenta, cada vez de forma más insistente, como un grave peligro, inconmensurable e ingobernable.

3.2 Derechos humanos transversales y débiles

Ese miedo presentado en clave de alarma que requiere de la intervención no ya estatal si no europea, como se señalaba anteriormente, sirve de justificación frente a medidas que vulneran derechos exceptuando la legalidad. Múltiples ejemplos evidencian esa especie de suspensión del Derecho a la que se aludía en las fronteras europeas (desde las trabas a la consideración de los menores como tales o los problemas en la identificación de las personas sometidas a trata para que no sean reconducidas a la normativa de extranjería, hasta las actuaciones policiales en los centros de internamiento), y ponen de manifiesto que respecto a los derechos, en los límites exteriores de la Unión Europea, hay una regresión, puesto que la asistencia letrada, el derecho a intérprete, la tutela judicial efectiva o, incluso, el principio de no devolución, dejan de estar garantizados. Dos casos entre los muchos posi-

⁷⁰ *Vid.* la ya citada COM (2014) 154 final y las Conclusiones del Consejo Europeo de 26 y 27 de junio de 2014, «Las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia» para el período 2014-2020.

bles, pueden servir de muestra, sobre el actual papel multidimensional de las fronteras europeas: las *expulsiones en caliente* y los sucesos en el Mediterráneo en 2015.

En primer lugar, las mencionadas *expulsiones en caliente* son uno de los supuestos que muestra, en la frontera sur europea, el miedo y la violencia como respuesta. En esos casos, y como paradigma de los ataques, y consecuente debilidad, a la que se están sometiendo los derechos humanos, es especialmente significativa, asimismo, la regresión en el derecho de asilo cuando se devuelve de manera indiscriminada aquellos que podrían acceder al estatuto de refugiado.

Respecto a la primera cuestión, uno de los aspectos fundamentales de las denominadas *expulsiones o devoluciones en caliente*, practicadas en Ceuta y Melilla así como desde islotes sujetos a la soberanía del Estado español, es la configuración de un concepto de frontera *ad hoc* para intentar justificar una práctica que prescinde de todo cauce legal, obviando la protección jurídica internacional. La ilegalidad de estas actuaciones reside en que no encuentran amparo en ninguna de las figuras que recoge la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (RLOEX), que se refiere únicamente a la denegación de la entrada, la devolución y la expulsión. En síntesis, al hablar de *expulsiones en caliente* se hace referencia a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido normativamente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas, cuando legalmente habría que acudir, al menos, al procedimiento de devolución⁷¹.

Para intentar justificar este tipo de actuaciones por parte de las autoridades gubernamentales españolas, en las que la cuestión clave es si se ha producido o no la entrada en territorio nacional (en cuyo caso procede la expulsión o la denegación si las personas extranjeras son interceptadas en la frontera o sus inmediaciones), se han esgrimi-

⁷¹ En aplicación del artículo 58.3.b) LOEX que dispone «no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: (...) b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país» y el artículo 23.1.b) RLOEX que señala «se considerarán incluidos a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o sus inmediaciones», siendo también de aplicación el artículo 23.2 RLOEX según el cual «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución». Vid. BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009, Valencia*, Tirant lo Blanch, 2011.

do diferentes tipos de argumentos, entre ellos, el que construye un concepto *operativo* de frontera propio para la frontera sur europea⁷².

Aunque la suspensión del Derecho, nacional e internacional, se quiera defender desde la soberanía del Estado, jurídicamente no existe una justificación para esa noción de frontera. Las delimitaciones físicas de la frontera, están construidas sobre territorio de soberanía española, de igual manera que los límites aéreos y marítimos quedan perfectamente delimitados por las mencionadas disposiciones, de tal forma que una frontera *ad hoc*, móvil y variable, vulnera, entre otros, principios como el de la prohibición de la arbitrariedad, el de seguridad jurídica (proclamados en el 9.3 de la Constitución Española), y el imperio de la ley al que debe someterse la actuación de los poderes públicos (artículo 9.1 de la Constitución Española). Asimismo esas actuaciones son incompatibles a nivel nacional con la normativa de extranjería y asilo, y en el ámbito internacional con disposiciones como, entre otras, la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados; la normativa de la UE, que también garantiza el pleno ejercicio de este derecho en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 3 (y otros) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En la línea de reclamar en la frontera el cumplimiento de la legalidad vigente, desde distintas instancias, por ejemplo, el Defensor del Pueblo, se ha insistido en que se incoen los oportunos expedientes administrativos previstos en la normativa española⁷³.

La existencia de un acuerdo bilateral entre España y Marruecos⁷⁴ (dentro de los pactos bilaterales para el control de las fronteras, su externalización y el desarrollo de la política de vecindad europea), no es un título jurídico suficiente para exceptuar la aplicación de la normativa española de extranjería respecto de la decisión de entrega de ciudadanos

⁷² Esta nueva noción se plasma en el Informe de 8 de febrero de 2014, redactado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil y dirigido a su Director General, en relación con los hechos, ya mencionados del Tarajal, y que fue entregado por el Ministerio del Interior al Congreso de los Diputados el 7 de marzo de 2014. A partir del informe pueden distinguirse tres supuestos de actuaciones de la Guardia Civil en relación con los intentos de acceso a territorio nacional por puestos no habilitados desde Marruecos, a los cuales sería aplicable un concepto *operativo* de frontera diferente si la entrada se produce saltando la valla, desde el mar o bordeando por mar el espigón. Vid. VV. AA., «Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 27 de junio de 2014, pp. 6-7.

⁷³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2014 y debate en las Cortes Generales*, op. cit., p. 201.

⁷⁴ Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992. Su aplicación provisional se publicó en el «BOE» núm. 100, de 25 de abril de 1992, y su entrada en vigor definitiva se produjo el 21 de octubre de 2012, conforme a la declaración contenida en el BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012.

extranjeros en situación irregular en territorio español interceptados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino que son normas de aplicación sucesiva. Así la legislación de extranjería establece los procedimientos por los cuales un extranjero puede ser sujeto de salida coactiva de territorio español y el Acuerdo regula el modo en que debe ejecutarse esa salida coactiva cuando el destino es Marruecos⁷⁵.

El intento de legalización de este tipo de prácticas en la frontera se ha producido con disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE de 3 de marzo) que establece un régimen especial para Ceuta y Melilla. Dicha disposición fue la única que entró en vigor al día siguiente de la publicación de la norma en el BOE. Se añade una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, en la que se recuerda la necesidad de respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte en los rechazos en frontera. Dicha afirmación es redundante e innecesaria en la medida en que el Estado español ya debe asumir dicha obligación desde el momento de la ratificación y en aras de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución⁷⁶.

Los sucesos ocurridos en el Mediterráneo a lo largo de 2015, son otra evidencia de la violencia en la frontera (en este caso marítima) y la flagrante vulneración de derechos, que por otra parte no es nueva⁷⁷ pero que ha empeorado sustancialmente. La gravedad de la situación en el Mediterráneo, en el que existe la diferencia demográfica más importante del planeta si se tiene en cuenta la proporción inversa entre la tasa demográfica y la edad media de los países del Sur en comparación con la riqueza (PIB) de los países ribereños del Mediterráneo europeo⁷⁸, se ha plasmado en a lo largo de 2015 en una movilidad humana excepcional frente a la cual la respuesta europea, como ha puesto de manifiesto ACNUR, ha sido de carácter eminentemente defensivo. La Comisión reconoció que la respuesta era insuficiente y aprobó, en mayo de 2015, la denominada agenda europea de migración⁷⁹.

⁷⁵ VV. AA., «Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley, *op. cit.*, pp. 8 y 12-15.

⁷⁶ Vid. VV. AA., «Rechazos en fronteras»: ¿Fronteras sin derechos?, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 13 de abril de 2015.

⁷⁷ Vid. DE LUCAS, J., Mediterráneo: el naufragio de Europa, *op. cit.*, pp. 47-50; VERLUISE, P., *Géopolitique des frontières européennes. Elargir, jusqu'ou ?*, *op. cit.*, pp. 142 y ss. Para entender la situación actual en el Mediterráneo es imprescindible, además de remontarse a los antecedentes históricos, tomar en consideración las recientes operaciones, entre ellas, Mare Nostrum (básicamente italiana), Tritón y Poseidón.

⁷⁸ DE LUCAS, J., «Deaths in the Mediterranean: Immigrants and Refugees, from Rights-Bearing Infrasegments to Security Threats», *Quaderns de la Mediterrània*, 22, 2015, pp. 83-89, en concreto p. 83.

⁷⁹ COM (2015) 240 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones,

Las tres claves que inspiran la agenda europea de migración están articuladas a partir de un papel preponderante de la frontera en su dimensión proteccionista hacia el interior y defensiva hacia el exterior. Dos de los ejes apelan a un reforzamiento de la frontera para conseguir estimular la inmigración legal y concluir el Sistema Europeo Común de Asilo SECA, que no ha demostrado hasta ahora la operatividad que cabía esperar. Respeto a la primera cuestión, la potenciación de la inmigración legal se deja en buena medida en manos de los Estados parte aunque se contemplan la posibilidad de articular un sistema de manifestaciones de interés para hacer automáticamente una selección inicial de potenciales migrantes, invitando a los empleadores a clasificar por orden de prioridad a los solicitantes que figuran en la lista de candidatos. De esta forma la migración solo se produciría después de que el migrante tenga una oferta de trabajo. Ello permitiría crear una base a escala de la UE de migrantes cualificados a la que podrían acceder los empleadores y las autoridades de los Estados miembros, aunque la selección y el procedimiento de admisión seguirían realizándose a escala nacional, basándose en las necesidades reales del mercado laboral de los Estados miembros. Se mantiene así el ya mencionado proceso de inclusión diferencial, en la que la decisión depende estrictamente de las necesidades del mercado, y se sostienen los regímenes de frontera que facilitan el filtro selectivo de la movilidad.

Por otra parte, se sigue apostando por un estatuto uniforme de asilo, que sea válido en toda la Unión. En el intento de avanzar se apuesta por un código común de asilo y el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de asilo, insistiendo en la necesidad de un procedimiento único, con el fin de garantizar la igualdad de trato de los solicitantes en toda Europa. Buena parte de estas pretensiones estaban en la base del surgimiento y progresiva implementación del (SECA), el hecho de que se insista en ellas pone de manifiesto el fracaso en la articulación de dicho sistema común en los plazos inicialmente establecidos, incluso prorrogados⁸⁰.

El tercer pilar de la agenda europea hace referencia a una gestión compartida de la frontera europea, que conecta con los efectos de la externalización que se analizaron. Para la UE el aumento de la acción en el Mediterráneo pone de manifiesto la realidad de que la gestión de las fronteras exteriores es, cada vez más, una responsabilidad compar-

«Una agenda europea de migración», 13 de mayo de 2015 y P8_TA-PROV(2015)0176, Reunión del Consejo Europeo extraordinario (23 de abril de 2015) - «Recientes tragedias en el Mediterráneo y políticas de inmigración y asilo de la UE» (B8-0367, 0378, 0380 y 0384/2015) Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de abril de 2015, sobre las recientes tragedias en el Mediterráneo y las políticas de inmigración y asilo de la UE [2015/2660(RSP)].

⁸⁰ SOLANES CORELLA, A., «Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, n.º VII, 2014, pp. 181-209.

tida. En estas políticas la conexión entre, por una parte, migración y asilo y, por otra, seguridad es insoluble⁸¹. El elemento coincidente en todas las medidas propuestas es el de un mayor amurallamiento, un egoísmo de los Estados en el reparto de cuotas (de reubicación y reasentamiento), y un blindaje protector (costoso y visual) que no incide en las causas que generan los desplazamientos ni el aumento de la movilidad humana en determinadas zonas, sino que busca afrontar las consecuencias desde una postura defensiva.

Posiblemente entre los múltiples efectos negativos de las actuales políticas fronterizas, tal como se ha visto en los dos ejemplos señalados, uno de los más graves es que han comprometido seriamente el derecho de asilo⁸². En relación al mismo, y en concreto al principio de no devolución (*non-refoulement*), se han producido también diversas vulneraciones de derechos humanos.⁸³ A nivel europeo, las violaciones de derechos en frontera han llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual ha hecho valer, de forma reiterada, el artículo 3 CEDH (prohibición de tratos inhumanos y degradantes), el artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) y el artículo 4 del Protocolo n.º 4 (prohibición de las expulsiones colectivas de los nacionales de terceros países). En buena medida, las actuaciones que cuestionan los derechos de los potenciales solicitantes de asilo tienen que ver, por una parte con el tratamiento que estos reciben en las fronteras exteriores (terrestres, marítimas y aéreas), y también, con el deficitario funcionamiento del SECA⁸⁴.

Entre los casos que pueden servir como muestra de las acciones vulneradoras del derecho de asilo en las fronteras exteriores, en este caso marítimas, se encuentra el asunto *Hirsi Jamaa contra Italia*⁸⁵. El TEDH destacó el hecho de que los solicitantes no habían podido pedir asilo o describir los riesgos a que se enfrentaban por inexistencia de un sistema de asilo en Libia, lo cual no eximía a Italia de cumplir

⁸¹ De hecho, ante la situación catalogada de «emergencia» la Comisión aprobó en agosto de 2015 veintitrés programas nacionales plurianuales al amparo del Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI) y del Fondo de Seguridad Interior (FSI), estando previstos trece más para final de año. Parece que ya no es posible pensar en las fronteras europeas sin unir migración, asilo, acogida e integración con seguridad, terrorismo y delincuencia.

⁸² DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, *op. cit.*, pp. 57-74.

⁸³ En el caso de España, el Comité contra la tortura insta al Estado español «a que revise la legislación en materia de inmigración y asilo con miras a respetar incondicionalmente el derecho de no devolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención, y a que tome todas las medidas necesarias para poner en práctica plenamente dicho derecho en todas las circunstancias». De la misma manera, le recuerda que «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, incluida la determinación de la condición de refugiado», COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁴ SOLANES CORELLA, A., «Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española», *op. cit.*, pp. 194-199.

⁸⁵ STEDH de 23 de febrero de 2012, as. *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*.

las obligaciones impuestas por el artículo 3 del CEDH. Correspondía a las autoridades italianas averiguar cómo cumplían las autoridades libias sus obligaciones internacionales relativas a la protección de los refugiados. Por ello, el envío de los solicitantes a Libia vulneraba el artículo 3 del CEDH, ya que les exponía a un riesgo de devolución.

Aunque el CEDH no alude expresamente al derecho de asilo, la jurisprudencia del TEDH en la interpretación del artículo 3, incluye la prohibición de expulsión de los extranjeros a un país respecto del que existan motivos suficientes para pensar que la persona expulsada puede ser sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes. Esta interpretación, que es una concreción del principio de no devolución, se ha aplicado en supuestos de expulsión de solicitantes de asilo⁸⁶ y también en otros casos de expulsión, ya que los Estados tienen obligación de asegurarse del trato al que se expone a los migrantes que devuelven a sus países de origen o de procedencia⁸⁷.

El artículo 4 del Protocolo 4, también ha servido para evitar las expulsiones colectivas, garantizando que ningún extranjero sea expulsado sin que se examine de forma individualizada su situación⁸⁸. La garantía procesal del derecho a un recurso efectivo en los procesos de expulsión ha sido reivindicada por el TEDH en la conjunción de los artículos 3 y 13 CEDH⁸⁹. Estos mismos preceptos se han aplicado en el caso de inmigrantes interceptados por las autoridades italianas en el mar, que como el voto particular recuerda no podían ser considerados propiamente demandantes de asilo, entendiéndose que las expulsiones podían considerarse colectivas por estar redactadas todas de igual manera, sin hacer referencia a la situación personal de cada extranjero, lo cual conlleva, con la vulneración de otros derechos, la imposición de una indemnización para cada uno de los afectados⁹⁰.

Todas estas disposiciones son fundamentales en las violaciones de derechos en la frontera, es más, el TEDH reitera el carácter imperativo de los compromisos de los Estados hacia los solicitantes de asilo en el SECA, profundizando en el principio de no devolución, la prohibición de las expulsiones colectivas y de los tratos inhumanos, aplicándolos a los traslados de refugiados de un país miembro a otro bajo el sistema de Dublín⁹¹. Por desgracia, como afirma Carens, la política de

⁸⁶ SSTEDH de 11 de enero de 2007, as. Salah Sheekh c. Países Bajos; el ya mencionado as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia; o de 19 de diciembre de 2013, as. N. K. c. Francia.

⁸⁷ SSTEDH de 5 de mayo de 2009, as. Selle c. Italia; o 3 de diciembre de 2009, as. Daoudi c. Francia.

⁸⁸ SSTEDH de 5 de febrero de 2002, as. Conka c. Bélgica; o el citado as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia.

⁸⁹ SSTEDH de 8 de julio de 199 as. Cakici c. Turquía (GS), n.º 23657/94; de 21 de enero de 2011 MSS c. Bélgica y Grecia (GS), n.º 30696/09; y de 22 de abril de 2014 A. C. y otros c. España.

⁹⁰ STEDH 1 de septiembre de 2015 as. Khlaifia y otros c. Italia.

⁹¹ SSTEDH 21 de octubre 2014 as. Sharifi y otros contra Italia y Grecia; y del 4 de noviembre de 2014 as. Tarakhel c. Suiza.

asilo y refugio constituye una de esas áreas en las que la brecha entre lo que la moralidad requiere y para lo que sirve, incluso a largo plazo, es muy grande. El verdadero problema es que «la admisión de los refugiados no sirve realmente a los intereses de los ricos estados democráticos». Por eso es imprescindible buscar alternativas que permitan reducir los incentivos para un uso oportunista del sistema de asilo y disminuir también los alicientes para emplear *técnicas de exclusión, buscando* «una mejor alineación de los intereses y la moralidad»⁹².

4. UN FUTURO BLINDADO

A pesar del carácter poroso y los efectos colaterales que produce la existencia de fronteras, en la época poswestfaliana persiste el deseo de que existan muros internacionales como una de las contradicciones de la globalización, que impulsa la circulación de capitales y bienes al tiempo que se pretende volver a imponer el poder del Estado-nación en un intento de reforzar la soberanía debilitada y la identidad en un contexto global. De esta forma las fronteras, los muros, pueden ser vistos desde una paradoja según la cual «lo que aparece a primera vista como representación de la soberanía estatal expresa en realidad su debilidad con relación a otros tipos de fuerzas globales»⁹³.

La actual noción de frontera mantiene las reminiscencias históricas aunque el paradigma clásico pueda considerarse superado, y es posible incluso hablar de fronteras multiespaciales, marcadas por políticas en constante cambio, con procesos de fronterización en los que tan irrealista es, desde los múltiples debates suscitados al respecto, considerar que se puede detener la movilidad como proclamar el fin de las fronteras o las fronteras completamente abiertas⁹⁴. Puede afirmarse, como realidad que se constata en diferentes zonas fronterizas del mundo, que en este entorno de blindaje, la proliferación de las leyes de control supone más bien una recreación de la imagen de frontera y, con ello, la consabida afirmación simbólica de la autoridad territorial de los Estados⁹⁵.

Hay que admitir que los Estados cumplen ahora una función de vigilancia que multiplica las categorías de fronteras, no basta ya con una única frontera exterior que delimite el territorio sobre el que el Estado nación ejerce su soberanía. Además, hay que seleccionar los movimientos de personas atendiendo tanto a las necesidades econó-

⁹² CARENS, J. H., *The Ethics of Immigration*, op. cit., p. 223.

⁹³ BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, op. cit., p. 34.

⁹⁴ ZAPATA-BARRERO, R., «Teoría política de la frontera y la movilidad humana», op. cit., p. 62.

⁹⁵ ANDREAS, P., *Border Games. Policing the US-Mexico divide*, op. cit., p. 85.

micas como a las de afinidad identitaria, de tal manera que el control se extienda antes y después de la propia frontera física⁹⁶.

En la reivindicación de la función protectora de la frontera, debe admitirse que es cierto que existen elementos objetivos frente a los que son imprescindibles mecanismos de defensa (el terrorismo es el ejemplo por antonomasia), solo que estos, claramente en el caso de las fronteras respecto a la movilidad humana, acaban convirtiéndose en buena medida en sistemas de represión. La existencia de una serie de inseguridades, reales o expresamente creadas, cuestiona las estructuras políticas tradicionales y comienza a hablarse de la denominada por Beck «sociedad del riesgo», que hace referencia a las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. El riesgo, como recuerda el mencionado autor, relacionado con el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras, es una función del orden nuevo, no nacional, sino con un marcado carácter global que puede combinar lo que antes se presentaba como excluyente, por ejemplo, la construcción discursiva del riesgo y la materialidad de las amenazas⁹⁷.

En este escenario se acaban identificando los elementos de riesgo con las amenazas, como si los primeros (en cuanto a desafíos que conllevan una suerte de oportunidades) fueran sinónimos de los peligros que entrañan los segundos. Hasta llegar al punto de que, en el reiterado dilema entre libertad y seguridad, se opta por una lógica jurídica de la excepcionalidad, de la suspensión de alguno de los principios del Estado de Derecho, cuando se trata de regular el status jurídico de quienes son identificados como amenaza⁹⁸. Esta posibilidad en principio se presenta como transitoria pero finalmente se prolonga en el tiempo, como hemos visto que ocurre en la frontera sur de la Unión Europea. La violencia en la frontera y la suspensión del Derecho, con los efectos simbólicos que conlleva, en el fondo buscan adaptar las nuevas necesidades del Estado-nación tomando en consideración su proyección internacional, en un intento de reconstruir el Estado territorial nacional frente a la globalización, o de establecer nuevas escalas territoriales como puntos dominantes en la institución de poder político⁹⁹.

La política de control fronterizo, que no deja de ser un elemento clave en el proyecto político contemporáneo de cooperación a nivel transnacional por parte de los Estados, conlleva también una especie de servidumbre en la medida en que determina a un lado y otro de la

⁹⁶ BARBERO, I., *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*, op. cit., p. 77.

⁹⁷ BECK, U., *La sociedad del Riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno España editores, 2002, p. 5

⁹⁸ DE LUCAS, J., «El miedo en las sociedades más seguras de la historia», op. cit., p. 88.

⁹⁹ JESSOP, R., *El futuro del Estado capitalista*, Madrid, Libros de la Catarata, 2008, p. 238.

frontera el privilegio o no y también consagra la libertad de movimiento como forma de estratificación que no atiende a principios de justicia, de hecho la propia existencia de fronteras es en buena medida producto de la injusticia histórica y resulta difícilmente compatible con una visión liberal igualitarista.

Desde el igualitarismo liberal se ha tratado de defender la diversidad de nacionalidades, considerando que ésta proporciona un escenario adecuado para el funcionamiento de las fronteras y para la articulación de una sociedad multicultural, multinacional y poliétnica. En ella puede desarrollarse la igualdad de oportunidades, entendiendo que la misma «se define en razón, precisamente, del igual acceso a las principales instituciones que operan en el idioma de la mayoría»¹⁰⁰. Sin embargo, es difícil contrarrestar el argumento de que la igualdad queda comprometida por la propia existencia de fronteras, puesto que estas determinan la supervivencia de la condición de extranjero, y no a la inversa. Es más dejan de existir extranjeros en un sentido jurídico simple, pero persiste el tradicional patrón de exclusión que contradice el principio de igualdad formal que va unido, al menos en teoría, a los Estado-nación democráticos¹⁰¹.

Ciertamente el papel multidimensional que desempeñan las fronteras es solo un pequeño aspecto en un entramado global de desigualdades entre Estados que hacen que muchas personas que viven en la pobreza extrema o se sienten amenazadas por diversos factores se vean obligadas a moverse. Como apunta Carens, la prioridad moral más importante, desde esta perspectiva, debe ser la de transformar las condiciones subyacentes y, sobre todo, lograr la justicia distributiva global. Que esto sea lo prioritario, no significa que haya que menospreciar la función de las fronteras a la hora de establecer y perpetuar desigualdades, por eso el mencionado autor sostiene que la apertura de las mismas contribuiría a reducirlas a nivel internacional, aunque otros como Kymlicka critiquen la excesiva importancia que en esta argumentación se concede a la libertad de movimiento desde una perspectiva igualitaria. Hasta que se identifiquen alternativas que permitan superar la pobreza global, o combatir otras causas de la movilidad humana, la libertad de movimiento ha de comenzar a concebirse como un importante objetivo moral en la medida en que contribuye a la igualdad de oportunidades y nos acerca a esos principios de justicia que el tradicional Estado-nación ha obviado para autojustificar su propia existencia. Las restricciones a la migración han sido y son una pieza fundamental del sistema del Estado moderno difícilmente compatibles con la igualdad en clave de derecho humano¹⁰².

¹⁰⁰ KYMLICKA, W., *Fronteras Territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

¹⁰¹ BALIBAR, É., «Strangers as Enemies: Further Reflections on the Apories of Transnational Citizenship». *Globalization Working Papers*, 06/4, 2006, p. 4

¹⁰² CARENS, J. H., *The Ethics of Immigration*, *op. cit.*, pp. 233-236.

Mientras se persista en la búsqueda de la protección nacional frente a amenazas globales, debilitando los derechos, y en la diversificación del otro en múltiples agentes, que se utiliza por el Estado amenazado por entes económicos o supranacionales, las fronteras sustentarán y asegurarán un futuro blindado, amurallado, plagado de preguntas fuertes, esas que se dirigen a «nuestras raíces y a los fundamentos que crean el horizonte de posibilidades entre las cuales nos es dado elegir»; y de respuestas débiles «las que no consiguen reducir esa complejidad, sino que, por el contrario la pueden aumentar»¹⁰³ que llevan a contradicciones injustificables e intolerables cuando lo que cede en la frontera es la idea misma de justicia.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDREAS, P., *Border Games. Policing the US-Mexico divide*, London, Cornell University Press, 2009.
- AÑÓN ROIG, M. J., «Integración, discriminación y acceso a la justicia», en SOLANES CORELLA, A. y LA SPINA, E., *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 81-199.
- «El acceso a la justicia de las personas inmigrantes: la asistencia jurídica gratuita», en DE LUCAS, J. y AÑÓN ROIG, M. J., *Integración y derechos: a la búsqueda de indicadores*, Barcelona, Icaria, 2013, pp. 289-320.
- BALIBAR, E., *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*, Paris, La Découverte, 2001.
- «Strangers as Enemies: Further Reflections on the Aporias of Transnational Citizenship». *Globalization Working Papers*, 06/4, 2006.
- «La política y sus sujetos en el interregno», en BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, Herder, 2015, pp. 9-21.
- BARBERO, I., *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*, Gipuzkoa, Cuadernos 3, Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración, 2010.
- BAUMAN, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- *Vida líquida*, Barcelona, Paidós, 2006.
- *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Barcelona, Tusquets, 2007.
- BAYÓN, J. C., «¿Democracia más allá del Estado?» en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 121-138.
- BECK, U., *La sociedad del Riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno España editores, 2002.
- *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Paidós, Barcelona, 2005.
- BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005.

¹⁰³ SANTOS, B. de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009, p. 13.

- BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, Herder, 2015.
- BUENO DELGADO, J. A., «Del limes romano al espacio Schengen», en DELGADO LARIOS, A. y AUBERT, P. (col.), *Conflictos y cicatrices: fronteras y migraciones en el mundo hispánico*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 51-70.
- CARENS, J. H., «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders», *The Review of Politics*, 49 (2), 1987, pp. 251-273.
- «Fear vs. Fairness: Migration, Citizenship and the Transformation of Political Community», in LIPPERT-RASMUSSEN, K., HOLTUG, N. and LAEGARD, S. (eds.), *Nationalism and Multiculturalism in a World of Immigration*, Houndmills, UK, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 151-173.
- *The Ethics of Immigration*, New York, Oxford University Press, 2013.
- COHEN, J. L., *Globalisation and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2014 y debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2015.
- DE GENOVA, N. P., «Extremities and Regularities: Regulatory Regimes and the Spectacle of Immigration Enforcement», in JANSEN, Y., CELIKATES, R. and DE BLOOIS, J. de (eds.), *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: Detention, Deportation, Drowning*, 1, Rowman & Littlefield, 2015, pp. 3-14.
- DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.
- *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Barcelona, Icaria. Antrazyt, 1996.
- *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria. Antrazyt, 2003.
- «El miedo en las sociedades más seguras de la historia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 43, 2009, pp. 85-92.
- «Violencia, fronteras, Derecho», *Sin permiso*, 27 de abril de 2014, 7 pp.
- «Deaths in the Mediterranean: Immigrants and Refugees, from Rights-Bearing Infrsubjects to Security Threats», *Quaderns de la Mediterrània*, 22, 2015, pp. 83-89.
- *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «La relevancia del factor cultural en el derecho internacional contemporáneo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 14, 2010, pp. 325-338.
- FERRER GALLARDO, X., « El archipiélago-frente mediterráneo: fractura, ensamblaje y movimiento en el contorno sur de la UE», ZAPATA-BARRERO, R. y GALLARDO FERRER, X. (eds.), *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, Barcelona, Bellaterra, 2012, pp. 79-104.
- FERRERO TURRIÓN, R. y LÓPEZ SALA, A. M., «Fronteras y seguridad en el Mediterráneo», en ZAPATA-BARRERO, R. y GALLARDO FERRER, X. (eds.), *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, Barcelona, Bellaterra, 2012, pp. 229-254.
- FERRIL, A., *La caída del imperio romano. Las causas militares*, Madrid, Edaf, 1998.

- FRASER, N., *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.
- GARCÍA AÑÓN, J., «Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación por perfil étnico», en GARCÍA AÑÓN, J. y RUIZ SANZ, M. (eds), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 281-316.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- GUO, R., *Cross-Border Management: Theory, Method and Application*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2015.
- HABERMAS, J., *La constelación posnacional: ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000.
- HIRST, P., *Space and Power: Politics, War and Architecture*, Cambridge, Polity, 2005.
- JÁUREGUI BERECIARTU, G., «Del Estado nacional a la democracia cosmopolita: política y derecho en la era global», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 36, 2002, pp. 127-150.
- JESSOP, R., *El futuro del Estado capitalista*, Madrid, Libros de la Catarata, 2008.
- KYMLICKA, W., *Fronteras Territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, Madrid, Trotta, 2006.
- LAPORTA, F. J., «Gobernanza y soft law: nuevos perfiles de la sociedad internacional», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 41-81.
- LA SPINA, E., *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2011.
- LOCHAK, D., *Face aux migrants: état de droit ou état de siège ? (conversation avec Bertrand Richard)*, Paris, Textuel, 2007.
- MEZZADRA, S. y NIELSON, B., «Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia», *Papeles del CEIC*, 2, 2014, 30 pp.
- NAÏR, S., *Y vendrán... las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona, Bronce-Editorial Planeta, 2006.
- *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía y codesarrollo*, Barcelona, Círculo de lectores, 2010.
- NEVINS, J., *Operation Gatekeeper and beyond: the war on «illegals» and the remaking of the US-Mexico Boundary*, New York, Routledge, 2010.
- PEÑA ECHEVARRIA, J., *La ciudad sin murallas. Política en clave cosmopolita*, Barcelona, El Viejo Topo, 2010.
- «Migraciones, ciudadanía y globalización neoliberal», *Arbor*, vol. 188, n.º 755, mayo-junio 2012, pp. 529-542.
- POGGE, Th., «La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls», *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 23, 2004, pp. 28-48.
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 1979, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós, 2001.
- RUIZ MIGUEL, A., «La función del derecho en un mundo global», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 19-39.
- RUIZ SANZ, M., «Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones», *Derechos y Libertades*, n.º 32, 2015, pp. 80-106.

- SANTOS, B. de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009.
- SASSEN, S., ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, Bellaterra, Barcelona, 2001.
- *Contrageografías de la globalización. Género y Ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Traficantes de sueños, 2003.
- *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Madrid, Katz Editores, 2010.
- SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2004.
- SINGER, P., *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2003.
- SOLANES CORELLA, A., «Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, n.º VII, 2014, pp. 181-209.
- SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, Logroño, Perla Ediciones, 2012.
- VV. AA., «Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 27 de junio de 2014.
- «Rechazos en fronteras»: ¿Fronteras sin derechos?, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 13 de abril de 2015.
- VELASCO ARROYO, J. C., «Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias antes las exigencias de la justicia global», *Arbor*, CLXXXVI 744, julio-agosto 2010, pp. 585-601.
- VERLUISE, P., *Géopolitique des frontières européennes. Elargir, jusqu'ou ?*, Paris, Argos, 2013.
- WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- WIHTOL DE WENDEN, C., ¿Hay que abrir las fronteras?, Barcelona, Bellaterra, 2000.
- ZAPATA-BARRERO, R., «Teoría política de la frontera y la movilidad humana», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 29, julio 2012, pp. 39-66.
- ZÜRN, M., «Democratic Governance beyond the Nation-State», in GREVEN, M. y PAULY, L. W. (eds), *Democracy Beyond the State? The European Dilemma and the Emerging Global Order*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2000, pp. 91-114.

Fecha de recepción: 30/06/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.