



Movilidad humana, pandemia y crisis en Europa: Un análisis jurídico-político¹

Human mobility, pandemic and crisis in Europe: A legal-political analysis

Ángeles Solanes Corella²

Universitat de València
Valencia, España

<https://orcid.org/0000-0002-4207-6113>
angeles.solanes@uv.es

URL : <https://www.unilim.fr/trahs/4603>

DOI : 10.25965/trahs.4603

Licence : CC BY-NC-ND 4.0 International

Resumen: En el ámbito de la Unión Europea, el tradicional papel de las fronteras como elemento de control de la movilidad humana se ha visto reforzado con la pandemia por Covid-19 y la invasión de Ucrania. Las limitaciones a la movilidad ya existentes por motivos de seguridad se han incrementado. En ese contexto, han continuado las vulneraciones de derechos en las fronteras exteriores, también en el caso de los niños, niñas y adolescentes no acompañados. Este trabajo analiza desde una perspectiva jurídico-política las situaciones de violencia que se dan en las fronteras y propone alternativas para afrontarlas. Para ello, es necesario reformular los parámetros más recientes de la Unión Europea en su política de inmigración y asilo.

Palabras clave: movilidad humana, fronteras, derechos, pandemia, Ucrania, Unión Europea

Résumé : Au sein de l'Union européenne, le rôle traditionnel des frontières comme élément de contrôle des mouvements migratoires a été renforcé par la pandémie de Covid-19 et l'invasion de l'Ukraine. Les limitations à la mobilité qui existaient déjà pour des raisons de sécurité ont été augmentées. Dans ce contexte, les violations des droits aux frontières extérieures ont continué, y compris dans le cas des enfants et adolescents non accompagnés. Cet ouvrage analyse dans une perspective juridico-politique les situations de violence qui se produisent aux frontières et propose des alternatives pour y faire face. Pour cela, il est nécessaire de reformuler les paramètres les plus récents de l'Union européenne dans sa politique d'immigration et d'asile.

Mots clés : mouvements migratoires, frontières, droits, pandémie, Ukraine, Union européenne

¹ Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+i PID2019-105018RB-100 "Racismo y Discriminación: los Derechos Humanos bajo amenaza", del Ministerio de Ciencia e Innovación.

² Catedrática de Filosofía del Derecho y Política, Vicerrectora de Transformación Docente y Formación Permanente de la Universitat de València y Presidenta del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, España).

Resumo: Dentro da União Europeia, o papel tradicional das fronteiras como elemento de controle da mobilidade humana foi reforçado pela pandemia de Covid-19 e pela invasão da Ucrânia. As limitações de mobilidade que já existem por motivos de segurança foram aumentadas. Nesse contexto, as violações de direitos nas fronteiras externas continuaram, inclusive no caso de crianças e adolescentes desacompanhados. Este trabalho analisa sob uma perspectiva jurídico-política as situações de violência que ocorrem nas fronteiras e propõe alternativas para enfrentá-las. Para isso, é necessário reformular os parâmetros mais recentes da União Europeia em sua política de imigração e asilo.

Palavras chave: mobilidade humana, fronteiras, direitos, pandemia, Ucrânia, União Europeia

Abstract: Within the European Union, the traditional role of borders as control element for human mobility has been reinforced by the Covid-19 pandemic and the invasion of Ukraine. The already existing mobility limitations established for security reasons have increased. In this context, violations of rights have continued at external borders, as well as in the case of unaccompanied children and adolescents. This work analyzes from a legal-political perspective the situations of violence that occur at borders and proposes alternatives to face them. For this, it is necessary to reformulate the most recent parameters of the European Union in its immigration and asylum policy.

Keywords: human mobility, borders, rights, pandemic, Ukraine, European Union

I. Movilidad humana y fronteras

El término genérico de movilidad humana, como el de migrante, aglutina multitud de situaciones. La primera noción hace referencia a diferentes formas de movimiento de personas que no quedan siempre incluidas en el término “migración”. Así, por ejemplo, las organizaciones internacionales miembros del Grupo Asesor sobre Cambio Climático y Movilidad Humana, creado en el contexto de las Conferencias de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, utiliza el término movilidad humana para cubrir toda la amplia gama de tipos de movimientos que pueden tener lugar en el contexto del cambio climático (Grupo Asesor sobre Cambio Climático y Movilidad Humana, *Movilidad Humana en el Contexto del Cambio Climático CMNUCC - París COP21 (2015)*).

La noción de migrante no está definida en el derecho internacional, sino que más bien, como se recuerda desde la OIM, refleja el hecho de que una persona que se muda fuera de su lugar de residencia habitual e incluye una serie de categorías legales como trabajadores migrantes. A nivel internacional, no existe una definición universalmente aceptada de “migrante” (Sironi, Bauloz and Emmanuel, 2019: 93-94 y 132).

La movilidad humana, como fenómeno que aúna complejos desplazamientos de población que incluye refugiados, solicitantes de protección internacional, migrantes y otros (ACNUDH, 2014: 4), tensiona el tradicional esquema de Estado-nación asentado en el control fronterizo. En efecto, el estado soberano moderno o “westfaliano” como una unidad territorialmente delimitada con autoridad política última dentro de sus fronteras, que es externamente reconocida como un igual a cualquier otra unidad también soberana (Bayón, 2014: 121), tiene en dichos flujos una realidad que interroga de forma persistente a uno de los baluartes estatales: la categoría de frontera. 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.

Las fronteras poswestfalianas hacen tambalear los pilares del Estado-nación porque afectan directamente al 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, aun 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 (Solanes, 2016: 153-157). Como apunta Brown (2015:30-34), el Estado-nación continúa siendo un actor fundamental, 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 una especie de violencia política. De ahí que puede relacionarse el declive de la soberanía del Estado-nación con la proliferación de nuevos muros que escenifican un intento de afrontar la situación débil en la que el poder estatal se encuentra.

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. Los estudios sobre la frontera, para afirmarla o negarla, han proliferado junto a los procesos globalizadores, pero en muchos casos la frontera no se concibe como límite o confín de una comunidad, que la separa y diferencia de otras comunidades, sino como espacio de tensión y confrontación (Turégano, 2020: 133-134).

En este contexto, la frontera como uno de los baluartes nacionales persiste en ser atrincherada, aunque la iconografía física no sea eficaz 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 política (De Lucas, 2009: 86), se concreta desde el 11S en la defensa frente al terrorismo y, de forma muy preocupante, frente a la movilidad humana. 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 jurídico. En múltiples ocasiones, en la frontera, en cumplimiento de su función geopolítica y psicológica, se produce una especie de suspensión del Derecho que deja paso a actuaciones muy cuestionables desde la perspectiva de los derechos humanos, como se analizará más adelante. La fuerza coactiva propia del Derecho, incluso 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 (De Lucas, 2015: 47-56).

Si se retoman los rasgos propios de la frontera en el período poswestfaliano y se asume que, en ocasiones, en la frontera se dan 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 propio (Brown, 2015:57).

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. Dicha externalización 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 del control en donde la distinción ciudadano-extranjero se amplía por la creciente selectividad diferenciada de las fronteras (Ferrero-Turrión, R. y López-Sala, 2012: 241).

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 extranjero: 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.

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 abiertas (Zapata-Barrero, 2012: 62). 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 Estados. En efecto, estos 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 económicas como a las de afinidad identitaria, de tal manera que el control se extienda antes y después de la propia frontera física.

II. El efecto de la pandemia en las migraciones

A ese efecto multiplicador de cierre que la frontera ejerce al atender a motivos como los expuestos acerca de la reivindicación de la soberanía nacional y la necesidad de seguridad, se ha sumado la emergencia sanitaria. La pandemia por Covid-19 trajo como consecuencia la paralización de las entradas legales, al menos temporalmente, tanto vinculadas a la inmigración como al asilo, en aras de controlar la expansión del virus.

El informe sobre las migraciones en el mundo 2022 (McAuliffe, Feline, Skeldon, and Blower, 2022: 170-171) realiza un interesante balance de los impactos de la pandemia de Covid-19 un año después de la declaración de la OMS a mediados de marzo de 2020 y destaca cuánto se han interrumpido la migración y la movilidad, y lo sostenidas que han sido las interrupciones. Obviamente el impacto de la pandemia ha sido muy diverso en función de los en diferentes lugares. Los estudios de caso de países que recoge el mencionado informe muestran que durante su primer año la pandemia planteó desafíos muy significativos para los sistemas migratorios (y tuvo impactos muy variables en las personas migrantes, incluidas las poblaciones desplazadas, relacionados con las condiciones socioeconómicas y geográficas subyacentes previas a la pandemia y los contextos políticos. En lo relativo a las interrupciones en los sistemas de migración y movilidad, y las poblaciones de migrantes a nivel mundial, el informe destaca:

1. La suspensión de derechos vinculados a la movilidad, en cuanto a la entrada y salida (incluso del propio país por razones de protección) fueron suspendidos, y el principio de no devolución se tensionó, incluso en algún momento se dejó de lado. La reapertura de los servicios relacionados con la migración y el desmantelamiento de las prohibiciones de viaje se consideró cuidadosamente en el contexto de nuevas variantes y programas de vacunación. Por otro lado, el rápido desarrollo de tecnologías para respaldar una mayor automatización, parecen indicar que para algunos trabajadores migrantes no habrá regreso a la normalidad, ya que la industria y los gobiernos buscan expandir la digitalización para lograr eficiencia, capacidad de respuesta y mitigación de riesgos, reduciendo así la dependencia respecto de los trabajadores migrantes.

2. Los entornos estructurales, las barreras que dan forma a los patrones migratorios y la explotación sistemática de las personas migrantes como trabajadores migrantes se evidenciaron durante las primeras etapas de la pandemia, en las que muchas economías industrializadas necesitaban esa mano de obra que no podía viajar. La alta movilidad dentro de los sistemas migratorios apunta a una globalización a más largo plazo que posiblemente ahondará en las desigualdades generalizadas que están arraigadas en las sociedades modernas.

3. Para los países de origen, el alcance de las necesidades de asistencia consular de los ciudadanos que trabajan y viven en el extranjero puso de relieve la rapidez con que las personas migrantes pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad. Al contrario de lo que podía presuponerse inicialmente, algunos países de origen registraron remesas internacionales récord, ya que los migrantes y la diáspora recurrieron a los canales digitales formales para ayudar a mantener a sus familias, lo que evidencia de modo significativo la medida en que los flujos laborales internacionales y las remesas están dando forma a las sociedades y economías.

4. La pandemia expuso aún más las duras realidades en relación con la migración forzada, el desplazamiento y la respuesta humanitaria. Si bien las exenciones de viaje para los trabajadores esenciales se convirtieron en características clave en muchos entornos de políticas nacionales, exenciones similares no fueron habituales para las personas que buscaban protección.

Ese repliegue en las fronteras como medida de sanidad pública que se dio a nivel mundial afectó también, de manera determinante, a la Unión Europea en el funcionamiento interno del sistema Schengen, con Estados miembros que inicialmente restringieron la libertad de circulación y reactivaron las fronteras interiores quebrantando así el principio básico de dicho sistema. Las posteriores recomendaciones de la UE establecieron medidas comunes para el control de la movilidad en las diferentes fases de la pandemia, orientaron las acciones de los Estados e intentaron rebajar la conflictividad que tales medidas suscitaban entre ellos (Arango, Garcés, Mahía, y Moya, 2021:19), que en realidad no eran resultado directo de la pandemia, (puesto que anteriormente ya existían posturas encontradas respecto a la gestión externa de las fronteras) solo que se reactivaron.

La suspensión de las entradas impactó también de manera significativa en el Sistema Común de Asilo (SECA) que venía arrastrando importantes deficiencias. La precariedad en la forma de actuación conjunta dentro del SECA ha sido una constante por parte de los diferentes Estados hasta tal punto que la jurisprudencia ha insistido en la necesidad de coordinar su gestión con las garantías de los derechos. En ese sentido, requiere especial mención la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 2 de abril de 2020 contra Polonia, Hungría y República Checa ³. El Tribunal estimó los recursos por incumplimiento, interpuestos por la Comisión contra estos tres Estados miembros al objeto de que se declarase que habían vulnerado sus obligaciones dimanantes del derecho de la Unión al no haber comunicado, a intervalos regulares y, como mínimo, cada tres meses, un número adecuado de solicitantes de protección internacional que podían reubicar de forma rápida en sus respectivos territorios y, como consecuencia, no haber ejecutado las obligaciones subsiguientes en materia de reubicación que les incumbían. El Tribunal consideró que los diferentes Estados habían incumplido las obligaciones debidas de las mencionadas decisiones.

3 STJUE, Comisión/Polonia, Hungría y República Checa (mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional) (C-715/17, C-718/17 y C-719/17), de 2 de abril de 2020.

El TJUE entendió que, en virtud de las citadas decisiones de reubicación, debía tomarse en consideración la seguridad nacional y el orden público (en el momento actual podría añadirse también las relativas a la salud pública derivadas de la pandemia) durante todo el procedimiento de reubicación, hasta el traslado efectivo del solicitante de protección internacional. A este respecto, el Tribunal estimó que debía reconocerse un amplio margen de apreciación a las autoridades competentes de los Estados miembros de reubicación al determinar si había motivos razonables para considerar que un nacional de un país tercero susceptible de reubicación constituía un peligro para la seguridad nacional o el orden público en su territorio. Sobre esta cuestión, el TJUE consideró que el concepto de “peligro para la seguridad nacional o el orden público”, a los efectos de las decisiones de reubicación, debe interpretarse en el sentido que comprende tanto las amenazas actuales como las potenciales para la seguridad nacional o el orden público. Sin embargo, para invocar estos motivos, las autoridades debían basarse, tras un examen caso por caso, en elementos coherentes, objetivos y precisos que permitieran sospechar que el solicitante en cuestión constituía un peligro actual o potencial. El Tribunal insistía así en la importancia del examen individual que toma en consideración la situación y circunstancias concretas de la persona, en la línea señalada por la Convención de Ginebra.

Desde esta perspectiva, el Tribunal declaró que, en el marco del procedimiento de reubicación, un Estado miembro no podía invocar perentoriamente el artículo 72 TFUE, solo como prevención general y sin demostrar la relación directa con un caso individual, para justificar la suspensión, o incluso el cese, del cumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de las decisiones de reubicación. Esta interpretación, en mi opinión, reviste una especial importancia porque fortalece la exigencia de las obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con el derecho comunitario, y las disposiciones internacionales en la materia, desde la necesidad de protección a partir del caso individual, y resultaría igualmente aplicable, con las medidas oportunas, durante la pandemia.

No es previsible que los efectos de la pandemia puedan superarse a corto plazo, ni en su dimensión sanitaria ni en la económica que va íntimamente ligada a la gestión de la inmigración legal. Como se apunta desde la OCDE (2020), tanto la experiencia de crisis económicas anteriores como los primeros indicios sobre el mercado laboral y los resultados sociales durante la pandemia actual sugieren que es probable que la crisis del Covid-19 tenga un impacto desproporcionado en los inmigrantes y sus hijos. De momento ya existen evidencias de cómo, además de las dificultades señaladas en el momento de la entrada, la pandemia ha afectado a los inmigrantes y sus hijos en términos de salud, empleo, educación y otras medidas de integración.

En medio del impacto generado por la pandemia la Comisión europea presentó, el 23 de septiembre de 2020, una propuesta de nuevo Pacto de Migración y Asilo (COM (2020) 609 final). En el paquete de medidas que acompañaban a esta proposición se identificaban los problemas que han marcado los últimos años de desarrollo de la agenda en esta materia en el ámbito de la Unión Europea, entre ellos, la falta de solidaridad entre Estados miembros, la ineficacia de las políticas de retorno o las diferencias entre sistemas de asilos, pero las respuestas insisten en medidas que ya en el pasado no han resultado eficientes.

III. El impacto de la invasión de Ucrania

Cuando aún no se ha superado la pandemia por Covid-19, ni se puede valorar su verdadero impacto, ni se ha finalizado la discusión del nuevo Pacto de Migración y Asilo, la invasión rusa de Ucrania el 24 de febrero de 2022, ha dado inicio a unos de

los éxodos más acelerados desde la II Guerra Mundial en Europa desatando una crisis cuyas consecuencias son difíciles de predecir. Como señala Garcés (2022: 1) esta no es la primera crisis de refugiados en Europa, pero es diferente a las anteriores por distintas razones, entre ellas, por la proximidad geográfica y cultural, por la historia migratoria de los últimos años, por el cambio en la política de fronteras y porque con ella se ha vuelto a geopolitizar el asilo.

Ciertamente la crisis de 2015 ya supuso un foco importante de tensión para la Unión Europea que se afrontó, en mi opinión, con un relevante vaciamiento del derecho de asilo y con una externalización de las responsabilidades que el mismo conlleva. Un buen ejemplo de esta política en el ámbito de la inmigración y el asilo fue el cuestionado acuerdo con Turquía de 18 de marzo de 2016. Respecto a esta Declaración, el Tribunal General de la UE consideró que no tenía jurisdicción para conocer el recurso de anulación presentado contra ella (recurso interpuesto el 22 de abril de 2016, NF/Consejo Europeo. Asunto T-192/16), ya que, ni el Consejo Europeo ni otra institución de la UE, habían decidido sobre dicho acuerdo, puesto que este fue adoptado por los Estados miembros. Por ello, el Tribunal consideró que no podía entrar a examinarlo y desestimó el recurso (auto del Tribunal General de 28 de febrero de 2017, NF/Consejo Europeo, T-192/16, EU:T:2017:128; Solanes, 2002: 47).

Ahora, sin embargo, la proximidad física del conflicto es un elemento determinante, ya que, el conflicto se produce en los límites de las fronteras de la Unión Europea y la OTAN. Además, las personas ucranianas son consideradas europeas, de tal manera que no se les aplican los prejuicios y estereotipos que predominan, por ejemplo, en el caso de la movilidad africana o asiática. De hecho, los ucranianos, han sido y son inmigrantes económicos dentro de la Unión, que al igual que otros países de la Europa del Este, es una cantera cada vez más imprescindible de trabajadores esenciales.

Además, es importante tener en cuenta que desde 2017 los ciudadanos ucranianos están exentos de la obligación de solicitar visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros para estancias no superiores a 90 días por un período de 180 días, lo cual les permite una movilidad mayor que la que tiene otras nacionalidades. Ante esa realidad, resulta lógico pensar que los Estados de la Unión con una mayor presencia previa de personas ucranianas serán los preferidos como destino en esta nueva movilidad, entre ellos, como Polonia, República Checa, Alemania, Italia y España.

En todo caso, no puede obviarse, como recuerda Ferrero-Turrión (2022) dos cuestiones fundamentales. Por una parte, Ucrania es un país multiétnico, multilingüístico y multireligioso de tal manera que para entender la situación actual es un error ignorar la diversidad multinacional del territorio ucraniano y establecer una equivalencia entre ciudadanía y lengua. Por otro lado, esta invasión afecta a la arquitectura de seguridad europea, ya que, están en juego objetivos estratégicos y concretos, puesto que, el control de Ucrania es visto por parte de la estrategia militar y de seguridad rusa como algo esencial para sentirse seguros de tal manera que inicialmente piden que Ucrania sea neutral, aunque estas exigencias se van progresivamente reformulando.

Junto a la cercanía física y a la historia compartida, asistimos a un cambio en la política de fronteras de la Unión para dar paso a una apertura que contrasta con la idea de fortaleza que ha definido a la política de inmigración y asilo comunitaria. Un ejemplo de este aparente cambio de actitud lo constituye Polonia que ha pasado de declarar el estado de emergencia y suspender el derecho de asilo a finales de 2021 (dentro de las posiciones durísimas frente a la movilidad humana que han mantenido

los de países del grupo de Visegrado como Eslovaquia, Hungría, y la República Checa), a la recepción y acogida de los ucranianos (Garcés, 2022: 3).

Estos y otros factores explican la especificidad de la respuesta dada desde la Unión Europea a la movilidad humana generada como consecuencia de la guerra en Ucrania. El 4 de marzo el Consejo⁴ activó por primera vez la Directiva 2001/55/CE del, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida⁵.

Aunque esta Directiva se aprobó en un contexto marcado por los conflictos de los Balcanes y. a pesar de la difícil situación de 2015, la Unión no la había puesto en marcha hasta ahora. La Directiva surgió para hacer frente a los casos de afluencia masiva de personas desplazadas que no pueden volver a su país de origen. En tales supuestos puede ser necesario implantar dispositivos excepcionales para garantizar una protección inmediata y de carácter temporal a dichas personas. La protección temporal es el instrumento que se considera más adecuado para la situación actual en la medida en que lo que se necesita es una respuesta rápida ante la actual situación de conflicto, que sea garantista para los beneficiarios⁶. En todo caso, expresamente se indica que esta Decisión es compatible con los sistemas nacionales de protección temporal, que pueden considerarse como la transposición de la Directiva 2001/55/CE, y puede aplicarse de manera complementaria a dichos sistemas.

Entre los aspectos fundamentales de la Decisión cabe destacar las personas a las que se aplica la protección temporal y su duración. Por lo que se refiere a la primera cuestión, pueden beneficiarse de esta protección las personas nacionales de Ucrania, las apátridas, y las personas nacionales de terceros estados distintos de Ucrania en situación de protección internacional (y sus familiares) en el país. Para las personas que estuvieran en situación de residencia regular en Ucrania y que no puedan regresar a su país de origen en condiciones seguras y duraderas, la decisión permite que los Estados miembros apliquen esta protección temporal o una “protección adecuada en virtud de su Derecho interno”. No hay una referencia a uno de los grupos más vulnerables en el contexto de la movilidad humana que son los nacionales de terceros estados en situación administrativa irregular que no puedan volver a sus países de origen con las mencionadas condiciones.

Esta Decisión se aplica desde el 24 de febrero de 2022. Según la Directiva 2001/55/CE, la protección temporal debe tener una duración inicial de un año. Salvo que se le ponga fin sobre la base de lo dispuesto en el artículo 6. 1. b, de dicha

4 Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, de 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal DO L 71, de 4 de marzo de 2022.

5 DO L 212, de 7 de agosto de 2001.

6 El artículo 2 de la Directiva señala que “a efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) Protección temporal: un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección”.

Directiva⁷, el período debe prorrogarse automáticamente por seis períodos mensuales durante un plazo máximo de un año. La Comisión hará un seguimiento y una revisión constantes de la situación. En cualquier momento, puede proponer al Consejo que ponga fin a la protección temporal, si la situación en Ucrania permite el regreso seguro y duradero de aquellos a quienes se haya concedido protección temporal, o proponer al Consejo que prorrogue la protección temporal durante un año como máximo. En todo caso, conviene recordar que esta Directiva establece un conjunto de normas mínimas, de tal manera que cabe entender que los Estados miembros tienen competencia para establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

Es importante recordar que la Directiva apela a la colaboración de los diferentes Estados (artículo 27) y que se fundamenta en la voluntad de fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. En la Decisión se indica expresamente que los Estados miembros utilizarán la Red de Preparación y Gestión de Crisis Migratorias de la UE, de conformidad con la Recomendación (UE) 2020/1366. Todo ello con la coordinación de la Comisión y la colaboración de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex), la Agencia de Asilo de la Unión Europea (AAUE) y la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), y se servirá de la Red de Preparación y Gestión de Crisis Migratorias de la UE. A estos efectos, es oportuno recordar la jurisprudencia del TJUE antes analizada en Polonia, Hungría y República Checa respecto a la obligación de cumplir de manera solidaria y respetar las cuotas de reubicación de personas en situación de protección internacional.

En mi opinión, la activación de la Directiva puede valorarse como positiva en la medida en que, con deficiencias, está permitiendo ofrecer una respuesta rápida a una situación de emergencia, lo deseable sería que esta fuera la forma sistemática de actuar en estos casos. En ese sentido, puede admitirse la crítica de que en este caso se ha vuelto a geopolitizar el asilo (Garcés, 2022:3). Es cierto, que establecer este mecanismo única y exclusivamente para esta crisis, crea un sesgo respecto a otras personas vulnerables que con otras nacionalidades y afectadas por otros conflictos no encuentran una vía de entrada legal en la Unión Europea.

IV. Vulneraciones de derechos en la frontera

En este escenario especialmente complicado por la pandemia y la invasión de Ucrania, la movilidad humana se dificulta aún más. Como se ha señalado, en el contexto de la movilidad humana el miedo como excusa y la violencia como reacción en la frontera actúan como una aparente justificación, expresada siempre en términos de seguridad, frente a medidas que vulneran derechos y exceptúan la legalidad. Múltiples ejemplos evidencian esa especie de suspensión del Derecho en las fronteras (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 la imposibilidad de solicitar asilo), y ponen de manifiesto que, respecto a los derechos, en concreto en los límites exteriores de la Unión Europea, hay una regresión. Así, la asistencia letrada, el derecho a intérprete, la tutela judicial efectiva o, incluso, el principio de no devolución, no siempre están garantizados. Un caso entre los muchos posibles, puede

⁷ Según el cual, se pondrá fin a la protección temporal “b) en cualquier momento, mediante la aprobación de una decisión del Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que examinará igualmente cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo”.

servir de muestra, sobre el actual papel multidimensional de las fronteras europeas: las denominadas *devoluciones en caliente*. Estas prácticas han continuado durante la pandemia.

En el ámbito europeo, a partir del artículo 1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades de cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sean sus nacionales o cualesquiera otros. Sin embargo, no se hace una referencia expresa ni a la libertad de entrada, residencia y circulación, ni al derecho de asilo, aunque siempre es posible acudir a la técnica de la protección derivada de derechos y garantías reconocidos expresamente por el CEDH (Sudre, 2017). Como complemento, el Protocolo nº 4 al CEDH, en su artículo 4, expresamente prohíbe las expulsiones colectivas de los extranjeros, pero no define ninguno de los dos términos. Según el informe explicativo⁸ la finalidad que se perseguía con el artículo 4 era prohibir formalmente las expulsiones colectivas de todo tipo que habían ocurrido en el pasado reciente. Así, se entendía que, tanto el mencionado artículo 4 como el 3 del Protocolo (relativo en este segundo caso a la prohibición de la expulsión de nacionales) no permitieran legitimar las expulsiones colectivas que se hubieran producido con anterioridad. En concreto, la principal finalidad del artículo 4 es evitar, como había ocurrido, que los Estados hicieran que determinados extranjeros tuvieran que abandonar su territorio sin que previamente se hubieran examinado sus circunstancias personales concretas, de tal modo que, estos hubieran podido expresar, en su caso, sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que la expulsión colectiva hace referencia a toda medida adoptada por las autoridades competentes que obliga a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que dicha medida se adopte al final y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo⁹. Además, es necesaria una segunda exigencia. Si se da en los casos de varios extranjeros decisiones similares, no puede concluirse la existencia de una expulsión colectiva cuando cada una de las partes interesada pueda alegar, de forma individual, ante las autoridades competentes los argumentos en contra de su expulsión, pero además es necesario tomar en consideración las circunstancias que rodean la implementación de las decisiones de expulsión a efectos de la aplicación del artículo 4¹⁰.

Por lo que ese refiere a la aplicación personal del artículo 4, el Tribunal se sitúa en la línea de interpretación amplia y considera que por tales hay que entender los extranjeros que se encuentran en el territorio, sin distinguir entre si están de paso o si son residentes, refugiados¹¹ o apátridas. En cuanto al ámbito de aplicación

8 Rapport explicatif du Protocole nº 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, Strasbourg, 16.12.1963. Disponible en: <https://rm.coe.int/16800c9330>, (consultado 13.3.2022).

9 TEDH en el asunto *Sultani c. Francia*, nº 45223/05, 20 de septiembre de 2007, § 81Y y TEDH, *M.A. c. Chipre*, nº 41872/10, 23 de julio de 2013, §§ 252-255.

10 TEDH, *Conka c. Bélgica*, nº 51564/99, 5 de febrero de 2002, § 59.

11 TEDH, *M. S. S. c. Bélgica y Grecia* [GC], nº 30696/09, 21 de enero de 2011; TEDH, *A. C. y otros c. España*, nº 6528/11, 22 de abril de 2014; TEDH, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, nº 16643/09, 21 de octubre de 2014 y TEDH, *Tarakhel c. Suiza* [GC], nº 29217/12, 4 de noviembre de 2014.

territorial, el TEDH ha dejado que el CEDH no excluye expresamente la aplicación extraterritorial de esta disposición¹². Con todo, a pesar de la prohibición de las expulsiones colectivas, algunos Estados han sido condenados por ser esta una práctica recurrente¹³.

A la luz de esta jurisprudencia asentada, contraria a las expulsiones colectivas puede analizarse la práctica conocida como “devoluciones en caliente”, en el caso concreto español. En síntesis, estas devoluciones son una práctica, realizada en Ceuta y Melilla, así como, desde islotes sujetos a la soberanía del Estado español, que hace referencia a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y consiste en la entrega a las autoridades marroquí, por vía de hecho, de personas extranjeras que han sido interceptadas en zona de soberanía española, sin seguir el procedimiento establecido normativamente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas. Eso es lo que ocurrió en el controvertido caso *N.D. y N.T. contra España*, que se remonta al 13 de agosto de 2014, cuando ni siquiera esta práctica estaba recogida en ninguna disposición legal.

Estas devoluciones se consideran “en caliente” porque no siguen ningún procedimiento legal; son sumarias, en realidad ni siquiera responden al término jurídico de devolución, solo es una forma común de designarlas. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su Disposición Final Primera estableció un régimen especial para Ceuta y Melilla en el intento de legalizar este tipo de prácticas. Además, en la misma norma se añade una Disposición Adicional Décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, 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, cuando se realice el rechazo en frontera, pero no se concreta un procedimiento con garantías.

En el mencionado caso *N.D. y N.T. c. España*, el TEDH en su sentencia de 3 de octubre de 2017 sostuvo, por unanimidad, que se había violado el artículo 4 del Protocolo nº 4 (prohibición de expulsión colectiva de extranjeros). El Tribunal señaló en particular que N.D. y N.T. fueron retirados y devueltos a Marruecos en contra de su voluntad, y que las medidas de expulsión se tomaron en ausencia de una decisión administrativa o judicial previa. En ningún momento, N.D. y N.T. estuvieron sujetos a un procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas. El Tribunal concluyó que, en estas circunstancias, se trataba de expulsiones colectivas. El TEDH también señaló por unanimidad que se había violado el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH. Sin embargo, en la sentencia de 13 de febrero de 2020, la Gran Sala del TEDH declara que no ha habido vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio y que no se ha violado el artículo 13 CEDH, considerado conjuntamente con dicho artículo 4.

Si ya resulta extraordinario que un caso llegue a la Gran Sala, todavía es más significativo que el fallo sea el contrario y también por unanimidad. Tras esta resolución cabe entender que las devoluciones en caliente pueden considerarse legales. Es interesante analizar las conclusiones del Tribunal y cuestionarlas. De los argumentos de la Gran Sala para fundamentar el fallo, dos son fundamentales: los dos recurrentes se pusieron a sí mismos en una situación de infracción de la legalidad española, lo que justifica una medida de este tipo; y los recurrentes no

12 TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GC], nº 27765/09, 23 de febrero de 2012.

13 TEDH, *Georgia c. Rusia* [GC], nº 13255/07, 3 de julio de 2014; TEDH, *Shioshvili y otros c. Rusia*, nº 19356/07, 20 de diciembre de 2016 y *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, nº 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07, 20 de diciembre de 2016.

utilizaron para entrar en España otros medios legales existentes y plenamente disponibles.

Respecto al primer aspecto, surge un interrogante de gran alcance en un Estado de Derecho ¿si se infringe una norma, se renuncia a las garantías jurídicas (como la tutela judicial efectiva que supone la posibilidad de defensa en sede judicial, de abogado, etc.)? La respuesta es negativa, precisamente en los modernos Estados de Derecho debe ocurrir lo contrario de acuerdo con los principios que los inspiran: imperio de la ley, defensa de los derechos y libertades fundamentales y separación de poderes. Pues bien, igualmente si se realiza una infracción administrativa, como la entrada irregular, las garantías no decaen. Por tanto, lo relevante aquí, aún admitiendo la irregularidad de la entrada, es que existe un procedimiento administrativo legalmente establecido al efecto que el Estado español no respetó.

En cuanto al segundo aspecto que hace referencia a la posibilidad de buscar alternativas legales para la entrada en España, la afirmación del Tribunal demuestra la ceguera absoluta del TEDH respecto a la realidad de la frontera sur española. Si la idea que subyace es que debe prevalecer la legalidad vigente para la entrada en territorio nacional, entonces la premisa principal es que esta sea de posible cumplimiento, por ejemplo, en relación con la posibilidad de presentar la solicitud de asilo. Es decir, el punto de partida es que no se ignore tampoco el artículo 38 de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria que hace referencia a la presentación de solicitudes de protección internacional en embajadas y consulados, que además carece de desarrollo reglamentario; y si no se acude al asilo o la protección internacional (que debe ser la opción prioritaria), que se aplique el procedimiento normativo que ya existe en la legislación de extranjería.

El Tribunal Constitucional por su parte ha avalado la constitucionalidad de estas prácticas siempre que se apliquen a las entradas individualizadas, exista pleno control judicial y cumplimiento de las obligaciones internacionales¹⁴, lo que en mi opinión es incompatible con la propia naturaleza de las devoluciones en caliente, que carecen de procedimiento. Mucho más acertado, realista y garantista con los derechos de las personas inmigrantes en la frontera, dentro del estándar internacional de derechos humanos, es el razonado voto particular de la magistrada doña María Luis Balaguer Callejón, que insiste en que la devolución criminaliza al inmigrante irregular y la sentencia le impide, de facto, defender sus derechos humanos. Considero que tiene razón la mencionada magistrada, frente a la opinión generalizada de que el Tribunal Constitucional avala este tipo de prácticas, cuando señala que hay que entender que se desautoriza el rechazo en frontera si se desarrolla como se viene aplicando hasta ahora, puesto que no hay posibilidad de control judicial y respeto a las obligaciones internacionales, entre las que destaca la individualización de la actuación para identificar situaciones de especial vulnerabilidad. Lo que hace imposible el control judicial de las devoluciones y el respeto a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, es precisamente la disposición legal impugnada. Desde mi punto de vista, hubiera sido más acorde a esas garantías que la sentencia se hubiera pronunciado en el sentido que lo hace el voto particular para evitar este tipo de prácticas que constituyen una forma más de violencia en la frontera.

14 STC, Pleno. Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015. BOE de 22 de diciembre de 2020, es especialmente reseñable dentro del tema que se analiza el fundamento jurídico 8 c y al voto particular.

V. La preocupante situación de los niños, niñas y adolescentes no acompañados

Esa misma violencia en la frontera, que transversalmente está presente en la movilidad humana, ha afectado también a los niños, niñas y adolescentes no acompañados (NNANA)¹⁵, sin que pueda evidenciarse que estas medias se hayan interrumpido durante la pandemia.

El Comité de Derechos del Niño en la Observación General n° 6 (2005), considera como niños o menores no acompañados, a “los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”. Esta Observación refuerza el principio del interés superior del niño y el respeto al principio de no devolución desde la perspectiva en la que lo concretan el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados y el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En ese sentido, se impide el traslado de un menor a un Estado si existen motivos racionales para considerar que hay un peligro real de daño irreparable¹⁶.

Tanto el Comité de los Derechos del Niño como el Consejo de Europa, han insistido en que la detención de los NNA para controlar la inmigración no redunda nunca en el interés superior del menor y no puede considerarse por sí misma justificada. Un objetivo básico es evitar criminalizar a los niños y someterlos a medidas punitivas derivadas de la situación migratoria de sus padres. El Comité ha condenado a España por vulnerar los derechos de los menores no acompañados en el contexto de las mencionadas devoluciones en caliente. Por ejemplo, en el Dictamen 4/2016¹⁷ el Comité, a propósito de una devolución en caliente de un menor no acompañado de España a Marruecos, consideró que el Estado español violó diferentes preceptos de la Convención de Derechos del Niño (CDN): no brindó al autor protección y asistencia especiales en su condición de niño no acompañado (artículo 20); no respetó el principio de no devolución; expuso al autor a correr el riesgo de sufrir actos de violencia y tratos crueles, inhumanos y degradantes en Marruecos (artículo 37) y no consideró el interés superior del niño (artículo 3).

15 Se opta por la terminología NNANA, en lugar de la de menor extranjero no acompañado (MENA) más común en el ámbito europeo, para enfatizar la noción de niñez que requiere una protección reforzada, evitar la de extranjería (que ha de ser menos relevante en este contexto e insistir en la variedad de perfil también desde el género. Dicha terminología ha sido utilizada también por ACNUR o UNICEF, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8281.pdf>; y <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/recursos/informe-ninos-migrantes-no-acompanados.pdf> (consultados 12.3.2022)

16 En la misma línea, vid. Observación General conjunta n° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Observación General conjunta n° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional y la Observación General conjunta n° 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Observación General conjunta n° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

17 Comité de los Derechos del Niño, Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación n° 4/2016, 1 de febrero de 2019.

Por otra parte, el Comité, a propósito de la detención, ha prestado especial atención al procedimiento de la determinación de la edad de los NNANA y al impacto que su resultado puede tener en otros derechos, entre ellos, por ejemplo, el derecho a la supervivencia y el desarrollo del niño, a la atención médica, a un nivel de vida adecuado y a la educación; a un representante legal, un tutor, un intérprete, a ser escuchado y a la intimidad. Al mismo tiempo, pone de relieve el incumplimiento de obligaciones por parte del Estado como el deber garantizar una atención adecuada. En ese sentido, el Comité ha emitido diferentes dictámenes sobre esta cuestión contra España¹⁸.

En cuanto al procedimiento de determinación de la edad implementado por el Estado parte para los NNANA, tanto migrantes y como solicitantes de asilo (a estos segundos se refieren especialmente las comunicaciones n° 17 y 27), el Comité reafirma su jurisprudencia. El Comité, en línea con los estándares de las mencionadas Observaciones Generales n° 6 y 23, reitera que los Estados deben abstenerse de utilizar este tipo de técnicas y afirma la necesidad de una evaluación integral que incluya un conjunto de elementos de procedimiento y sustantivos. En los mencionados dictámenes n° 16/2017 y 22/2017, el Comité insiste en que España ignoró las medidas provisionales consistentes en el traslado a un centro de protección de menores mientras el caso se encontrara pendiente de examen y obvió la necesidad de suministrar, en el segundo supuesto, el tratamiento médico necesario. Una última cuestión destacable es la relativa a la consolidación de la jurisprudencia del Comité en cuanto a las medidas de reparación, tanto individuales (con propuestas concretas) como de carácter preventivo para evitar este tipo de prácticas vinculadas a la determinación de la edad (Ceriani, 2018).

Asimismo, el TEDH ha destacado en la relevancia del artículo 3 CEDH en relación con la detención en general, y en especial, la de los NNANA. Un aspecto fundamental en la argumentación acerca de la violación del artículo 3 CEDH, tiene que ver con la necesidad de que existe un mínimo de gravedad. El Tribunal reconoce que la apreciación de ese mínimo es relativa en esencia, ya que, depende de todas las particularidades concretas¹⁹. Por ello, es imprescindible atender a las circunstancias específicas de cada caso. Entre los aspectos significativos que deben ser tomados en consideración, el Tribunal se refiere a la edad, el hecho que se encuentre solo o acompañado de algún familiar²⁰, el sexo, el estado de salud, la duración del trato que se denuncia, los efectos físicos y psicológicos sobre la víctima de las medidas

18 Entre ellos, cronológicamente, Comité de Derechos Humanos, Comunicación n° 16/2017, *A.L. c. España*, 31 de mayo de 2019; Comunicación n° 22/2017, *J.A.B. c. España*, 31 de mayo de 2019; Comunicación n° 17/2017, *M.T. c. España*, 18 de septiembre de 2019; Comunicación n° 27/2017, *R.K. c. España*, 18 de septiembre de 2019; Comunicación n° 21/2017, *A.D. c. España*, 6 de febrero de 2020; Comunicación 24/2017, *M.A.B. c. España*, 7 de febrero de 2020; Comunicación 25/2017, *H.B. c. España*, 7 de febrero de 2020.

19 Vid., entre otros, TEDH, *Van der Ven c. los Países Bajos*, n° 50901/99, 4 de febrero de 2003, párr. 47.

20 El hecho de que el menor se encuentre acompañado no es, *per se*, un elemento suficiente para que el Tribunal deje de apreciar la violación del artículo 3 CEDH. Así, por ejemplo, puede evidenciarse en diferentes resoluciones del TEDH: *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, n° 41442/07, 19 de enero de 2010; *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, n° 15297/02, 13 de diciembre de 2011; *Popov c. Francia*, n° 39474/07, 19 de enero de 2012; *Mahmundi y otros c. Grecia*, n° 14902/10, 31 de julio de 2012; *A.B. y otros c. Francia*, n° 11593/12, *R.K. y otros c. Francia*, n° 68264/14, *R.M. y otros c. Francia*, n° 33201/11, *A.M. y otros c. Francia*, n° 24587/12, y *R.C. y V.C. c. Francia*, n° 76491/14, las cinco de 12 de julio de 2016; *S.F. y otros c. Bulgaria*, n° 8138/16, 7 de diciembre de 2017; *G.B. y otros c. Turquía*, n° 4633/15, 17 de octubre de 2019; y *Bilalova y otros c. Polonia*, n° 23685/14, 26 de marzo de 2020.

adoptadas, los motivos que le llevaron a abandonar su país y a cualquier otra circunstancia que al efecto se considere relevante²¹. La investigación que corre a cargo de las autoridades nacionales, y el modo en que esta se realice, es crucial para asegurar estos aspectos. Asimismo, el trato puede considerarse degradante si es probable que inspirara en sus víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlos y degradarlos²². La necesidad de que exista un mínimo de gravedad en las condiciones de detención y la relevancia de la investigación que debe realizar el Estado en cuestión aparece también, reforzando la solidez de la jurisprudencia del TEDH en esta materia, en el caso *Moustahi c. Francia*²³, en el que además el Tribunal insiste en que no basta la mera presencia de un adulto.

Por lo que se refiere a los NNANA, el caso *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga c. Bélgica*²⁴ constituye un referente. Como recuerda López (2013: 492) para considerar que se ha vulnerado el artículo 3 CEDH, el Tribunal en el caso *Rahimi c. Grecia*, como en el citado *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, y en el asunto *Rahimi*, se apoya en el artículo 3 CDN utilizado como argumento fundamental, como *ratio decidendi* para poner de manifiesto la centralidad del principio del interés superior del menor (de acuerdo con la Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, y en el artículo 37 CDN que exige que un menor no quede privado de libertad a no ser que ninguna otra medida fuera posible.

Igualmente, el Tribunal ha actualizado e interpretado de forma abierta y finalista los artículos 5.1 y 5.4 CEDH a propósito de los NNANA de tal manera que de su jurisprudencia pueden extraerse los elementos que tensionan los mencionados preceptos y resultan inadmisibles en los casos de detención de menores. Por ejemplo, en el asunto *Bubullima c. Grecia*²⁵ el Tribunal entendió que se había violado el artículo 5.4 CEDH por considerar que los dos recursos que la ley griega había facilitado al demandante no habían respetado los requisitos de esta disposición del Convenio, en particular la relativa al "corto plazo". Para cumplir las exigencias derivadas de los artículos 5.1 y 5.4 CEDH no basta con atender de manera genérica a las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional aplicables al caso, si no que siempre hay que tomar en consideración la especificidad de la situación de los NNANA y tener en cuenta la efectividad de los recursos. Además, de la jurisprudencia reiterada del TEDH relativa al artículo 5.1 f se desprende que para no ser acusado de trato arbitrario en estos supuestos de detención tienen que concurrir estos elementos: la implementación de dicha medida de detención debe hacerse de buena fe; debe estar estrechamente relacionada con el objetivo de evitar que una persona ingrese de forma irregular al territorio; el lugar y las condiciones de detención deben

21 En este sentido pueden consultarse las siguientes resoluciones del TEDH: *Assenov y otros c. Bulgaria*, n° 24760/94, 28 de octubre de 1998, párr. 94; *Labita c. Italia*, n° 26772/95, 6 de abril de 2000, párr. 120; *Bati y otros c. Turquía*, n° 3 de junio de 2004, párrs. 113 a 115; *Slimani c. Francia*, n° 57671/00, párr. 27; *Riad y Idiab c. Bélgica*, n° 29787/03 y 29810/03; 24 de enero de 2008, párr.100; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, n° 30696/09, 21 de enero de 2011, párrs. 216, 219 y 220; y *Rahimi c. Grecia*, n° 8687/08, 5 de abril de 2011, párr. 86.

22 TEDH, *Kudła c. Polonia* (GC), n° 30210/96, 26 de octubre de 2000, párr. 92.

23 TEDH, *Moustahi c. Francia*, n° 9347/14, 25 de junio de 2020.

24 TEDH, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, n° 13178/03, 12 de octubre de 2006.

25 TEDH, *Bubullima c. Grecia*, n° 41533/08, 28 de octubre de 2010, párr. 32.

ser apropiados; y por último, la duración de la detención no debe exceder el tiempo razonable necesario para alcanzar el objetivo perseguido²⁶.

Al igual que se ha señalado anteriormente en las vulneraciones del artículo 3 CEDH, el lugar en el que se practica la detención es fundamental a propósito de los derechos que concretan los artículos 5.1 y 5.4 CEDH. La jurisprudencia del TEDH ha reiterado determinados lugares en los cuales se infringe de forma sistemática los derechos que consagran dichos preceptos. Así, por ejemplo, en el caso *Housein c. Grecia*²⁷ la detención en el puesto fronterizo de Soufli para la posterior deportación vulneró el derecho a la libertad y la seguridad. En la misma línea, en el supuesto *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*²⁸ se entendió vulnerado el artículo 5.1 CEDH por las condiciones inadecuadas, de la detención y la duración prolongada de la misma. Al igual que en el asunto *Suso Musa*, el Tribunal concluyó que la detención en sí infringía el artículo 5 CEDH, pero la novedad importante en el presente caso es que el Tribunal aplica explícitamente la prueba de necesidad a la interpretación de la primera parte del artículo 5.1 f.

En el asunto *H.A. y otros c. Grecia*²⁹ los artículos 5.1 y 5.4 se consideraron igualmente vulnerados y se enfatizó que, la colocación de los solicitantes en los puestos de guardia de fronteras y policía, equivalía a una privación de libertad que no había sido legal. En la misma línea crítica con la reconducción a la comisaría de policía tras la detención, se mantiene el Tribunal en el caso *Sh. D. y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia*³⁰.

Tanto de las resoluciones del Comité como de la jurisprudencia del TEDH se desprende la imperiosa necesidad de reforzar el sistema de protección de los NNANA, que no ha dejado de debilitarse con la pandemia, para lo cual, desde las mencionadas garantías, sería deseable un sistema coordinado de protección de estos menores en la Unión Europea que pudiera servir como germen de un sistema internacional (Durán, 2021).

VI. Cuestiones pendientes

En el ámbito de la Unión Europea, el blindaje de las fronteras exteriores sigue siendo un eje central (como se evidencia claramente en el papel reforzado que adquiere Frontex en el mencionado Pacto que se propone) en busca de una eficacia global de procesos migratorios más rápidos y fluidos desde una gobernanza de las políticas de migración y de fronteras que se pretende que sea más sólida. La gestión sólida y justa de las fronteras exteriores a la que se apela incluye controles de identidad, salud y seguridad, es decir, un refuerzo generalizado de los mecanismos de control. Para ello, se recurre a medidas que ya han resultado fallidas en el pasado, pero en las que se insiste.

Esa pretendida agilidad pasa por determinar qué personas pueden ser sujetos de procesos de protección internacional y cuáles no. Para las primeras, se siguen las pautas establecidas para las solicitudes de asilo y para las segundas se acude al

26 TEDH, *Rahimi c. Grecia*, cit., párr. 106 y *Saadi c. Reino Unido* (GC), n° 13229/03, 29 de enero de 2008, párr. 74.

27 TEDH, *Housein c. Grecia*, n° 71825/11, 24 de octubre de 2013, párrs. 79-84.

28 TEDH, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, n° 25794/13 y 28151/13, 22 de noviembre de 2016, párr. 32.

29 TEDH, *H.A. y otros c. Grecia*, n° 19951/16, 28 de febrero de 2019, párrs. 207, 209, 211 y 213.

30 TEDH, *Sh. D. y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia*, n° 14165/16, 13 de junio de 2019, párr. 69.

retorno cuyas garantías habrá que concretar. En efecto, el Pacto basa buena parte de su acción en reforzar la idea de los retornos como manera de luchar contra la inmigración irregular en Europa, a pesar de reconocerse que sólo se lleva a cabo un tercio. Es significativa la insistencia en esta fórmula que ha sido poco operativa y que, además, requiere de la contribución imprescindible de un país tercero (que deberá permitir el retorno). Para impulsar esta medida se incide en la necesidad de mejorar las colaboraciones con los países de origen y tránsito, una externalización que se ha demostrado poco resolutiva y que, además, deja en manos de países terceros la efectividad de las acciones europeas. De nuevo, se incide en el desarrollo como factor desincentivador de las migraciones, y se refuerza la externalización como vía de actuación. Además, el mecanismo de suspensión de visados prevé la evaluación sistemática de los países exentos de la obligación de visado en función de criterios como el riesgo de migración irregular y las solicitudes de asilo abusivas. La función de las fronteras exteriores en este contexto sigue siendo defensiva y externalizadora.

En el caso concreto de los NNANA, el Pacto recoge un apartado dedicado al apoyo a la infancia y a las personas vulnerables, en el intento de asegurar el interés superior del niño, que se respete su derecho a ser oído y reforzar el papel de la Red Europea de Tutela. El sistema debe gestionarse de manera que refleje las necesidades particulares de los niños, proporcionando alternativas eficaces a la detención, promoviendo la rápida reunificación familiar y garantizando que se escuche la voz de las autoridades de protección de los menores. Es imprescindible además tomar en consideración la difícil situación en la que quedan los menores extutelados (Durán, 2020).

En mi opinión, es imprescindible para la protección de los NNANA y para asegurar su interés superior, que se desvinculen las medidas relativas al control de la movilidad de la protección de los menores en general, y de los NNANA en particular. En ese sentido, sería interesante tomar en consideración algunas de las propuestas de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa³¹ que aglutinan buena parte de la jurisprudencia del TEDH y de las decisiones del Comité de Derechos del Niño al respecto. En síntesis, entre ellas, puede mencionarse la necesidad de diseñar una legislación que prohíba la detención de menores por motivos de inmigración y garantizar su plena aplicación en la práctica, a lo que habría que añadir que se tenga en cuenta la perspectiva de género; priorizar la condición de menor y desarrollar procedimientos de evaluación de la edad amigables para los niños migrantes; y no realizar detenciones administrativas de NNANA, si no optar por medidas alternativas, como las mencionadas en este análisis, que satisfagan el interés superior del niño y permitan que los menores permanezcan con sus familiares o tutores en contextos comunitarios sin custodia mientras se resuelve su estatus migratorio.

Las referencias que existen en el Pacto a la pandemia tienen que ver con la necesidad de reforzar los controles también en las fronteras interiores, asumir la imposibilidad de cumplir con las cuotas de reasentamiento (lo cual ya ocurría sistemáticamente antes del Covid-19) y colaborar con terceros Estados, en intereses mutuos para desincentivar la inmigración irregular. Se considera preocupante la activación de controles temporales en las fronteras interiores porque cuestiona la propia esencia del sistema Schengen. Por eso, se piensa en presentar una Estrategia sobre el Futuro

31 Parliamentary Assembly, Council of Europe, Resolution 2020 (2014), *The alternatives to immigration detention of children* (consultado 15.3.2022), <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21295&lang=en>

de Schengen, para reforzar este espacio. Esa iniciativa va íntimamente unida a la estrategia global con África³² y la colaboración con países socios de Asia y América Latina. La finalidad expresamente reconocida es construir economías fortalecidas y reducir la incitación a la migración irregular. En ese contexto, se quiere intensificar el reasentamiento con nuevos compromisos a partir de 2022 (con patrocinio comunitario o privado), que se reconoce incumplido por la pandemia.

El conjunto de medidas propuestas suponen cambiar todo para que nada cambie. Introducir múltiples modificaciones que en el fondo pivotan sobre el mismo eje de la tradicional política de inmigración y asilo en la Unión Europea: el de la seguridad. De esta manera se añade a la tradicional función de vigilancia y control que desempeña la frontera en el Estado-nación, ahora reforzada, la de seguridad sanitaria en el marco de las medidas de contención del Covid-19. En este contexto, desafortunadamente, la frontera desempeña en la movilidad humana un rol funcional de protección mucho más amplio, en el que el aumento del miedo, al contagio y la invasión. Apenas queda espacio para los derechos en la política de inmigración y asilo marcada por la continua sensación de amenaza.

Referencias

- ACNUDH (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos) (2014). *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*. Ginebra.
- Arango, J.; Garcés, B.; Mahía, R. y Moya, D. (2021). “Introducción. Inmigración y movilidad humana en tiempos del Coronavirus”, en Arango, J.; Garcés, B.; Mahía, R. y Moya, D. (dir.), *Inmigración en tiempos de COVID-19*. Anuario CIDOB de la Inmigración, 2020. Barcelona: CIDOB, pp. 14-30, DOI: doi.org/10.24241/AnuarioCIDOBInmi.2020.34
- Bayón, J. C. (2014). “¿Democracia más allá del Estado?”. en Ruiz Miguel, A. (ed.). *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*. Madrid: Trotta, pp. 121-138.
- Brown, W. (2015). “Estados amurallados, soberanía en declive.” Barcelona: *Herder*, pp. 30-34.
- Ceriani, P. (2020). “Comunicación 16/2017: A.L. c. España et. al.”. Case Note 2020/2, Leiden Children's Rights Observatory, 18 de mayo, (consultado 12.3.2022), <https://childrensrightsobservatory.nl/case-notes/casenote2020-2>
- De Lucas, J. (2009). “El miedo en las sociedades más seguras de la historia”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº43, pp. 85-92.
- De Lucas, J. (2014). “Violencia, fronteras, Derecho”. *Sin permiso*, 27 de abril.
- De Lucas, J. (2015). *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: *Tirant lo Blanch*.
- Durán, F. J. (2020), “MENA y extutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de

32 Comisión Europea, Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo, “Hacia una estrategia global con África”, JOIN (2020) 4 final, de 9 de marzo de 2020, (consultado 22.3.2022), <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/55817dfb-61eb-11ea-b735-01aa75ed71a1>

- edad y la jurisprudencia”. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n° 55, pp. 17-52.
- Durán, F. J. (2021). Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro. Navarra: *Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor*.
- Ferrero-Turrión, R. y López Sala, A. M. (2012). “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*, pp. 229-254.
- Ferrero-Turrión, R. (2022), “La espectacularización de la guerra nos puede hacer perder cierta sensibilidad”. Universidad Complutense de Madrid: *OTRI*, <https://www.ucm.es/otri/noticias-ruth-ferrero-turrión-guerra-ucrania-ucm> (consultado 13.3. 2022).
- Garcés, B. (2022). “Por qué esta crisis de refugiados es diferente”. *CIDOB Opinión 708*, https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/2022/por_que_esta_crisis_de_refugiados_es_distinta (consultado 24.3.2022).
- López Ulla, J. M. (2013). “Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n° 32, pp. 481-497.
- McAuliffe, M.; Feline, L.; Skeldon, R. and Blower, J. (2022), “The Great Disrupter: COVID-19’s impact on migration, mobility and migrants globally”. En McAuliffe, M. and Triandafyllidou, A. (eds.). *World Migration Report (2022)*. Geneva : International Organization for Migration (IOM). pp. 151- 173.
- OECD, COVID-19 crisis puts migration and progress on integration at risk (consultado 17.3.2022), <https://www.oecd.org/migration/covid-19-crisis-puts-migration-and-progress-on-integration-at-risk.htm>
- OCDE (2020). Cuál es el impacto de la pandemia de COVID-19 en los inmigrantes y sus hijos, 19 de octubre, (consultado 20.3.2022), <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/what-is-the-impact-of-the-covid-19-pandemic-on-immigrants-and-their-children-e7cbb7de/>
- Sironi, A., Bauloz, C. and Emmanuel, M. (eds.). (2019). *Glossary on Migration. International Migration Law*. Geneva: International Organization for Migration (IOM), n° 34.
- Solanes, A. (2016). “Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 32, pp. 145-184.
- _____. (2020). “Protección y principio de non-refoulement en la Unión Europea”. *Scio*, n° 19, pp. 27-62.
- Sudre, F. (coord.) (2017). Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme. Paris: *Presses Universitaires de France - P.U.F.*, 8^e édition.
- Turégano, I. (2020). “Fronteras, movilidad y ciudadanía”. *Bajo palabra*. Revista de filosofía, n° 23, pp. 131-162.
- Zapata-Barrero, R. (2012). “Teoría política de la frontera y la movilidad humana”. *Revista Española de Ciencia Política*, n° 29, julio, pp. 39-66.