

ESTUDIOS

UN ESTUDIO CRÍTICO SOBRE LA EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL

HELENE COLOMO IRAOLA

PRÓLOGO DE ANA I. PÉREZ MACHÍO

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO

III ARANZADI

© Helene Colomo Iraola, 2024

© Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: 2024

Esta obra se ubica en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación que lleva por título «La tutela penal de personas vulnerables: análisis de realidades criminológicas y propuestas sustantivas de “lege data” y de “lege ferenda”» (REF. PID2020-116407RB-I00), del Grupo Consolidados GICCAS/Grupo de Investigación en Ciencias Criminales (REF. IT 1486-22), y de la Red de Investigación «Violencia contra las mujeres: nuevos desafíos —VIOMUJ—» (REF. RED2022-134101-T).

Depósito Legal: M-27335-2024

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1078-875-6

ISBN versión electrónica: 978-84-1078-874-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Printed in Spain

© **Editorial Aranzadi, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Aranzadi, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

EDITORIAL ARANZADI no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, EDITORIAL ARANZADI se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

EDITORIAL ARANZADI queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

EDITORIAL ARANZADI se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Editorial Aranzadi, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
PRÓLOGO.....	15
ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS.....	17
INTRODUCCIÓN.....	19
CAPÍTULO I	
LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EUROPEA: DE LA CREACIÓN DE LAS FRONTERAS HASTA (PARA) LA EXPULSIÓN DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS	23
I. EL PROTAGONISMO DE LA FRONTERA EN LA POLÍTICA MIGRATORIA EUROPEA.....	23
1. <i>Aproximación al concepto de frontera como instrumento de control migratorio.....</i>	23
2. <i>El carácter cambiante de la frontera y sus consecuencias</i>	28
3. <i>La plasmación de la frontera en la UE: la arquitectura del espacio Schengen</i>	32
4. <i>El control selectivo de la inmigración a través de la frontera..</i>	37
II. EL MARCO NORMATIVO DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EUROPEA	41
1. <i>La comunitarización de la política migratoria europea: entre la reticencia y la necesidad</i>	41
2. <i>Recorrido cronológico de la construcción de una política común de inmigración</i>	46

	<i>Página</i>
III. LA EXPULSIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA UE: LA «DIRECTIVA DE RETORNO».....	58
1. <i>Antecedentes y propuestas normativas</i>	58
2. <i>Proceso de elaboración</i>	63
3. <i>Aspectos más controvertidos de su contenido</i>	66
3.1. <i>Ámbito de aplicación</i>	69
3.2. <i>Internamiento cautelar</i>	73
3.3. <i>Prohibición de entrada</i>	78
4. <i>Valoración crítica</i>	80
CAPÍTULO II	
SOCIEDAD DEL RIESGO E INTERVENCIÓN PENAL: SU IRRUPCIÓN EN EL FENÓMENO MIGRATORIO	85
I. LA SOCIEDAD DEL RIESGO COMO CONTEXTO DE LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA	85
1. <i>Aproximación a la teoría de la sociedad del riesgo</i>	85
2. <i>El Derecho penal en la sociedad del riesgo</i>	93
II. EL RECURSO AL RIESGO Y A LA SEGURIDAD: LA PERMANENTE EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL	97
1. <i>Aproximación al fenómeno de la expansión del Derecho penal</i>	97
2. <i>Breve panorámica de las distintas posiciones frente al Derecho penal moderno</i>	100
2.1. <i>Derecho de intervención</i>	100
2.2. <i>El Derecho penal de dos velocidades</i>	103
2.3. <i>La modernización del Derecho penal</i>	109
3. <i>Rasgos y riesgos del Derecho penal moderno</i>	113
3.1. <i>Derecho penal moderno ¿simbólico?</i>	113
3.2. <i>A vueltas con la eficacia de las leyes penales</i>	117
3.3. <i>El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos</i>	119

	<i>Página</i>
4. <i>Toma de postura: a favor de una expansión controlada del Derecho penal</i>	126
III. LA RETÓRICA DEL RIESGO Y LA EXPANSIÓN PUNITIVA: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	129
IV. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL DEL RIESGO HACIA UN MODELO GERENCIAL-ACTUARIAL: IMPLICACIONES EN EL FENÓMENO MIGRATORIO	135
1. <i>Breves consideraciones sobre el modelo gerencial-actuarial de penalidad</i>	135
2. <i>La gestión del riesgo en el ámbito penal: el actuarialismo punitivo</i>	137
3. <i>El actuarialismo y el fenómeno migratorio: la construcción de las personas extranjeras como categoría de riesgo</i>	140
4. <i>El gerencialismo y la gestión de la inmigración: la transformación gerencial de la política migratoria</i>	150
5. <i>Paradojas del modelo gerencial-actuarial de penalidad</i>	156
 CAPÍTULO III	
FENÓMENO MIGRATORIO Y RIESGO: LA EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS DEL ARTÍCULO 89 DEL CP	161
I. APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN	162
II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA EXPULSIÓN COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	164
1. <i>Texto original: la inclusión de la expulsión sustitutiva a través de la LO 10/1995</i>	166
2. <i>La exclusión de determinados delitos en la aplicación del artículo 89 del CP: LO 8/2000</i>	172
3. <i>LO 11/2003: endurecimiento de la expulsión penal</i>	174
4. <i>LO 5/2010: un nuevo acercamiento a la normativa de extranjería</i>	181
5. <i>Situación actual: LO 1/2015</i>	189

	<i>Página</i>
III. LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN PENAL.....	192
1. <i>La expulsión penal como sustitutivo de las penas privativas de libertad</i>	195
2. <i>La expulsión penal como pena.....</i>	201
3. <i>La expulsión penal como medida de seguridad.....</i>	208
4. <i>La expulsión penal como suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.....</i>	212
5. <i>La expulsión penal como sanción administrativa</i>	215
IV. ÁMBITO SUBJETIVO	219
V. ÁMBITO OBJETIVO	229
1. <i>Penas de prisión de hasta un año</i>	230
2. <i>Penas de prisión de un año y un día hasta cinco años</i>	233
3. <i>Penas de prisión superiores a cinco años, o penas de prisión que sumadas superen los cinco años.....</i>	234
VI. EXCEPCIONES EN LA APLICACIÓN DE LA EXPULSIÓN COMO MEDIDA SUSTITUTIVA	236
1. <i>Excepción relativa por razones de política-criminal.....</i>	237
2. <i>Excepción absoluta por razones de proporcionalidad</i>	246
VII. LÍMITES A LA EXPULSIÓN DERIVADOS DEL ESTATUTO JURÍDICO DE ALGUNAS PERSONAS EXTRANJERAS	252
1. <i>Ciudadanas y ciudadanos de la UE.....</i>	252
2. <i>Personas extranjeras beneficiarias de protección internacional</i>	258
VIII. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE EXPULSIÓN Y SUS CONSECUENCIAS	261
1. <i>Procedimiento para llevar a cabo la expulsión</i>	261
2. <i>El internamiento como medida para asegurar la expulsión</i>	264
3. <i>Prohibición de entrada y consecuencias de su quebrantamiento</i>	268
IX. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA	271

ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
CONCLUSIONES	277
BIBLIOGRAFÍA	283
RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA	313
I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	313
II. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	313
III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	313
IV. TRIBUNAL SUPREMO	314

migratorios, en su mayoría masivos, impulsados por una vasta pluralidad de motivos, que incluyen aspectos económicos, políticos, religiosos y conflictos armados. Las migraciones han sido, desde antaño, un motor primario de la sociedad¹. Esto puede no ser novedoso, pero su consolidación como uno de los vectores de transformación socioeconómica y de las relaciones entre los Estados merece especial atención².

Por razones de diferente índole en las que ahora no podemos detenernos, el fenómeno migratorio³ ha vuelto a ocupar un lugar destacado. Como resultado, el control de las fronteras y la gestión de los flujos migratorios son ahora cuestiones de vital importancia en las agendas políticas de los Estados occidentales⁴. En el pasado, especialmente entre los siglos XIX y XX,

1. LIVI BACCI, M.: *Breve historia de las migraciones*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, p. 16.
2. En efecto, tal y como señala MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M.: «La (no) política de inmigración y el estado de derecho», en MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M. / GIRÓ MIRANDA, J. (coords.): *Inmigración y ciudadanía. Perspectivas sociojurídicas*, Universidad de la Rioja, La Rioja, 2003, pp. 129-130, la inmigración contemporánea exhibe características distintivas que reflejan la naturaleza global del proceso migratorio actual. Esta globalidad se manifiesta, en primer lugar, en la dimensión espacial del fenómeno, evidenciada por el incremento de los flujos migratorios a escala mundial. Todos los países experimentan las repercusiones de este aumento, ya sea como emisores o receptores de personas migrantes, lo que contribuye a la creciente complejidad del proceso migratorio. Además, esta globalidad también se refiere a la perspectiva profesional o cultural, dado que las migraciones contemporáneas trascienden las barreras de clase social.
3. Señala PÉREZ GONZÁLEZ, C.: *Migraciones irregulares y Derecho Internacional: gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 40, que el término «fenómeno migratorio» engloba una variedad de situaciones. Son diversas las causas que subyacen al origen de este fenómeno, si bien cabe destacar el nivel de desarrollo de los países implicados, así como la situación económica y/o política de los Estados de origen. En efecto, como afirma DE LUCAS MARTÍN, J.: «Sobre las políticas de inmigración en el mundo globalizado», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 7, 2003, p. 26, se trata de un «fenómeno complejo por heterogéneo, plural: no existe la inmigración, como tampoco un tipo homogéneo de inmigrantes. Los proyectos migratorios no son unívocos, sino que varían en función de los presupuestos, los mecanismos de desplazamiento, los objetivos de esos proyectos, etc. Son diversos los países de origen, pero también y, sobre todo, sus agentes, sus protagonistas».
4. Basta con examinar los titulares de los últimos años, entre los que se incluyen: «Francia y Reino Unido alcanzan un nuevo acuerdo para hacer frente a la inmigración irregular» (Euronews, 14.11.2022); «La inmigración agita la agenda política en el Reino Unido» (Euronews, 01.11.2022); «El Gobierno de Meloni vuelve a la línea dura con la inmigración irregular en Italia» (Euronews, 27.10.2022); «La crisis migratoria en EEUU

predominaba la libertad de movimiento y cualquier restricción a esta era más bien excepcional. Sin embargo, en la actualidad, al examinar el papel de las personas en la globalización, parece que la norma es establecer diversas barreras: fronteras, pasaportes, visados, permisos de trabajo, residencia, etc., lo que, en última instancia, puede condicionar el ejercicio del derecho a la libre circulación⁵. Como tendremos ocasión de comprobar en las páginas que siguen, en las sociedades contemporáneas, mientras que los capitales, los productos, los bienes y las mercancías circulan libremente, las personas, fundamentalmente aquellas con recursos económicos limitados o consideradas extracomunitarias, enfrentan numerosos obstáculos⁶.

Ciertamente, todos los países controlan la entrada de las personas inmigrantes, aunque las políticas adoptadas varían según la estrategia de inmigración elegida⁷, adoptando diferentes formas. De manera general, se

continúa en 2023 pese a las promesas de Biden» (Nius, 23.01.2023); «Bruselas busca impulsar la devolución de migrantes irregulares con más cooperación con los países de origen» (El País, 24.01.2023); «Feijóo asegura que la reforma de la ley de extranjería tendrá un “efecto llamada” de menores migrantes» (El País, 15.07.2024); Starmer pide colaboración a Europa para frenar la inmigración irregular» (El País, 18.07.2024).

5. ARANGO, J.: «Dificultades y dilemas de las políticas de inmigración», en *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, n.º 713, 2005, p. 18.
6. De acuerdo con el Proyecto Migrantes Desaparecidos de la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante, OIM), que actualmente es la única iniciativa que documenta las muertes de migrantes en todo el mundo, ha registrado las muertes y desapariciones de 59.200 mujeres, hombres y menores de edad desde que se inició la recopilación en 2014, más de 4000 muertes al año en las rutas migratorias de todo el mundo. La ruta del Mediterráneo Central, desde África Septentrional hacia Italia y, en menor medida, Malta es donde el mayor número de muertes y desapariciones durante las travesías migratorias han sido registradas, y se ha cobrado la vida de más de 22.400 personas entre enero de 2014 y octubre de 2023. Sin embargo, la OIM advierte que el número de muertes registradas representa solo una estimación mínima, ya que la mayoría de las muertes de migrantes en el mundo no se registran. Para más información sobre las muertes y desapariciones de personas migrantes, véase: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/muertes-y-desapariciones-de-migrantes>.
7. Siguiendo a lo apuntado por ARANGO, J.: *Dificultades, op. cit.*, p. 17, una política de inmigración puede comprender los siguientes extremos: a) normas y prácticas destinadas a regular y controlar los flujos migratorios, especialmente, la entrada y estancia de las personas inmigrantes; b) regulaciones y prácticas relacionadas con las demandas de asilo; c) medidas para la integración de las personas inmigrantes y las minorías étnicas, que incluyan la definición de la ciudadanía y cómo acceder a la misma; y, d) políticas dirigidas a luchar contra el racismo y la discriminación. Las dos primeras pueden ser categorizadas dentro del ámbito de las «políticas de control», mientras que las dos últimas pueden ser consideradas como parte de las «políticas de integración». Para LÓPEZ SALA, A. M.: «El control de la inmigración: política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular», en *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, n.º 713, 2005, p.

pueden identificar tres grandes grupos de Estados receptores. El primero, conformado por países como Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, muestra una relativa apertura a la inmigración. Aunque también controlan los flujos de entrada, admiten un número significativo de personas extranjeras al final del año. Un segundo grupo está compuesto por sociedades democráticas, principalmente en Europa, que debido a su naturaleza democrática tienen el deber no solo de reconocer una serie de obligaciones morales y políticas, sino también de garantizar su cumplimiento. A pesar de ello, muestran fuertes reticencias hacia la migración e intentan limitar el número de personas que ingresan a su territorio. El tercer y último grupo está formado por países no democráticos, que solo aceptan a personas migrantes trabajadoras con contratos temporales de corta duración, sin otorgarles más derechos que los estipulados. Sin duda, los Estados del segundo grupo enfrentan mayores dificultades en la gestión de la inmigración, ya que reconocen obligaciones y derechos que a menudo no pueden cumplir⁸.

El control de fronteras⁹, y de manera más genérica, la frontera, representa una de las formas en que el Estado ejerce su poder soberano, siendo este un elemento fundamental en la cooperación transnacional entre Estados¹⁰. Aunque esta cuestión excede del objeto de estudio de estas páginas, parece procedente hacer una aproximación, antes que nada, al concepto de «frontera»¹¹.

28, la política migratoria es, en términos generales, «el conjunto de mecanismos legales y administrativos articulados por lo general desde el Estado, pero también desde otras instituciones supranacionales, que regulan el acceso al territorio, la estancia y el establecimiento, la integración socioeconómica y cívica de los inmigrantes y el disfrute de derechos ciudadanos, así como la incorporación a la comunidad política».

8. ARANGO, J.: *Dificultades*, *op. cit.*, p. 19. Un claro ejemplo de esto es la crisis de las personas refugiadas en la UE en 2015, durante la cual el incumplimiento de las cuotas de reubicación por parte de algunos Estados miembros, incluyendo a España, puso de manifiesto su falta de disposición para recibir a miles de personas que requerían protección internacional. En este sentido, véase, LÓPEZ TRUJILLO, N./PITA, C.: «Los países de la UE no cumplieron con la reubicación de 160.000 refugiados de los campos de Grecia e Italia», en *Newtral*, 19.09.2021. Disponible en: <https://www.newtral.es/reubicacion-refugiados-campos-europa/20210919/>
9. El concepto de control de fronteras hace referencia a la regulación de las fronteras exteriores que facilitan tanto la entrada como la salida del Estado.
10. BARBERO GONZÁLEZ, I.: *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*, Ikuspegi-Observatorio Vasco de Inmigración, Zarautz, 2010, p. 41.
11. Como observa acertadamente TAYLOR HANSEN, L. D.: «El concepto histórico de frontera», en OLMOS AGUILERA, M. (coord.): *Antropología de las fronteras: Alteridad, historia e identidad más allá de la línea*, El colegio de la Frontera Norte, México, 2007, p. 232, es ya un lugar común utilizar los términos «frontera» y «límite» como sinónimos. Sin embargo, aunque ambos provienen de palabras con significados similares y

La frontera, al igual que los flujos migratorios, tampoco es un fenómeno nuevo ni exclusivo de nuestra época. Ha existido desde tiempos remotos hasta el presente. Sin embargo, definir qué es una frontera no es tarea fácil. La noción de frontera está determinada por la historia subyacente, la cual varía en diferentes lugares, lo que dificulta atribuir una cualidad universal a la frontera¹². Como ha señalado BALIBAR, las fronteras son «instituciones históricas» que han experimentado cambios tanto en su definición jurídica como en su función política a lo largo de la historia¹³. Por consiguiente, conviene dilucidar el significado de dicha afirmación.

En cuanto al término «instituciones», denominar a las fronteras de esta manera implica reconocer que se establecen como resultado de acuerdos políticos, lo que significa que están reguladas por ley¹⁴. Con todo, BALIBAR rechaza la noción de fronteras naturales; ese gran mito de la política exterior de los Estados. Sostiene que la frontera es una construcción del poder estatal, sujeta a cambios en el tiempo, y que ha confundido el ejercicio de la soberanía con la delimitación recíproca del territorio¹⁵. Siguiendo esta línea argumental, TAYLOR HANSEN afirma que las fronteras naturales son en realidad artificiales, ya que un límite territorial no puede existir por sí solo. Por lo tanto, según este autor, se puede inferir que las fronteras, dondequiera que estén, son una creación humana. Tanto su existencia como su desaparición dependen, en última instancia, del ser humano¹⁶.

Es asimismo fundamental hacer referencia al carácter histórico que, siguiendo a BALIBAR, define a las fronteras. Al referirnos a este atributo histórico de la noción de frontera, lo que en realidad se quiere resaltar es su naturaleza cambiante. La frontera no es estática, sino que evoluciona, y,

no siempre existen palabras específicas en todos los idiomas para diferenciarlos, en realidad sus conceptos son distintos. El término «frontera» proviene del latín *frons* o *frontis*, y se refiere a la parte delantera de algo, en concreto, «designa un área que forma parte de una totalidad, específicamente la que está en las orillas de la región interior de un país». Por su parte, el término «límite», hace referencia a «un camino que corría paralelamente a una línea de propiedad».

12. BALIBAR, E.: *Violencias, identidades y civilidad: para una cultura política global*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 77 y 79.
13. BALIBAR, E.: «Fronteras del mundo, fronteras de la política», en *Alteridades*, vol. 15, n.º 30, 2005, p. 92.
14. LÓPEZ SALA, A. M.: «Conclusiones. Repensando el papel político de las fronteras en la conformación y la regulación de la movilidad internacional», en ANGUIANO TÉLLEZ, M. E. / LÓPEZ SALA, A. M. (coords.): *Migraciones y fronteras: nuevos contornos para la movilidad internacional*, Icaria, Barcelona, 2010, pp. 334-335.
15. BALIBAR, E.: *Fronteras*, *op. cit.*, p. 92.
16. TAYLOR HANSEN, L. D.: El concepto, *op. cit.*, p. 234.

por ende, su función también varía, al igual que la institución misma. Esta transformación se produce debido a diversos factores (políticos, económicos, sociales, culturales, etc.) inherentes a cada época. No en vano, su complejidad histórica asegura que la frontera esté siempre presente, aunque no de la misma manera en todo momento. De hecho, a medida que la historia avanza, la frontera se transforma y adopta nuevas formas, lo que sugiere que es la historia misma la que dota de contenido al término en cuestión¹⁷.

Por lo que al objeto de nuestro estudio interesa, resulta ineludible reflexionar sobre la evolución de la frontera en términos de separación de grupos humanos, su posterior transformación en símbolo de la soberanía territorial del Estado y, finalmente, el proceso de desterritorialización que ha experimentado. En suma, se trata de observar cómo ha cambiado el propósito de establecer límites, lo que, en última instancia, nos ayudará a comprender el modelo actual de gestión migratoria.

2. EL CARÁCTER CAMBIANTE DE LA FRONTERA Y SUS CONSECUENCIAS

Como se ha venido perfilando a lo largo de las líneas anteriores, la frontera ha sido asignada con distintas finalidades a lo largo del tiempo. En términos generales, representa el punto de contacto entre dos comunidades que difieren entre sí debido a una variedad de características (raciales, políticas, culturales, religiosas, etc.). No es de extrañar que la función primordial de la frontera, y posiblemente la más reconocida, haya sido, como se ha mencionado anteriormente, la de separar grupos humanos¹⁸. A modo de ejemplo, durante la Edad Media, la frontera delimitaba imperios y dominios feudales, permitiendo que personas de diferentes lugares lucharan en el mismo bando; el vínculo no residía en el territorio, sino en la lealtad a un determinado señor feudal.

Posteriormente, con la llegada del nacionalismo moderno, la frontera deja de ser un mero instrumento para separar grupos de personas y comienza a delimitar el alcance de la soberanía territorial del Estado. A partir de entonces, la frontera adquiere la función de establecer una relación de pose-

17. BALIBAR, E.: *Violencias*, *op. cit.*, p. 85.

18. TAYLOR HANSEN, L. D.: *El concepto*, *op. cit.*, pp. 257-258.

sión con el territorio del Estado, un «derecho de propiedad»¹⁹ sobre las diferentes poblaciones o los movimientos de sus integrantes²⁰.

En la actualidad, en un contexto de globalización marcado por la eliminación de las fronteras que impedían o dificultaban la libre circulación de bienes, capitales y mercancías, y el incremento de la movilidad internacional²¹, la soberanía ha evolucionado más allá de los modelos territoriales tradicionales. Los Estados ya no ejercen un control exclusivo sobre la gestión de sus fronteras. A pesar de esta pérdida de protagonismo en relación con sus fronteras, estas no han desaparecido. Por el contrario, en el paradigma actual, caracterizado por intentar satisfacer las demandas de seguridad, la frontera se ha diversificado²². Ya no se circunscribe a los límites geográficos, políticos y/o administrativos, sino que ahora se manifiesta y ejerce su poder de delimitación y separación dondequiera que existan controles selectivos²³. Esto ha dado lugar a un régimen fronterizo múltiple, destinado a establecer una movilidad diferenciada en función de categorías de personas y mercancías.

Esta circunstancia resulta de innegable relevancia, ya que los efectos desplegados por la frontera pueden variar dependiendo del momento y lugar específicos donde esté situada. En otras palabras, una misma frontera surgirá diferentes efectos dependiendo de la identidad o clase social de la persona que intente cruzarla. Es fácil deducir de lo que antecede que la frontera tiene un carácter selectivo, a la vez que asimétrico²⁴. Para una per-

19. BALIBAR, E.: *Fronteras*, *op. cit.*, p. 92.

20. FERNÁNDEZ BESSA, C.: «Los límites del control», en VV.AA.: *Frontera Sur: nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus editorial, Barcelona, 2008, p. 7.

21. Tal y como señala CASTLES, S.: «Globalización e inmigración», en AUBARELL, G./ZAPATA, R. (eds.): *Inmigración y procesos de cambio: Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Icaria, Barcelona, 2004, pp. 37-38, «la inmigración internacional está causada por una compleja mezcla de factores. De forma general refleja las disparidades fundamentales entre los países ricos del Norte y los menos desarrollados del Sur y el Este en cuestión de nivel de vida, oportunidades económicas, seguridad y derechos humanos». Siendo esto así, añade que «es inevitable que las grandes diferencias en el desarrollo humano conduzcan a la movilidad (...) a pesar de las barreras legales».

22. FERNÁNDEZ BESSA, C.: *Los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE). Una introducción desde las Ciencias Penales*, Iustel, Madrid, 2021, p. 31.

23. BALIBAR, E.: *Violencias*, *op. cit.*, p. 84. En idéntico sentido, NARANJO GIRALDO, G. E.: «Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias: flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España-Marruecos», en *Estudios Políticos*, n.º 45, 2014, p. 18.

24. En este sentido, BAGGIO, F.: «Fronteras nacionales, internacionales y externalizadas», en ANGUIANO TÉLLEZ, M. E./LÓPEZ SALA, A. M. (coords.): *Migraciones y fronteras: nuevos contornos para la movilidad internacional*, Icaria, Barcelona, 2010, p. 52, pone de

sona adinerada de un país desarrollado, la frontera representa simplemente una formalidad, mientras que, para una persona de escasos recursos de un país menos desarrollado, la frontera es un obstáculo difícil de superar²⁵ y una traba de la que es difícil desprenderse; un lugar donde, según la apreciación de BALIBAR, «se vive una vida que es una detención del vivir, una no-vida»²⁶. En palabras de BAUMAN, «el acceso a la movilidad global se ha convertido en el más elevado de todos los factores de estratificación», lo que ha dado lugar a una especie de «jerarquía emergente de la movilidad»²⁷.

Puede decirse, siguiendo con lo recién apuntado, que la finalidad de la frontera en la actualidad, y de hecho siempre, es proporcionar experiencias distintas acerca de la ley, la Administración, el derecho a la libre circulación, etc., dependiendo de la clase social de las personas. De esta manera, los Estados, en búsqueda de una diferenciación de clases a nivel internacional, utilizan sus fronteras y los instrumentos de control fronterizo como meca-

relieve la asimetría del derecho a migrar. Este autor observa de manera acertada que «el derecho universalmente reconocido a salir del propio país no se corresponde con el reconocido derecho a entrar en otro país». En sentido similar, BLÁZQUEZ MARTÍN, D.: «La situación jurídica de los inmigrantes irregulares a la luz de los derechos humanos», en DEL VALLE GÁLVEZ, A./ACOSTA SÁNCHEZ, M. A. (eds.): *Inmigración irregular y Derecho*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, p. 162, señala que del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), el cual establece que «toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país», se puede inferir que «existe un derecho a la emigración, aunque no existe un derecho a acceder a otro país, es decir un derecho a inmigrar». Por el contrario, en opinión de AGUELO NAVARRRO, P./CHUECA SANCHO, A. G.: «El novísimo derecho humano de las personas a migrar», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 5, 2004, p. 292, junto con el derecho a emigrar, existen un «derecho a no emigrar» y un «derecho a establecerse pacíficamente», los cuales conformarían el *Ius Migrandi* y deberían ser reconocidos como derechos humanos. En sentido idéntico, SASSEN, S.: *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, STU-Student edition, Princeton University Press, Princeton, 2006, p. 36.

25. En este sentido, LÓPEZ SALA, A. M.: Conclusiones, *op. cit.*, pp. 338-339, señala que «la frontera como obstáculo a la movilidad se presenta como uno de los objetivos de las políticas migratorias de los países receptores, así como uno de los factores que moldean la toma de decisiones y el diseño del proyecto migratorio. Sin embargo, una interpretación de la frontera como obstáculo resulta demasiado simplista. La frontera aparece principalmente como un instrumento selectivo al servicio del Estado y de las sociedades de acogida a partir de un determinado entendimiento de la migración deseada y no deseada según criterios como la cualificación, la procedencia nacional o la adhesión religiosa».

26. BALIBAR, E.: *Violencias*, *op. cit.*, p. 84.

27. BAUMAN, Z.: *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001, p. 87.

nismos de discriminación y selección²⁸. Por tanto, no resulta aventurado afirmar que la frontera es, por su propia naturaleza, «una herramienta de exclusión» que tiene como objetivo «delimitar un interior coherente de un exterior caótico»²⁹.

En efecto, debido a la selectividad con la que las fronteras operan, se produce una fragmentación de los sujetos objeto de control, donde la distinción entre la persona nacional y la extranjera se hace aún más evidente³⁰. La frontera se convierte entonces en una fuente de seguridad frente a lo desconocido, proporcionando un conocimiento de lo que está a nuestro lado de la línea, una identidad, un concepto del «nosotros»³¹, lo que, en última instancia, propicia la creación de «no-identidades»³².

Sentado lo anterior, no podemos sino concluir que es la propia frontera la que construye al «otro», a la persona que se encuentra «más allá de»³³. Es a través de la exclusión de la persona extranjera que se define el contenido de la ciudadanía³⁴, la cual, según señala y ejemplifica CARENS, «en

28. BAUMAN, Z.: La globalización, *op. cit.*, pp. 82-83.

29. AAS, K. F.: «Crimigrant» bodies and bona fide travellers: Surveillance, citizenship and global governance», en *Theoretical Criminology*, vol. 15, n.º 3, 2011, p. 332.

30. FERRERO TURRIÓN, R./LÓPEZ SALA, A. M.: «Fronteras y seguridad en el Mediterráneo», en ZAPATA BARRERO, R./FERRER-GALLARDO, X. (eds.): *Fronteras en movimiento: migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, Bellaterra Edicions, Barcelona, 2012, p. 241.

31. VALHONDO DE LA LUZ, J.: «Reflexiones sobre el concepto de fronteras», en *Etnicex: revista de estudios etnográficos*, n.º 1, 2010, p. 134.

32. BALIBAR, E.: *Violencias*, *op. cit.*, p. 78.

33. VALHONDO DE LA LUZ, J.: *Reflexiones*, *op. cit.*, p. 134.

34. En este sentido, MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M.: La (no) política, *op. cit.*, p. 139, dice lo siguiente: «El concepto de ciudadanía es, sin duda, un concepto controvertido, con una larga historia y, por ello, no exento de ambigüedades. Sus raíces teóricas se encuentran en la filosofía griega, en su ideal de democracia y en la construcción de su modelo de ciudad-estado (*la polis*) en el que la figura del ciudadano cobraba una especial importancia en la medida en que se le consideraba el actor principal de la vida pública. Desde entonces, dicho concepto no ha dejado de ser objeto de revisión y reflexión hasta los tiempos de la Revolución francesa en la que se perfilan sus elementos más conocidos en la actualidad. El significado moderno de la ciudadanía ha estado siempre vinculado a la filosofía de Rousseau —oposición súbdito/ciudadano— y la emergencia del Estado-nación. Por ello, se identifica con la idea de la posesión de una nacionalidad. Desde entonces, la ciudadanía se ha definido de acuerdo con algunos elementos y rasgos que se perfilan como afirmación para unos y como negación para otros. No puede haber ciudadanía sin fijación de quién está incluido y excluido en ese ámbito y, por ello, de la nacionalidad. El otro, el extraño, el extranjero y sobre todo el inmigrante es excluido de la ciudadanía y es también el no-nacional. En suma, el extranjero —o el inmigrante— es el contrapunto sobre el que se construye la arquitectura

las democracias liberales occidentales, es el equivalente moderno de los privilegios feudales»³⁵.

3. LA PLASMACIÓN DE LA FRONTERA EN LA UE: LA ARQUITECTURA DEL ESPACIO SCHENGEN

En perspectiva histórica, Estados que actualmente forman parte de la UE tenían sus fronteras perfectamente configuradas con sus actuales socios comunitarios. Un ejemplo de esto son las fronteras entre Portugal, España y Francia, que estaban controladas para evitar la entrada de ciudadanas y ciudadanos de uno u otro Estado. Este control, que en general era menos riguroso que el actual, se limitaba a supervisar ciertos puntos de cruce fronterizo³⁶.

El proceso de construcción europea ha modificado la gestión de estas fronteras, flexibilizando el control de las hoy llamadas «fronteras interiores» y reforzando, por ende, las exteriores. Ahora bien, la consideración de la frontera como mecanismo de control de los flujos migratorios se mantiene³⁷. Prueba de ello es que la comunitarización de la política migratoria europea de la que hablaremos en el siguiente epígrafe es, en última instancia, la continuación del control fronterizo en otro contexto y por otros medios.

En 1985, la firma del Acuerdo Schengen entre Alemania Occidental, Bélgica, Luxemburgo, Francia y Países Bajos fijó las bases de una nueva arquitectura para la gestión de fronteras, consistente en suprimir las fron-

de la ciudadanía. Ciudadanía y extranjería, por esta razón, están así estrechamente entrelazadas. La teoría política y el Derecho han definido la ciudadanía como el estatuto de derechos y deberes atribuido por el Estado-nación al ciudadano. La ciudadanía, por tanto, consiste en ese estatuto de derechos y deberes que posee el nacional. Ciudadanía y nacionalidad se identifican, en oposición a la extranjería, al extranjero que es el no nacido o quien no ha adquirido la nacionalidad y que, por tanto, queda al margen de dicho estatuto de derechos y deberes. Quien no es ciudadano, no tiene derechos y deberes; luego no existe para la vida política y el mundo jurídico».

35. CARENS, J. H.: «Aliens and citizens: the case for open borders», en *The review of politics*, vol. 49, n.º 2, 1987, p. 252.

36. DOOMERNIK, J.: «Del permiso a la prisión: una explicación multidisciplinar de las interacciones entre procesos migratorios e intervención estatal», en ANGUIANO TÉLLEZ, M. E./LÓPEZ SALA, A. M. (coords.): *Migraciones y fronteras: nuevos contornos para la movilidad internacional*, Icaria, Barcelona, 2010, p. 24; ARANGO, J.: *Dificultades*, op. cit., p. 19.

37. DOOMERNIK, J.: *Del permiso*, op. cit., p. 25.

teras interiores³⁸ y reforzar las exteriores³⁹. La propuesta, posteriormente desarrollada por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen⁴⁰, en vigor desde el 1 de marzo de 1994, transformó radicalmente la gestión del control migratorio de los Estados miembros que se fueron adhiriendo paulatinamente a este Convenio⁴¹. La consecuencia más notable fue la eliminación de la vigilancia en las fronteras de cada Estado, lo que creó un espacio —aparente— de libre circulación⁴². Sin embargo, no queremos dejar de insistir en que, si bien el Convenio Schengen establece este espacio de libre circulación de personas y capitales, para los Estados, el control fronterizo sigue siendo fundamental para ejercer su soberanía. De ahí que, desde su concepción, el Convenio Schengen prevé, en determinadas situaciones, la posibilidad de reinstaurar las fronteras interiores⁴³.

38. A tenor de lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, son fronteras interiores: «Las fronteras terrestres comunes de las Partes contratantes, así como sus aeropuertos por lo que respecta a los vuelos interiores y sus puertos marítimos por lo que respecta a los enlaces regulares de transbordadores con procedencia o destino exclusivamente en otros puertos de los territorios de las Partes contratantes y que no efectúen escala en los puertos ajenos a dichos territorios».
39. Son fronteras exteriores, a efectos del artículo 1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen: «Las fronteras terrestres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos de las Partes contratantes, siempre que no sean fronteras interiores».
40. Por primera vez, se materializa en un acuerdo intergubernamental aquello que ha sido la preocupación principal de la UE desde su creación: la seguridad. El denominado «espíritu Schengen» se fundamenta en la desconfianza hacia las personas inmigrantes ya establecidas en el territorio y en el rechazo hacia aquellas que aún están por llegar, lo que convierte a la inmigración no solo en un problema, sino en una amenaza. En este sentido, COLECTIVO IOÉ: «Política migratoria española en el marco europeo», en Conferencia en el 4º Meeting internazionale di Loreto, Italia, 2001, p. 5.
41. Entre otros países, España, Portugal, Italia y Grecia se adhirieron al acuerdo Schengen incluso antes de su entrada en vigor. Es destacable el caso de Reino Unido, ya que al no estar conforme con el enfoque de gestión de la movilidad propuesto por el Acuerdo Schengen finalmente decidió no adherirse al mismo. En este sentido, ESTRADA GORRÍN, A. B./FUENTES LARA, M. C.: «La construcción de las fronteras europeas como origen de la criminalización de las migraciones en Europa: retóricas de securización y humanitarismo», en *REMHU: Revista interdisciplinar da mobilidade humana*, vol. 28, n.º 59, 2020, p. 221.
42. RODIER, C.: *El negocio de la xenofobia: ¿para qué sirven los controles migratorios?*, Clave Intelectual, Madrid, 2013, p. 13.
43. En efecto, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, en su artículo 2, después de afirmar en su primer punto que «las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice control alguno de las personas», establece en el segundo punto del mismo artículo que «no obstante, cuando así lo exijan el orden público o la seguridad nacional, una Parte contratante podrá decidir, previa consulta a las demás Partes contratantes, que se efectúen en las fronteras interiores y durante un período limitado controles fronterizos nacionales adoptados a la situación». Además,

La liberalización del control fronterizo interior en el espacio Schengen abarca otra perspectiva utilitarista que merece ser señalada. La supresión de los controles en el proceso de construcción de la UE comenzó con los bienes, los capitales y las mercancías, y culminó con las y los ciudadanos de la UE. Este proceso también se refleja en el Acervo Schengen⁴⁴, donde la supresión de fronteras está orientada principalmente a facilitar la libertad de circulación de las mercancías, y en un segundo plano, la de las personas. En otras palabras, los Estados miembros estaban dispuestos a renunciar al control de sus fronteras a cambio de favorecer la libertad de circulación de mercancías, debido a los beneficios que esto comportaba.

De este modo, la libertad de circulación se proclama como una de las libertades fundamentales del mercado interior y uno de los derechos más preciados por las y los ciudadanos de la UE; su inclusión en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea refleja esta importancia⁴⁵. Conviene tener presente, sin embargo, que son las fronteras exteriores las que hacen posible el ejercicio efectivo del derecho a la libre circulación⁴⁶.

La supresión de las fronteras interiores no es una cuestión menor, dado que cualquier persona que cruce la frontera exterior del espacio Schengen puede circular libremente hacia cualquier otro país que sea parte de este⁴⁷. Es por ello por lo que la decisión de suprimir los controles en las fronteras interiores tuvo que ser contrarrestada con una serie de medidas compensatorias —o, si se prefiere, de apoyo o de acompañamiento—, dirigidas a reforzar las fronteras exteriores. El objetivo de estas medidas adicionales era,

dicho apartado prevé la posibilidad de que la Parte contratante adopte las medidas que estime necesarias si el orden público o la seguridad nacional exigieran una acción inmediata, siempre que se informe lo antes posible a las demás Partes contratantes.

44. El Acuerdo y el Convenio, junto con los acuerdos y normas relacionados, constituyen el «Acervo de Schengen», el cual ha sido integrado en el marco de la UE desde 1999 y actualmente forma parte de su legislación. Al respecto, véase: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/schengen-agreement-and-convention.html>
45. QUINTERO NIÑO, E. M.: «Hacia una política común de inmigración: principios e instrumentos de la política de migración de la Unión Europea», en *Revista Aequitas: estudios sobre historia, derecho e instituciones*, vol. 1, 2011, p. 230.
46. ILIES, M.: «La política de la Comunidad Europea sobre inmigración irregular: medidas para combatir la inmigración irregular en todas sus fases», en *Documentos de Trabajo (Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos)*, n.º 38, 2009, p. 6.
47. Es por eso por lo que, como señala CANO LINARES, M. A.: «La gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea frente a los retos de la migración y la seguridad», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 44, 2017, p. 70, el control fronterizo es un asunto que concierne a todos los Estados miembros de la UE que han eliminado los controles en sus fronteras interiores.

por un lado, la creación de normas comunes en materia de cruce de fronteras, obtención de visados y solicitudes de asilo⁴⁸ y, por otro lado, facilitar el desmantelamiento de los controles, sin que ello resultara en una merma de la seguridad. El propósito era, y sigue siéndolo hoy en día, impedir la presencia de las personas nacionales de terceros países —personas extranjeras no comunitarias— en el territorio de un Estado miembro⁴⁹.

En este contexto, cabe destacar la creación de dispositivos como el Sistema de Información Schengen (en adelante, SIS), un fichero central que recopila descripciones de personas previamente introducidas por un país, permitiendo así que las autoridades competentes de toda la UE accedan y consulten dicha información⁵⁰. Desde sus orígenes, la función principal del SIS ha sido el control de personas que intentan ingresar al espacio Schengen. No menos importante es, empero, su papel en la preservación del orden y la seguridad pública, así como en la de los Estados miembros. En rigor, la virtualidad práctica del SIS estriba en que cualquier autoridad puede generar una alerta sobre la persona —o personas— objeto de búsqueda, ya sea por entrada irregular, orden de detención europea, desaparición, entre otros motivos⁵¹.

Junto con el SIS, otra medida compensatoria que debemos destacar es el Sistema de Información de Visados (en adelante, VIS), creado tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. Su finalidad es doble: por un lado, configurar una política común de visados para facilitar el examen de las solicitudes y los controles en las fronteras exteriores; por otro lado, preservar la seguridad dentro de cada Estado miembro. El objetivo principal es reducir el uso fraudulento de los visados, permitiendo verificar si la persona titular del visado es quien lo solicitó. Por lo demás, esta medida busca mejorar la

48. BARBERO GONZÁLEZ, I.: «Lectura contemporánea del régimen de frontera en Europa: un coste inhumano», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 46, 2017, pp. 123-124. En sentido parecido, HAMPSHIRE, J.: «European migration governance since the Lisbon treaty: introduction to the special issue», en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 42, n.º 4, 2016, p. 538; ILIES, M.: La política, *op. cit.*, p. 6.

49. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R. P.: «Los instrumentos de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea ante los flujos migratorios masivos», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, p. 488.

50. LÓPEZ SALA, A. M.: *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 157. Asimismo, véase la información relativa al SIS en la web oficial de la UE, disponible en: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-information-system/what-sis-and-how-does-it-work_es

51. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R. P.: Los instrumentos, *op. cit.*, pp. 488 y 491.

política común de visados, la cooperación consular y las consultas entre las diversas autoridades competentes de cada Estado miembro⁵².

Otra herramienta compensatoria es la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (en adelante, FRONTEX), un sistema de gestión y control fronterizo que desempeña funciones de vigilancia en las fronteras exteriores con el objetivo de reforzar su seguridad⁵³. En puridad, FRONTEX se crea para garantizar un régimen europeo de control de fronteras exteriores que busque una gestión migratoria efectiva y asegure un alto nivel de seguridad interna en los Estados miembros⁵⁴.

En este sentido, conviene mencionar lo que posiblemente sea uno de los aspectos más controvertidos de la regulación de esta agencia, a saber, la posibilidad de intervenir forzosamente en un Estado miembro. En efecto, FRONTEX tiene la facultad de actuar en las fronteras exteriores de un Estado miembro cuando exista una situación de urgencia que así lo requiera, lo que supone una intromisión directa en la soberanía de los Estados⁵⁵.

Por último, debemos citar el Sistema Europeo de Comparación de Impresiones Dactilares de los y las Solicitantes de Asilo (en adelante, EURODAC), una base de datos biométrica común a toda la UE. Su objetivo es facilitar la determinación de la responsabilidad en el examen de una solicitud de asilo, al tiempo que permite a los servicios de seguridad consultarla para fines de investigación, detección y prevención de delitos⁵⁶.

Cabe destacar que tanto EURODAC como VIS son dos instrumentos que, aunque inicialmente fueron diseñados para una gestión efectiva de la inmigración, el asilo y el control fronterizo, en la actualidad, dada la relevancia de sus objetivos, se permite su uso para la investigación de asuntos tan sensibles como el crimen organizado y el terrorismo⁵⁷.

52. *Ibid.*, pp. 491-492. Asimismo, véase la información relativa al VIS en la web oficial de la UE, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/vis-regulation.html>

53. ILIES, M.: La política, *op. cit.*, p. 6. Asimismo, véase la información relativa a FRONTEX en la web oficial de FRONTEX, disponible en: <https://frontex.europa.eu/es/sobre-nosotros/-que-es-frontex/>

54. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R. P.: Los instrumentos, *op. cit.*, p. 495.

55. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R. P.: Los instrumentos, *op. cit.*, p. 498.

56. RODIER, C.: El negocio, *op. cit.*, p. 14. Asimismo, véase la información relativa a EURODAC en la web oficial de la UE, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:230105_1

57. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R. P.: Los instrumentos, *op. cit.*, p. 494.

4. EL CONTROL SELECTIVO DE LA INMIGRACIÓN A TRAVÉS DE LA FRONTERA

En párrafos anteriores hemos destacado que los Estados mantienen activos sus mecanismos de control fronterizo a pesar de la creación de nuevos espacios como Schengen dentro de la UE. Esta tendencia se refleja en el proceso de comunitarización de la política de inmigración y asilo, que será abordado en el próximo apartado. Esta política migratoria común incluye múltiples excepciones y reservas que permiten volver a la situación previa a Schengen. Cabe recordar que la frontera como entidad física no ha desaparecido. Aunque se hayan desmantelado algunos elementos de control físico como barreras y cabinas, la frontera sigue existiendo. En resumen, todos los elementos que permiten a los Estados decidir su propia política de control migratorio siguen vigentes⁵⁸.

En rigor, no sería del todo exacto hablar de cierre fronterizo en términos absolutos, ni tampoco de una política de inmigración cero, sino más bien de una regulación severa que condiciona el acceso al territorio del país receptor en cuestión⁵⁹. Cuando se alude a una política de inmigración cero, en realidad se hace referencia a una política que busca reducir al mínimo posible la inmigración, especialmente la irregular. En la actualidad, este arquetipo de inmigración cero sigue presente, con todas las implicaciones que ello conlleva. Sin embargo, hay varias razones que hacen inviable una limitación drástica de los flujos migratorios. En primer lugar, una sociedad democrática no puede obviar, como se ha argumentado anteriormente, las obligaciones derivadas de diversos convenios y protocolos internacionales, tales como el derecho a la vida privada y familiar, así como el derecho de asilo, consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), en la Convención de Ginebra, y el Protocolo de Nueva York de 1967, respectivamente. De hecho, por mucho que se abogue por una política de inmigración cero, los países europeos tienen la obligación de recibir a personas migrantes que busquen hacer valer los derechos mencionados⁶⁰.

En segundo lugar, no existe frontera infranqueable ni regulación invulnerable. Por consiguiente, los países occidentales cuentan con un porcentaje de personas extranjeras en situación de irregularidad administrativa, ya sea porque ingresaron por vías no autorizadas o porque han permanecido en el territorio sorteando las diferentes regulaciones existentes⁶¹.

58. DOOMERNIK, J.: Del permiso, *op. cit.*, p. 25.

59. LÓPEZ SALA, A. M.: Inmigrantes, *op. cit.*, pp. 116-117.

60. ARANGO, J.: Dificultades, *op. cit.*, p. 19.

61. *Ibid.*, pp. 19-20.

En tercer lugar, ya se ha dicho que la inmigración «deseada» es aquella que se ajusta a las necesidades del mercado laboral de los países receptores. Pues bien, cuando demanda y oferta coinciden, la realidad prevalece sobre cualquier regulación al respecto, lo que lleva a que las sociedades europeas terminen aceptando a personas extranjeras que sean útiles para satisfacer las demandas del mercado laboral, siempre y cuando cumplan con las categorías de personas migrantes que sean aceptables desde el punto de vista jurídico, económico y social⁶².

En definitiva, ningún país puede evitar que un cierto número de personas extranjeras ya sea de manera regular o irregular, lleguen a su territorio. Esto puede ocurrir porque tienen derecho a hacerlo, han ingresado por vías no autorizadas, han utilizado documentación falsa o han sorteado los controles en los diversos puestos fronterizos⁶³.

Por todo ello, resulta más preciso referirse a la implantación de una regulación de acceso condicionada y restrictiva, donde claramente se privilegia a ciertas categorías de personas migrantes en detrimento de otras. Por lo tanto, las políticas migratorias predominantes en la actualidad podrían describirse como «políticas de acceso selectivo», en las cuales, basándose en la decisión unilateral de un Estado, se establecen las condiciones de entrada para ciertas personas extranjeras, mientras que otras se ven obligadas a vivir en la clandestinidad⁶⁴.

En esa política de acceso selectivo, la frontera desempeña un papel fundamental al actuar como un filtro que permite el paso de los llamados «inmigrantes buenos» y prohíbe la entrada de los «inmigrantes malos». En efecto, en lo que respecta a la UE, se ha establecido un modelo de gestión de los flujos migratorios que se manifiesta como una política de carácter instrumental y defensivo, orientada hacia la seguridad fronteriza y la adaptación a las necesidades del mercado de trabajo interior. Esta política de inmigración, como señala DE LUCAS, se caracteriza por negar la identidad de la persona inmigrante como tal, es decir, como alguien con un proyecto migratorio, sea cual sea, que puede implicar el deseo de permanecer en el país de acogida por un período de tiempo determinado, sin que necesariamente signifique la intención de establecerse de forma permanente. De esta manera, se le niega a

62. ARANGO, J.: *Dificultades*, *op. cit.*, p. 20. En sentido idéntico, BARBERO GONZÁLEZ, I., *et al.*: *La defensa de los derechos fundamentales ante la detención, internamiento y expulsión de personas extranjeras: el caso de la Comunidad Autónoma Vasca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 28.

63. ARANGO, J.: *Dificultades*, *op. cit.*, p. 20.

64. LÓPEZ SALA, A. M.: *El control*, *op. cit.*, p. 30.

la persona inmigrante su verdadera condición y la posibilidad, como apunta DE LUCAS, de ser «inmigrante de verdad», privándola de emprender su experiencia migratoria basada únicamente en la libertad de circulación. En efecto, solo se acepta a la persona inmigrante que previamente haya cumplido con las condiciones restrictivas de inmigración establecidas según los intereses exclusivos del país de destino⁶⁵.

Al explicar cómo se desarrolla esta política de inmigración selectiva a través de la frontera, es obligado referirse a la forma en que se gestiona el control fronterizo en el marco de la UE. Aunque más adelante se volverá sobre ello, conviene dejar apuntado ya aquí que la llegada de personas extranjeras consideradas «indeseables» genera una sensación de invasión que, especialmente en el actual contexto de securitización, se percibe como una amenaza; un ataque no solo a la soberanía de los Estados, sino también a la propia identidad nacional. Así, la relación entre fronteras y migraciones se convierte en un punto de conflicto en el que la seguridad interna de los Estados miembros debe prevalecer, lo que conlleva que el movimiento de personas se convierta en objeto de control y criminalización.

Lo novedoso radica en que los Estados, en su afán de garantizar la seguridad nacional y conscientes de que el establecimiento de controles en los límites físicos de su territorio no es suficiente para regular la inmigración deseada, han desterritorializado sus fronteras y externalizado sus políticas⁶⁶. De este modo, la UE, respaldada por la perspectiva securitaria, ha trasladado gran parte de la gestión de sus fronteras a otros países, estableciendo controles al inicio del proceso migratorio con el fin de anticipar la intervención en un estadio previo a la llegada a la frontera exterior. Es lo que se ha dado en llamar externalización de fronteras⁶⁷.

La idea de «externalización» contempla un mínimo de dos países que tienen una relación asimétrica no solo en términos de poder y diferencias socioeconómicas, sino también en lo que se refiere al modo de afrontar, en clave político, un mismo fenómeno: el movimiento migratorio⁶⁸.

65. DE LUCAS MARTÍN, J.: Sobre las políticas, *op. cit.*, p. 27. En sentido idéntico, BARBERO GONZÁLEZ, I.: Las transformaciones, *op. cit.*, p. 75.

66. NARANJO GIRALDO, G. E.: Desterritorialización, *op. cit.*, p. 29.

67. BARBERO GONZÁLEZ, I.: Lectura contemporánea, *op. cit.*, p. 124.

68. ZAPATA BARRERO, R./ZARAGOZA CRISTIANI, J.: «Externalización de las políticas de inmigración en España: ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y flujos migratorios?», en *Panorama social*, n.º 8, 2008, p. 187.

Así, mediante la externalización del control fronterizo o de los controles migratorios, que generalmente se basa en condicionar la ayuda a los países en desarrollo⁶⁹, los países ricos, que son los destinos de las personas que emigran, subcontratan las tareas de vigilancia y control, trasladándolos a los países donde comienza el proyecto migratorio de las personas inmigrantes, o bien a los países de tránsito⁷⁰.

Delegar dicho control supone establecer nuevos requisitos en los Estados de tránsito o de origen, siendo el más común la obtención de visados, lo que afecta directamente a sus legislaciones o políticas de inmigración⁷¹. Estos requisitos se materializan en una serie de controles a distancia que se aplican incluso antes de llegar o cruzar físicamente una frontera. De este modo, la frontera despliega sus efectos ya en el propio país de origen, es decir, desde el momento en que una persona decide iniciar un proceso migratorio⁷².

El objetivo es, además de intentar evitar que las personas extranjeras no comunitarias abandonen sus países de origen, asegurar que, en caso de que esto suceda, estas personas se queden lo más cerca posible de sus países de procedencia y lo más alejadas posible del territorio de los Estados que conforman la UE⁷³. Con todo, es evidente el carácter preventivo de esta estrategia, que además variará en función de cada persona, ya que lo que realmente se busca no es defender una soberanía cada vez más amenazada, sino diferenciar entre las personas extranjeras «deseables» e «indeseables»⁷⁴. Sin embargo, ni los Gobiernos ni los mercados disponen de mecanismos suficientes para controlar la llegada de las personas solicitantes de asilo, las personas inmigrantes irregulares o las redes transnacionales conformadas por ciertas comunidades⁷⁵.

En conclusión, la eliminación de los controles fronterizos ha obligado a los Estados europeos a considerar seriamente avanzar en la cooperación. La externalización de las fronteras, los procesos selectivos de migración

69. NARANJO GIRALDO, G. E.: Desterritorialización, *op. cit.*, p. 18.

70. Para RODIER, C.: El negocio, *op. cit.*, p. 18, lo que resulta de esta descentralización de controles, además de buscar que otros Estados lleven a cabo este trabajo, es la continuación de una relación de poder cuya señal distintiva ha sido la colonización, es decir, la dominación más allá de los límites del Estado. Por su parte, NARANJO GIRALDO, G. E.: Desterritorialización, *op. cit.*, p. 30, en línea con la referida autora, describe esta práctica refronterizadora o expansionista como «cuasicolonialismo».

71. BAGGIO, F.: Fronteras nacionales, *op. cit.*, p. 63.

72. FERNÁNDEZ BESSA, C.: Los límites, *op. cit.*, p. 8.

73. ZAPATA BARRERO, R./ZARAGOZA CRISTIANI, J.: Externalización, *op. cit.*, p. 188.

74. FERNÁNDEZ BESSA, C.: Los límites, *op. cit.*, p. 8.

75. CASTLES, S.: Globalización, *op. cit.*, pp. 35-36.

ESTUDIOS

En un contexto marcado por la creciente complejidad del fenómeno migratorio y la respuesta cada vez más securitaria de los Estados occidentales, el presente trabajo examina críticamente la figura de la expulsión penal de personas extranjeras, regulada en el artículo 89 del Código Penal como sustitutivo de la pena de prisión. A través de un enfoque interdisciplinar que abarca la Ciencia Política, la Sociología, el Derecho Penal y la Política Criminal, se ha querido mostrar el contexto donde este precepto penal ha sido gestado, y demostrar así que no es un artículo aislado, sino que es el resultado de la deriva de la política migratoria de la Unión Europea, que busca controlar y regular los flujos migratorios desde la óptica del riesgo y la seguridad. Todo lo cual plantea una serie de interrogantes que el presente estudio analiza detalladamente, abogando por un cuestionamiento de la propia existencia de la medida de expulsión del artículo 89 del Código Penal.

El precio de esta obra incluye la publicación en formato DÚO sin coste adicional (papel + libro electrónico)

ACCEDE A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA SIGUIENDO LAS INDICACIONES DEL INTERIOR DEL LIBRO

ISBN: 978-84-1078-875-8

