



*Revista de Estudios Europeos*  
Nº 75, enero-junio, 2020, 135-151  
ISSN: 2530-9854. <http://www.ree-uva.es/>



## VIGILANCIA FRONTERIZA EXTRATERRITORIAL Y DERECHO DE ASILO EN LA UE. CUANDO EL DESPLAZAMIENTO DE LA FRONTERA DIFUMINA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

### EXTRATERRITORIAL BORDER SURVEILLANCE AND RIGHT TO ASYLUM IN THE EUROPEAN UNION. WHEN THE MOVEMENT OF THE BORDER OBSCURES INTERNATIONAL PROTECTION

Teresa ACOSTA PENCO  
*Universidad de Córdoba<sup>1</sup>*

**Resumen:** Ante la ineficacia de las fronteras tradicionales para controlar la inmigración irregular, los Estados miembros de la UE destinatarios de flujos migratorios han procedido, habilitados por el Código de Fronteras Schengen, a trasladar sus fronteras exteriores allá donde se encuentran las personas que tratan de llegar a su territorio. Es decir, la frontera es exportada, de manera que una persona puede experimentar actuaciones de control fronterizo, como la vigilancia, estando todavía en territorio de su propio país o en el itinerario hasta su destino. Este cambio de emplazamiento de la frontera reconocido por el CFS no ha ido acompañado, sin embargo, de un correlativo cambio en el ámbito de aplicación de la normativa en materia de asilo. Ello provoca una importante merma del derecho a la protección internacional que asiste a algunas de estas personas.

**Palabras clave:** control fronterizo, extraterritorialidad, vigilancia, asilo.

**Abstract:** Given the ineffectiveness of traditional borders to control irregular migration, the immigration-receiving EU Member States have proceeded, enabled by the Schengen Borders Code, to move their external borders there where the people who try to reach their territories are. In other words, the border is exported, so that a person can experience border control activities, such as surveillance, while they are still in his own country or on the way to his destination. However, the change in the border's location recognized by the SBC has not been matched by a correlative change in the asylum's acquis scope of application. This circumstance causes a significant reduction of the guarantees provided by the EU law for those people who seek asylum.

**Key words:** border control, extraterritoriality, surveillance, asylum.

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CÓDIGO DE FRONTERAS SCHENGEN. 2.1 Un instrumento al servicio de la Política común sobre controles en las fronteras. 2.2 Una norma del Derecho de la Unión que debe ser ejecutada, en principio, por los Estados miembros. 3. LA VIGILANCIA COMO ACTIVIDAD DE CONTROL FRONTERIZO. 3.1 Un ámbito con espacio para la autonomía institucional y procedimental. 3.2 Una actividad de contenido incierto. 4. LA VIGILANCIA FRONTERIZA EXTRATERRITORIAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO DE ASILO. 4.1 La desterritorialización de las fronteras como instrumento de control de la inmigración. 4.2 La vigilancia fronteriza extraterritorial. En concreto, la vigilancia en la zona contigua. 4.3 Posibles soluciones para

---

<sup>1</sup> Correo electrónico: [d92acpem@uco.es](mailto:d92acpem@uco.es)



colmar las lagunas del Derecho de la Unión en relación con la vigilancia fronteriza extraterritorial. 5. CONCLUSIONES. 6. Referencias bibliográficas

## 1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la frontera ha sido el principal instrumento a disposición de los Estados para controlar la inmigración. Sin embargo, la experiencia reciente ha demostrado que la frontera en sí misma no constituye un elemento de contención suficiente para evitar la entrada irregular de personas en un determinado territorio. Para solventar este problema, los Estados miembros de la Unión Europea destinatarios de flujos migratorios han optado por la “desterritorialización” de sus fronteras y la “extraterritorialización” de su control. Como señala Heschl, de acuerdo con esta práctica, en lugar de encontrarnos un individuo que trata de alcanzar una frontera, nos encontramos una frontera que trata de captar al individuo antes de que llegue al territorio<sup>2</sup>. No obstante, como se comprobará a continuación, el Derecho no siempre reconoce este cambio de significado y función de las fronteras.

El objetivo de este trabajo es constatar si el desplazamiento de las fronteras exteriores de la UE ha ido acompañado de un correlativo desplazamiento del derecho a pedir asilo que asiste a las personas necesitadas de protección internacional que intentan alcanzar el territorio de los Estados miembros.

## 2. EL CÓDIGO DE FRONTERAS SCHENGEN

### 2.1. Un instrumento al servicio de la Política común sobre controles en las fronteras

Los controles fronterizos constituyen una manifestación del derecho soberano de todo Estado a no admitir la presencia en su territorio (o a no dejar salir del mismo) de aquellas personas que no cumplan los requisitos o condiciones para entrar en el mismo (o para abandonarlo). No obstante, la afirmación anterior precisa dos aclaraciones cuando nos encontramos en el contexto de la Unión Europea. En primer lugar, porque la mayoría de sus Estados miembros han decidido suprimir los controles fronterizos internos entre ellos y relocalizarlos en sus fronteras exteriores. Ello ha dado lugar a la constitución de un espacio sin fronteras interiores, el Espacio Schengen<sup>3</sup>. En segundo lugar, porque dichos Estados han convenido en compartir parte de su soberanía en el seno de la UE, motivo por el cual la “Política común sobre controles en las fronteras” (Capítulo 2 del Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE) incardinada en el Espacio

<sup>2</sup> Heschl, L. (2018): *Protecting the rights of refugees beyond European Borders. Establishing extraterritorial legal responsibilities*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 37.

<sup>3</sup> Los tratados que constituyeron el origen del Espacio Schengen fueron los Acuerdos Schengen de 1985 y el Convenio de Aplicación de los Acuerdos Schengen de 1990.

de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ), constituye una materia compartida entre los Estados miembros y la UE [art.4 j) TFUE].

En terminología Schengen, la Política común sobre controles en las fronteras exteriores se incardina dentro de las llamadas "medidas compensatorias o de acompañamiento" a la libre circulación<sup>4</sup>. La misma tiene por objetivos "garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores" [art. 77.1.b) TFUE] e "instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores" [art. 77.1.c) TFUE]. En virtud del considerando tercero del Reglamento (UE) n° 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas (en adelante Reglamento GEFC): "La gestión europea integrada de las fronteras (...) incluye medidas en terceros países como las previstas en el marco de la política común de visados, medidas con terceros países vecinos, medidas de control de las fronteras exteriores, un análisis de riesgos y medidas tomadas dentro del espacio Schengen y medidas en materia de retorno". De entre todas ellas, nos centraremos en las medidas de control de las fronteras exteriores, concretamente en la vigilancia fronteriza.

## **2.2. Una norma del Derecho de la Unión que debe ser ejecutada, en principio, por los Estados miembros**

Con la finalidad de materializar el objetivo de lograr una "vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores" [art. 77.1.b) TFUE], el Parlamento Europeo y el Consejo pueden adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a "los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores" [art. 77.2.b) TFUE]. En ejercicio de dicha potestad, las instituciones europeas mencionadas promulgaron el Reglamento (UE) n° 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen, en adelante CFS)<sup>5</sup>. En lo que interesa a este estudio, este último contiene las "normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión" (art. 1 CFS) y constituye la pieza más importante del "corpus común de

---

<sup>4</sup> Según Izquierdo Sans, estas medidas están destinadas "a evitar que un espacio unificado sin fronteras interiores pueda convertirse en el paraíso de diversas manifestaciones de criminalidad o delincuencia organizada, terrorismo, tráfico de drogas o tráfico ilícito de cualquier naturaleza", Izquierdo Sans, C. (2000): "Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVI, p. 133-189.

<sup>5</sup> El Código de Fronteras Schengen de 2016, actualmente en vigor, sustituyó al Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen de 2006).

legislación”<sup>6</sup> sobre el que se cimienta la Política común sobre controles en las fronteras y, más concretamente, el sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

Tradicionalmente, de acuerdo con el principio proclamado en los artículos 4.2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) y 72 TFUE de que los Estados miembros son los últimos responsables de su seguridad nacional, se ha entendido que la ejecución del CFS correspondía exclusivamente a estos<sup>7</sup>. En esta línea, el art. 5 del Reglamento GEFC dispone que “Los Estados miembros serán los principales responsables de la gestión de su sección de las fronteras exteriores”. No obstante, en lo que respecta al plano operativo se observa una importante evolución desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) al TFUE en lo que se refiere a la ejecución de los controles fronterizos. El antiguo art. 62.2.a) TCE precisaba que el Consejo adoptaría “las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras”. Como podemos observar, del precepto reproducido se infería que mientras que las reglas de aplicación y el modo de realización de los controles se determinaba a nivel comunitario, la ejecución material de dichos controles correspondía a los Estados miembros. Sin embargo, la redacción del art. 77.2.b) TFUE ya no precisa a quien corresponde efectuar dichos controles. Además, mientras el TCE se refería a “las fronteras exteriores *de los Estados miembros*”, el TFUE utiliza la expresión “fronteras exteriores”, a secas.

La mejor muestra de esta progresiva comunitarización es la nueva Propuesta de la Comisión para modificar la Guardia Europea de Fronteras y Costas, creada en 2016<sup>8</sup>. Esta Agencia es la encargada, al igual que lo fue su predecesora FRONTEX<sup>9</sup>,

<sup>6</sup> Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea”, COM (2002) 233 final (n.10), p. 12.

<sup>7</sup> Art. 4.2 TUE: “La Unión respetará (...) las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”.

Art. 72 TFUE: “El presente título [Título V: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia] se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”. Para Dora Kostakopoulou, esta previsión significaría incluso que el uso de medidas coercitivas con la finalidad de ejecutar las medidas previstas por los Tratados relativos al ELSJ son competencia de los Estados miembros, Kostakopoulou, D. (2010): “An Open and Secure Europe? Fixity an Fissures in the Area of Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm”, *European Security*, n° 19, pp. 154-156, *apud* Mungianu, R. (2016): *Frontex and non-refoulement: the international responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 27.

<sup>8</sup> En concreto, fue creada mediante el Reglamento (UE) n° 2016/1624, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas.

Sobre el origen de la Guardia Europea de Fronteras y Costas *vid.* Acosta Penco, M.T (2018): “La Guardia Europea de Fronteras y Costas, ¿Un nuevo FRONTEX?”, *Revista de Estudios Europeos*, n° 71, pp. 86-101.

<sup>9</sup> Creada mediante el Reglamento (CE) n° 2007/2004, del Consejo, por el que se crea una Agencia para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores (FRONTEX).

de coordinar la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros. No obstante, hasta el día de hoy, la UE no ha contado con recursos humanos propios con los que llevar a cabo actuaciones operativas en las fronteras exteriores de la Unión, teniéndose que limitar a organizar y coordinar los recursos de los Estados miembros por medio de las citadas agencias. Precisamente esta circunstancia ha sido su principal debilidad. Frente a esta situación, la nueva Propuesta de la Comisión contempla la creación de un cuerpo permanente de guardias fronterizos que incluye personal propio de la Agencia con funciones de control fronterizo<sup>10</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso de que la referida Propuesta de la Comisión sea finalmente aprobada, no sería posible seguir manteniendo que la ejecución del CFS corresponde exclusivamente a los Estados miembros<sup>11</sup>.

### 3. LA VIGILANCIA COMO ACTIVIDAD DE CONTROL FRONTERIZO

#### 3.1. Un ámbito con espacio para la autonomía institucional y procedimental

El CFS define el control fronterizo como aquella "actividad realizada en las fronteras, de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento y a los efectos del mismo, que con independencia de otros motivos, obedezca a la intención de cruzar la frontera o [al] propio acto de cruzarla y que consista en la realización de inspecciones fronterizas y de actividades de vigilancia de fronteras" (art. 2, punto 10 CFS). Es decir, dentro de la categoría "control de fronteras" debe distinguirse entre "inspección fronteriza" y "vigilancia fronteriza".

Mientras que las inspecciones fronterizas son "efectuadas en los pasos fronterizos con el fin de garantizar que pueda autorizarse la entrada de personas (...)"<sup>12</sup> (art. 2, punto 11 CFS), la vigilancia fronteriza es la actividad realizada "entre

---

<sup>10</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n° 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n° 1052/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (UE) 2016/1624, del Parlamento Europeo y del Consejo, (COM 2018 631 Final).

<sup>11</sup> Más bien parece que la política común de control de fronteras se aproximaría, en cuanto a su ejecución, a otras políticas de ejecución directa por parte de la Administración de la Unión, como la política de defensa de la competencia del mercado interior, donde, por ejemplo, "los funcionarios de la Comisión realizan por sí mismos inspecciones en empresas de toda la Unión Europea, buscan pruebas de actuaciones o pactos entre empresas contrarios a la competencia (...)", Bueno Armijo, A. (2016): "Derecho Administrativo Internacional y Derecho Administrativo de la Unión Europea", en M. Rebollo Puig (coord.), *Derecho Administrativo, Tomo I, Conceptos Fundamentales, Fuentes y Organización*, Tecnos, Madrid, p. 434.

<sup>12</sup> Las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países se encuentran reguladas en el art. 6 CFS. Como presupuesto básico se establece que dicha entrada deberá producirse "por los puestos fronterizos y durante las horas habilitadas al efecto" (art. 5).

Ambos preceptos han tenido traslado a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros. Sirva como ejemplo el art. 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx), en virtud del cual "el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del

los pasos fronterizos y en estos últimos fuera de los horarios de apertura establecidos, con el fin de impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones fronterizas” (art. 2, punto 12 CFS). Como cabe esperar de dos actividades que persiguen objetivos distintos, su régimen jurídico también es distinto. Y también son distintos las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes para su ejercicio<sup>13</sup>. No obstante, cabe destacar que el CFS ha prestado una atención descompensada a las actividades que configuran el control fronterizo; mientras que el régimen jurídico de las inspecciones fronterizas está perfecta y minuciosamente construido, el de la vigilancia fronteriza brilla por su falta de desarrollo. Sirva como ejemplo el hecho de que mientras el CFS dedica numerosos preceptos (arts. 7-12, 19 y 20 CFS) y un Anexo (el VI) en exclusiva a las inspecciones fronterizas<sup>14</sup>, le basta un solo precepto (art. 13 CFS) para regular la vigilancia<sup>15</sup>.

Quizás, una posible explicación a la diversa atención prestada a ambas actividades por el legislador de la UE en el CFS pudiera residir en su diferente naturaleza. Mientras que la inspección se contempla como una actividad eminentemente jurídica, consistente en calificar y verificar los requisitos de entrada de una persona en un determinado territorio, la actividad de vigilancia se configura como una mera actividad material mediante la cual se trata de evitar que las personas crucen irregularmente la frontera<sup>16</sup>. Esta explicación se ve desmentida, sin

---

pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas”.

<sup>13</sup> Conforme al art. 12.b), c) y d) de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante, LOFCS) corresponde al Cuerpo Nacional de Policía “b) El control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros” y “c) Las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración”, lo que se identificaría con la inspección fronteriza. Por su parte, corresponde a la Guardia Civil “d) La custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran”, lo que correspondería a la vigilancia fronteriza. De la asignación de funciones anterior se deduce que, conforme a la regulación prevista en el CFS, las inspecciones fronterizas quedan a cargo del Cuerpo Nacional de Policía y la vigilancia es competencia de la Guardia Civil.

<sup>14</sup> El Anexo VI “Normas específicas para los diferentes tipos de fronteras y los distintos medios de transporte utilizados para el cruce de las fronteras exteriores” distingue, a efectos de inspecciones fronterizas, entre fronteras terrestres (diferenciando, a su vez, entre inspección del tráfico vial y ferroviario), aéreas (distinguiendo aeropuertos internacionales, aeródromos y vuelos privados) y marítimas (clasificadas según se trate de embarcaciones de crucero, navegación de recreo, pesca de bajura, enlaces de transbordadores o enlaces de carga entre Estados miembros).

<sup>15</sup> Precisamente en este último aspecto hizo especial hincapié la Comisión en sus alegaciones durante el proceso resuelto por la STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento c. Consejo y Comisión*, asunto C-355/10, cuando estimó que, aunque la vigilancia de fronteras es un elemento esencial del CFS, el art. 12 (actual art. 13 CFS) establece las disposiciones relativas al contenido, al objeto y a la finalidad de la vigilancia “sin pretender reglamentar esta de un modo extenso y exhaustivo” (apartado 55).

<sup>16</sup> En esta línea se manifestó el Abogado General Paolo Mengozzi, según el cual “para que las medidas de vigilancia sean eficaces, como requiere el art. 77 TFUE, apartado 1, letra b), estas deben adaptarse al tipo de frontera de que se trate o al riesgo concreto de inmigración clandestina, que varía en función de múltiples factores. De ello se deriva que el concepto de vigilancia debe entenderse en sentido dinámico y flexible y que la ventaja de las medidas que puedan resultar necesarias para lograr los objetivos contemplados en el art.12 [actual art. 13 CFS] es extremadamente amplio y variable” (Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi presentadas el 17 de abril de 2012 al caso *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, asunto C-355/10, apartado 57).

embargo, por la existencia del Reglamento (UE) n° 656/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por FRONTEX (en adelante, Reglamento FRONTEX 2014), el cual establece un detallado régimen jurídico de las operaciones de vigilancia fronteriza coordinadas por FRONTEX (ahora GEFC). Por tanto, se puede concluir que cuando el legislador de la UE se ha propuesto regular una determinada actividad, aunque sea de naturaleza eminentemente material, lo ha hecho.

De todo lo anterior se deduce que nos encontramos ante una importante laguna normativa del Derecho de la Unión cuando son los Estados miembros quienes, de forma autónoma, llevan a cabo actividades de vigilancia fronteriza en ejecución del CFS<sup>17</sup>. En consecuencia, en estos casos resultará de aplicación la constante jurisprudencia del TJUE sobre el principio de autonomía institucional y procedimental.

Como sintetiza Arzoz Santiesteban, “[este] principio expresaría la idea de que [a falta de normativa europea] los Estados miembros gozan de autonomía para ejecutar el Derecho de la Unión Europea con arreglo a su propia organización estatal y mediante los procedimientos y las vías procesales previstos por el ordenamiento interno”<sup>18</sup>. Sin embargo, sucede que esta autonomía institucional y procedimental no ha sido ejercida, o no lo suficiente, por algunos Estados miembros como España, lo cual ha llevado a una ausencia de regulación casi absoluta de esta forma de control fronterizo<sup>19</sup>. En un momento histórico en el que cientos de miles de llegadas a la UE se han producido de manera irregular, principalmente por vía marítima, esta falta de desarrollo de la normativa reguladora de la vigilancia fronteriza ha tenido consecuencias muy negativas. Sirvan como ejemplo las sentencias del TEDH que en los últimos años han condenado a Italia y España por considerar que sus actuaciones de vigilancia llevadas a cabo en ejecución del art. 13 CFS vulneraban el CEDH: la STEDH de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa* y

---

<sup>17</sup> Como ha quedado dicho, cuando lo hacen de forma coordinada se rigen por el Reglamento FRONTEX 2014, que sí regula extensamente esta misma actividad de vigilancia fronteriza.

<sup>18</sup> Arzoz Santiesteban, X. (2013): “La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad”, *Revista de Administración Pública*, n° 191, p. 160.

<sup>19</sup> En este sentido, conviene recordar algunas de las apreciaciones contenidas en la STEDH de 27 de octubre de 2009, *Andreou c. Turquía*, as. 45653/99, sobre la necesidad de contar con una regulación suficiente de las actividades de control de fronteras. Esta sentencia es la última de una serie de resoluciones que condenaron a Turquía por vulnerar el art. 2 del CEDH al disparar, desde la República Turca de Chipre del Norte, a manifestantes chipriotas situados en la *Buffer Zone* o zona de seguridad de las Naciones Unidas. En *Andreou c. Turquía* el TEDH señaló que “las actuaciones no reguladas y arbitrarias de los agentes de los Estados son incompatibles con el respeto efectivo a los derechos humanos. Esto significa que, aunque estén autorizadas por el derecho nacional, las operaciones deben estar lo suficientemente reguladas por este, dentro de un marco de garantías adecuadas y efectivas contra la arbitrariedad, el abuso de poder y los accidentes evitables” (pár. 50).

*otros c. Italia*, as. 27765/09<sup>20</sup> y la STEDH de 3 de octubre de 2017, caso *N.D y N.T c. España*, as. 8675/15 y 8697/15<sup>21</sup>.

### 3.2. Una actividad de contenido incierto

La actividad de vigilancia tiene por objeto “impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente” (art. 13.1 CFS). Tal y como subrayó el Abogado General Paolo Mengozzi, sobre la base de esta definición basada en los objetivos, “se perfila un concepto particularmente amplio, que puede incluir cualquier medida dirigida a evitar o prevenir la elusión de inspecciones fronterizas”<sup>22</sup>. En el mismo sentido se manifestó el TJUE en relación con los apartados 2 y 3 del mismo art. 13 CFS<sup>23</sup>, los cuales “se limitan a describir de modo abstracto la misión de la guardia de fronteras”<sup>24</sup>.

Continuando con el análisis del tenor literal del art. 13 CFS ha de destacarse, como hemos anticipado, que este ha sido desarrollado por el Reglamento FRONTEX 2014. Aunque esta norma de desarrollo solo resulta de aplicación a las operaciones de vigilancia fronteriza coordinadas por la GEFC, y no a las que desarrollan los Estados miembros autónomamente, cabe considerar a este Reglamento como la norma de inspiración o de referencia para intentar colmar las lagunas de las que adolece el Derecho de la UE y los derechos nacionales respecto a la vigilancia fronteriza desarrollada por los Estados miembros, al menos en el ámbito marítimo.

Con apoyo en el art. 13.4 CFS<sup>25</sup> el preámbulo del Reglamento FRONTEX 2014 establece que “la vigilancia de fronteras no se limita a la detección de los

<sup>20</sup> En *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el TEDH condenó a Italia al considerar que la devolución a Libia de un grupo de migrantes rescatados por las autoridades italianas encargadas de la vigilancia fronteriza en alta mar vulneraba la prohibición de no devolución (art. 3 CEDH), el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) y la prohibición de expulsiones colectivas (art. 4 del Protocolo nº 4 al CEDH).

<sup>21</sup> En *N.D. y N. T. c. España*, el TEDH condenó a España al considerar que la devolución a Marruecos de un grupo de migrantes interceptados por las autoridades españolas en la valla de Melilla constituía una expulsión colectiva contraria al art. 4 del Protocolo nº 4 al CEDH y, en relación con el anterior, una vulneración del derecho a un recurso efectivo reconocido en el art. 13 CEDH.

<sup>22</sup> Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi presentadas el 17 de abril de 2012 al caso *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, asunto C-355/10, apartado 57.

<sup>23</sup> Art.13.2 CFS: “La guardia de fronteras vigilará las fronteras con unidades fijas o móviles. La vigilancia se efectuará de tal manera que impida que las personas se sustraigan a las inspecciones en los pasos fronterizos y las disuada de hacerlo”.

Art. 13.3 CFS: “La guardia de fronteras realizará la vigilancia entre los pasos fronterizos con efectivos y métodos adaptados a los riesgos y amenazas existentes o previstos, y cambiando con frecuencia y de manera inopinada la zona fronteriza vigilada de modo que el cruce no autorizado de la frontera constituya un riesgo permanente de detección”.

<sup>24</sup> STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento c. Consejo y Comisión*, asunto C-355/10, apartado 72.

<sup>25</sup> Según el art. 13.4 CFS la vigilancia se efectúa “con objeto de aprehender a las personas que crucen ilegalmente la frontera”.



intentos de cruce no autorizado de las fronteras, sino que engloba también medidas positivas como la interceptación de embarcaciones sospechosas de intentar entrar en la Unión sin someterse a controles fronterizos". Conforme a lo anterior, cuando existan indicios razonables para sospechar que un buque puede llevar a bordo personas que pretenden eludir las inspecciones en los pasos fronterizos, los cuerpos nacionales encargados de la vigilancia fronteriza pueden adoptar, entre otras, alguna de las siguientes medidas: solicitar información y documentación sobre la propiedad, la matrícula y elementos relacionados con la travesía del buque; solicitar información y documentación sobre la identidad, la nacionalidad y otros datos pertinentes de las personas a bordo; detener, abordar y registrar el buque, su carga y las personas a bordo, e interrogar a las personas que se encuentren a bordo. Son las denominadas medidas de detección. En el caso de que, tras estas actuaciones, se hallen elementos probatorios que confirmen la sospecha, el Estado miembro en cuestión podrá adoptar medidas tales como apresar el buque y aprehender a las personas a bordo, ordenar al buque que modifique su rumbo escoltándolo para asegurarse de que el buque se atiene al itinerario indicado o conducir al buque o a las personas a bordo hacia otro Estado. Este segundo bloque de medidas parece coincidir con lo que ACNUR denomina "operaciones de interceptación"<sup>26</sup>.

#### **4. LA VIGILANCIA FRONTERIZA EXTRATERRITORIAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO DE ASILO**

##### **4.1. La desterritorialización de las fronteras como instrumento de control de la inmigración**

La concepción clásica de frontera geopolítica descansa en una estrecha conexión entre Estado y territorio. En este sentido clásico, las fronteras constituyen la línea física o imaginaria que demarca el límite geográfico hasta donde el Estado ejerce su soberanía y que establece la distinción entre "dentro" y "fuera"<sup>27</sup>. De acuerdo con lo anterior, tradicionalmente, las autoridades de los Estados han realizado las actuaciones propias de control fronterizo, como la vigilancia, en sus fronteras geopolíticas.

---

<sup>26</sup> Según el Alto Comisionado, aunque actualmente no existe una definición internacionalmente aceptada de las operaciones de interceptación, su contenido se puede extraer de un examen de las prácticas estatales pasadas y actuales. De esta forma, se pueden definir "como todas aquellas medidas aplicadas por un Estado fuera de su territorio nacional con el fin de prevenir, interrumpir o detener el movimiento de personas sin la documentación requerida a través de fronteras internacionales por tierra, aire o mar, rumbo al potencial país de destino" (ACNUR, "La interceptación de solicitantes de asilo y refugiados: el marco internacional y recomendaciones para un enfoque integral", *Programa del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado EC/EC/50/SC/CRP.17*, 9 de junio de 2000, p. 2).

<sup>27</sup> Mezzadra, S. (2006): "Citizen and Subject. A postcolonial Constitution for the European Union?", *Situations: Project of the Radical Imagination*, Vol 1, nº 2, 2006, pp. 31-42, *apud* Andrijasevic, R. (2010): "From Exception to Excess: Detention and Deportations across the Mediterranean Space", en N. De Genova y N. Peutz, (eds), *The Deportation Regime: Sovereignty, Space and Freedom of Movement*, Duke University Press, p. 6.

Esas fronteras geopolíticas en el Espacio Schengen vienen representadas por las fronteras exteriores de los Estados miembros, es decir, sus “fronteras terrestres (...), incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores” (art. 2 CFS, punto 2). En relación con las fronteras marítimas cabe destacar que, en líneas generales y sobre la base de art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (en adelante, CNUDM), existe unanimidad en situarlas en la línea imaginaria situada a 12 millas de la costa que delimita el mar territorial de un determinado Estado<sup>28</sup>.

Partiendo de la base de que la vigilancia fronteriza tiene por objeto “impedir el cruce no autorizado de la *frontera*, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la *frontera* ilegalmente” (art. 13.1 CFS), *a priori*, esta actividad de control fronterizo en la UE debería llevarse a cabo en las fronteras enumeradas en el art. 2, punto 2 CFS. Sin embargo, como hemos indicado anteriormente, la frontera geopolítica ha dejado de ser un elemento de contención suficiente para evitar la entrada irregular de personas en un determinado territorio. Para solventar este problema, los Estados destinatarios de los flujos migratorios han optado por una práctica que algunos autores denominan “desterritorialización” de las fronteras y “deslocalización” o “extraterritorialización” de su control<sup>29</sup>. La extraterritorialización de los controles fronterizos, entre ellos la vigilancia, implica un abandono de la mencionada concepción tradicional de las fronteras, dejando estas de constituir una demarcación geográfica para ser localizadas de manera virtual, remota o imaginaria en un espacio donde el Estado no tiene jurisdicción<sup>30</sup>. Como señala Kesby, el proceso de relocalizar las fronteras ha cambiado drásticamente su naturaleza, pues “la frontera ya no solo se limita a ser el borde del Estado, sino que es exportada, de manera que una persona puede experimentar una frontera extranjera estando todavía en territorio de su propio país”<sup>31</sup>. El problema es que el cambio virtual de la frontera no siempre va debidamente acompañado del cambio del régimen jurídico aplicable a la frontera. Como consecuencia, se produce una merma de las garantías de los ciudadanos, ya que esta ficción jurídica tiene como consecuencia negar la presencia legal y los derechos de quien está bajo la jurisdicción *de facto* de un Estado.

---

<sup>28</sup> Art. 2 CNUDM: “La soberanía del Estado ribereño se extiende (...) a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial”.

<sup>29</sup> Bigo D. y Guild, E. (2003): “Le visa Schengen: expression d’une stratégie de «police» a distance”, *Cultures & Conflicts*, n° 40-50, *passim*.

<sup>30</sup> Sobre la extraterritorialización de los controles migratorios *vid.* Guiraudon, V. (2003) “Before the EU border: Remote Control of the «Huddled Masses», en K. Groenendijk, E. Guild y P. Minderhout (Eds), *In Search of Europe’s Borders*, Kluwer Law International, La Haya, pp. 191-214.

<sup>31</sup> Kesby, A. (2007): “Shifting and Multiple Border and International Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 27, p. 101, *apud* Den Heijer, M. (2010): “Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control” en B. Ryan y V. Mitsilegas, (coords.), *Extraterritorial immigration control, legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, p. 170.

#### 4.2 La vigilancia fronteriza extraterritorial. En concreto, la vigilancia en la zona contigua

Dada la especial relevancia de la frontera marítima en la UE desde el punto de vista migratorio<sup>32</sup>, en este epígrafe nos centraremos en el análisis de la vigilancia marítima extraterritorial. Esta puede tener lugar en la zona contigua, en la zona económica exclusiva, en alta mar o en las aguas territoriales de terceros Estados<sup>33</sup>. Es decir, en aquellos espacios marítimos situados más allá de la frontera geopolítica marina de un determinado Estado: su mar territorial. En concreto haremos referencia, tomándola como ejemplo, a la vigilancia extraterritorial llevada a cabo en la zona contigua.

El art. 33.1 CNUDM habilita a los Estados ribereños para que en sus zonas contiguas tomen "las medidas de fiscalización necesarias para: a) Prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos de inmigración que se cometan en su territorio o en su mar territorial; [y] b) Sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial". De lo anterior se deduce que los Estados ribereños pueden ejercer potestades de control de fronteras sobre buques implicados en tráfico ilegal de migrantes en su zona contigua sin necesidad de ningún acuerdo con el Estado del pabellón (a diferencia de lo que sucede en el caso del ejercicio de las potestades de control en alta mar o en las aguas territoriales de terceros Estados). En definitiva, se puede afirmar que, aunque el Estado ribereño no proyecta su soberanía a la zona contigua, dado que está más allá de su mar territorial, sí que se le reconocen ciertos "derechos soberanos" sobre la misma.

La actuación de las autoridades nacionales encargadas de la vigilancia fronteriza más frecuente en la zona contigua es la denegación de acceso al mar territorial de los buques que trafican con migrantes. Esta es realizada en aplicación del art. 13 CFS<sup>34</sup>, pero su plasmación concreta se produce a través de normas y

---

<sup>32</sup> Según datos de la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante, OIM), el número de migrantes que llegaron a la UE en 2017 fue de 186.768, de los cuales 172.362 llegaron por vía marítima (un 92% del total).

<sup>33</sup> Tal variedad se debe a que su concreto emplazamiento varía en virtud de dónde se produzcan los controles fronterizos. Así lo establece el Derecho de la Unión, que ha hecho depender la localización de la frontera del lugar donde se produzcan los controles, y no al contrario. En este sentido el art. 8.5 del Reglamento (UE) n° 515/2014 por el que se establece el instrumento de apoyo financiero a las fronteras exteriores (...) dispone que "A efectos de la distribución de recursos en virtud del apartado 1 (...) la expresión «fronteras exteriores marítimas» significará (...) en los casos en que se requiera llevar a cabo periódicamente operaciones de largo alcance para impedir cruces de fronteras no autorizados, (...) *el límite exterior de las zonas sometidas a una amenaza importante*. Este límite exterior se determinará teniendo en cuenta los datos correspondientes a dichas operaciones en el período 2014-2016 que faciliten los Estados miembros de que se trate".

<sup>34</sup> En este sentido, la Comisión Europea entiende que "las actividades de vigilancia fronteriza llevadas a cabo en el mar, ya sea en aguas territoriales, su zona contigua, la zona económica exclusiva o en alta mar, están dentro del ámbito de aplicación del CFS" (Dictamen Jurídico de 15 de julio de 2009 del Vice-Presidente de la Comisión Europea Jacques BARROT sobre la "devolución a Libia por mar por parte de las autoridades italianas de diversos grupos de emigrantes" [STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, as. 27765/09, pár. 39]).

sobre todo prácticas nacionales, de conformidad con el principio de autonomía institucional y procedimental de cada Estado miembro. En el caso de España, la única disposición que parece ocuparse de estas actividades de vigilancia es el art. 35.1 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM), el cual establece que “siempre que la Administración pública competente tenga conocimiento de que un buque extranjero situado en la zona contigua ha infringido, está infringiendo o se propone infringir las leyes y reglamentos a que se refiere el artículo 23, tendrá derecho a interceptarlo, solicitar la información o realizar la inspección apropiada”<sup>35</sup>. Además, su apartado segundo añade que “En caso necesario podrá adoptar las demás medidas que sean necesarias y proporcionales para prevenir o sancionar la infracción, incluida la detención y conducción a puerto”. Aunque no se trate de una norma específica en materia migratoria o de extranjería, el precepto parece plenamente aplicable a los casos objeto de estudio.

Pese a que normalmente los flujos de migrantes que llegan a las costas de la UE por vía marítima son mixtos (inmigrantes irregulares y solicitantes de asilo), en principio, la denegación de entrada al mar territorial no debería aplicarse a los solicitantes de asilo. En concreto, el art. 3 CFS establece que “El presente Reglamento se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, pero no afectará a: (...) b) los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución”. El problema se plantea cuando el art. 3 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (en adelante, Directiva sobre procedimientos de asilo) establece que “la presente Directiva se aplicará a todas las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, *en las aguas territoriales* o en las zonas de tránsito de los Estados miembros, y a la retirada de la protección internacional”. Es decir, el hecho de no mencionar expresamente a la zona contigua en este ámbito de aplicación podría llevar a interpretar que la zona contigua se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la Directiva sobre procedimientos de asilo.

Cabe destacar que, en el caso de las inspecciones fronterizas extraterritoriales, los efectos perjudiciales que se derivan del reducido ámbito de aplicación de la Directiva sobre procedimientos de asilo se subsanan gracias a la ficción contenida en el punto 1.1.4.3 Anexo VI CFS, el cual permite equiparar una inspección extraterritorial con una inspección realizada en el territorio de un Estado miembro y, como consecuencia, aplicar la citada Directiva<sup>36</sup>. Sin embargo, la

---

<sup>35</sup> Esta previsión debe completarse con lo dispuesto en el art. 23.1 LNM, de conformidad con el cual, “En la zona contigua, el Estado ejercerá sobre los buques extranjeros el control para prevenir las infracciones de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios y de extranjería e inmigración que puedan cometerse en el territorio nacional y en el mar territorial, así como su jurisdicción penal y administrativa, para sancionar a los autores de las infracciones de dichas normas legales”.

<sup>36</sup> Punto 1.1.4.3 Anexo VI CFS: “(...) A los efectos del presente Reglamento, toda inspección efectuada por los guardas de fronteras de los Estados miembros en un paso fronterizo común situado en el territorio de un país tercero se considerará efectuada en el territorio del Estado miembro afectado (...)”.

ausencia en el CFS de una regulación de la vigilancia fronteriza extraterritorial análoga a la establecida para las inspecciones fronterizas extraterritoriales impide que los solicitantes de asilo interceptados en la zona contigua puedan acogerse a las mismas garantías que si hubieran sido objeto de una inspección fronteriza en el mismo espacio marítimo<sup>37</sup>.

#### **4.3 Posibles soluciones para colmar las lagunas del Derecho de la Unión en relación con la vigilancia fronteriza extraterritorial**

Como hemos podido apreciar, la no inclusión de la zona contigua en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre procedimientos de asilo y la falta de regulación de la vigilancia extraterritorial en el CFS o a nivel nacional, han provocado que los refugiados interceptados en este espacio queden desamparados, lo que lleva a una importante contradicción entre la Directiva sobre procedimientos de asilo, el CFS y la CNUDM. Es decir, si los Estados miembros pueden prevenir la infracción de su normativa migratoria en su zona contigua (CNUDM), lo lógico sería que los solicitantes de asilo interceptados en este espacio marítimo estuvieran protegidos por la normativa de la Unión en materia de asilo. Sin embargo, no es así y, tal y como venimos advirtiendo, la falta de regulación de la vigilancia extraterritorial a nivel nacional y europeo implicaría que estas situaciones de desamparo no se considerasen contrarias al CFS, ni a la Directiva sobre procedimientos de asilo ni, como consecuencia, a las legislaciones nacionales de desarrollo adoptadas en la materia.

Una de las posibles soluciones al problema expuesto podría ser recurrir a la aplicación analógica del citado punto 1.1.4.3 Anexo VI CFS (relativo a las inspecciones fronterizas extraterritoriales) a las actividades de vigilancia fronteriza extraterritorial. El uso de esta técnica hermenéutica permitiría, al igual que lo que sucede en relación con las inspecciones, equiparar la vigilancia fronteriza extraterritorial con la vigilancia realizada en las fronteras geopolíticas. Ello posibilitaría que las actuaciones realizadas por los Estados miembros en ejecución del art. 13 CFS entraran en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre procedimientos de asilo, incluso cuando estas se produjeran más allá de sus

---

<sup>37</sup> Conforme al punto 3.1.1 del Anexo VI del CFS "Las inspecciones de los buques tendrán lugar en el puerto de llegada o de salida, o en una zona destinada a tal fin situada en las inmediaciones del buque, o a bordo del propio buque en las aguas territoriales según las define la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Los Estados miembros podrán celebrar acuerdos con arreglo a los cuales las inspecciones podrán efectuarse asimismo durante el trayecto que realice el buque, o bien a la llegada de este al territorio de un país tercero o a la salida del mismo de dicho territorio, respetando los principios establecidos en el punto 1.1.4". Entre dichos principios se encuentra el de protección internacional, respecto al cual se establece que "A un nacional de un tercer país que haya sido sometido a un control de salida por los agentes de la guardia de fronteras del tercer país y solicite posteriormente protección internacional a los agentes de la guardia de fronteras de un Estado miembro presentes en el tercer país, se le dará acceso a los trámites pertinentes de los Estados miembros de conformidad con el acervo de la Unión en materia de asilo. Las autoridades del país tercero aceptarán la transferencia de la persona afectada al territorio del Estado miembro" [Punto 1.1.4.3 a) Anexo VI CFS].

territorios. Teniendo en cuenta que la vigilancia y la inspección son dos actividades de control fronterizo reguladas por la misma norma (CFS), sería difícil negar el recurso a la analogía para colmar las lagunas jurídicas existentes en el régimen jurídico de cualquiera de ellas.

Por otra parte, aunque en principio las actuaciones de vigilancia extraterritorial no entren en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre procedimientos de asilo, en tanto que se realizan en aplicación del art. 13 CFS, sí se encuentran plenamente sometidas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)<sup>38</sup>, incluyendo a su art. 18, regulador del derecho de asilo. En efecto, dado que los Estados miembros realizan estas actuaciones en ejecución de la política migratoria europea y, más en concreto, en aplicación del CFS y demás normas de la Unión en materia de inmigración y asilo, los derechos reconocidos en la CDFUE son plenamente aplicables a las operaciones de interceptación incluso fuera de su mar territorial<sup>39</sup>. Como taxativamente afirmó el TJUE en *Åkerberg Fransson* “La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta”<sup>40</sup>. Es decir, a las actividades de vigilancia desarrolladas por los Estados miembros en sus zonas contiguas no les resultaría de aplicación la Directiva sobre procedimientos de asilo; pero, en tanto que estas actividades se realizan por los Estados miembros en ejecución del Derecho de la Unión (art. 13 CFS), sí están sometidas, al menos, a la CDFUE.

Por último, cabe cuestionarse si a estas actuaciones resulta también aplicable el CEDH. Especialmente ante la falta de una adecuada protección de los derechos de los migrantes interceptados extraterritorialmente conforme al derecho derivado de la Unión y la dificultad que plantea el acceso directo de los damnificados al TJUE, lo que podría suponer una violación del derecho a un recurso efectivo consagrado en el art. 13 CEDH. En este sentido, es necesario recordar el papel protagonista del TEDH en la condena de las medidas adoptadas por Italia y España en ejecución del art. 13 CFS (*Hirsi Jamaa c. Italia y N.D. y N.T. c. España*).

De la abundante jurisprudencia sobre el ámbito de aplicación del CEDH se puede extraer que, con carácter general, este se aplica a las actuaciones de los Estados firmantes en las que existe un ejercicio de jurisdicción territorial y que, solo en determinadas ocasiones, se considera que las actuaciones extraterritoriales implican el ejercicio de verdadera jurisdicción del Estado parte<sup>41</sup>. Una de esas

<sup>38</sup> En virtud del art. 51 CDFUE “las disposiciones de la presente Carta están dirigidas (...) a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

<sup>39</sup> En este sentido cabe recordar la interpretación del TJUE en la STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, as. C- 399/11, según la cual “cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión” (ap. 60).

<sup>40</sup> STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*, as. 617/10, ap. 41.

<sup>41</sup> Así lo reconoció el TEDH en la Decisión de admisibilidad *Bankovic y otros c. Bélgica y otros* de 12 de diciembre de 2001, as. 52207/99, en la que afirmó que el significado ordinario del término

situaciones excepcionales en las que se puede considerar que un determinado Estado está ejerciendo jurisdicción extraterritorial es cuando a este último, a través de un determinado instrumento jurídico, se le han reconocido ciertas potestades de actuación fuera de su territorio. Como señala acertadamente Neri, dado que la CNUDM permite a los Estados parte llevar a cabo medidas de fiscalización para prevenir y sancionar el incumplimiento de sus leyes migratorias en su zona contigua (art. 33.1 CNUDM), aquellos deben considerarse responsables de las consecuencias derivadas del ejercicio de esas potestades<sup>42</sup>. En el mismo sentido, Kirchner, Geler-Noch y Fresse afirman que "si un Estado ribereño ejecuta la legislación migratoria en la zona contigua (...) el destinatario de la aplicación cae bajo la jurisdicción del art. 1 CEDH"<sup>43</sup>. Estos razonamientos descansan en la idea de que allá donde exista un ejercicio de derechos soberanos jurídicamente reconocidos, existe un ejercicio de jurisdicción<sup>44</sup>. Pocas dudas caben sobre lo acertado de este argumento cuando artículos como el 8.1 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, reconocen que "son zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, además de las aguas interiores marítimas, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva". La misma conclusión puede extraerse de la propia jurisprudencia del TEDH en resoluciones tales como *Geert Drieman y otros c. Noruega*, de 4 de mayo de 2000<sup>45</sup>, en la que el Tribunal interpretó que la aplicación de las leyes noruegas para sancionar a unos activistas de *Greenpeace* que trataban de impedir la caza de ballenas en su zona económica exclusiva (ZEE) constituía un ejercicio de jurisdicción<sup>46</sup>.

Por lo tanto, una vez que hemos determinado la aplicabilidad del CEDH en casos de vigilancia extraterritorial en la zona contigua, habría que determinar, dependiendo del caso, si las actuaciones en cuestión son compatibles con el

---

jurisdicción del art. 1 CEDH, desde el punto de vista del Derecho Internacional, es principalmente territorial (pár. 59). No obstante, aclaró que determinados actos llevados a cabo o que produzcan efectos fuera del territorio pueden constituir un ejercicio de jurisdicción en el sentido del art. 1 CEDH (pár. 67).

<sup>42</sup> Neri, K (2014): "The applicability of the European Convention of Human Rights to State enforcement and control at sea" in Gemma ANDREONE (ed.), *Jurisdiction and control at sea. Some environmental and security issues*, Giannini Editore, Napoli, p. 162 (Disponible en:

<http://www.assidmer.net/doc/JURISDICTION-AND-CONTROL-AT-SEA-2014-EBOOK.pdf>

Consultado por última vez el 23 de abril de 2019), considera que a las actuaciones llevadas a cabo por los Estados en una zona donde el Estado tenga jurisdicción para hacer cumplir su ley les es aplicable el CEDH porque entran en el concepto de jurisdicción del art. 1 CEDH.

<sup>43</sup> Kirchner, S., Geler-Noch, K. y Fresse, V. (2015): "Coastal State Obligations in the Context of Refugees at sea under the European Convention of Human Rights", *Ocean and Coastal Law Journal*, Vol. 20, nº 1, p. 81.

<sup>44</sup> Neri, K.: "The applicability of the European Convention of Human Rights to State enforcement and control at sea" ..., cit., p. 156.

<sup>45</sup> Decisión de admisibilidad *Geert Drieman y otros c. Noruega*, de 4 de mayo de 2000, as. 33678/96.

<sup>46</sup> Recordemos que, de acuerdo con el art. 56 CNUDM, sobre la ZEE el Estado ribereño tiene "Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos (...)"

principio de no devolución (art. 3 CEDH), con la prohibición de expulsiones colectivas (art. 4 del Protocolo nº 4 al CEDH) y con el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) en línea con jurisprudencia del TEDH en los casos *Hirsi Jamaa y otros c. Italia y N.D. y N.T. c. España*.

## 5. CONCLUSIONES

Ante la ineficacia de las fronteras tradicionales para controlar los flujos migratorios, los Estados miembros de la UE han optado por la desterritorialización de sus fronteras y la extraterritorialización de su control. Este doble fenómeno se ha materializado en un desplazamiento de las fronteras exteriores de la UE allá donde se encuentran las personas que tratan de llegar a sus Estados miembros. No obstante, como hemos podido comprobar en este estudio, el desplazamiento material de la frontera no ha ido acompañado de una adecuada adaptación de su régimen jurídico.

En el ámbito de la vigilancia fronteriza extraterritorial, la exigua regulación de esta actividad de control en el CFS, la ausencia de ejercicio de la autonomía procedimental concedida por el legislador de la UE a los Estados miembros en esta materia y la falta de extensión del ámbito de aplicación del acervo sobre asilo más allá de las fronteras de la Unión son factores que han derivado en una absoluta ausencia de garantías en lo que respecta a las personas necesitadas de protección internacional sometidas a estas actividades de vigilancia.

Frente a esta situación, sin embargo, debe afirmarse, en primer lugar, la plena aplicación de las garantías contenidas en la CDFUE, pues la actividad realizada por los Estados miembros supone una ejecución del Derecho de la Unión y, en concreto, del art. 13 CFS. Es decir, no se puede admitir una ampliación del ámbito de aplicación de la normativa de control fronterizo más allá de las fronteras de la UE sin una extensión equivalente de las garantías que deben ser inherentes a dichos controles.

Igualmente, y en segundo lugar, debe afirmarse también la extensión de la protección ofrecida por el CEDH frente a las actuaciones de vigilancia extraterritorial de los Estados miembros, en la medida en que deban considerarse un ejercicio de su jurisdicción, en el sentido expresado por la jurisprudencia del TEDH.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta Penco, M.T. (2018): “La Guardia Europea de Fronteras y Costas, ¿Un nuevo FRONTEx?”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 71, pp. 86-101.
- Arzoz Santiesteban, X. (2013): “La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad”, *Revista de Administración Pública*, nº 191, pp. 159-197.
- Bigo D. y Guild, E. (2003): “Le visa Schengen: expression d’une stratégie de «police» a distance”, *Cultures & Conflicts*, nº 40-50, pp. 19-33.



- Bueno Armijo, A. (2016): "Derecho Administrativo Internacional y Derecho Administrativo de la Unión Europea", en M. Rebollo Puig (coord.), *Derecho Administrativo, Tomo I, Conceptos Fundamentales, Fuentes y Organización*, Tecnos, Madrid, pp. 425-452.
- Den Heijer, M. (2010): "Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control" en B. Ryan y V. Mitsilegas, (coords.), *Extraterritorial immigration control, legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, pp. 169-198.
- Guiraudon, V. (2003): "Before the EU border: Remote Control of the «Huddled Masses», en K. Groenendijk, E. Guild y P. Minderhout (Eds), *In Search of Europe's Borders*, Kluwer Law International, La Haya, pp. 191-214.
- Heschl, L. (2018): *Protecting the rights of refugees beyond European Borders. Establishing extraterritorial legal responsibilities*, Intersentia, Cambridge, 2018.
- Izquierdo Sans, C. (2000): "Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVI, p. 133-189.
- Kesby, A. (2007): "Shifting and Multiple Border and International Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 27, pp. 101-119.
- Kirchner, S., Geler-Noch, K. y Fresse, V. (2015): "Coastal State Obligations in the Context of Refugees at sea under the European Convention of Human Rights", *Ocean and Coastal Law Journal*, Vol. 20, nº 1, pp. 57-82.
- Kostakopoulou, D. (2010): "An Open and Secure Europe? Fixity an Fissures in the Area of Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm", *European Security*, nº 19, pp. 151-167.
- Mezzadra, S. (2006): "Citizen and Subject. A postcolonial Constitution for the European Union?", *Situations: Project of the Radical Imagination*, Vol 1, nº 2, 2006, pp. 31-42
- Mungianu, R. (2016): *Frontex and non-refoulement: the international responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Neri, K. (2014): "The applicability of the European Convention of Human Rights to State enforcement and control at sea" in Gemma Andreone (ed.), *Jurisdiction and control at sea. Some environmental and security issues*, Giannini Editore, Napoli, pp. 153-168. (Disponible en: <http://www.assidmer.net/doc/JURISDICTION-AND-CONTROL-AT-SEA-2014-EBOOK.pdf>)