TESIS DOCTORAL

UN ESTATUTO COMÚN DE DERECHOS PARA LOS SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Doctoranda: María Dolores Requena de Torre



UNIVERSIDAD DE GRANADA

Programa de Doctorado en Ciciencias Jurídicas

Director: Prof. Dr. D. José María Porras Ramírez



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Dottorato in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo

Director: Prof. Dr. D. Filippo Scuto

Granada 2023

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: María Dolores Requena de Torre
ISBN: 978-84-1195-484-6
URI: https://hdl.handle.net/10481/96681

A mis padres, que me han enseñado mucho más que un doctorado.

Agradecimientos:

El resultado de esta tesis doctoral es fruto de muchas horas de estudio solitario que, con independencia de su reflejo en este trabajo, han culminado en un aprendizaje que ha desbordado mis expectativas. Sin embargo, ni me he sentido sola, ni todo lo que he aprendido en estos cuatro años ha sido gracias al estudio. Puedo asegurar que las lecciones más importantes que he aprendido, y que de algún modo se reflejan en mi trabajo, me las han enseñado las personas que me rodean. Este trabajo debe empezar agradeciéndoselo.

Y las primeras palabras de agradecimiento deben ir a mi maestro, el profesor José María Porras. Aun cuando estas palabras no hagan justicia a todo lo que ha hecho por mí. A él, más que a nadie, le debo estar aquí hoy. Mi agradecimiento se remonta cinco años atrás, cuando me abrió los ojos a una vida académica que nunca me había planteado, y que he podido disfrutar estos años gracias a él. Desde entonces ha tenido que hacer muchas lecturas, demasiadas correcciones, marcar tiempos y sacar palabras de ánimo en unos años que no han sido fáciles. Con una entrega generosa de su tiempo y sus conocimientos, y compartiendo sus oportunidades, me ha guiado hasta aquí. Espero tener la oportunidad de seguir aprendiendo de él -y con él- muchos más años.

También debo agradecer al prof. Filippo Scuto, como codirector de este trabajo su guía, sus palabras, su hospitalaria acogida durante nueve meses en la Università degli Studi di Milano, y ante todo, haberme brindado la posibilidad de formar parte de una Universidad tan prestigiosa. Los acuerdos de cotutela y la estancia se llevaron a cabo en un momento extremadamente complicado a causa de la pandemia, y si todo ello fue posible, ha sido gracias a su disposición.

Debo dar también las gracias a todo el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, por acogerme y darme la oportunidad de formarme con un grupo tan admirable y activo. Creo haber aprendido algo de todos sus miembros en alguna conversación, conferencia, lectura o como alumna.

En especial, debo agradecer al prof. Balaguer su ayuda e impulso en estos años de incipiente carrera. Al prof. Sánchez López, presente en tantas tutorías a lo largo de estos años, y siempre generoso con sus consejos y sus palabras de ánimo. Y al Prof. Martín Morales, que tantas veces me ha ofrecido su ayuda, palabras de aliento e incluso, cuando fue necesario, su escritorio en el Departamento. También debo dar las gracias a los profesores Arjona y Barrilao, con quienes he tenido la suerte de compartir docencia en

algún momento de estos años. Ambos grandes profesores y compañeros, a los que agradezco su interés, sus consejos, y que me hayan dado la oportunidad de aprender de ellos. Y por supuesto, a los profesores Guillén, Oliver, y Galera que además de tener siempre un trato cercano y amable, me han ayudado siempre desde su posición como directores y secretaria del Departamento. Y también debo extender mi agradecimiento a J. Aranda, pues tengo la convicción de que el departamento no funciona igual sin él. Siempre dispuesto a echar una mano en lo que, a mi parecer, es la parte más dura del mundo universitario. Y gracias a tantos otros profesores que han contado conmigo en sus actividades, haciéndome partícipe y ayudándome a formar un currículum. En especial al prof. Pérez Miras, cuya capacidad organizativa nos enriquece a todos.

Debo dar las gracias también a las profesoras Calatrava y Marín de Espinosa, que sin ser del Departamento de Derecho Constitucional, me han mostrado siempre su disponibilidad y me han brindado valiosos consejos sobre la vida universitaria.

Y por supuesto, debo agradecer su apoyo a mis compañeros doctorandos de Granada y de Milán. He aprendido (quizás tarde) que la inmensa mayoría de doctorandos, en cualquier parte del mundo, pasa por experiencias muy similares y que, casi siempre, supone un gran esfuerzo mental –no solo intelectual- que descubrimos cuando lo sufrimos. Pero sé que ese esfuerzo es menor cuando se comparte con quienes están en la misma situación. Por eso debo agradecer, no solo a mis compañeros del Departamento, con quien he compartido lamentaciones y alegrías; también a J. Ruíz y a M.A Morales, que sin ser del Departamento, han sido un espejo donde mirarme, y una gran ayuda en estos años. Y, por supuesto, a Andrea, que si bien ha llegado en mi etapa final, lo ha hecho con la mayor disposición y generosidad. Estoy deseando seguir trabajando juntas.

Fuera de lo académico, hay otra mucha gente que me han enseñado lecciones muy valiosas. Y a las que, además, debo agradecer que me hayan soportado, apoyado, animado e incluso querido, en los momentos más difíciles. Esta tesis también es de ellos, que la han sufrido.

A mi familia le debo mucho más de lo que puedo plasmar en estas líneas porque todo lo bueno que he conseguido hasta ahora, ha sido gracias a ellos. Dicen que la familia es la primera escuela, pero en mi caso, ha sido también una primera Facultad de Derecho. Por ello, debo agradecer a mi padre que me descubriera muy pronto la pasión por el Derecho, y que nos inculcara a mis hermanos y a mí los valores del esfuerzo y del trabajo duro. A

Pepe y Miguel, a quienes admiro, debo agradecerles que con su ejemplo me hayan inspirado siempre a ser mejor, para estar a su altura.

Que a mi madre todo agradecimiento se queda corto lo sabe cualquiera que la conozca. Es la persona de la que más he aprendido, y de la que más me queda por aprender. Y junto a todo lo demás, le agradezco que me inculcara desde pequeña el gusto por aprender. Ella me enseñó que el conocimiento nos hace independientes, pero que también debemos ponerlo al servicio de los demás; tal y como demuestra cada día. Y le tengo que dar las gracias también a mi tía M. Isabel, capaz de estar siempre presente desde la distancia, con un amor y una entrega desinteresada digno de la *Abu*. A ella no puedo darle las gracias, pero sigue presente cada día, y es de justicia reconocerle aquí lo mucho que me enseñó de la vida.

A Cuaco, mi compañero en la montaña rusa emocional que han sido estos cuatro años. Es posible que sin él, hubiera terminado esta tesis mucho antes; pero cómo me alegro de que no haya sido así. Gracias por hacerme la vida más divertida, y por muchas otras cosas.

Y por último, y no por ello menos importante, debo dar las gracias a mis buenos amigos. Ellos saben quiénes son. Quiero agradecerles su cariño, su amistad, y en definitiva, que hayan seguido a mi lado a pesar de mi ausencia. En especial, debo dar las gracias a quienes han sido un apoyo esencial en estos años: Orbe, María, Marta, Alicia, Maca, Jose, Jesús, Feryi... En estos años todos ellos han tenido, en algún momento, las palabras oportunas que necesitaba escuchar para seguir, o para parar y coger aire.

Este trabajo solo ha sido posible por el papel indispensable que han jugado todas estas personas.

De corazón, muchas gracias.

Índice

Abreviaturas 12

Resumen: 14

Sintesi: 15

Introducción: 16

Objetivos de la investigación. 19

Metodología 21

Introduzione: 24

Obiettivi di ricerca. 27

Metodologia 29

Capítulo 1: El reto de las migraciones en un mundo globalizado. 32

1.1 El reto global de las migraciones *forzosas* 32

1.1.1 La construcción del Derecho de los refugiados. 44

1.2 La ONU y el enfoque holístico de la cuestión migratoria. 55

1.3 El papel de la Unión Europea en la gobernanza de las migraciones. 69

Capítulo 2: Migraciones forzosas en la Unión Europea. 80

2.1 Desarrollo histórico del SECA. 80

2.2 EL SECA de segunda generación: un sistema vigente, colapsado y bloqueado. 100

2.3 El SECA de tercera generación: de la agenda migratoria del 2015 (Comisión Juncker) al Pacto sobre Migración y asilo del 2020 (Comisión Von der Leyen). 111

2.4 Deficiencias y límites del SECA. 120

2. 4.1 Excesiva deferencia para con los Estados Miembros. 123

2.4.2 La solidaridad en la política de asilo de la Unión: un principio rector de difícil concreción. 136

2.4.3 La deficiente aplicación del SECA: un problema de falta de voluntad o de capacidad. 146

2. 4.4 Déficits en el reparto competencial entre la Unión y los Estados Miembros. 155

2.5 El carácter paulatinamente subordinado de la política de asilo en relación al creciente protagonismo de las políticas de gestión de fronteras e inmigración. La necesidad de reorientar la gobernanza y reivindicar el SECA. 162

2.5.1 Un SECA *securitizado*: la gestión integrada de fronteras externalizadas. 165

2.5.2La forzosa inmigración *ilegal* de los solicitantes de protección internacional: un asunto artificial y remediable. 189

2.6. *Quo Vadis*, Europa? El futuro de la política migratoria y del SECA. 205

Capítulo 3: La necesaria incorporación de un nuevo instrumento normativo al SECA: el reglamento por el que se establece un estatuto de derechos para el solicitante de protección internacional en la Unión Europea. 211

3.1 Contexto de la propuesta: la matizada universalidad de los derechos en un mundo globalizado. 211

3.2 La eficacia del estándar supranacional de derechos en la tutela multinivel. ...228

3.2.1 El principio de efectividad y la construcción de un estándar COMÚN DE para la garantía de los derechos del solicitante de protección internacional. 230

3.3 Tres objetivos (necesarios) a alcanzar a través del nuevo reglamento 240

3.3.1 Un instrumento específico para la tutela de un colectivo especialmente vulnerable. 240

3.3.2 Un reglamento que concrete y defina las condiciones de vida adecuadas para su aplicación uniforme. 247

3.3.3 Un reglamento que desarrolle el artículo 18 de la CDFUE. 260

Capítulo 4: Derechos del solicitante de protección internacional durante el procedimiento. Valoración crítica de la normativa vigente. 266

4.1. La intolerable inseguridad jurídica en el estatuto jurídico del solicitante de protección internacional. 266

4.2 Derechos procedimentales. 269

4.2.1 El derecho de acceso al procedimiento. 272

4.2.2 Las garantías generales del artículo 12 de la Directiva sobre procedimiento: 278

4.2.3 El derecho a una entrevista personal: el derecho a ser oído. 283

4.2.4 Garantías procesales durante el examen de la solicitud: la prueba, el beneficio de la duda, y los formalismos excluyentes. 289

4.2.5 Garantías en procedimientos acelerados. 296

4.2.6 El derecho al recurso efectivo. 299

4.2.7 Garantías tras la desestimación de la solicitud: el procedimiento de expulsión. 307

4.3 Derechos que derivan del reconocimiento de unas condiciones de acogida dignas: 324

4.3. 1 Derecho a unas *condiciones materiales dignas*: Alojamiento, vestido y alimentación. 327

4. 3.2 La libertad personal de los solicitantes: Internamiento y otras restricciones a su libertad ambulatoria. 335

4.3.3 El derecho a la asistencia sanitaria. 364

4.3.4 El derecho a la vida familiar. 381

4.3.5 Condiciones de acceso al mercado de trabajo. 399

4.4 Garantías para la tutela del interés superior del menor solicitante de protección internacional. 401

4.4.1 Garantías en la determinación de la edad del menor. 405

4.4.2 La determinación de Estado miembro responsable en el caso de menores no acompañados 408

4.4.3 El internamiento de menores: 410

4.4.4 El derecho a la educación. 415

4.4.5 Expulsión de los menores no acompañados, interés superior del niño y otras cuestiones a raíz de la STJUE de 14 de enero de 2021. Asunto C-441/19». 418

Capítulo 5: Directrices para la propuesta de un nuevo reglamento por el que se establece un estatuto común de derechos para los solicitantes de protección internacional en la Unión Europea. 424

5.1 Objetivo de la propuesta, base jurídica y elección del instrumento 424

5.2Concreción de las disposiciones específicas de la propuesta. 425

5.2.1. Disposiciones para garantizar el acceso efectivo al procedimiento: 425

5.2.2 Garantías en el procedimiento. 426

5.2.3 Garantías en las condiciones de acogida. 432

5.2.4Garantías en los procedimientos de traslado o expulsión. 440

6. Conclusiones. 443

6. Conclusioni..... 450

Bibliografía:..... 457

INFORMES CONSULTADOS. 480

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL 483

Abreviaturas

AAUE	Agencia de Asilo de la Unión Europea.
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
Apdo.	Apartado.
Art.	Artículo
C.	Contra.
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CEAR	Comisión Española de Ayuda al Refugiado.
CIMADE	Comité Internacional Movimientos de Ayuda a los Evacuados
CPT	Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes
CSE	Carta Social Europea.
DCA	Directiva de Condiciones de Acogida.
EASO	Oficina Europea de Apoyo al Asilo.
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
Ed	Editor.
EEMM	Estados Miembros.
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.
FAMI	Fondo de Asilo, Migración e Integración.
FRA	Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
FSI	Fondo de Seguridad Interior.
JAI.	Justicia y Asuntos de Interior
LIBE	Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
Op. Cit.	Obra citada.
P.	Página.
SECA.	Sistema Europeo Común de Asilo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.
Vol.	Volumen.

Resumen:

Durante décadas la Unión Europea ha elaborado un sistema normativo sin parangón en el panorama internacional: el Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, SECA) a fin de alcanzar el objetivo plasmado en el artículo 78 del TFUE: otorgar un estatuto de protección adecuado a todo nacional de un tercer Estado que requiera protección. Sin embargo, pese a sus muchos logros, el SECA dista mucho de ser perfecto. Tras la afluencia migratoria masiva que alcanzó Europa entre 2015 y 2016, se evidenció que la política de protección internacional de la Unión Europea era deficiente; y la consecuencia de sus fallos era una sucesión de graves violaciones de los derechos de los solicitantes de protección internacional. Muchos justificaron entonces el *maltrato* que sufrían miles de solicitantes de protección amparándose en el colapso de unos sistemas nacionales saturados. Lo que sirvió a la UE y a sus Estados para justificar una polémica política de *externalización* de controles migratorios, y la adopción de medidas disuasorias tan variadas como cuestionables. Sin embargo, esas vulneraciones de derechos a los solicitantes ya sucedían años antes, cuando el número de llegadas era muy inferior.

Tras un estudio del SECA se ha observado que este adolece de unas deficiencias que lo sitúan como un sistema ineficiente e insolidario; que proporciona un grado insuficiente de armonización de los procedimientos de protección internacional y de las condiciones relativas con la acogida de los solicitantes. Así, dotado de una pluralidad de procedimientos, plazos, garantías y derechos, los porcentajes de reconocimiento y las condiciones de acogida que dispensa un Estado u otro pueden llegar a suponer una diferencia trascendental para el solicitante. Por todo ello, el estatuto jurídico del solicitante de protección se encuentra afectado por una gran inseguridad jurídica que, sin duda, debilita su protección.

En consecuencia, se propone la incorporación de un nuevo reglamento al SECA. Un reglamento relativo al estatuto común de derechos del solicitante de protección internacional en la Unión Europea. Convencidos de que puede constituir una herramienta normativa contra las sistemáticas vulneraciones sufridas por un colectivo especialmente vulnerable, favoreciendo la efectividad del sistema. Así, en suma, este trabajo analiza el estado actual de la normativa, los motivos que respaldan la propuesta, y sus objetivos, concluyendo con una explicación de las directrices que deberían desarrollarse en el reglamento.

Sintesi:

Per decenni, l'Unione europea ha sviluppato un sistema normativo senza precedenti nel panorama internazionale: il Sistema europeo comune di asilo (di seguito CEAS), al fine di raggiungere l'obiettivo stabilito dall'articolo 78 del TFUE: offrire uno status adeguato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione. Tuttavia, nonostante i suoi numerosi successi, il sistema europeo comune di asilo è è ancora lontano dall'essere perfetto. All'indomani del massiccio afflusso migratorio che ha raggiunto l'Europa tra il 2015 e il 2016, è emerso chiaramente che la politica di protezione internazionale dell'UE era inadeguata; la conseguenza delle sue carenze è stata una concatenazione di gravi violazioni dei diritti dei richiedenti protezione internazionale. Molti hanno giustificato il maltrattamento di migliaia di richiedenti protezione con il collasso dei sistemi nazionali sovraccarichi. Ciò è servito all'UE e ai suoi Stati per giustificare una controversa politica di esternalizzazione dei controlli sull'immigrazione e l'adozione di misure dissuasive tanto varie quanto discutibili. Tuttavia, queste violazioni dei diritti dei richiedenti si erano già verificate anni prima, quando il numero di arrivi era molto più basso.

A seguito di uno studio sul CEAS, è stato osservato che soffre di gravi carenze che lo rendono un sistema inefficiente e non solidale; che fornisce un grado insufficiente di armonizzazione delle procedure di protezione internazionale e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti. Inoltre, con una pluralità di procedure, scadenze, garanzie e diritti, i tassi di riconoscimento e le condizioni di accoglienza concessi da uno Stato o da un altro possono fare una differenza significativa per il richiedente. Di conseguenza, lo status giuridico del richiedente protezione è avvolto da una grande incertezza giuridica, che indubbiamente indebolisce la sua protezione.

A questo punto, si propone di inserire nel CEAS un nuovo regolamento: un regolamento sullo status comune dei diritti dei richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea. Nella convinzione che esso costituirebbe uno strumento normativo contro le violazioni sistematiche subite da un gruppo particolarmente vulnerabile e che favorirebbe l'efficacia del sistema, il presente documento analizza lo stato attuale della normativa, le ragioni alla base della proposta e i suoi obiettivi. Si conclude con una spiegazione delle disposizioni che dovrebbero essere sviluppate nel regolamento.

Introducción:

Es de sobra conocido que en el año 2015 Europa recibió unos flujos migratorios de una afluencia insólita desde la II Guerra Mundial. Años antes, los datos ya revelaban un crecimiento paulatino de las llegadas de migrantes a Europa que confirmaban su inequívoca vinculación con la globalización y que nos advertían de la necesidad de repensar nuestra estrategia migratoria europea a fin de alcanzar una política común con la que afrontar este reto. Era previsible un aumento de las llegadas irregulares a nuestro continente, pero nadie pudo prever su intensidad: en el año 2014 entraron irregularmente a Europa 228 741 personas; en 2015 la cifra se estima en 1 046 336[1]. Casi 5 veces más.

En solo un año, las llegadas irregulares a Grecia por tierra y mar se habían visto multiplicadas por 11[2]. Y, pese a que según ACNUR, más del 75% de quienes llegaron irregularmente a Europa en 2015 huían de la persecución y los conflictos en Siria, Afganistán o Irak; la respuesta de la Unión no se asemejó a una acogida de refugiados como la que hoy se vive con quienes huyen de Ucrania. Por el contrario, la principal respuesta de los Estados Miembros de la Unión Europea fue la construcción de vallas y el cierre de las fronteras.

Se evidenciaron entonces los déficits de los que adolecía el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA): un sistema que no es común, ante el excesivo margen de acción de los Estados; y que no es solidario en el reparto de la responsabilidad. Y con ello, se acentuaron aún más las lacras de la más amplia política migratoria de la Unión que, ante una obsesiva lucha contra la inmigración irregular, dedica la mayor parte de sus esfuerzos a conseguir tal objetivo por parte de la política de gestión de fronteras y de inmigración. Relegando la política de protección internacional a un segundo plano.

En este contexto, y teniendo en cuenta que las políticas de inmigración, gestión de fronteras y protección internacional son resultado de competencias compartidas; las medidas adoptadas por parte de los Estados miembros han sido tan variadas como cuestionables. Revelando una grave crisis política en el seno de la Unión, donde se

---

[1] Datos oficiales publicados por el Consejo Europeo. Disponibles para consulta en: https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/irregular-arrivals-since-2008/ Últ. Consulta 10 de junio de 2023.

[2] OIM: *Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond Compilation Of Available Data and Information Reporting Period 2015*. 2016.

refuerzan las tensiones entre Estados que se culpan mutuamente de comportamientos insolidarios e irresponsables; que ignoran las normas comunitarias cuando no convienen a sus cortoplacistas intereses nacionales; y donde los principales afectados son los más vulnerables: Los solicitantes de protección internacional que ven sus derechos ignorados, devaluados o incluso negados.

Ya no resulta infrecuente que los solicitantes que acuden a la Unión Europea se topen con estrictas políticas de rechazo; procedimientos de protección faltos de las suficientes garantías; y condiciones de acogida indignas. La realidad ha evidenciado la imposibilidad de solicitar protección internacional en muchas administraciones nacionales; la falta de asistencia jurídica gratuita; exámenes inadecuados de las pruebas al invertir la carga de la misma desproporcionadamente sobre los solicitantes; recursos sin efecto suspensivo; solicitantes que ven restringida su libertad personal al ser internados sin haber cometido delito alguno e incluso separados de sus familias. Todo ello demuestra que la política de protección internacional se ha convertido en un *Derecho de excepción normalizado* que se justifica, por un lado, en la llegada irregular de la inmensa mayoría de los solicitantes a Europa, y por otro, en la saturación de los sistemas nacionales. Como si hubiera vías legales y seguras para que llegaran a Europa; y simulando que la ineficiencia de los sistemas se debe a su alta demanda, cuando se trata de sistemas que, en la mayoría de casos, nunca han funcionado correctamente y que tampoco se han enmendado.

Ante este panorama el presente estudio trata de clarificar el estatuto jurídico de los solicitantes de protección internacional en la Unión Europea a fin de dotar al mismo de una mayor seguridad jurídica para su tutela y garantía.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, se definen como preguntas de investigación las siguientes:

-¿Contempla la actual regulación de la UE un marco político normativo garantista de los estándares mínimos comunes de derechos de toda persona, en especial de aquellos que llegan al territorio europeo irregularmente? ¿Existe un plan de acción para las migraciones masivas?

-¿Con qué competencias cuenta la Unión Europea para elaborar un marco normativo común? ¿Son apropiadas las actuales propuestas de reforma del SECA para solventar las deficiencias del sistema? ¿Son apropiadas para garantizar los derechos de los solicitantes de protección?

-¿Cuáles son las condiciones en las que viven los solicitantes de protección internacional en la Unión Europea durante el tiempo que dura el procedimiento? ¿A quién puede otorgarse protección internacional? ¿En qué situación quedan al finalizar el procedimiento?

Dar respuesta a estos interrogantes implica realizar un análisis crítico de la normativa de la Unión. No obstante, con una primera lectura de la misma puede inferirse que tanto la normativa actual como las propuestas de reforma priman la efectividad del sistema en su empeño por combatir la inmigración ilegal, en detrimento de los derechos fundamentales. Cuestionando, incluso, el principio elemental de universalidad de los derechos humanos y, por consiguiente, la dignidad de esas personas. Se requiere por tanto un estudio en profundidad de los derechos fundamentales y, en concreto, su ejercicio por parte de los inmigrantes irregulares y de los solicitantes de protección internacional, así como un estudio de la institución de protección internacional que reexamine las causas de concesión.

Objetivos de la investigación.

La solución a las preguntas de investigación planteadas se intenta alcanzar a través del cumplimiento de los siguientes *objetivos generales*:

El primer objetivo es establecer un marco normativo actualizado. Se trata de determinar cuál es la normativa vigente en materia de protección internacional en el seno de la Unión Europea para, una vez esclarecida, señalar cuáles son sus principales lagunas y posibles reformas.

Para ello, el primer objetivo específico que se debe alcanzar es desarrollar un marco normativo internacional y un estudio de las diferentes posturas doctrinales para llegar a una definición renovada y actual de los principales conceptos jurídicos de la materia.

Tras esta contextualización en el plano internacional, el siguiente objetivo específico consiste en analizar la política de protección internacional dentro del proceso de integración europea hasta llegar al desarrollo del SECA. Y, tras este recorrido histórico, estudiar la normativa europea en materia de protección internacional: observando tanto la normativa actual (el SECA de segunda generación), como los antecedentes (el SECA de primera generación) y las propuestas de reforma presentadas en 2016 y en 2020. Para poder realizar el siguiente objetivo específico: llevar a cabo una crítica constructiva y fundada de la normativa.

Tras un estudio profundo de la política migratoria de la Unión Europea y de su normativa, especialmente la del SECA, el siguiente objetivo específico nos lleva a abordar las deficiencias del sistema que, hasta ahora, han justificado las vulneraciones de derechos sufridas por los solicitantes. A fin de demostrar que los defectos del sistema eran previos a la afluencia migratoria de 2015 y aportando ciertas ideas para una reforma garantista del SECA y de la política migratoria.

El otro objetivo general de esta tesis es la elaboración de un estatuto de derechos del solicitante de protección internacional; que se presenta como una posible solución a muchas de las debilidades del SECA.

Su consecución precisa, como objetivo específico, de un estudio sobre el reconocimiento y las condiciones de ejercicio de ciertos derechos que la normativa europea contempla

para el solicitante de protección derivados del reconocimiento de unas condiciones de vida dignas y del propio procedimiento de protección internacional.

Y, puesto que las aportaciones de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE han sido muy valiosas en la fijación de un estándar de protección repetuoso con el CEDH y con la CDFUE respectivamente, se presenta como objetivo específico la elaboración de un estudio jurisprudencial a fin de reflejar sus aportaciones en el pretendido estatuto.

Finalmente, el último objetivo consiste en elaborar una crítica a las condiciones de reconocimiento y ejercicio de los derechos que no se adecuen en la normativa europea, o en las prácticas nacionales, al estándar europeo de protección. De este estudio, que agrupará el estándar europeo derivado de múltiples directivas y reglamentos y de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH debe poder deducirse una norma que conforme el pretendido estatuto de derechos para aportar algo de claridad en una cuestión que se ha demostrado plagada de interpretaciones erróneas cuyas consecuencias resultan trágicas. Con esta aportación se pretende dotar de seguridad jurídica el estatuto jurídico que rodea al solicitante de protección internacional en la Unión Europea facilitando así su reconocimiento y tutela por parte de sistemas nacionales.

Metodología

La investigación llevada a cabo en estos cuatro años partía de las siguientes hipótesis:

a. Los flujos migratorios, y en especial aquellos considerados *forzosos* (por no responder a una decisión libre) son inherentes a la globalización y por ello van a continuar en el tiempo e intensificarse. Urge elaborar una política global para que dejen de ser un drama. Sin embargo, la Comunidad Internacional está lejos de encontrar una.
b. La respuesta de la Unión europea es una política de protección internacional, articulada a través de un complejo normativo (el SECA) que ha demostrado ser ineficaz al no dar una respuesta acorde a los valores europeos.
c. La deficiente ejecución de esa política europea ha conllevado un trato a los solicitantes de protección internacional que vulnera los estándares de la CDFUE y del CEDH.
d. El principal motivo de las sistemáticas vulneraciones que sufren los solicitantes se deben a la falta de seguridad jurídica en su estatuto.

En atención a estas hipótesis y a los objetivos marcados, la tesis se ha estructurado en cuatro partes:

La primera parte, *el reto de las migraciones en un mundo globalizado*, aborda la relación de los flujos migratorios con la globalización. Mediante datos oficiales de ACNUR y de la OIM se confirma el rápido aumento de la población migrante en el mundo y la alarmante tasa de migraciones forzosas en el mundo. Por ello, se examina el desarrollo normativo del llamado *Derecho de los refugiados*, esto es, la Convención de Ginebra y su protocolo anexo. Sin embargo, se observan sus límites y se concluye señalando la anomia internacional en este campo que deja a quienes se ven obligados a huir de su país, desamparados.

La falta de un compromiso suficiente en la Comunidad internacional ante este reto de la globalización hace que, una vez más, la respuesta de los Estados se materialice mediante normas de *soft law:* dos pactos mundiales que, pese a sus loables intenciones, resultan una respuesta débil ante un drama tan urgente. Lo que, en realidad, es un ejemplo de la propia debilidad del Derecho Internacional. Esta primera parte deriva en la idea de que si

se quiere alcanzar una gobernanza de las migraciones, es la Unión Europea la única capaz de abordar tal objetivo con su naturaleza *sui generis*¸ aunando la mayor influencia del Derecho Internacional con la fuerza ejecutiva del Derecho Constitucional.

Comienza así la segunda parte de la tesis: *las migraciones forzosas en la Unión Europea.* Que se inicia con un recorrido sobre el desarrollo histórico del proceso de integración de la Unión en este ámbito. El objetivo de esta parte de la investigación es comprender cómo una Comunidad económica pasó a regular los flujos migratorios; por qué lo hizo; y en qué está fallando. Para lo cual debemos abordar no solo la política de protección internacional sino también las políticas de inmigración y de gestión de fronteras.

Tras un análisis normativo y dogmático se concluye la conveniencia de aunar, en una norma directamente aplicable, los derechos del solicitante de protección internacional cuyo reconocimiento y condiciones de ejercicio derivan de diversas directivas y reglamentos. Limitando ahora el margen de acción de los Estados al incorporar la extensa jurisprudencia del TJUE y del TEDH sobre los mismos para una mayor garantía de los mismos en los sistemas nacionales.

Esta conclusión deriva lógicamente en la parte tercera de la tesis, que consiste en la justificación de esta propuesta de *lege ferenda*. Y la misma se apoya en dos argumentos, por un lado, en la reivindicación del principio de universalidad de los derechos para quienes carecen de una comunidad política de origen a quien exigir la tutela de sus derechos. Y por otra parte, en el principio de efectividad del derecho de la Unión. Este estatuto debe considerarse una herramienta para la efectividad del estándar supranacional de derechos en la tutela multinivel, así como la efectividad del objetivo marcado en el artículo 78 del TFUE: desarrollar «una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución». Tras el estudio del SECA y de la política migratoria de la Unión, la inclusión de un reglamento que compile los derechos del solicitante parece una herramienta normativa más que conveniente, necesaria para alcanzar tal objetivo.

En esta tercera parte además se fijan tres objetivos que la normativa debería cumplir: dotar de mayor protección a un colectivo especialmente vulnerable; esclarecer el concepto de *condiciones de vida adecuadas* que expresa la actual Directiva de condiciones de acogida; y dotar del necesario desarrollo legislativo al artículo 18 de la CDFUE.

Finalmente, la última parte de la tesis consiste en el estudio normativo, jurisprudencial y doctrinal de los derechos que conforman ese estatuto a fin de comprender las principales vulneraciones de los mismos y definir su contenido derivado de las interpretaciones del TJUE y del TEDH. Esta parte se estructura en: derechos procedimentales, derechos que derivan del reconocimiento de unas condiciones de vida adecuadas; y derechos del menor solicitante de protección internacional.

Introduzione:

È noto che nel 2015 l'Europa ha ricevuto flussi migratori di un'intensità mai vista dalla seconda guerra mondiale. Già anni prima i dati avevano rivelato un progressivo aumento degli arrivi di migranti in Europa, confermando il loro inequivocabile legame con la globalizzazione e avvertendoci della necessità di ripensare la nostra strategia migratoria europea al fine di realizzare una politica comune per affrontare questa sfida. Un aumento degli arrivi irregolari nel nostro continente era prevedibile, ma nessuno poteva prevederne l'intensità: nel 2014, 228 741 persone sono entrate in Europa in modo irregolare; nel 2015 la cifra è stimata a 1 046 336[3]. Quasi 5 volte in più.

In un solo anno, gli arrivi irregolari in Grecia via terra e via mare sono aumentati di 11 volte[4]. E nonostante il fatto che, secondo l'UNHCR, oltre il 75% degli arrivi irregolari in Europa nel 2015 fosse in fuga da persecuzioni e conflitti in Siria, Afghanistan o Iraq, la risposta dell'UE non è stata simile a un'accoglienza di rifugiati come quella che stiamo vivendo oggi con coloro che sono in fuga dall'Ucraina. Al contrario, la risposta principale degli Stati membri dell'UE è stata quella di costruire recinzioni e chiudere le frontiere.

Sono emerse le carenze del Sistema europeo comune di asilo (CEAS): un sistema che non è comune, dato l'eccessivo margine di azione degli Stati, e che non applica il principio di solidarietà nella distribuzione delle responsabilità. E con questo si sono ulteriormente accentuate le lacune della più ampia politica migratoria dell'Unione che, a fronte di una lotta ossessiva all'immigrazione irregolare, dedica la maggior parte dei suoi sforzi al raggiungimento di questo obiettivo attraverso la gestione delle frontiere e la politica dell'immigrazione. Di conseguenza, la politica di protezione internazionale è relegata in secondo piano.

In questo contesto, e tenendo presente che le politiche di immigrazione, gestione delle frontiere e protezione internazionale sono frutto di competenze condivise, le misure adottate dagli Stati membri sono state tanto varie quanto discutibili. Si tratta di una grave crisi politica all'interno dell'Unione, in cui si rafforzano le tensioni tra Stati che si

[3] Dati ufficiali pubblicati dal Consiglio europeo. Disponibili per la consultazione presso: https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/irregular-arrivals-since-2008/ Ultimo accesso 10 giugno 2023.

[4] OIM: *Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond Compilation Of Available Data and Information Reporting Period 2015*. 2016.

accusano reciprocamente di comportamenti irresponsabili e non solidali, che ignorano le norme dell'UE quando non si adattano ai loro miopi interessi nazionali e in cui i più colpiti sono i più vulnerabili: i richiedenti protezione internazionale, i cui diritti vengono ignorati, svalutati o anche negati.

Non è più raro che i richiedenti che arrivano nell'UE si trovino di fronte a rigide politiche di respingimento, a procedure di protezione prive di sufficienti garanzie e a condizioni di accoglienza poco dignitose. La realtà ha dimostrato l'impossibilità di presentare domanda di protezione internazionale in molte amministrazioni nazionali; la mancanza di assistenza legale gratuita; l'esame inadeguato delle prove con un'inversione sproporzionata dell'onere della prova a carico dei richiedenti; i ricorsi senza effetto sospensivo; i richiedenti la cui libertà personale è limitata dal fatto di essere detenuti senza aver commesso alcun reato e persino separati dalle loro famiglie. Tutto ciò dimostra che la politica di protezione internazionale è diventata un *diritto d'eccezione standardizzato*, giustificato, da un lato, dall'arrivo irregolare della stragrande maggioranza dei richiedenti in l'Europa e, dall'altro, dalla saturazione dei sistemi nazionali. Come se esistessero vie legali e sicure per raggiungere l'Europa; e fingendo che l'inefficienza dei sistemi sia dovuta alla loro elevata domanda, quando si tratta di sistemi che, nella maggior parte dei casi, non hanno mai funzionato correttamente e non sono mai stati emendati.

In questo contesto, il presente studio si propone di chiarire lo status giuridico dei richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, al fine di assicurare a questi ultimi una maggiore certezza giuridica per la loro protezione e garanzia.

In questo contesto, sono state definite le seguenti domande di ricerca:

> -L'attuale normativa dell'UE prevede un quadro politico normativo che garantisca standard minimi comuni di diritti per tutte le persone, in particolare quelle che arrivano sul territorio europeo in modo irregolare? Esiste un piano d'azione per la migrazione di massa?
>
> -Quali poteri ha l'UE per sviluppare un quadro normativo comune? Le attuali proposte di riforma del sistema europeo comune di asilo sono adatte a colmare le lacune del sistema? Sono adatte a garantire i diritti dei richiedenti protezione?

-Quali sono le condizioni in cui i richiedenti protezione internazionale vivono nell'UE durante la durata della procedura? A chi può essere concessa la protezione internazionale e qual è la sua situazione al termine della procedura?

Per rispondere a queste domande, è necessario effettuare un'analisi critica della legislazione europea. Tuttavia, una prima lettura della normativa suggerisce che sia la legislazione attuale che le proposte di riforma danno priorità all'efficacia del sistema nei suoi sforzi per combattere l'immigrazione illegale, a scapito dei diritti fondamentali dei richiedenti. Mette addirittura in discussione il principio elementare dell'universalità dei diritti umani e, di conseguenza, la dignità di queste persone. È quindi necessario uno studio approfondito sui diritti fondamentali e, nello specifico, sul loro esercizio da parte degli immigrati irregolari e dei richiedenti protezione internazionale, nonché uno studio sull'istituto della protezione internazionale che riesamini i motivi della sua concessione.

Obiettivi di ricerca.

La soluzione alle domande di ricerca formulate è perseguita attraverso la realizzazione dei seguenti obiettivi generali:

Il primo obiettivo è quello di stabilire un quadro normativo aggiornato. Si tratta di determinare le attuali normative sulla protezione internazionale all'interno dell'Unione Europea e, una volta chiarite, di identificare le principali lacune e le possibili riforme.

A tal fine, il primo obiettivo specifico da raggiungere è quello di sviluppare un quadro normativo internazionale e uno studio delle diverse posizioni dottrinali per giungere a una definizione rinnovata e attuale dei principali concetti giuridici in materia.

Dopo questa contestualizzazione a livello internazionale, l'obiettivo specifico successivo è quello di analizzare la politica di protezione internazionale all'interno del processo di integrazione europea fino allo sviluppo del CEAS e, a seguito di questa panoramica storica, studiare i regolamenti europei in materia di protezione internazionale: esaminando i regolamenti attuali (il CEAS di seconda generazione), i precedenti (il CEAS di prima generazione) e le proposte di riforma presentate nel 2016 e nel 2020. Al fine di raggiungere il seguente obiettivo specifico: effettuare una critica costruttiva e fondata dei regolamenti.

Dopo uno studio approfondito della politica migratoria dell'Unione Europea e dei suoi regolamenti, in particolare del sistema europeo comune di asilo, il seguente obiettivo specifico ci porta ad affrontare le carenze del sistema che, finora, hanno giustificato le violazioni dei diritti subite dai richiedenti. Al fine di dimostrare che le carenze del sistema sono precedenti all'afflusso migratorio del 2015 e di fornire alcune idee per una riforma del CEAS e della politica migratoria.

L'altro obiettivo generale di questa tesi è l'elaborazione di uno statuto dei diritti per i richiedenti protezione internazionale, che viene presentato come una possibile soluzione a molte delle debolezze del CEAS.

Il suo raggiungimento richiede, come obiettivo specifico, uno studio sul riconoscimento e sulle condizioni di esercizio di alcuni diritti che la normativa europea prevede per i

richiedenti protezione, derivanti dal riconoscimento di condizioni di vita dignitose e dalla stessa procedura di protezione internazionale.

E considerando che i contributi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia europea sono stati molto rilevanti per stabilire uno standard di protezione coerente con la CEDU e la CDFUE rispettivamente, l'obiettivo specifico di questo documento è l'elaborazione di uno studio giurisprudenziale al fine di riflettere i loro contributi nello statuto previsto.

Infine, l'ultimo obiettivo è quello di mettere a punto una critica delle condizioni per il riconoscimento e l'esercizio dei diritti che non sono in linea con lo standard europeo di protezione nella legislazione europea o nelle pratiche nazionali. Da questo studio, che riunirà lo standard europeo derivato da numerose direttive e regolamenti e dalla giurisprudenza della CGUE e della CEDU, dovrebbe essere possibile dedurre una norma conforme al presunto status dei diritti per fare chiarezza su una questione che si è rivelata afflitta da interpretazioni errate, le cui conseguenze sono tragiche. L'obiettivo di questo contributo è quello di dare certezza giuridica allo status giuridico dei richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, facilitando così il loro riconoscimento e la loro protezione da parte dei sistemi nazionali.

Metodologia

La ricerca condotta in questi anni si è basata sulle seguenti ipotesi:

a. I flussi migratori, soprattutto quelli considerati forzati (perché non rispondono a una libera decisione), sono inerenti alla globalizzazione e quindi continueranno nel tempo e si intensificheranno. È urgente sviluppare una politica globale per far sì che cessino di essere un dramma. Tuttavia, la comunità internazionale è ben lontana dal trovarne una.

b. La risposta dell'Unione Europea è una politica di protezione internazionale, articolata attraverso un complesso normativo (il CEAS) che si è dimostrato inefficace nel non fornire una risposta in linea con i valori europei.

c. La inadeguata implementazione di questa politica europea ha portato a un trattamento dei richiedenti protezione internazionale che viola gli standard della CFREU e della CEDU.

d. La ragione principale delle violazioni sistematiche subite dai richiedenti è dovuta alla mancanza di certezza giuridica del loro status.

In base a queste ipotesi e agli obiettivi prefissati, la tesi è stata strutturata in quattro parti:

La prima parte, *La sfida della migrazione in un mondo globalizzato*, affronta il rapporto tra flussi migratori e globalizzazione. I dati ufficiali dell'UNHCR e dell'OIM confermano il rapido aumento della popolazione migrante mondiale e l'allarmante tasso di migrazione forzata nel mondo. Viene quindi esaminato lo sviluppo normativo del cosiddetto diritto dei rifugiati, ovvero la Convenzione di Ginevra e il suo protocollo allegato. Tuttavia, si osservano i suoi limiti e il documento si conclude sottolineando l'anomalia internazionale in questo campo, che lascia indifesi coloro che sono costretti a fuggire dal proprio Paese.

La mancanza di un impegno sufficiente da parte della Comunità internazionale di fronte a questa sfida della globalizzazione fa capire che, ancora una volta, la risposta degli Stati si concretizza attraverso norme di soft law: due patti globali che, nonostante le lodevoli intenzioni, sono una risposta debole a un dramma così urgente. Si tratta, in realtà, di un

esempio della debolezza stessa del Diritto Internazionale. Questa prima parte porta all'idea che, se si vuole realizzare una governance delle migrazioni, l'Unione Europea è l'unica in grado di affrontare questo obiettivo con la sua natura *sui generis*, combinando la maggiore influenza del Diritto Internazionale con la forza esecutiva del Diritto Costituzionale.

Inizia così la seconda parte della tesi: *La migrazione forzata nell'Unione europea*. Si comincia con una panoramica dello sviluppo storico del processo di integrazione dell'Unione in questo settore. L'obiettivo di questa parte della ricerca è capire come una Comunità economica sia arrivata a regolare i flussi migratori, perché lo abbia fatto e dove stia fallendo. Per farlo, dobbiamo occuparci non solo della politica di protezione internazionale, ma anche delle politiche di immigrazione e di gestione delle frontiere.

Dopo un'analisi normativa e dogmatica, si conclude che è opportuno riunire in una norma direttamente applicabile i diritti del richiedente protezione internazionale il cui riconoscimento e le cui condizioni di esercizio derivano da diverse direttive e regolamenti. Essa limita ora il margine d'azione degli Stati incorporando l'ampia giurisprudenza della CGUE e della Corte europea dei diritti dell'uomo su questi diritti, al fine di garantire meglio tali diritti nei sistemi nazionali.

Questa conclusione conduce logicamente alla terza parte della tesi, che consiste nella giustificazione di questa proposta de *lege ferenda*. E si basa su due argomenti: da un lato, sulla rivendicazione del principio di universalità dei diritti per coloro che non hanno una comunità politica d'origine a cui chiedere la tutela dei propri diritti. Dall'altro lato, il principio dell'efficacia del diritto dell'Unione. Questo status dovrebbe essere considerato uno strumento per l'efficacia dello standard sovranazionale dei diritti nella protezione multilivello, nonché per l'efficacia dell'obiettivo stabilito dall'articolo 78 del TFUE: sviluppare «una politica comune in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea al fine di offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessiti di protezione internazionale e garantire il rispetto del principio di non respingimento». Dopo aver studiato il CEAS e la politica migratoria dell'UE, l'inclusione di un regolamento che raccolga i diritti del richiedente asilo sembra essere uno strumento normativo più che appropriato, necessario per raggiungere questo obiettivo.

Questa terza parte definisce anche tre obiettivi che la norma dovrebbe raggiungere: fornire una maggiore protezione a un gruppo particolarmente vulnerabile; chiarire il

concetto di condizioni di vita adeguate espresso nell'attuale direttiva sulle condizioni di accoglienza; e fornire il necessario sviluppo legislativo dell'articolo 18 della CDFUE.

Infine, l'ultima parte della tesi consiste in uno studio normativo, giurisprudenziale e dottrinale dei diritti che compongono questo status, al fine di comprendere le principali violazioni di tali diritti e di definirne il contenuto derivante dalle interpretazioni della CGUE e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questa parte è strutturata in: diritti procedurali; diritti derivanti dal riconoscimento di condizioni di vita adeguate; e diritti del minore richiedente protezione internazionale.

Capítulo 1: El reto de las migraciones en un mundo globalizado.

«Mi ciudad y mi patria, en tanto que Antonino, es Roma, pero como hombre, el mundo»[5].

1.1 El reto global de las migraciones *forzosas*.

Decía Marco Aurelio: «La razón que ordena lo que debe hacerse o evitarse (nos) es común. Concedido eso, también la ley es común. Convenido eso, somos ciudadanos. Aceptado eso, participamos de una ciudadanía. Si eso es así, el mundo es como una ciudad»[6]. En el siglo II después de Cristo, Marco Aurelio, incapaz siquiera de imaginar cómo era geográficamente nuestro mundo y mucho menos que el progreso haría posible la interconexión actual entre todos los rincones, ya reflexionaba con una visión cosmopolita sobre lo que nos une más allá de nuestras fronteras. Y siglos antes, el fundador de la escuela estoica, Zenón de Citio, en la misma línea universalista dijo: «Que no vivamos separados en comunidades y ciudades (*póleis*) ni diferenciados por leyes de justicia particulares, sino que consideremos a todos los hombres conciudadanos de una misma comunidad (*kosmopolitai*), y que haya una única vida y un único orden para todos»[7].

Nuestra era, conocida como segunda modernidad[8], es completamente distinta a todas las épocas anteriores porque está condicionada por los cambios estructurales de la globalización, y por ello estos pensamientos cosmopolitas son más necesarios que nunca. Con la globalización, definida como «el proceso resultante de la capacidad de ciertas

---

[5] MARCO AURELIO.: *Meditaciones.* IV. §4. GREDOS. 5.ed. 2005. P. 125.

[6] MARCO AURELIO..: *Meditaciones*. IV. Op. Cit. §4. P. 83.

[7] PLUTARCO: *Obras morales y de costumbres. Moralia.V. Fortuna o virtud de Alejandro.* 329.A.B. 13 vols. Gredos. Madrid. 1989. López Salvá, M. (traducción y notas, ed. 1989. P. 240

[8] GIDDENS, A.: *Consecuencias de la modernidad.* Alianza. Madrid. 1993; BECK, U. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.* Paidós. Barcelona. 1998.

actividades de funcionar como unidad en tiempo real a escala planetaria»[9], la política sale «del marco categorial del Estado»[10] e irrumpen nuevos agentes globales que evidencian los límites de la autoridad del Estado-nación ante una sociedad que no es ya una sociedad nacional- estatal, sino cada vez más, mundial[11].

Tras la irrupción de nuevos agentes globales, organizaciones supraestatales y grandes multinacionales compiten con los Estados en una auténtica guerra fría por el poder[12]; y el debilitamiento del poder del Estado se hace cada vez más obvio[13]. Su libertad de actuación se percibe más limitada con cada nuevo infortunio; y, a consecuencia de la *desnacionalización* de la economía y la consecuente merma del poder de la política sobre

---

[9] CASTELLS, M.: «Globalización, Estado y sociedad civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos». *Isegoría*, (22). P. 5–17. Aunque no podemos dejar de remitirnos a obras tan esenciales en la materia como: BECK, U. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.* Paidós. Barcelona. 1998. Donde el autor define la globalización como «los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios» P. 29. Aunque el autor también lo define como «un proceso (Antiguamente se habría dicho: como una dialéctica) que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturales locales y trae a un primer plano terceras culturas» P. 30.

[10] BECK, U.: Op. Cit.1998. P. 15

[11] *Ibidem. P. 28.* y P. 144 y ss. Beck señala que vivimos desde hace tiempo en una *sociedad mundial,* lo que implica: «por un lado, un conjunto de relaciones de poder y sociales políticamente organizadas de manera no nacional-estatal y, del otro, la experiencia de vivir y actuar *por encima y más allá de las fronteras*. (...) Sociedad mundial *no* significa una sociedad *de economía mundial*, sino una sociedad *no* estatal, es decir, un conglomerado social para el cual las garantías de orden territorial- estatal, pero también las relgas de la política públicamente legitimada, pierden su carácter obligatorio». P. 146.

[12] El peso cada vez mayor en la esfera política de las grandes empresas fue señalado ya por Habermas en 1997 cuando afirmó que «cada una de las treinta mayores empresas que operan en el mundo tiene un movimiento anual superior al Producto Nacional Bruto de noventa países representados en la ONU». HABERMAS, J.: «La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años. Artículo que apareció originalmente, con el titulo «*Kants Idee des Ewigen Friedcns-aus dem hístorischen Abstand von 200 Jahren*», en la revista *Kritische Iustiz*, núm. 3 (1995), Frankfurt A. M., pp. 293·319. Traducción y notas de Juan Carlos Velasco Arroyo. ISEGORíN16 (1997) pp. 61-90. Hoy esta misma idea es defendida por F. Balaguer Callejón, que actualiza esos datos, ya desfasados y muy sobrepasados por los actuales. Y es que era casi imposible prever que el valor bursátil de una sola empresa fuera mayor al PIB, por ejemplo, de Italia. Sin embargo, como señala el autor, el valor de la empresa estadounidense Apple, superó los 2 billones de dólares a finales de agosto del 2020: 2,13 billones. Cifra superior al PIB de Italia que en aquel momento era la octava economía del mundo según el FMI. Se puede ver el análisis de estos datos en: BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Crisis Sanitaria y Derecho Constitucional». *ReDCE núm. 35*. Enero-Junio de 2021.

[13] Sobre la debilidad del Estado en un contexto de globalización puede leerse: BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI» En: *Revista de derecho constitucional europeo. Nº. 30, 2018.* O BALAGUER CALLEJÓN, F.: «El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas». En *Balaguer Callejón, F.; Guillén López, E.; Azpitarte Sánchez, M.; y Sánchez Barrilao, J.F. (Dirs.) Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado, Thomson, Madrid, 2020.*

ella, presenciamos su progresiva incapacidad para garantizar el bienestar social de la ciudadanía, evidenciando la fragmentación de la soberanía[14].

De este modo, ante ese nuevo reparto de papeles que acarrea la globalización, la capacidad del Estado para dar respuesta y proteger a sus ciudadanos se ha visto enormemente debilitada frente a acciones y decisiones externas que, bien son tomadas por otros agentes, o consecuencia de hechos y procesos involuntarios que ocurren fuera de nuestras fronteras pero que nos alcanzan[15]. Y con una mayor interdependencia

[14] En este sentido, Held describe muy bien la fragmentación de la soberanía por la globalización: «concurre toda una serie de condicionamientos y poderes que limitan permanentemente la libertad de acción de los gobiernos y los Estados, en cuanto que se pone límites a una política interior autodeterminada, se transforman las condiciones de decisión política, se cambian de manera radical los presupuestos institucionales y organizativos y los contextos de la política nacional, y se transmutan las condiciones legales para el quehacer administrativo y político, y ello en el sentido de que la responsabilidad y aceptación consciente de las consecuencias de la política nacional- estatal apenas si son todavía posibles. Con sólo tener presentes las consecuencias de la globalización, está justificada la afirmación de que la capacidad de acción de los Estados en un entorno internacional que se torna cada vez más complejo cercena estas dos cosas: la autonomía estatal (en algunos ámbitos de manera radical) y la soberanía estatal. Toda teoría de la soberanía nacional según la cual ésta se entienda como una forma inderogable e indivisible del poder y la violencia públicos es subcompleja. La soberanía propiamente dicha se debe entender y analizar hoy como un poder escindido que es percibido como algo fraccionado por toda una serie de actores- nacionales, regionales e internacionales- y que se encuentra limitado y maniatado precisamente por esta pluralidad inmanente». Véase HELD, D.: «Demokratie, Nationalstaat und die globale Weltunordnung». En *BECK, U. (Comp) Politik der Globalisierung.* Ed. Zweite Moderne, Francfort del Meno. Suhrkamp. 1997. Cita literal directamente traducida en la obra de BECK, U. Op. Cit. 1998 p.65.

[15] La crisis financiera de 2008 es un claro ejemplo de este cambio de paradigma. Entonces, las políticas de austeridad fueron impuestas por fuerzas exógenas, y se ha dicho que los políticos parecían más obligados a responder ante terceros (la Unión y los Estados miembros) que ante sus ciudadanos. Se dijo entonces que la democracia se consideraba amputada y que, sin posibilidad real de elección, votar solo sirve para ratificar elecciones que se han realizado en otro lugar. En este sentido, véase: PORRAS RAMÍREZ, J.Mª: «El reto constitucional de la Unión Europea en un contexto de crisis económica y financiera». En: *Revista de Derecho Constitucional Español*, nº. 21 2014. *PP. 195-219.* ALONSO, S. «Votas pero no eliges: la democracia y la crisis de la deuda soberana en la eurozona» *Recerca, Revista De Pensament I Anàlisi, Núm*. 15. 2014. P. 21-53. Y PRZEWORSKI, A. *Democracy and the Limits of Self-government*. Cambridge University Press. 2010. P.117

económica, y la aparición de nuevos agentes globales[16] que influyen en la capacidad de los Estados para tomar decisiones; la democracia parece desvirtuarse[17].

Siguiendo esta línea argumental, la *globalización* pretende explicar la creciente complejidad del mundo en el que vivimos; aun cuando, por sí sola, parece no aclarar nada[18]. Contextualizado el trabajo, debemos advertir al lector que este no pretende ser un estudio filosófico o sociológico sobre la globalización; si no, como adelanta el título, una aproximación jurídica a uno de los grandes retos inherentes a ella: los movimientos migratorios. Y, en especial, aquellos que pueden considerarse forzosos[19]. Pero afrontar

---

[16] Aunque no podemos referirnos aquí solo a los agentes financieros. Sin duda, los agentes globales del plano comunicativo también han jugado un papel esencial en los procesos democráticos de los últimos años tal y como señala F. Balaguer que, sin embargo, subraya una diferencia entre estos agentes: los del plano comunicativo «pretenden subvertir los procesos democráticos de formación de la voluntad estatal para determinar desde dentro de esos procesos la voluntad de los gobernantes».Véase BALAGUER CALLEJÓN, F.: Op. Cit. *2018.* Y para un estudio más detallado sobre estos nuevos agentes y su influencia en los procesos democráticos véase: BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia» *ReDCE núm. 32. Julio-diciembre 2019.*

[17] Ese complejo equilibrio que contextualiza la globalización fue descrito brillantemente, aunque con cierto pesimismo, por el economista D. Rodrik, en a su famoso *trilema político de la economía mundial* donde advertía de un problema *a priori* irresoluble considerando la integración económica global, el Estado-nación y la democracia, como elementos que no pueden darse simultáneamente en su máxima expresión. De tal modo, que, a lo sumo, podemos combinar dos de los tres, pero siempre a expensas del restante. Véase RODRIK, D.: *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial.* Ed. Antoni Bosch. 2012. Barcelona.

[18] En este sentido advierte Bauman al comienzo de su obra *la globalización,* que se trata de un término de moda, «en boca de todos» que parece haberse transformado en «una llave destinada a abrir las puertas a todos los misterios presentes y futuros», pero que en realidad es mucho más complejo de lo que aparenta. BAUMAN, Z. *La globalización. Consecuencias Humanas.* Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 1998. P.7

[19] El empleo de esta expresión, recurrente a lo largo del trabajo, merece una explicación. Si bien no es un concepto jurídico internacional, la locución «migraciones forzosas»,(*forced migration)* es cada vez más frecuente. Es empleada por organizaciones como la OIM o ACNUR y comprende los movimientos migratorios que «si bien puede estar propiciado por diversos factores, entrañan el recurso a la fuerza, la coacción o la coerción», según lo define el Glosario de la OIM sobre Migración del año 2019. Por otra parte, el glosario de la página oficial de la Comisión Europea, un «migrante forzado» (*forced* migrant) es: «A person subject to a migratory movement in which an element of coercion exists, including threats to life and livelihood, whether arising from natural or man-made causes (e.g. movements of refugees and internally displaced persons as well as people displaced by natural or environmental disasters, chemical or nuclear disasters, famine or development projects)». (Disponible para consulta en: https://ec.europa.eu/home-affairs/pages/glossary/forced-migrant_es) Se trata así de una expresión que abarca más causas del desplazamiento que la clásica referencia a los perseguidos políticos y que, por tanto, sobrepasan los límites de los conceptos clásicos. Los desplazamientos forzosos hacen referencia también a aquellos causados por desastres naturales o, como expresamente reconoce el Pacto mundial sobre los refugiados del 2018 «por la degradación ambiental» (P. 6 del Pacto.§ 12).Por lo que resulta una expresión más apropiada para un fenómeno caracterizado por la afluencia de los flujos migratorios mixtos. Igualmente, la expresión «desplazamiento forzado» es la que emplea ACNUR en sus informes anuales para referirse a las personas que son desplazadas por la fuerza. El uso de esta expresión resulta así necesario en un trabajo que pretende analizar el sistema de protección internacional vigente en la Unión Europea y

este desafío, por su naturaleza transfronteriza y por el contexto en el que nos movemos, exige comprender su vínculo con la globalización.

Así, la globalización va más allá de un nuevo sistema económico financiero: se ha dicho que supone una ampliación del espacio público[20], y esa ampliación que se entiende física y virtual, conlleva afirmar la superación de los espacios cerrados y delimitados; el desvanecimiento de fronteras, y la apertura de la sociedad fuera de los límites estatales[21]. Implica el surgimiento de nuevas comunidades que encuentran su vínculo más allá del suelo que pisan o de los límites geográficos impuestos; y también asumir la limitación de un poder soberano que se sabe superado ante nuevos poderes y conflictos globales. La globalización exige redefinir conceptos concienzudamente desarrollados y asumidos, pero que dejan de casar con un sistema perturbado por agentes exógenos: soberanía, Estado, derechos humanos, universalidad, democracia, o ciudadanía, parecen hoy conceptos desvirtuados. Y es que, si el Estado-nación se concibe sobre una idea de soberanía y de fronteras, la globalización exige repensar su papel ante riesgos, amenazas y retos, que no respetan las fronteras y frente a las cuales el poder soberano del Estado se encuentra desarmado.

Por ello, urge asumir la noción de interdependencia que la realidad nos está mostrando. Se ha dicho que con la globalización nos encaminamos cada vez más a la desaparición de *los otros;* esa concepción de la sociedad dentro del contenedor estanco que es el Estado nación, porque nadie puede ya vivir al margen de los demás[22]. En este contexto de globalización y de riesgos globales, la debilidad del Estado-nación y la porosidad de las fronteras nos llevan a reclamar un proyecto cosmopolita[23], como contraposición a los

---

criticar, precisamente, la anacrónica y restrictiva visión que ampara a un grupo convenientemente acotado dentro de quienes merecen protección internacional.

[20] En este sentido BALAGUER CALLEJÓN F. Op Cit. 2019.

[21] BECK, U. Op. Cit. 1998. P. 42 y ss.

[22] *Ibídem P. 28.*

[23] Consciente de la ambigüedad del término, suscribimos la concepción cosmopolita que recoge Beck en su obra según la cual: «el cosmopolitismo (...) es el reconocimiento de la otredad de los otros. (...) Cosmopolitismo significa disputarle el futuro al racismo, aparentemente atemporal y por lo tanto futurible, pero también significa presentar el universalismo etnocéntrico de Occidente como un anacronismo que puede vencerse sin caer en las trampas del relativismo.El cosmopolitismo es un antídoto contra el etnocentrismo y el nacionalismo, sean de derechas o de izquierdas. La sutil comprensión de la detestable

nacionalismos, y desde el que afrontar los retos inherentes a la globalización y, en lo que a este trabajo respecta, los movimientos migratorios. Y no con ello pretendemos insinuar que el Estado-nación haya dejado de ser necesario; pero este, consciente de su debilitamiento, debe redefinirse mediante una mayor cooperación global.

¿Pero qué ha cambiado? Si siempre ha habido movimientos migratorios, ¿por qué ahora las migraciones se han convertido en un desafío mundial?

Ciertamente las migraciones son un fenómeno intrínseco a la naturaleza humana que han traído prosperidad, innovación y desarrollo a la comunidad humana jugando un papel esencial en toda la historia. Las migraciones permitieron el asentamiento de colonias griegas en el Mediterráneo[24]; la extensión del Imperio Romano; del Imperio Bizantino; del Imperio Otomano, la colonización de América; la difusión de las grandes religiones; el mestizaje cultural; los progresos científicos el desarrollo el arte. No hay duda de que las migraciones, incluso en aquellas formas violentas y con afán conquistador[25], han permitido la configuración actual de nuestro mundo.

A partir de 1492, los movimientos de personas entre África, América y Europa se volvieron una constante y dieron lugar a una mezcolanza insólita. Tan solo unos años después, Portugal, llegó a la India bordeando el Cabo de Buena Esperanza, y desarrolló unas vías comerciales extraordinarias con China y posteriormente con Japón. Un

---

comunidad de etnocentrismo y xenofobia ya puede ser un primer paso realista hacia un *common sense* cosmopolita». En BECK, U. *Poder y contra-poder en la era global. Ed. Paidós. Barcelona 2004.*

[24] Como recuerda FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A en: *El Derecho delos inmigrantes irregulares a tener derechos*, Tirant lo Blanch 2019: en la Grecia clásica se difrenciaba entre el ciudadano y el «bárbaro» que era quien desconocía la lengua griega aunque se usaba en un sentido más genérico para designar a los extranjeros. Igualmente también había un término para designar a quien se establecía en las ciudades griegas: «meteco». El Imperio Romano también distinguía entre ciudadanos y extranjeros, de cuya diferenciación dependía una disparidad de derechos.

[25] De hecho, como señala Porras Ramírez, el origen de la definición del «*ius migrandi*» se encuentra estrechamente ligada a las conquistas de los europeos. Señala el autor, en un repaso histórico por la positivación de este derecho, que en la cultura jurídico occidental, el «*ius migrandi*» se definió: «con el propósito de legitimar las conquistas y colonizaciones de los europeos, en tanto que derecho natural y universal que asiste a todo ser humano. Así lo hace, por primera vez, al frente de la Escuela de Salamanca, F. DE VITORIA, en «Sobre los indios» (1538); lo asume, más tarde, la tradición liberal clásica, representada por J. LOCKE, en el «Segundo tratado sobre el gobierno civil» (1690); generalizándolo, con fines esencialmente humanitarios, I. KANT, que alude a sus dos dimensiones, como «derecho a emigrar» y como «derecho a inmigrar», en «La paz perpetua» (1795) y en «La metafísica de las costumbres» (1797). Su consagración normativa se produce, por vez primera, en el art. 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948». Véase: PORRAS RAMÍREZ, J.Mª.: «Un pacto sobre inmigración y asilo en la Unión Europea». En: *Migraciones y asilo en la Unión Europea*. P. 166. Nota N.67.

momento histórico señalado, cada vez por más autores, como el origen de la globalización[26]. Más adelante en el tiempo, los desarrollos tecnológicos de la revolución industrial alteraron la vida de la sociedad, la manera de relacionarnos y de comunicarnos con el resto del mundo. Y las guerras europeas del s. XX volvieron a remover el tablero, especialmente con la II Guerra Mundial, cuya fiereza desencadenó la necesidad de regular los flujos migratorios forzosos.

Pero el fenómeno migratorio que estamos presenciamos ahora no tiene precedentes. Desde que comenzó lo que algunos han bautizado como *era de la migración masiva*[27], en el último cuarto del siglo XX, el número de desplazamientos ha aumentado a un ritmo acelerado, superando incluso, según diversos informes, la tasa de crecimiento de la población mundial[28]. Y es que, a pesar de la poca fiabilidad de los datos, en tanto que un gran número de estos movimientos se producen clandestinamente, las cifras que tenemos son imponentes: según la ONU, en 1970 vivían fuera de su país de origen 84 millones de personas. Veinticinco años después, en 1995, la cifra era casi el doble: 163 millones. En el 2005 el número de migrantes internacionales alcanzó los 191 millones. Diez años después, en 2015, eran 244 millones. En 2019, la cifra llegó a 272 millones[29]. En el 2021, se estima que el número de migrantes internacionales representa en torno a un 3,6% de la población mundial[30].

---

[26] Véase, en este sentido: CROWLEY, R.: *El mar sin fin: Portugal y la forja del primer imperio global (1483-1515).* Ático de los libros. 2018. YUN CASALILLA, B.: *Los imperios ibéricos y la globalización de Europa.* Galaxia Gutenberg. 2019, pássim.

[27] Aunque algunos autores señalan la primera época denominada «era de las migraciones masivas» fue la comprendida entre 1820 y 1919 según HATTON, T. J. y WILLIAMSON, J. G: «The Age of Mass Migration: Causes and Economic Impact». *Oxford University Press, Nueva York. 1998.*

[28] La tendencia de crecimiento de los movimientos migratorios se vio, no obstante, frenada a causa del Covid-19. Reduciéndose, según un informe publicado en enero de 2021, los moviientos migratorios se redujeron un 27%. El informe, titulado: «Aspectos Destacados de la Migración Internacional 2020» (International Migration 2020 Highlights), publicado por la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (DAES).

[29] Para la comprobación de estos y más datos se puede ver la web de Portal de Datos Mundial sobre la Migración. Disponible en: https://migrationdataportal.org/es/data?i=stock_abs_&t=2000

[30] Datos que sorprenden considerando como la pandemia del Covid-19 ha interrumpido la tendencia migratoria al frenar los movimientos de personas. Según el informe «Aspectos Destacados de la Migración Internacional 2020» realizado por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas en enero de 2021: «Se estima que la pandemia pudo haber reducido el crecimiento de la población de migrantes internacionales en alrededor de dos millones». Véase: https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/imr2020_10_key_messages_es.pdf

Nunca antes en la historia de la humanidad tantas personas han vivido en un lugar distinto a aquel donde nacieron. Y en esa tendencia migratoria, resultan especialmente preocupantes aquellos desplazamientos *forzosos* que también se han incrementado. Según el último informe de ACNUR, elaborado en 2022, había unas 89,3 millones de personas desplazadas a la fuerza, más del 1% de la población mundial[31]. Según este informe, la tasa de personas desplazadas a la fuerza ha aumentado bruscamente duplicando las cifras de 2012 (42,7 millones). Es decir, mientras que en 2012 una de cada 167 personas estaba desplazada en el mundo, hoy lo está una de cada 88 personas[32].

Ese aumento se debe principalmente al conflicto sirio, así como a los de Irak, Afganistán y Yemen en Oriente Medio; a la situación de la República Democrática del Congo y Sudan del Sur así como los desplazados internos de Etiopía en África; al drama de los Rohingya que huyeron a Bangladesh en Asia; y a la situación de la República Bolivariana de Venezuela. Sin poder dejar de mencionar todos los desplazamientos provocados por la guerra de Ucrania. Todas estas crisis, que se han intensificado en la segunda década de los 2000, explican el extraordinario aumento del número de refugiados bajo el mandato de ACNUR.

Pero no solo se debe a la situación de violencia. De hecho de unos 33,4 millones de nuevos desplazamientos internos, la violencia ha supuesto 8,5 millones, la mayoría en Oriente Medio, norte de África y África subsahariana. Mientras que los otros 25 millones de desplazamientos fueron provocados por desastres naturales principalmente en el este

[31] Véase el Informe: Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2021. 2022. ACNUR. P.5. Informe que, como explica en la página 6, aunque se centra en los desplazamientos del 2021, se ha elaborado durante el año 2022 tomando en consideración los acontecimientos que tuvieron lugar en los primeros meses de 2022, en particular, la Guerra de Ucrania que al momento de redactar el informe contaba ya con más de 7 millones de desplazados internos y 6,8 millones de desplazamientos fuera de Ucrania.

[32] *Ibídem.*

de Asia y el Pacífico[33]. Por su parte, en 2019, unas 123.700 personas[34] llegaron a Europa a través de las tres rutas mediterráneas desde el norte de África y Turquía (un 13% menos que en 2018 debido a la ejecución de políticas migratorias más restrictivas) y 1.336 personas murieron o desaparecieron en el Mediterráneo (un 41% menos en comparación con las 2.277 del 2017).

La violencia, los desastres naturales, las consecuencias medioambientales del cambio climático[35], el hambre y la miseria motivan una gran parte de los movimientos humanos actuales. Esto sucede principalmente en aquellos Estados donde el ritmo de crecimiento demográfico no coincide con la capacidad de integración e inclusión social. Una realidad que, por otra parte, sacude más violentamente a los territorios con pasado colonial en llamativo contraste con el envejecimiento demográfico de los países europeos[36].

---

[33] Según el citado informe, el África subsahariana la violencia, conflictos armados y ataques terroristas provocaron 4,6 millones de desplazados. Mientras que los ciclones Idai y Kenneth, y las inundaciones desplazaron a 3,4 millones de personas. En el norte de África y Oriente medio, 631 mil personas se desplazaron a causa de desastres naturales pero fueron los conflictos armados de Irak y Libia, y las guerras en Siria y Yemen los que obligaron a 2,6 millones de personas a abandonar su hogar. En Asia y el Pacífico, las lluvias monzónicas, tifones y terremotos desplazaron a 9,6 millones de desplazamientos en la zona. Mientras que 288 mil personas huyeron por los conflictos en Indonesia, Myanmar, Filipinas y Papua Nueva Guinea. En el sur de Asia, los desastres naturales causaron la cifra más alta de desplazamientos desde el 2012: 9,5 millones. Mientras que la violencia y los conflictos desplazaron a casi medio millón de personas en Afganistán, India, Pakistán y Sri Lanka. En América los desastres naturales desplazaron a 1,5 millones y los conflictos provocaron 602 mil nuevos desplazamientos, principalmente por los grupos violentos de América central y del Sur. Muy por debajo se encuentra Europa y Asia central, con solo 2.800 desplazamientos por conflictos y 101.000 por desastres naturales, principalmente incendios, inundaciones y terremotos. Disponible en: https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/record-de-desplazamientos-internos-en-2019

[34] Según datos oficiales de ACNUR eran mayoritariamente de Afganistán, Siria, Marruecos y Argelia. El 56% de quienes legaron eran hombres, el 17% mujeres y el 27% menores.

[35] Sobre el tema se recomienda la obra de PAJARES, M: *Refugiados climáticos. Un gran reto del siglo XXI.* Rayo Verde editorial. 2020.

[36] De hecho, el informe «Aspectos destacados de la migración internacional 2020», al que anteriormente se ha hecho referencia, subraya el hecho de que la mayoría de los migrantes internacionales están en edad laboral. Según el citado estudio: «el 73% de los migrantes internacionales en todo el mundo tenían entre 20 y 64 años, en comparación con el 57% de la población total. La proporción de la población en edad de trabajar compuesta por migrantes internacionales fue mucho mayor en los países de ingresos altos (alrededor del 19%) que en los países de ingresos medianos y bajos (alrededor del 2%)». Datos que revelan un hecho indiscutible con el que responder, desde la visión más utilitaria, los discursos anti-inmigración: «Si se excluyesen a las personas migrantes internacionales, la tasa de dependencia de las personas mayores (a partir de 65 años) en los países de ingresos altos habrían sido mayor en casi 3 puntos porcentuales en 2020». Puede consultarse el informe elaborado por la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. 2021 en: https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/imr2020_10_key_messages_es.pdf Últ. Consulta: 2 de junio de 2023.

A estos hechos que motivan la necesidad de migrar se suma que el modo de hacerlo ha cambiado con la globalización, habiéndose mitigado algunas de las principales barreras disuasorias: los transportes son más rápidos y mucho más económicos; los teléfonos móviles, las redes sociales e internet permiten un contacto en tiempo real con el lugar de origen, y un mayor conocimiento del país de destino; incluso la manera de enviar el dinero *a casa* ha pasado a ser instantáneo[37]. Esas innovaciones evidencian el potencial que tiene la migración para contribuir al desarrollo de la sociedad. Y es que la migración puede observarse también desde el prisma utilitarista y ser considerada una enorme fuerza benefactora, pero para sacar verdadero provecho de esta etapa de la globalización es necesaria una gobernanza mundial del fenómeno migratorio que aborde sus múltiples y complejos desafíos.

Las migraciones, y especialmente aquellas que pueden considerarse *no voluntarias* y que con frecuencia motivan flujos masivos de personas, deben abordarse desde una visión holística. Y puesto que se ha demostrado evidente, que un Estado por sí mismo es incapaz de controlar esos flujos, debemos aspirar a que la respuesta a este reto mundial sea global. Pero, para ello, es necesaria una mayor conciencia de que solo a través de la cooperación internacional, tanto los países de origen como las comunidades de acogida, podrán salir reforzados.

Pero esa cooperación, a la vista de las cifras actuales, no puede seguir limitándose a foros de debate repetidos en el tiempo, con distintos nombres y en los que se llega a las mismas conclusiones[38]. Pues, pese a predicar las múltiples oportunidades que pueden conllevar

---

[37] El cambio en las tarifas que pagaban los inmigrantes para enviar dinero a casa, y que llegaba a suponer hasta el 20% en concepto de «gastos de transacción» fue un logro alcanzado por la movilización de la sociedad civil, el sector privado e incluso los gobiernos. Así, entre los avances destaca la página web que estableció el Gobierno británico (*sendmoney.home.org*) para estimular la competencia al permitir a los usuarios comparar el coste de las transacciones. Aunque también los bancos y las empresas de telefonía han desarrollado tecnología para facilitar este proceso. Sobre estos avances y otros aspectos de la migración en el mundo globalizado reflexionaba Ban Ki-Moon hace más de una década. Puede consultarse su reflexión publicada en *El País. 11 de julio de 2007*. Disponible en: https://elpais.com/diario/2007/07/11/internacional/1184104807_850215.html última consulta 2 de junio de 2023.

[38] En este sentido, Habermas, que reconoció el mérito de la ONU, dedicó parte de su obra a criticar sus limitaciones. Entendiendo que Conferencias como la *de Río de Janeiro sobre ecología* (1992); la de *El Cairo sobre el crecimiento demográfico* (1994); o la de *El cambio climático, en Berlín* (1995) no suponían más que un intento de ejercer «cierta presión política sobre los Gobiernos mediante la tematización de los más importantes problemas para la supervivencia en una esfera pública mundial, esto es, a través de un

las migraciones asociadas a motivos políticos o económicos[39], los datos actuales revelan que la migración aún supone un drama humanitario para aquellos que huyen en busca de protección o, en general, para quienes migran irregularmente: devoluciones en caliente; campos de refugiados que incluso triplican su capacidad; decenas de miles de heridos y desaparecidos en las rutas de tránsito; barcos de rescate a los que no se permite desembarcar bajo represivas políticas migratorias de puertos cerrados; o refugiados atrapados entre dos fronteras de Estados que no solo los rechazan sino que los ignoran y abandonan.

Un drama humanitario, que se traduce en sistemáticas vulneraciones de los derechos de los migrantes, sin que, en la inmensa mayoría de casos, ningún Estado se responsabilice de ello[40]. Algo que resulta aún más grave cuando las víctimas son personas que se han visto obligadas a emigrar. En estos casos, señalar responsables resulta casi imposible debido a una grave falta de regulación a nivel internacional del llamado «Derecho de los refugiados», que se justifica en la inexistencia de un supuesto *ius inmigrandi* o *ius*

---

llamamiento a la opinión mundial»[38]. Y esa misma crítica que hacía Habermas en los noventa es hoy de total actualidad en tanto que, aunque en el marco de la ONU se ponga la atención en temas trascendentales, e incluso se incluyan cada vez más en los foros de debate a otros agentes internacionales como son las organizaciones no gubernamentales, o representantes de la sociedad civil, únicamente son los Estados quienes pueden llevarlas a cabo a falta de una instancia de gobierno a nivel internacional con verdadera capacidad de actuación. Y ello cuestiona la efectiva utilidad de las Naciones Unidas, sobre todo en los asuntos de mayor urgencia y sensibilidad, que con gran frustración ante auténticas crisis humanitarias, provocadas por la mano del hombre o no, limita su acción e influencia poco más que a un ámbito divulgativo.

[39] En este sentido, OGLIETTI, G. en: «Crecimiento, demografía e inmigración: estimación en datos en panel para la Unión Europea» en *Estud. soc vol.15 no.29 México ene./jun. 2007* afirma como una «una evidencia ampliamente corroborada que el flujo de inmigrantes está estrechamente sincronizado con el crecimiento de la economía». Y para ello se remite al periodo de libre movilidad de inmigrantes que caracterizó a EE.UU. hasta 1921 y a muchos países sudamericanos hasta bien entrado el siglo xx, «la inmigración respondió muy rápidamente a la demanda de trabajo. La presencia de regulaciones, sin embargo, tiende a independizar el ciclo de las migraciones». Y señala además, que: «Tanto la contribución de la inmigración en términos de mercado que permite aumentar la escala de producción, como su potencial aporte a la oferta de capital humano, constituyen los pilares sobre los que se basa la teoría del crecimiento endógeno».

[40] No podemos dejar de remitirnos aquí a la obra de HURWITZ A.: *The collective responsibility of States to Protect Refugees.* Oxford Monographs in International Law. 2009.

communicationis[41], que reduce casi a niveles impracticables el *ius emigrandi,* formulado expresamente en la DUDH[42], y más concretamente el derecho de asilo.

Y es que, al menos teóricamente, existe un derecho a emigrar, formulado en el artículo 13 de la DUDH. Pero no existe el consiguiente derecho a inmigrar[43].Y precisamente la falta de un *ius inmigrandi*[44], que se confrontaría con la reconocida facultad soberana de los Estados para controlar la entrada de extranjeros en su territorio, ha justificado las políticas migratorias más restrictivas de los Estados, y ha influido en la configuración interna del (escaso) Derecho de los refugiados[45], que trata de lograr un equilibrio entre el Derecho humanitario y la soberanía de los Estados[46]. Pero hay una particularidad propia

---

[41] GONZÁLEZ VEGA, J.A. «Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la «crisis de los refugiados».2017. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N. 56. P. 62.

[42] Artículo 13 de la DUDH: «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país».

[43] Véase en este sentido el artículo de JUSTE RUIZ, J.: «El Derecho internacional de las migraciones: entre la crisis y la renovación». *Anuario Español de Derecho Internacional/ Vol. 35/2019. P. 535-551*. En él, el autor analiza lo que califica de, «antinomia normativa» y las causas en el erróneo planteamiento del régimen internacional de las migraciones. Y recuerda, en este mismo sentido, el voto concurrente a la Opinión Consultiva oc-18/03 del juez A.A. Cançado Trinidade, en el año 2003, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, que expresa de modo claro la paradoja jurídica existente y sus consecuencias: «A pesar de encontrarse hoy día reconocido el derecho a *emigrar*, como corolario del derecho a la libertad de movimiento, los Estados todavía no han reconocido el derecho correlato de *inmigrar*, creando así una situación que ha generado incongruencias y arbitrariedades (…) al perpetuar, de ese modo, las incertidumbres e inconsistencias, los Estados responsables por esta situación han dejado de actuar a la altura de sus responsabilidades como sujetos del Derecho Internacional el *derecho de gentes.* Y han creado más problemas tanto para numerosos individuos directamente afectados como, en última instancia, para sí mismos, al contribuir indirectamente para la formación de inmigrantes *ilegales»*.

[44] En este sentido resulta debatible la Declaración de Dinamarca en respuesta al Pacto Mundial por la Migración Segura, Ordenada y regular del 2018 (cuya relevancia abordaremos en epígrafes posteriores), según la cual la migración no es un derecho: «Every human being has human rights. But migration is not a human right». Disponible en: https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/denmark.pdf

[45]Weckel, P.H se refirió a la falta de este sector normativo de las migraciones en unos términos muy ilustrativos: *«il n'existe pas plus de droit international des migrations qu'un droit international de la chimie moléculaire ou de l'astrophysique. La migration internationale est un phénomène observable, mais elle n'est pas un objet du droit international»*. WECKEL, PH. «Le droit international face à la mobilisation internationale en faveur des migrants», en la obra colectiva: *Protection des migrants et des réfugiées au XXIe siècle. Aspects de droit international/Migration and Refugee Protection in the 21st Century, International Legal Aspects*, (G. S. Goodwin-Gill, Ph. Weckel, eds.), Martinus Nijhoff, La Haya, 2015, p. 30.

[46] Harvey, C. lo define como *«A carrefully designed, and still fragile, status-creeating mechanism that represents a acompromise between the humanitarian reality of global forced displacement and the fact of a state based system (states that still view migration control, in tis forms, asi intrinsic to their understanding*

de este sector normativo nada desdeñable: que es precisamente la falta de un efectivo respeto a las normas de derecho internacional, y en especial a las declaraciones de derechos, lo que genera los flujos migratorios descontrolados, irregulares, peligrosos y muchas veces masivos, frente a los cuales los Estados se sienten desbordados y amenazados. Esta peculiaridad ha llevado a González Vega a calificar las violaciones del derecho internacional de los refugiados como «epifenómenos que encubren una crisis en otros sectores normativos del derecho internacional como consecuencia de su incumplimiento por parte de los Estados»[47].

Por ello, el reto más acuciante para la pretendida política migratoria global es lograr garantizar plenamente los derechos de las personas que se ven obligadas a migrar. Pero para ello, urge constituir un sector normativo sólido.

1.1.1 La construcción del Derecho de los refugiados.

Y es que el *Derecho de los refugiados* cuenta con unos problemáticos márgenes que derivan de su desarrollo histórico. Desde que en el siglo XVI dejara de limitarse a un asilo religioso, y se convirtiera en un asilo a extranjeros, la configuración de este instituto no ha sido pacífica. Fernández Liesa, en un recorrido por su evolución jurídica, y de un modo más exhaustivo V. Chetail, han reflejado las consideraciones que, desde «el derecho de la guerra y de la paz» de Grotius, hasta el siglo XX, fueron dándole forma[48]. Y en este repaso histórico sorprende ver como los discursos propios del siglo XVII, más a favor de considerar el asilo una prerrogativa del Estado que como un derecho del requirente, continúan hoy sumando adeptos. Recuerda así el autor como, en los siglos XVII y XVIII, el asilo no era un derecho positivo sino un *deber de humanidad* que, en todo caso, dependía de la discrecionalidad del Estado y su interés en admitir al extranjero. Y esa prerrogativa de conceder asilo resultaba especialmente limitada a delincuentes políticos

---

of self-determination». En: HARVEY, C.: «Refugees and Human Rights: The Future of International Protection in the United Kingdom». *European Human Rights Law Review, 2015. P. 597.*

[47] GONZÁLEZ VEGA, J.A: Op. Cit. 2017. P. 33

[48] FERNÁNDEZ LIESA, C.R: «Evolución jurídica internacional del Derecho Internacional de los Refugiados». *Tiempo de Paz. Invierno* 2015.nº 119. P. 11-18. Quien a su vez se inspira en la obra anterior, y más exhaustiva, de CHETAIL, V: «Theorie Et Pratique De L´Asile En Droit International Classique: Etude Sur Les Origines Conceptuelles Et Normatives Du Droit International Des Refugies». *R.G.D.I.P, tomo 115. Nº 3. 2011. P. 626-652.* Perspectiva histórica también abordada por PRICE, M.E: *Rethinking Asylum History, Purpose, and Limits*, en el capítulo primero: «Recovering Asylum.s Political Roots». Cambridge University Press. 2010.

al colisionar con mayor frecuencia con el principio de solidaridad monárquica; como ocurrió con los miembros del Tribunal que ordenó decapitar a Carlos I de Inglaterra, que fueron extraditados, entre 1661 y 1662, a petición de su hijo Carlos II de Inglaterra.[49]

En el s. XVIII, los ideales de la Revolución Francesa que pretendían amparar a aquellos perseguidos por sus ideales políticos alteraron la concepción del asilo, y así se reflejó en la Constitución de 1791 y, de un modo más expreso, en la de 1793 que preveía el asilo a quienes fuesen desterrados *por causa de la libertad*[50]. No fue hasta finales el siglo XIX cuando las legislaciones de Bélgica y Francia desarrollaron el principio de no extradición de delincuentes políticos[51]. Un principio inspirador del derecho de asilo, que se convirtió en costumbre internacional[52], y que inspiró el actual principio de *non refoulement*[53].

Pero el desarrollo esencial de este instituto aconteció en el siglo XX, cuando el Derecho internacional tuvo que reaccionar para dar protección a las oleadas de refugiados que la Primera Guerra Mundial y la Revolución Rusa habían generado. Se estima que alrededor de 5 millones de personas se vieron obligadas a pedir refugio; a los que se sumaron 1,7 millones más por el proceso de segregación que se vivió tras la desintegración del Imperio

---

[49] FERNÁNDEZ LIESA, C.R. Op. Cit. P. 12

[50] El artículo 120 de la Constitución Francesa de 1793 establece que Francia: «Da asilo a los extranjeros desterrados de su patria por la causa de la libertad. – Lo niega a los tiranos».

[51] Se positivizó por primera vez en la ley belga de 1 de octubre de 1833, que se imitó un año después en la convención franco-belga de 22 de noviembre de 1834. A estas les siguieron, como señala V. Chetail, la Constitución suiza de 1848, la ley española de asilo de 4 de diciembre de 1855, la ley inglesa sobre extradición de 9 de agosto de 1870, y la Constitución serbia de 1888. Véase: CHETAIL, V. Op. Cit. P. 641. En el ámbito de América Latina este principio se recogió en el artículo 23 del Tratado de Derecho Internacional Penal de Montevideo de 1889, que dispuso la no extradición de delincuentes políticos.

[52] Esa transición a norma consuetudinaria se refleja en la carta que Lord Parlmersoton (Primer Ministro del Reino Unido entre 1855 y 1865), envió el 6 de octubre de 1849, cuando era Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, para apoyar a Turquía en su negativa a entregar a Austria y a Rusia a unos refugiados que habían apoyado la insurrección Húngara: «Constituye actualmente una regla que, más que cualquier otra, ha sido observada en los tiempos modernos por todos los Estados independientes, grandes o pequeños, del mundo civilizado, la regla de no entregar a los refugiados políticos, a menos de verse obligado por las estipulaciones positivas de un Tratado. Y el gobierno de Su Majestad cree que hay pocos compromisos de este género, si existen. Las leyes de hospitalidad, las exigencias de humanidad, los sentimientos naturales del hombre se reúnen para rechazar tales extradiciones, y todo gobierno independiente que lo acordase sería a justo título universalmente estigmatizado por haber perdido su honor».

[53]CHETAIL, V. Op. Cit. P. 643 recuerda en este sentido las palabras de Atle Grahal-Madsen, jurista noruego especialista en derecho de asilo que trabajó en la OIR, y posteriomente en ACNUR: «The rule of non- refoulement is a parallel to- and an extensión of the rule of non- extradition for political offences which has been regularly included in extraditon treaties during the last 150 years». En: The Special Regime of Refugees» AWR Bulletin. 1982. P. 159.

Otomano, sufrido especialmente por los armenios[54]. Desde un análisis histórico, Chetail expresa con brillantez lo que el siglo XX supuso en materia de asilo: «Ya no se trataba de proteger a los heroicos luchadores por la libertad, sino a las víctimas colectivas y anónimas de la arbitrariedad y el totalitarismo. El emblema del asilo se transformó en el problema de la inmigración»[55].

Conscientes de la necesidad de una regulación que amparara a estos refugiados, en 1921 se creó el Alto Comisionado para los refugiados[56], y entre 1922 y 1928 la Sociedad de Naciones adoptó cuatro acuerdos multilaterales[57] que, aunque inicialmente se centraban en la entrega de un pasaporte a los refugiados rusos, y poco después a los armenios, ampliaron sus destinatarios hasta dar lugar a la primera Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados, firmada el 28 de octubre de 1933 por Bélgica, Bulgaria, Egipto, Francia y Noruega. Por primera vez se recogía en un documento de Derecho Internacional el principio de *non-refoulement.* Y los estados signatarios se

[54] BUNDY, C.: «Migrantes, refugiados, historia y precedentes». En: *Revista de Migraciones forzadas.* 51. Enero 2016. P. 5

[55] CHETAIL, V.Op. Cit. P. 649.: *«Il ne s´agit plus de protéger les combattants héroïques de la libertá, mais les victimes collectives et anonymes de l´arbitraire et du totalitarisme. L´emblème de l´asile est devenu le problème de l´immigration»*. Y en la misma línea advierte este cambio M.E. Price que se remonta incluso más atrás en el tiempo para describir los cambios sufridos en el objeto de protección del asilo: desde fugitivos inocentes que huían de procedimientos penales sin garantías, pasó a focalizarse en el s. XVIII en la protección de los «presos políticos», cuyos gobiernos exigían su extradición, al actual instituto de asilo que se centra, no en la protección de fugitivos, sino de refugiados. *«Originally, asylum served this function as a defense to extradition and was focused largely on protecting innocent fugitives from unfair crimilan procedures. But beginning in the late eighteenth and early nineteenth centuries, asylum´s focus shifted from procedural criminal justice to the promotion of substantive political morality: asylum benefited «political offenders» who had justifiably rebelled against autocratic rule and were sought for extradition; and it no longer benefited ordinary criminals who might be subjected to unfair criminal procedures, because the «rule of non- inquiry» forbade courts from inquiring into the criminal procedure of other states. Asylum´s focus on political morality was not altogether novel. It was in Harmony with the ancient Greek practice and the theory espoused by Grotius, and it was also consistent with the general historical function of asylum to immunize people who faced unjust punishment. But, nonetheless, it did mark a shift in emphasis: asyum now protected refugees, no fugitives»*. Price, M.E.Op. Cit. P. 57.

[56] Sustituida en 1929 por la Oficina internacional Nansen para los Refugiados hasta 1939.

[57] El Acuerdo relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos, de 5 de julio de 1922; el Acuerdo para la expedición de certificados de identidad para los armenios, de 31 de mayo de 1924; el Acuerdo sobre la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios, de 12 de mayo de 1926 que refundía los anteriores, y el Acuerdo por el que se extendían ciertas medidas destinadas a rusos y armenios a otras categorías de refugiados, de 30 de junio de 1928. Para un estudio histórico del Derecho de los refugiados en el siglo XX véase: Machado Cacije, L.: «Aproximaciones sobre el surgimiento y evolución histórica del estatuto de los Refugiados». (Vol. 1 no. 1 ene-dic 2013). Anuario Digital CEMI 2013.

comprometieron a entregar los llamados *Pasaportes Nansen*[58], y a garantizar una serie de derechos a los refugiados, como el acceso a los tribunales y el acceso a la educación.

Pero la Convención era aplicable exclusivamente a los refugiados rusos, armenios *y similares*, según se había concretado en los Acuerdos firmados entre 1926 y 1928[59]; por lo que en 1936 se aprobó el Acuerdo provisional relativo a la condición de los refugiados venidos de Alemania[60], complementado después por la Convención concerniente a la condición de los refugiados procedentes de Alemania, de 10 de febrero de 1938. En julio de ese mismo año se celebró la Conferencia de Evian, promovida por Roosevelt y donde se debatió la situación de los refugiados judíos a fin de incrementar las cuotas de estos inmigrantes en los países participantes. Participaron 32 países, pero pese a la gravedad de la situación solo aceptó un país y a cambio de una ayuda económica: la República Dominicana, entonces bajo la dictadura de Trujillo[61]. El único logro de la decepcionante Conferencia fue la creación de un Comité Intergubernamental para los Refugiados (CIR), que se estableció en Londres.

La falta de un régimen jurídico cierto y universal para los refugiados se hizo aún más evidente cuando la Guerra Civil española, y el posterior régimen franquista, obligaron a cientos de miles de españoles a refugiarse en Francia[62]. Pero pese a la considerable

---

[58] Pasaportes creados en 1922, después de que un decreto del gobierno ruso retirara la nacionalidad a una gran parte de los ciudadanos que habían huido de su guerra y del hambre. Estos pasaportes fueron conocidos como «Pasaportes Nansen» por su principal promotor: el noruego Fridtjof Nansen, que en 1921 fue nombrado como Alto Comisionado de la Liga para los Refugiados.

[59] Esto es, tras su extensión por el Acuerdo del 30 de junio de 1928, a refugiados turcos, asirios, asirio-caldeos, sirios y kurdos. Y se amplió en 1935 a los refugiados de Sarre, tras su reintegración a Alemania a través del «Plan para brindar Certificados de Identidad a los Refugiados del Sarre».

[60] Acuerdo provisional sobre la condición de Refugiados venidos de Alemania, del 4 de julio de 1936.

[61] La situación política se había agravado tras la anexión de Austria a la Alemania nazi en marzo de 1938, sin embargo, no pareció suficientemente grave para la Comunidad Internacional. Los inmorales discursos de algunos representantes se hicieron célebres. Así, el representante Australiano se negó a acoger refugiados judíos alegando que: «no tenía un problema racial y no deseaba importar uno». Mientras que la negativa de Gran Bretaña se escudaba en evitar que más judíos acudieran a su protectorado en Palestina. Se puede leer un artículo sobre el tema en Hernández- Echevarría, C.: «Nadie quiso a los judíos: el fiasco de Evian». De 6 de julio de 2021. En: https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-contemporanea/20210706/7577934/nadie-quiso-judios-fiasco-conferencia-evian.html

[62] El flujo de personas era tal, que se creó en París el «Servicio de Emigración de los Republicanos Españoles (SERE)» y «la Junta de Auxilio a los Republicanos Españoles (JARE)». El primero, también llamado «Servicio de Evacuación de los Republicanos Españoles», fue creado en febrero de 1939 por Juan Negrín, Presidente del Consejo de Ministros de la II República (1937-1939), y el segundo por la Diputación Permanente de las Cortes Republicanas en el exilio, a instancias del socialista Indalecio Prieto, de 1939 hasta 1943. Ambas oficinas fueron trasladadas a México y, colaborando con el Gobierno de la República Mexicana, que firmó dos Acuerdos en 1940 con el Gobierno de Vichy, se logró el traslado de miles de republicanos españoles que quedaron a salvo de la inminente ocupación nazi. Se puede leer más

afluencia, el estatuto jurídico de aquellos españoles seguía siendo indeterminado, por lo que la inicialmente generosa acogida por parte del país vecino, se tornó reticente[63] con la aprobación de un decreto de 1938 que permitía el internamiento administrativo de ciertos extranjeros considerados *indeseables*[64]. Al año siguiente Francia comenzó a considerarlos «asilados temporales», no refugiados[65]; y en marzo de 1945, el «Decreto para los refugiados españoles» equiparó su régimen al de los *refugiados Nansen*, de la Convención de 1933, advirtiendo que tenían tal condición quienes, siendo de nacionalidad española, «no tuvieran otra, y no gozaran de la protección del Gobierno español»[66]. Creando así una nueva categoría de refugiados, hasta entonces no prevista: la de refugiados españoles.

El problema logró alcance internacional cuando Francia, con el apoyo británico, se dirigió en abril de 1945 al CIR para comunicar que se desentendía de los refugiados españoles y que debían ser ellos quienes prestaran asistencia por ser un asunto internacional, y no solo de Francia[67]. Al año siguiente, en 1946, se aprobó un nuevo acuerdo, el *Convenio para Brindar Documentos de Viajes a Refugiados venidos de Alemania, Austria y España*. Y a finales de ese mismo año se creó la Organización Internacional de los Refugiados que, pese a reconocer el carácter internacional de la cuestión, e inspirarse en los propósitos de la recién formulada Carta de las Naciones Unidas, continuaba limitando el estatuto de refugiados a colectivos muy concretos[68].

---

sobre estas medidas en: HERRERÍN LÓPEZ, A.: «Las políticas de ayuda y de evacuación de los refugiados españoles en Francia durante la ocupación nazi. En*: Cahiers de civilisation espagnol contemporaine. (on line) Nº 9. 2012.*

[63] Siendo más notable con el paso de los años hasta llegar a 1948 donde el Gobierno francés, cada vez más reticente, justificó sus estrictas políticas en que la mayoría de los españoles que acudían en aquel momento a Francia no era ya por motivos políticos, si no económicos.

[64] Decreto ley del 12 de noviembre de 1938 del Gobierno Daladier.

[65] FERNÁNDEZ LIESA, C.R. Op. Cit. P. 13-14.

[66] FERNÁNDEZ LIESA, C.R. Op. Cit. P. 14. Y véase: Decreto nº 45-766 de 15 de marzo de 1945 («Journal Officiel» de 21 abril 1945), y Circular n- 497 del Ministerio del Interior a los Comisarios Regionales de la República y a los Prefectos.

[67] En mayo de 1935, el presidente del CIR envió un memorándum al Comité Ejecutivo del CIR donde expresaba su conformidad con el discurso de Francia al considerar que los refugiados españoles lo eran por los acontecimientos ocurridos en Europa y que por tanto, no era responsabilidad de Francia sino de todos los aliados, logrando internacionalizar el problema. Sobre ello se puede leer más en: CERVERA GIL, J.: «Su segunda posguerra. Los refugiados republicanos en el sur de Francia (1945-1947)». En: *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Hª Conttemporánea, t. 11. 1998. P. 191-211.*

[68] Véase el Anexo 1: «Definiciones-principios generales» de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. Nueva York, 15 de diciembre de 1946: « se designa con la palabra "refugiado" a la persona que ha dejado o está fuera de su país de nacionalidad o en el que antes residía habitualmente,

El problema seguía siendo el mismo: una grave laguna jurídica a falta de una regulación aplicable a todas las personas que huyeran de su país de origen; pues los instrumentos normativos adoptados hasta entonces tenían como destinatarios a sujetos con situaciones y nacionalidades muy concretas. El Derecho de los refugiados se había configurado para proteger a determinados individuos partiendo del concepto de privilegio[69]; el estatuto de refugiado, y los derechos que emanaban del mismo, se había pensado para colectivos determinados y no era alcanzable (por otorgable) para el resto de personas. Se trata del principal elemento diferenciador de este sector normativo; así, se ha dicho que «*refugee rights are not linked to the quality of being human. They are linked to the quality of being a refugee»*[70]. Y fue precisamente este el gran logro de la Convención de Ginebra de 1951, ser la primera convención universal que definía el estatuto del refugiado en modo que fuese aplicable a cualquier persona que se encontrara en determinados supuestos tasados de un modo genérico, y no limitado a ciertos colectivos. Aunque su pretendida universalidad, como veremos, deba ser matizada.

En 1948, en consonancia con las reclamaciones de Francia, la ONU advirtió la necesidad de elaborar una nueva convención de carácter internacional sobre los refugiados[71]. En agosto de 1949[72] el ECOSOC atribuyó la preparación de este proyecto a un Comité compuesto por representantes de 13 gobiernos. No obstante, los trabajos para elaborar una convención que abordara una protección más integral de refugiados y apátridas fueron lentos y por ello, en paralelo, se constituyó una Oficina cuya función consistía en

---

y quien, tanto si ha retenido o no su anterior nacionalidad, pertenece a uno de los siguientes grupos:víctimas de los regímenes nazi o fascista o de regímenes que tomaron parte a su lado en la segunda guerra mundial, o de regímenes de los quislings u otros similares que los ayudaron contra las Naciones Unidas, tanto si disfrutan o no, con carácter internacional, de la condición de refugiados; b)los republicanos españoles y otras víctimas del régimen falangista en España, disfruten o no, internacionalmente, de la condición de refugiados; c) personas consideradas como refugiadas antes de que estallara la segunda guerra mundial, a causa de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas (...)».

[69] GONZÁLEZ VEGA, J.A. 2017 Op. Cit. P. 56.

[70] PETERS, A.: *Beyond Human Rights. The Legal Status of Individual in International Law* (trad. J. Huston), Cambridge UP, 2016. P. 454. Se la autora a continuación*: «the quazlity as a refugee is different because it is contingent and often temporary and does not flow from a personal or human quality (As one´s sex ora ge) but from a misture of political factors and personal choic».*

[71] A través de una Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Resolución 116 (VI) de 2 de noviembre de 1948.

[72] Resolución 248 B (IX), de 8 de agosto de 1949.

su protección. Posteriormente, en noviembre de ese mismo año se creó el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados[73], que sustituyó a la OIR.

Un año después, el 14 de diciembre de 1950, la Asamblea General de la ONU adoptó el Estatuto del ACNUR, estableciendo como finalidad: «proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en el presente Estatuto»[74]. Y ese mismo día, la Asamblea General convocó una Conferencia de Plenipotenciarios para completar la redacción de la Convención que el Comité Especial *ad hoc* había propuesto[75]. Dicha Conferencia tuvo lugar en julio de 1951 en Ginebra[76] y, tras algunas modificaciones al proyecto original[77], finalizó el 28 de julio con la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados[78].

La Convención significó un logro evidente para la Comunidad internacional al colmar una enorme laguna jurídica que, en el siglo XX, apenas diez años después de la II Guerra Mundial y en plena Guerra Fría, era ostensible. Sin embargo, aun a pesar del actual desfase, la Convención adolece de graves defectos desde su elaboración, que han limitado su alcance.

La Convención proporcionó a la Comunidad internacional una definición de refugiado que quedó lejos de alcanzar la definición universalista que se reclamaba. Así, volvió a constreñirla a un ámbito temporal concreto. Era refugiado quien: con «fundados temores

---

[73] Resolución de la Asamblea General de la ONU 319 (IV) de 3 de diciembre de 1949.

[74] Artículo 1 del Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, aprobado por la Resolución 428 (V) 14 de diciembre de 1950.

[75] Resolución de la Asamblea General de la ONU 429 (V) de 14 de diciembre de 1950.

[76] Y asistieron representantes de 29 Estados. Diecisiete Estados europeos: Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Ciudad del Vaticano, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, República Federal de Alemania, Suecia, Suiza (en representación también de Liechtenstein) y Yugoslavia; seis americanos: Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos, Venezuela y Cuba que envió observadores; cuatro asiáticos: Irán como observadora, Irak, Israel y Turquía; uno de África: Egipto; y uno de Oceanía: Australia.

[77] En especial, el artículo 1 concerniente a las definiciones fue el que recomendó la Asamblea General en el anexo de la resolución 429 (V), y el preámbulo de la Convención fue aprobado anteriormente por el ECOSOC.

[78] Convención Sobre El Estatuto De Los Refugiados Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Que entró en vigor el 22 de abril de 1954.

de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose (…) fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él». Pero estos temores debían ser «resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951»[79]. Una implícita referencia a los hechos acontecidos en Europa antes de esa fecha, vinculados a la Guerra Fría.

La Convención responde así a una visión *eurocéntrica* del mundo, explicable al haber participado en su elaboración diecisiete Estados europeos de los veintinueve totales. Un enfoque que resulta aún más evidente al prever expresamente una posible reserva territorial a la Convención que permitió limitar su alcance únicamente a los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 en Europa[80]. Reserva que aún hoy mantiene Turquía, pese a contradecir la prohibición de discriminación que el artículo 3 de la propia Convención establece.

En cierto modo, este limitado planteamiento se solucionó con el Protocolo de 1967[81], cuando la Comunidad Internacional comprendió que la afluencia de refugiados no era una cuestión del pasado, ni estrictamente europea[82]. El Protocolo logró recuperar la pretensión universalista que la Convención debía haber tenido, y además de eliminar el límite temporal, suprimió el límite geográfico, si bien respetando aquellas reservas ya existentes[83].

---

[79] Artículo 1.A.2 de la Convención Sobre El Estatuto De Los Refugiados de 1951.

[80] Artículo 1.B.1 de la Convención Sobre El Estatuto De Los Refugiados de 1951: «A los fines de la presente Convención, las palabras «acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951», que figuran el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como: a) «Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa», o como b) «Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar»; y cada Estado Contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa expresión, con respecto a las obligaciones asumidas por él en virtud de la presente Convención».

[81] Protocolo Sobre El Estatuto De Los Refugiados Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967.

[82] Previamente, en América Latina decidieron dar respuesta a la situación de sus refugiados con instrumentos propios regionales como dos Convenciones de Caracas de 1954 sobre asilo territorial y sobre asilo diplomático. Esta última sobre la base de la Convención sobre Asilo, que se refería al asilo diplomático, y que se firmó en 1928 en la Habana, aunque ratificada solo por Argentina, Paraguay y Uruguay.

[83]Sirva a modo de ejemplo el caso de Italia, que mantuvo esta limitación hasta 1990. Se eliminó a través de la ley 39/1990, de 28 de febrero, cuyo artículo 1 estableció: «Dalla data di entrata in vigore del presente

Otra de las limitaciones con las que cuenta la Convención es que no se refiere al derecho al asilo[84]. Pese a lo que pudiera parecer, la Convención de Ginebra no supone un reconocimiento del derecho al asilo que obligue a los Estados a su concesión o reconocimiento[85], sino que, en el marco del Derecho internacional, el asilo sigue considerándose una decisión soberana del Estado[86]. Lo que hace la Convención, lejos de consagrar nuevos derechos para los refugiados, es establecer obligaciones a los Estados para que garanticen unas condiciones mínimas de ejercicio de determinados derechos[87].

Así, el principal logro de la Convención fue positivizar el principio de *non refoulement* en su artículo 33. Es decir, blindar la prohibición para los Estados de proceder a la expulsión o devolución de un refugiado a un territorio donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. Aunque la prohibición puede exceptuarse en virtud de la cláusula de seguridad nacional.

A este respecto resulta muy interesante la crítica que hace González Vega al señalar cómo, debido a la «orientación estatocéntrica» de la Convención, los refugiados únicamente resultan beneficiados a través de las obligaciones que establece a los Estados, «de ahí que haya podido afirmarse que la Convención «*is a duty-based rather tan a human right based*

---

decreto cessano nell'ordinamento interno gli effetti della dichiarazione di limitazione geografica e delle riserve di cui agli articoli 17 e 18 della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata con legge 24 luglio 1954, n. 722, poste dall'Italia all'atto della sottoscrizione della convenzione stessa. Il Governo provvede agli adempimenti necessari per il formale ritiro di tale limitazione e di tali riserve».

[84] Hecho llamativo si tenemos en cuenta que tan solo tres años antes se había recogido en el artículo 14 de la DUDH. De hecho, en toda la Convención la palabra «asilo» solo aparece una vez, en el Preámbulo, y es en referencia a la carga tan onerosa que puede suponer su concesión para ciertos países.

[85] MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia.* Ed. Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 2002.p.19

[86] De hecho, el intento por elaborar una convención sobre asilo territorial fracasó en la Conferencia de Pelnipotenciarios convocada para ello en 1977. Puede leerse sobre ello en: GOODWIN-GILL, G.S: «La Declaración sobre el asilo territorial de 1967». En *United Nations Audiovisual Library of International Law. 2012.* Disponible para consulta en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dta/dta_s.pdf

[87] Generalmente, obligando a los Estados a asimilarlos a los extranjeros mejor tratados por las respectivas normas internas, tal y como se prevé para el derecho de adquisición o arriendo de bienes muebles e inmuebles en el artículo 13; el derecho de asociación, en el artículo 15; el derecho a un empleo remunerado del artículo 17; el derecho a un trabajo por cuenta propia del artículo 18; o el derecho a una educación en niveles superiores al elemental, artículo 22. O incluso a sus propios nacionales, como ocurre con la libertad religiosa, prevista en el artículo 4; el derecho de propiedad intelectual e industrial del artículo 14; en el derecho de acceso a los tribunales del artículo 16; el derecho a una educación en los niveles elementales, artículo 22; o el derecho de asistencia y socorro público, artículo 23.

instrument [88]. Aunque de hecho, no se prevén mecanismos de control para el cumplimento de dichos deberes más allá del asesoramiento de ACNUR[89].

A esas limitaciones se suma hoy el desfase temporal de la Convención de 1951, y su difícil encuadramiento en un mundo globalizado con procesos migratorios más complejos. Así, la Convención de 1951, además de contemplar el refugio solo desde la perspectiva individual, e ignorando las situaciones de llegadas masivas tan frecuentes en la actualidad[90]; partía de una distinción básica entre migrantes voluntarios y migrantes forzosos, estableciendo una drástica separación entre migrantes económicos y refugiados políticos. Sin embargo, los flujos migratorios actuales suelen calificarse de «mixtos» por comprender tanto migrantes económicos como potenciales solicitantes de protección internacional, muchos de los cuales alegan causas no previstas en la Convención. Es una de las principales críticas que recibe la Convención, que «la frontera entre ambos conceptos es porosa y existen amplias zonas grises»[91]. Sobre estas necesidades terminológicas que surgen de los complejos flujos migratorios mixtos se ha escrito mucho. Así, desde hace décadas se ha hablado, y cada vez con más fuerza, de «refugiados ambientales, e incluso de «refugiados económicos». Pero sin la equivalente influencia en el plano normativo[92].

Solventar este límite calificativo, si es que es posible, es una tarea compleja; pues no se puede considerar migrante voluntario a quien huye de su país por las sequías, las inundaciones, el hambre que conllevan, las guerras y situaciones de violencia generalizada[93]. Pero la frontera entre las categorías convencionales no es tan evidente, y

---

[88] GONZÁLEZ VEGA, J.A Op. Cit. P. 57. Citando a Chétail: «Are refugee Rigts Human Rights?» En: *Rubio Martín, R.: «Human Rights and Inmigration. Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford UP. 2014.*

[89] GONZÁLEZ VEGA, J.A Op. Cit.2017 P. 58.

[90] PORRAS RAMÍREZ, José Mª: «El Sistema Europeo Común de Asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización». *Revista de Estudios Políticos,* 175 (2017). p. 210.

[91] ROMAN, E.: «Migrantes o refugiados? Crisis de una distinción y de las políticas». *La Vanguardia Dossier (monográfico sobre Refugiados. Ottro proyecto que desafía a Europa). Nº 58. Octubre 2015*. P. 38.

[92] Es importante señalar que la Declaración de Cartagena de 1981, instrumento de referencia en el marco del Derecho de los Refugiados de América Latina, sí logró ampliar la definición de refugiado proporcionada por la Convención de Ginebra extendiendo su aplicación a quienes huyen por «la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público» (Conclusión tercera).

[93] Precisamente este es el mayor logro de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, Adoptada por el «Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central,

menos aun cuando los Estados han condicionado la concesión de protección internacional a estar presente en su territorio, sin prever vías legales para ello, como más adelante abordaremos respecto a Europa. Sin embargo, la extensión de un estatuto garantista a más categorías de migrantes conlleva el riesgo de devaluar el estatuto de protección internacional que la Convención pretendía reservar para los refugiados. En esta línea, González Vega hace una interesante reflexión partiendo desde esa noción de privilegios de la que emana la Convención y que aún hoy perdura a pesar de su pretendida universalidad. Y es que, como el autor ha señalado, «no toda violación de los derechos humanos convierte a la víctima en un solicitante de refugio», pues «el reconocimiento de los derechos humanos no tiene- ni puede tener—por efecto el trasvasar a un número ingente de sus beneficiarios desde los instrumentos generales al mecanismo protector de los refugiados», lo cual contrasta con la universalidad de los derechos, y cuestiona la pervivencia de esta institución.[94]

Este es el reto actual en el que se encuentra el Derecho internacional de los Derechos Humanos, el Derecho internacional de los Refugiados, el Derecho internacional humanitario, y el Derecho constitucional europeo: lograr que los derechos de quienes migran forzosamente sean garantizados, sin perder las conquistas alcanzadas con el Derecho de los refugiados. Un desafío que no se puede vencer con el único instrumento legal de una Convención limitada y anacrónica. Sin lugar a duda, la Convención requiere de una reforma que convierta este símbolo en una normativa adecuada a la realidad y eficaz. Sin embargo, parece poco probable que esta reforma se produzca a corto y medio plazo. Lo que, atendiendo al panorama internacional actual, quizás tampoco resulte la

México y Panamá : Problemas Jurídicos y Humanitarios», celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984Un instrumento de *soft law* de ámbito regional que propuso una definición ampliada y más adecuada a las circunstancias de América atendiendo a los informes de la CIDH y a la precedente Convención de la OUA de 1969. Así, según se lee en el tercer punto de sus conclusiones: «a definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público». Y respecto a su utilidad presente véase el interesante artículo de CANTOR D.J. y TRIMIÑO MORA, D.: «¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario». En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. CV. 2015. P. 165-194.*

[94] GONZÁLEZ VEGA, J.A. 2017.Op. Cit. P. 66.

opción más conveniente a riesgo de que una modificación de este instrumento hoy pueda devaluar aún más su canon de protección.

Pero enmendar la Convención no es solo un hecho improbable, sino también un gesto vano a falta de un verdadero sistema de control en su aplicación. Es precisamente esta carencia el motivo por el que el sistema de protección para los derechos de los refugiados se ha redirigido hacia ámbitos regionales con tribunales propios. Aun cuando estos Tribunales (TEDH, TJUE, CIDH), paradójicamente, se remiten a la Convención de Ginebra.

Podemos afirmar que, a nivel internacional, el instrumento de protección específico con el que contamos para la protección de los refugiados resulta insuficiente. Sin embargo, más allá de su anacronismo, es difícil pensar que un nuevo instrumento de *hard law* pudiera hoy sobrepasar esos límites señalados en tanto que inherentes a las flaquezas del propio Derecho internacional.

Como respuesta a esta traba nos encontramos dos posibles vías. De un lado, la vía del abordaje supranacional en el ámbito regional que ha logrado superar, en gran modo, la barrera de la aplicación coercitiva del Derecho al producirse una auténtica cesión de soberanía e instituir tribunales propios. Mientras que desde la perspectiva del Derecho internacional, las debilidades con las que cuenta la aplicación del Derecho se tratan de contrarrestar con la ayuda, no parangonable, del *soft law*. Una opción a la que se suma, en el ámbito de las migraciones, una estrategia holística desde la que abordar todos los frentes posibles implicados en la cuestión. De esta última vía hablaremos a continuación, mientras que a la primera dedicaremos los próximos capítulos al entender que en el momento actual, es la solución más eficaz, aunque de momento solo podamos predicarla de la Unión Europea.

1.2 La ONU y el enfoque holístico de la cuestión migratoria.

Como adelantábamos *supra*, en el ámbito de las migraciones el Derecho Internacional cuenta con una gran limitación al no contar con mecanismos de aplicación de sus propios instrumentos normativos. Por ello, el abordaje de la cuestión migratoria ha debido actualizarse a fin de encontrar otra vía que permita influir en la situación.

Así, conforme se hacía más evidente la limitada fuerza de la Convención de Ginebra para hacer cumplir los derechos de los refugiados en los confines de cada Estado, a falta de un verdadero poder de coerción; se demostró la necesidad de dejar atrás una visión sectorial de las migraciones forzosas desde la perspectiva de la Convención.

Partiendo de la premisa de que los movimientos migratorios responden a causas heterogéneas y complejas, la ONU cambió su estrategia para abordarlas hace décadas, hacia una perspectiva omnicomprensiva en relación a sus motivaciones y sus variantes. En 1994 tuvo lugar la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. El primer evento organizado por las Naciones Unidas que trató la migración internacional como un asunto tan íntimamente ligado al desarrollo y a las economías mundiales que debía abordarse desde una cooperación internacional[95]. Esta conferencia, aprobada por 179 gobiernos, trató las causas de las migraciones y previó un aumento de estos movimientos con el paso del tiempo.

Se abordaron como causas de los movimientos migratorios la pobreza y los desequilibrios económicos entre los distintos Estados; la falta de paz y seguridad; el grado de desarrollo democrático; el nivel de protección de los derechos humanos en cada territorio; e incluso se habló de las causas medioambientales. Y conscientes hace ya más de 25 años de esta situación, se fijó el objetivo de ordenar los flujos migratorios a fin de aprovechar mejor las oportunidades inherentes a las migraciones cuando estas se abordan de un modo eficaz, pues entonces pueden reportar grandes beneficios para los países de origen y los de destino. Sin embargo, cuando las migraciones no se llevan a cabo de un modo ordenado, sean aquellas forzosas o se desarrollen por motivos económicos, suponen siempre un drama humanitario.

Tras esta Conferencia, periódicamente se han celebrado encuentros y pactos con miras a la consecución de una mayor cooperación entre estados para hacer emerger las políticas migratorias. Así, dentro del marco de las Naciones Unidas, aunque como organismo independiente, se constituyó en el año 2003 la Comisión Mundial sobre la Migración Internacional. Formada por 19 comisionarios, esta comisión concluyó el 31 de diciembre

[95]LACOMBA VÁZQUEZ, J. y CLOQUELL-LOZANO, A.: «Políticas de desarrollo en el contexto de la migración. Coherencias y contradicciones en el caso de dos programas de codesarrollo de España en Colombia y Ecuador». *Iberoamerican Journal of Development Studies, 6 (1) 2017. P. 50-74.*

de 2005 y en su último informe de aquel mismo año, titulado *Las migraciones en un mundo interdependiente*, recomendó al Secretario General el establecimiento inmediato «de un grupo de trabajo interinstitucional de alto nivel para definir las funciones y modalidades y preparar la creación de un Grupo Mundial Interagencia de Migraciones»[96].

Siguiendo tal recomendación, solo unos meses después, en abril del 2006, se creó el Grupo Mundial sobre Migración. Un órgano interinstitucional que reúne a representantes de 16 organismos de las Naciones Unidas y otras agencias internacionales[97] creado a partir de la renovación de un grupo interinstitucional que se había creado previamente, en 2003, del que ya formaban parte la Organización Internacional del Trabajo; el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo; y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. Tras tres años en funcionamiento, y siguiendo la recomendación de la Comisión Mundial sobre la Migración Internacional, el Secretario General solicitó la incorporación de nuevos miembros y se rebautizó como *Grupo Mundial sobre Migraciones* .

Este Grupo Mundial, llamado a promover la ratificación de instrumentos internacionales vinculados a la migración, así como promover la salvaguarda de los derechos de las personas migrantes y favorecer la cooperación entre los estados, ha sido alabado al aportar una visión más amplia del fenómeno migratorio en sus conclusiones y recomendaciones[98].

---

[96] Informe elaborado por la propia Comisión Mundial sobre la Migración Internacional: Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar. Publicado en octubre de 2005§ 40 p. 76.

[97]Sus miembros son: la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la Organización Internacional para las Migraciones (OIM); la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD); el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (DAES); la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); el Fondo de Población de las Naciones Unidas (FNUAP); O1ficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH); el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres); el Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones (UNITAR); la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD); las Comisiones Regionales de las Naciones Unidas (CEPA, CEPE, CEPAL, CESPAP, CESPAO); el Banco Mundial; y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

[98] CASTRO FRANCO, A.*: La gobernanza internacional de las migraciones.* Universidad externado de Colombia. 2016. P. 83.

Tan solo cinco meses después de su creación, y ante las dificultades para llevar a cabo una conferencia global, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó un Diálogo de Alto Nivel para tratar multidimensionalmente la relación entre la migración y desarrollo[99].

Este fue el primer espacio a nivel mundial dedicado en exclusiva al debate del tema migratorio[100]; y pretendía concluir señalando los medios más idóneos para aprovechar al máximo los beneficios que la migración aporta al desarrollo. Puesto que prácticamente la totalidad de Estados participantes en el Diálogo de Alto Nivel manifestaron su interés en continuarlo, se creó el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo.

Este FMMD es, de nuevo, un espacio dedicado al debate de las cuestiones migratorias y su relación con el desarrollo, con carácter no vinculante y dirigido a los gobiernos de los Estados miembros de las Naciones Unidas, así como representantes de organismos internacionales, de la sociedad civil y del sector privado. Desde su creación en 2007 se ha reunido anualmente[101].

Tras décadas dialogando, coincidiendo y repitiendo hasta la saciedad la necesidad de abordar conjuntamente a nivel global la migración, se ha conseguido integrar la migración

---

[99] Informe del Secretario General de Naciones Unidas [A/60/871] Kofi Annan: *Informe Migración internacional y desarrollo. §7,* previo al Diálogo de alto nivel: «Estamos tan sólo empezando a descubrir cómo podemos lograr que la migración contribuya de forma más sistemática al desarrollo (…) Cada uno de nosotros tiene una pieza del rompecabezas de la migración pero nadie puede resolverlo solo. Es hora de que pongamos manos a la obra. Tenemos una oportunidad única de resolverlo mediante la definición, evaluación y puesta en común de las múltiples fórmulas de gestión de la migración que se están ensayando actualmente en todo el mundo. Las Naciones Unidas son el foro idóneo para este intercambio de ideas y experiencia. Además, dado que la migración es un fenómeno mundial y que se produce no sólo entre pares de países o dentro de una misma región, sino prácticamente de cualquier rincón del mundo a cualquier otro, es necesario que le prestemos una atención colectiva».

[100] CASTRO FRANCO, A: 2016. Op. Cit. P. 84.

[101] Desde su primera reunión en 2007, «Migración y desarrollo socioeconómico», estas han sido todas las reuniones: «Protección y empoderamiento de los migrantes para el desarrollo»*;* **«**Integración de las políticas migratorias en las estrategias de desarrollo para beneficio de todos»*;* «Alianzas para la migración y el desarrollo humano»; «Adopción de medidas en materia de migración y desarrollo – coherencia, capacidad y cooperación»*;* «Promover el desarrollo humano de los migrantes y su contribución al desarrollo de las comunidades y los Estados»; «Liberar el potencial de la migración en aras de un desarrollo inclusivo»**;** «Fortalecimiento de alianzas: movilidad humada para el desarrollo sostenible»*; «*La migración en favor del desarrollo sostenible para todos: hacia una agenda transformadora sobre migración»*;* «Hacia un contrato social global sobre migración y desarrollo»*;* «Enfoques sostenibles de la movilidad humana: defender los derechos, fortalecer la agencia estatal y avanzar en el desarrollo a través de las asociaciones y la acción colectiva»; «El futuro de la movilidad humana: Asociaciones innovadoras para el desarrollo sostenible»; y «El impacto del cambio climático en la movilidad humana».

en la agenda internacional, en particular en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)[102], y forjar un consenso mundial sobre un exhaustivo conjunto de objetivos y metas políticas relacionados con la migración, plasmados ahora en dos Pactos Mundiales.

Pero pese a estos avances, no podemos perder de vista que no se ha logrado establecer una obligación internacional vinculante en la materia. Así, estos pactos han sido elaborados a través de instrumentos de *soft law*. Y a pesar de su limitada eficacia, suponen el mayor logro alcanzado en la Historia en aras del establecimiento de una gobernanza global de las migraciones dado que, *a priori*, responden a una situación de emergencia que hace la causa merecedora de un compromiso internacional.

Tanto el *Pacto Mundial sobre los Refugiados* como el *Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular* se han articulado con plena conciencia de las lagunas y la fragmentación en los instrumentos normativos referentes a los derechos humanos de los migrantes[103]. Pretendiendo servir como marco de referencia para la gestión de las migraciones en el panorama mundial, no pueden considerarse poco ambiciosos (como sí ocurría con la práctica totalidad de los referidos foros de debate convocados periódicamente por las Naciones Unidas) sino que sus limitaciones, empezando por el

[102] Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015: 70/1. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* reconoce «la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible» así como «también que la migración internacional es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino que exige respuestas coherentes e integrales». Y por ello,«Cooperaremos en el plano internacional para garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones, respetando plenamente los derechos humanos y dispensando un trato humanitario a los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio, y a los refugiados y los desplazados. Esa cooperación también deberá fortalecer la resiliencia de las comunidades que acogen a los refugiados, particularmente en los países en desarrollo» (§29 P. 9). E incluye dentro del objetivo número 10, *reducir la desigualdad en los países y entre ellos,* el objetivo 10.7: «Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestioandas». (P. 24). Aunque las referencias a los migrantes se extienden a otros objetivos, como aquellos referentes al empleo; y de manera implícita en los objetivos relativos a la igualdad de género, principalmente en relación a la eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y niñas incluida la trata y explotación sexual; a la educación y el objetivo 4.b de aumentar el número de becas disponibles en ciertos países… Sobre la cuestión migratoria en los ODS se recomienda la lectura de la *guía* elaborada por la OIM en 2018: *La migración en la Agenda 2030.* OIM. Ginebra. 2018.

[103] FAJARDO DEL CASTILLO, T.: «El Pacto Mundial por una migración segura, ordenada y regular: un instrumento de soft law para una gestión de la migración que respete los derechos humanos». *REEI*, núm. 38, diciembre 2019. P.4.

reconocimiento de su carácter no vinculante, obedecen a la imposibilidad de lograr un compromiso político mayor.

Conscientes de que es necesaria una mayor cooperación internacional para afrontar la gestión y protección de los grandes flujos migratorios, la Asamblea General aprobó en septiembre de 2016 la declaración política *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, en la cual, tras reflejar con cifras oficiales que nunca antes se habían producido tantos desplazamientos humanos[104], se recogieron una serie de compromisos para refugiados y migrantes, tanto en común, como por separado. Entre ellos, destacan el compromiso para alcanzar una mayor cooperación internacional en los mecanismos de búsqueda y salvamento marítimos, así como en las peligrosas rutas terrestres; el apoyo a las víctimas de la trata de personas y el trabajo para combatirla; la posibilidad de revisar las políticas que penalizan los movimientos transfronterizos; y, por supuesto, el compromiso por iniciar un proceso de negociaciones intergubernamentales que culminar, como así fue, con un pacto mundial para los refugiados y otro para la migración segura, ordenada y regular considerándolos un gran avance en la gobernanza mundial de la migración internacional.

Esta resolución del año 2016 abordaba los grandes desplazamientos, en general, de manera conjunta, tanto de refugiados como de migrantes. Pues, como se reflejaba en la misma, si bien la regulación jurídica actual distingue ambos colectivos entre sí, en realidad estos tienen en común los mismos derechos humanos universales, y vulnerabilidades muy similares, enfrentándose a problemas comunes[105].

Y aunque en la enumeración de compromisos concretos se hizo una distinción para cada colectivo, migrantes y refugiados, el espíritu de la declaración está marcado por un compromiso consciente de las obligaciones, por supuesto de derecho, pero también

---

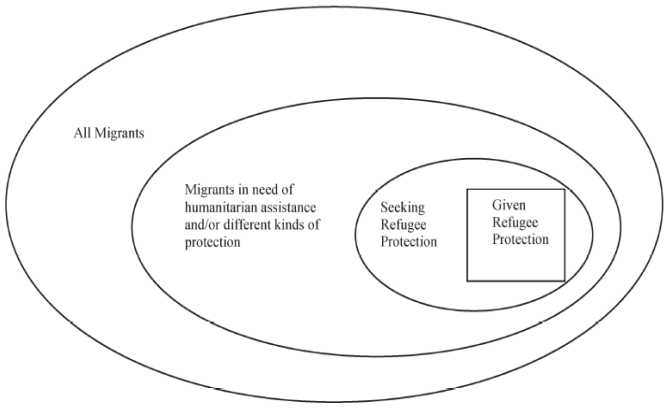
[104] El Centro de Análisis De Datos Mundiales Sobre La Migración (GMDAC) de la OIM publicó un volumen editado de la serie de los boletines llamado «Boletines de Datos: Informando la Implementación del Pacto Mundial para la Migración» antes de la Conferencia Intergubernamental para la Aprobación del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, que tuvo lugar en Marrakech el 10-11 de diciembre del 2018. Disponible en: https://migrationdataportal.org/es/themes/processus-delaboration-du-pacte-mondial-pour-les-migrations

[105] Véase la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, UN Doc. *A/RES/71/1*, 3 de Octubre de 2016 §6: «Aunque el trato que se les dispensa se rige por marcos jurídicos separados, los refugiados y los migrantes tienen los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales. Afrontan también muchos problemas comunes y tienen vulnerabilidades similares».

humanitarias y morales, hacia ambas realidades. La importancia de este tratamiento conjunto es por un lado histórica, en tanto que nunca antes se había mostrado un compromiso similar a ambas situaciones. Como se ha descrito anteriormente, los desplazamientos forzados, al menos aquellos por motivos políticos, han sido aceptados como un compromiso internacional desde hace siglos. Y ese trato desigual se manifiesta en una regulación normativa, que aunque insuficiente, se muestra mucho más intensa y garantista para los primeros que para los migrantes económicos que, sobre todo en su faceta de irregular, han sido considerados una amenaza y un lastre que, a falta de una obligación internacional específica, no merecían mayor protección que la ya contraída (y frecuentemente ignorada) a través de los tratados internacionales de derechos humanos existentes.

El tratamiento conjunto implica ajustarse a la realidad. Y es que, hoy en día, ante la falta de vías legales y seguras, tanto migrantes económicos como solicitantes de asilo coinciden en las rutas clandestinas de llegadas, por lo que la protección durante estos momentos de máxima vulnerabilidad debería ser conjunta. Y por otra parte, se ha de considerar necesario ejecutar un reexamen de las causas que permiten la concesión de la protección internacional que, en el lamentable estado en el que se encuentran ahora, suponen un grave desmantelamiento del ámbito de reconocimiento de este estatuto protector. El siguiente diagrama explica esta problemática situación de un modo sencillo:

106



[106] BETTS, A.: «Soft Law and the Protection of Vulnerable Migrants» en: *Georgetown Inmigration Law Journal, Vol. 24, 2010,* plasma este escueto pero muy ilustrativo diagrama de uno de los principales problemas para la protección de los inmigrantes irregulares.

El propio Pacto para una Migración Segura, Ordenada y Regular es consciente de que la realidad une en un mismo grupo a refugiados y migrantes económicos, y el hecho de que se refiera a aquellas migraciones que son «fruto de la desesperación» [107] confirma, que su división respecto al Pacto por los Refugiados responde, de nuevo, a intereses políticos. Sin embargo este espíritu garantista se resume en el apartado décimo que, como una auténtica declaración de intenciones, afirma: «Estamos dispuestos a salvar vidas»[108].

A pesar de lo dicho, finalmente, migrantes económicos y refugiados fueron separados y tratados en dos Pactos distintos. De un lado, el Pacto Mundial Sobre los Refugiados, y de otro el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Sin duda una separación motivada por intereses políticos que se traduce en un compromiso más prometedor de elaborar, a partir del Pacto Mundial sobre los Refugiados, una Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto del Refugiado[109]. Mientras que el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular limita su proyección de futuro, de nuevo, a la cooperación internacional.

Ambos Pactos fueron aprobados en diciembre de 2018. El referente a los refugiados[110] fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas con 181 votos a favor; mientras que el Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular se aprobó con 152 votos a favor[111].

---

[107] Pacto Mundial por la Migración Segura, Ordenada y Regular. Ss.13: «Unidad de propósito: (…)La migración nunca debería ser fruto de la desesperación, pero, cuando lo es, debemos cooperar para responder a las necesidades de los migrantes que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y asumir los desafíos correspondientes»:

[108] Véase la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, UN Doc. *A/RES/71/1*, 3 de Octubre de 2016 §10.

[109] FAJARDO DEL CASTILLO, T. Op. Cit. p. 4, señala además que ese desarrollo tendría como principal objetivo la negociación y acuerdo de unas reglas y principios para el reparto equitativo de refugiados.

[110]Este pacto no se encuentre exento de críticas. Y aunque no se pueden tratar sus lagunas en este momento del trabajo, basta señalar la llamativa omisión en su redacción del concepto de *non refoulement*, sustituido un concepto indeterminado como es por «repatriación involuntaria». Pero esta y otras concesiones explican el amplio consenso alcanzado para su adopción. Los dos países que votaron en contra fueron Estados Unidos y Hungría; y las tres abstenciones: República Dominicana, Eritrea y Libia.

[111] En contra votaron Estados Unidos, Israel, República Checa, Polonia y Hungría. Y hubo 12 abstenciones: Argelia, Australia, Austria, Bulgaria, Chile, Italia, Letonia, Libia, Lichtenstein, Rumanía, Suiza y Singapur. Llama la atención la posición de algunos Estados miembros de la UE, y la posición de EEUU que, pese a no ser sorprendente, llevó a cabo una férrea defensa de su soberanía con su temprano abandono, llegando a declarar: «Creemos que el Pacto y el proceso que llevó a su adopción, incluida la Declaración de Nueva York, representan un esfuerzo de las Naciones Unidas para promover la gobernanza mundial a expensas del derecho soberano de los Estados de gestionar sus sistemas de inmigración de conformidad con sus leyes,

De este modo, a finales del año 2018, la Comunidad Internacional contaba con dos pactos mundiales sobre migración y refugio que habían sido articulados como *soft law*, con la limitada eficacia normativa que ello conlleva. Por tanto, la finalidad de estos Pactos no es la de proveer de una exhaustiva regulación internacional a los Estados, sino la adopción de unos criterios o principios mínimos comunes para la gestión de los flujos migratorios, sin sacrificar un ápice de soberanía. Como T. Fajardo señala, estamos ante unas «políticas públicas mundiales»: dos instrumentos de *soft law* que permiten coordinar la acción internacional en ámbitos donde no se logra alcanzar un instrumento vinculante[112]. Pero, ¿debemos resignarnos ante esta imposibilidad y conformarnos con haber logrado un amplio consenso suficiente para elaborar estos pactos no vinculantes; o es realmente este el instrumento que necesitamos?

En el año 2010, A. Betts, director del *Global Migration Governance Project*, de la Universidad de Oxford realizó una interesante reflexión en la que criticaba, en contra de lo que pudiera pensar la mayoría, la necesidad de un nuevo marco de *hard law* para la salvaguarda de los derechos de los migrantes irregulares. Según el autor, lo que la Comunidad Internacional precisa para la garantía de estos derechos no son más normas vinculantes, sino desarrollar un adecuado marco de *soft law* que consolide y reúna las normas internacionales existentes para la protección de los derechos humanos «en grupos de principios rectores para las diferentes categorías de migrantes irregulares vulnerables; y mejore los mecanismos de colaboración entre instituciones para garantizar la ejecución de esas normas y principios» [113].

---

políticas e intereses nacionales. Si bien los Estados Unidos honran las contribuciones de los muchos inmigrantes que ayudaron a construir nuestra nación, no podemos respaldar un «Pacto» o proceso que impone o tiene el potencial de imponer pautas, estándares, expectativas o compromisos internacionales que puedan limitar nuestra capacidad de tomar decisiones en el mejor interés de nuestra nación y de nuestros ciudadanos». Al respecto, la embajadora de EEUU ante la ONU, Nikki Haley afirmó: «Estados Unidos está orgulloso de su legado de inmigración y su liderazgo en el apoyo a las poblaciones de inmigrantes y refugiados en todo el mundo», pero «el enfoque global de la Declaración de Nueva York es simplemente inconsistente con la soberanía de Estados Unidos». «Nuestras decisiones sobre las políticas de inmigración siempre deben tomarlas los estadounidenses». Según informaba Disponible en: https://m.europapress.es/internacional/noticia-eeuu-abandona-pacto-mundial-onu-migracion-refugiados-20171203091407.html

Véase el trabajo de FAJARDO DEL CASTILLO, T. Op. Cit. p. 15 y ss. para una mayor comprensión del significado de la objeción de EEUU.

[112] FAJARDO DEL CASTILLO, T. Op. Cit. 2019. P. 5

[113] BETTS, A. Op. Cit. p. 533 *«Rather than requiring new hard law treaties to fill the gap, (…) a «soft law» framework should be developed to ensure the protection of vulnerable irregular migrants, based on two*

En este sentido, el autor parece señalar que, estando los derechos de los inmigrantes amparados ya en numerosos textos internacionales con carácter vinculante, no es necesaria una mayor insistencia (que por otra parte sería prácticamente imposible de establecer en vista del panorama político actual), sino simplemente consolidarlos, asegurar su aplicación y la división y asunción de la responsabilidad[114]. Y es que, precisamente, uno de los mayores problemas para la garantía de los derechos de los inmigrantes viene dado, como ya se ha señalado, por las lagunas y la fragmentación normativa que diluye la protección existente. Que un instrumento jurídico vinculante pueda aspirar a solventarlo es poco probable, pues difícilmente hubiera sido posible sacarlo adelante en las negociaciones políticas.

Estos pactos, pese a su carácter de *soft law*, contienen una serie de principios y compromisos asumidos por los Estados, en el marco de una nueva política migratoria de coordinación y cooperación, con un claro propósito orientado a la gobernanza migratoria. Por ello, no puede despreciarse su eficacia: servir como un marco de referencia, tal y como pretende ser[115].

Sin embargo la eficacia general que podría esperarse de un instrumento de *soft law* se ve aún más restringida en el caso del Pacto Mundial de la Migración. Así, algunos Estados signatarios emitieron declaraciones con el fin de impedir que el pacto promoviera unas expectativas normativas o ejerciera de precursor de normas consuetudinarias[116], en tanto

---

core elements: first, the consolidation and application of existing international human rights norm into sets of guiding principles for different groups of vulnerable irregular migrants; and second, improved mechanisms for interagency collaboration to ensure implementation of these norms and principles».

[114] BETTS, A. Op. Cit. p. 533 y ss. También la Prof. Fajardo escribió sobre la eficacia de los instrumentos jurídicos de *soft law:* FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Soft Law», *Oxford Bibliographies*, Oxford University Press, 2014, p. 1-40.

[115] Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular §15.b: «El Pacto Mundial es un marco de cooperación no vinculante jurídicamente que reconoce que ningún Estado puede abordar la migración en solitario por ser esta un fenómeno intrínsecamente transnacional que requiere cooperación y diálogo nivel internacional, regional y bilateral. Su autoridad dimana de su carácter consensuado, su credibilidad, su titularidad colectiva y el hecho de que su aplicación, seguimiento y examen sean conjuntos».

[116] FAJARDO DEL CASTILLO, T. Op. Cit. p. 13. Señala que «el Pacto no tiene vocación de establecer tales normas y que tampoco enajena el derecho del Estado a decidir quién entra en su territorio». Y que se remite, a modo de ejemplo, a la Declaración efectuada por Finlandia, disponible en Internet en https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/denmark.pdf que afirma: *«we will also acclaim that the Global Compact respects the sovereignty and reaffirms the sovereign right of States to determine their national immigration policy and laws. We will further note that the Compact does not créate any new legal cateogories of migrants or associated benefits…»*

que principal utilidad potencial de estos instrumentos. Del mismo modo, también los Estados pretenden impedir que este instrumento pueda reinterpretar el alcance de las normas preexistentes en la materia[117]; a pesar de que esta podría ser una de las principales utilidades prácticas del Pacto, que lo situaría como un auténtico marco de referencia. Pero los Estados han considerado esa posibilidad una nueva amenaza al principio de soberanía[118].

Por otra parte, es muy importante tener en cuenta la relevancia histórica que los instrumentos no vinculantes han tenido en numerosas conquistas sociales, entre las que destacarían los orígenes del movimiento feminista[119]. Constatando que a través de ellos se puede lograr la concienciación suficiente en la sociedad civil, para influir en las políticas nacionales y, por supuesto, en las supranacionales, hemos de preguntaros si, actualmente, estamos avanzando en el objetivo de la gobernanza global de las migraciones.

Desde el año 2015, cuando Europa vivió una crisis migratoria sin precedentes, el objetivo de lograr una gobernanza global de las migraciones[120] tomó impulso. Europa, *a priori*, el territorio más capacitado para afrontar la llegada masiva de personas vulnerables, se vio desbordada, y fue testigo de una crisis humanitaria que no fue capaz de afrontar y que planteaba cuestiones internas de la organización para las que no tenía respuesta.

La deficiente gestión europea, sumado a un aumento de los movimientos migratorios en América del Sur y Centroamérica, llevaron a la Comunidad internacional a reaccionar. Los países fueron conscientes de que los movimientos migratorios masivos y mixtos no

---

[117] En este sentido véase: PETERS, A. *The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?*, 21.11.2018, Disponible en: https://www.ejiltalk.org/the-global-compact-for-migration-to-sign-or-not-to-sign/.

[118] FAJARDO DEL CASTILLO, T. Op. Cit. p. 13.

[119] A modo de ejemplo, podemos remitirnos a la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, de 11 de diciembre de 1967. Un instrumento de *soft law* cuyos principios, años después, en 1979, llevó a la adopción de una Convención (ahora sí, vinculante). *La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del 18 de diciembre de 1979.*

[120] Entendemos por «gobernanza» la definición dada por L. Parejo Alfonso: «un modelo de gobierno adecuado para la gestión de un amplio espectro de problemas y conflictos mediante la obtención de acuerdos satisfactorios entre y para los diversos actores relevantes, la toma de decisiones vinculantes a través de la negociación y deliberación y la cooperación de aquellos en la ejecución». PAREJO ALFONSO, L.: «Los Principios de la "*Gobernanza Europea*". En: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 6-1. 2004. P. 29-30.

iban a detenerse, sino a aumentar en el tiempo a consecuencia de la globalización, de hecatombes naturales y del aumento de los conflictos. Y por ello, la cuestión migratoria protagonizó el discurso político como nunca antes.

La práctica totalidad de países (de origen, tránsito y destino) se sintieron intimidados por este fenómeno social, político, jurídico, económico y securitario, que afectando a todas las esferas posibles, carecía de una regulación jurídica suficiente. La reacción internacional se concretó en la ya mencionada *Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes*, aprobada en la Asamblea general de las Naciones Unidas en septiembre de 2016, cuyo párrafo 49 anunciaba expresamente el compromiso de avanzar en el fortalecimiento de «la gobernanza de las migraciones»[121]. Y como máxima expresión de la pretendida gobernanza, se alcanzaron el Pacto Mundial sobre los Refugiados, y el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular.

Estos pactos que, como se ha subrayado anteriormente, fueron elaborados mediante instrumentos de *soft law*, se limitaban a reafirmar principios y obligaciones ya existentes en el Derecho internacional. Así, no creaban derechos nuevos para migrantes ni refugiados[122], si no que expresaban dos ideas claves. La primera, reafirmaba el derecho de los Estados, como soberanos, a decidir sobre la admisión, expulsión y permanencia de los extranjeros en su territorio. Pero puntualizaba que ese derecho no era absoluto, estando limitado por obligaciones internacionales (bien consuetudinarias, bien expresamente aceptadas) [123], que afectaban a los migrantes y a los refugiados, tanto por su estatuto

---

[121] Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (A/RES/71/1). De 3 de octubre de 2016. §49. Que hace además referencia al papel de la OIM que, a tenor de la Res 70/296, de 5 de agosto de 2016, aprobó un Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Organización Internacional para las Migraciones. Un acuerdo interesante, destinado a implementar la cooperación entre ambas para alcanzar sus objetivos y favorecer así los intereses de los migrantes y de los Estados miembros. Y es que la ONU podía así beneficiarse del «marco de gobernanza sobre la migración» que había elaborado la OIM en 2015: Marco De Gobernanza Sobre La Migración: Elementos esenciales para facilitar la migración y la movilidad de manera ordenada, segura, regular y responsable gracias a políticas migratorias planificadas y bien gestionadas. C/106/40 de 4 de noviembre de 2015. Que sirvió de base para los posteriores Pactos Globales.

[122] Aunque algunos Estados consideraron que los Pactos, al incidir en la necesidad de crear vías legales y seguras de acceso a los principales países de destino, estaban afirmando un derecho a migrar. Véase en este sentido, CATALDI G.; DEL GUERCIO, A.: «I Global Compact Su Migranti e Rifugiati. il sfot law delle Nazioni Unite tra spinte sovraniste e potenziali sviluppi». En: Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. 2017-2019. P. 210.

[123] CATALDI G.; DEL GUERCIO, A.: Op. Cit. 2019 P. 209.

jurídico, a partir de la Convención de Ginebra para el caso de los refugiados, como en consideración a su propia dignidad de seres humanos.

La otra idea clave era relativa a la necesidad de progresar en la gobernanza global a través de una mayor cooperación intergubernamental. Sin embargo, si examinamos el marco que conforma actualmente esa gobernanza de las migraciones[124] apreciaremos, como se ha insistido hasta ahora, en las muchas debilidades inherentes al Derecho internacional.

Así, en este endeble contexto, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado se sitúa como el único instrumento internacional en materia de protección internacional. Pero siendo tan esencial como anacrónica, su reforma no es siquiera objeto de debate. Mientras que la Convención Internacional sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familias, único instrumento internacional específico de reconocimiento de derechos para las personas migrantes (aun con una perspectiva laboral), de 1990, solo cuenta con la ratificación de 58 Estados parte en el momento en que se escriben estas líneas, entre los que no se hallan ningún Estado Miembro de la Unión, ni de Norteamérica. Lo que demuestra tanto las reticencias políticas a asumir compromisos en este campo; como que, en el plano internacional, aun cuando se logran desarrollar instrumentos de *hard law*, estos conllevan una eficacia diferida y condicionada.

En la misma línea, se ha abordado el enfoque holístico de la política migratoria de la ONU, pero sus escasos resultados tras décadas de foros de debate deben ser criticados.

El colofón de este marco de gobernanza lo conforman hoy los dos Pactos Mundiales de 2018, que suponen sin duda un gran avance a nivel teórico, pero cuya efectividad tardará en verse reflejada en medidas concretas en el plano internacional. Y es que, como se ha adelantado, a la estrategia de gobernanza internacional que promueven las Naciones Unidas subyacen las debilidades del Derecho internacional. Lo que nos lleva entonces a

[124] Sin ánimo de exhaustividad podemos señalar que el marco para la gobernanza internacional de las migraciones lo componen los principales instrumentos de protección de los derechos humanos, destacando los PIDCP, el PIDSCE, así como la convención para la eliminación de todas las formas de discriminación; la convención contra la tortura y tratos inhumanos o degradantes y la convención de derechos del niño; la Convención de Ginebra sobre el estatuto del refugiado y su Protocolo anexo; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos relativos al tráfico y la trata de personas; Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible adoptada por la Asamblea General de la ONU el 25 de septiembre de 2015; la Declaración de NY de 2016 y los Pactos globales.

plantearnos: ¿la Comunidad Internacional puede progresar para hacer efectiva la gobernanza de las migraciones? Y más concretamente, ¿está la ONU cualificada para desarrollar esa gobernanza, entendida como una política integral efectiva, y ya no meramente declarativa?

Sin duda, sería lo deseable: que a un reto global, se le diera una respuesta igualmente global. Sin embargo, los defectos ya apuntados y las limitaciones que afectan a la propia ONU como organización internacional de cooperación, suponen un gran freno para la aplicación de la requerida política común, en este caso migratoria.

Así, la ONU carece de tribunales propios con poder coercitivo. Y por las mismas razones, también desarrolla su actividad sin un poder ejecutivo. Desarrollar una política común tan compleja como la pretendida no es posible sin un gobierno que la presida y lidere. La gobernanza de las migraciones requiere competencias jurídicas efectivas.

Nos situamos por tanto en un mundo globalizado donde el poder de los Estados merma, haciéndolos incapaces de afrontar, por sí solos, los grandes retos mundiales, pero al mismo tiempo que se reclama la internacionalización de ciertas políticas (en lo que nos atañe, una política migratoria), la Comunidad Internacional carece de capacidad de acción real a falta de un poder ejecutivo que la desarrolle.

A esta situación dio respuesta la Unión Europea, mediante un proceso de integración único, que ha logrado superar los límites del Derecho internacional y convertirse en la entidad jurídico-política *sui generis*, que es hoy. Un proceso que aún continúa, y que, como veremos, le permite desarrollar a pesar de sus evidentes limitaciones, una gobernanza de las migraciones a escala supranacional.

En suma una vez que asumimos los límites de la ONU y del Derecho Internacional en general, podemos valorar los Pactos migratorios del 2018 desde dos ópticas: una internacional y otra regional. La primera, en el contexto de la ONU, nos lleva a aceptar los Pactos como el mayor logro posible hoy. Lograr que cientos de Estados asuman un compromiso, del tipo que sea, en una materia donde los derechos humanos batallan con la integridad del territorio y la soberanía estatal, es un éxito. Asumamos así el optimismo por contar con semejante declaración de principios. Pero a ese juicio se suma la visión más desesperanzada que nos hace ver que, ante los límites del Derecho Internacional, este

logro es la máxima aspiración alcanzable hoy. Y su aplicación, en este plano internacional, no está poco garantizada. Sin embargo, la perspectiva regional invita a pensar que los Pactos, como estrategia global, son también un gran acicate y fuerza de impulso para la Unión Europea, que, habiendo influido en su elaboración, se ha pronunciado a su favor[125] al estar inspirados por el mismo espíritu de comunidad (en este caso global) que en su animaron al proyecto de integración europea, fundamentando, hoy, su actuación.Y en este sentido pueden servir de impulso para desarrollar, a nivel regional, la política migratoria común, tantas veces reclamada en los últimos años, pero constantemente bloqueada.

Y es que el ámbito jurídico-político supranacional que conforma la Unión Europea se presenta como el contexto más propicio para ejecutar una política integral común. Así, se advierten claras similitudes entre la estrategia de gobernanza global pretendida por la ONU, y la estrategia de gobernanza europea.

1.3 El papel de la Unión Europea en la gobernanza de las migraciones.

Podemos afirmar que el objetivo de una gobernanza de las migraciones fue tardío en la Unión Europea. En el plano internacional, la OIM ya se refería a ella en el 2015, y la ONU la trazó como objetivo de la Declaración de Nueva York del año 2016. Pero la Unión Europea no lo mencionó en el Pacto Migratorio de 2015. Y aunque subyace como objetivo del Nuevo Marco de Asociación con terceros países elaborado en el contexto de la Agenda Europea de Migración, de junio de 2016, lo hace de manera indirecta[126]. Si

[125] Entre otras instituciones, el Parlamento Europeo se pronunció al respecto. Véase: «Avances con respecto al pacto mundial de las Naciones Unidas para una migración segura, ordenada y regular y al pacto mundial de las Naciones Unidas sobre los refugiados. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de abril de 2018,sobre los avances con respecto al pacto mundial de las Naciones Unidas para una migración segura, ordenada y regular y al pacto mundial de las Naciones Unidas sobre los refugiados (2018/2642(RSP))». Y el CESE, véase: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Aplicación del Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular sobre la base de los valores de la UE» (Dictamen de iniciativa) (2020/C 14/02)

[126] COM (2016) 385 final.

bien, ya se ha consolidado como un objetivo prioritario en el Pacto sobre Migración y Asilo del año 2020[127].

A pesar de ello, la estrategia que la Unión ha desarrollado desde el año 2015[128] ha estado orientada, sin lugar a dudas, a alcanzar una auténtica gobernanza de las migraciones, presidida por un enfoque holístico (aunque preminentemente securitario)[129]. Y ha sido este enfoque la mayor inspiración para la estrategia de gobernanza global.

Así, algunos paralelismos entre las políticas de gobernanza global y europea son significativos. En primer lugar, respecto al instrumento escogido, destaca la posición que mantuvo la UE en la fase de negociación presionando para que los instrumentos adoptados no fueran jurídicamente vinculantes[130]. Una influencia que no solo se reflejó en la adopción de un instrumento de *soft law*, como se exigía, sino también en la utilización del término «*Compact*» para denominarlos (pactos[131]). Pues si bien no es una forma a la que la ONU recurra habitualmente, sí que resulta conocida a nivel europeo. Precisamente en el Nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la

---

[127] COM/2020/609 final.

[128] Aunque años antes ya se establecía como propósito establecer una gobernanza migratoria. Así se apuntó, entre otros, en la comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos. COM (2008)359 final. Y en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones plan de política de asilo un planteamiento integrado de la protección en toda la UE

[129] Este enfoque holístico de la cuestión se evidencia, entre otros tantos instrumentos, en los reglamentos de interoperabilidad aprobados en el 2019 con objetivos que inciden en las políticas de asilo, de gestión de fronteras exteriores, de visados, y también en las políticas estrictamente securitarias como aquellas de prevención de terrorismo u otros delitos graves, así como para la identificación de personas : Reglamento (UE) 2019/817 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad de los sistemas de información de la UE en el ámbito de las fronteras y los visados y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.o 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 y (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Decisiones 2004/512/CE y 2008/633/JAI del Consejo.

[130] Véase el comentario al respecto de GUILD, E y WEATHERHEAD K.T.: «Tensions As The EU Negotiates The Global Compact For Safe, Orderly And Regular Migration». En el blog *de Odysseus Academic Network: https://eumigrationlawblog.eu/about/*

[131] *Compact*, que no *Convenant*. Y es que aunque en la traducción al español el término «Pactos» de los «Pactos» globales, es el mismo que el que se usó para designar el «Pacto» de Derechos Civiles y Políticos, o el «Pacto» de Derechos Económicos, culturales y sociales; en inglés no ocurrió así. Mientras que los Pactos de Derechos se denominan con el término «*convenant*» *(International Covenant on Civil and Political Rights*, e *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)* a los instrumentos del 2018 se les denominó *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* y *Global Compact On Refugees.*

Agenda Europea de Migración, al que acabamos de referirnos, se hace expresa mención a estos instrumentos, como herramientas para la cooperación con terceros países[132] [133].

Y en estrecha relación con este punto, la estrategia de gobernanza que está impulsando la ONU a nivel internacional se inspira en la estrategia de cooperación que la UE está desarrollando con terceros Estados. Y es que, aunque las relaciones de cooperación entre la UE y terceros Estados no sean un asunto novedoso, ni ha sido nunca estrictamente migratorio, lo cierto es que ha desarrollado una nueva orientación desde la crisis migratoria de 2015, dirigida casi en exclusiva, a prevenir la inmigración irregular[134]. Desde entonces la UE no solo ha establecido nuevos lazos sino que sorprende la manera en la que lo ha hecho. Esto es lo que algún autor ha denominado «proceso de *softificación*» de las relaciones externas de la Unión Europea[135]. Y es que, aunque se estudiará más detenidamente en el capítulo siguiente, resulta llamativa la manera en la que la UE y los Estados miembros han recurrido a instrumentos de difícil concreción jurídica, siendo el mayor exponente de esta tendencia la Declaración UE-Turquía.

Pero la influencia de la UE en la elaboración de los Pactos globales sobrepasa lo meramente formal e incide en el contenido sustancial de los mismos. Así se refleja en la distinción que hace entre migrantes «regulares» e «irregulares»[136].

---

[132] Así, según el tenor literal del documento: «Ese enfoque se plasmará en *pactos* (cursiva añadida) que se integrarán en los procesos y asociaciones existentes y futuros». En inglés: «Such approach will be translated into *compacts* which will be embedded within the existing and future processes and partnership».

[133] En este sentido: CATALDI G.; DEL GUERCIO, A.: Op. Cit. 20109 P. 209-210. Y GUILD, E.: «Tensions as the EU negotiates the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration». Disponible en: disponibile al sito http://eumigrationlawblog.eu.

[134] Sobre la evolución de la acción externa de la UE en materia de inmigración y asilo puede verse el análisis llevado a cabo por A. Liguori al hilo de un estudio más general sobre el Pacto migratorio de 2020. LIGUORI, A.: «Il Nuovo Patto Sulla Migrazione E l´Asilo E La Cooperazione Dell´Unione Europea Con I Paesi Terzi: Niente Di Nuovo Sotto Il Sole? En: diritti umani e diritto internazionale. vol. 15. n.1. p. 67-84.

[135] VITELLO, D.: « Il contributo dell´Unione Europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts». En: *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. 2017-2018 P. 1-44.* Y sobre este tema véase también: ZAMBRANO, V.: «Accordi informali con Stati Terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell´Unione e dell´Italia». En: *Freedom, Security & Justice»: European Legal Studies. 2019. Nº 1. P. 119-148.*

[136] El 20 de febrero de 2018, quien fuera Embajador de la Unión Europea ante las Naciones Unidas (João Vale de Almeida) expresó el deseo de la Unión Europea de que esta distinción se reflejara más exhaustivamente en el Pacto a fin de que el lenguaje del texto no pudiera ser interpretado como un incentivo o justificación a la migración irregular *: «First, since the aim of the Global Compact is to enhance international cooperation on safe, orderly and regular migration and reduce irregular migration – and the negative implications it has for countries of origin, transit, and destination as well as for migrants themselves – , the text should better distinguish between regular and irregular migrants. It should avoid*

Y también en los principios que reclaman los Pactos. Mientras que el Pacto por los refugiados alude a mecanismos para repartir la *carga* y la responsabilidad, y mecanismos de solidaridad; el Pacto por una Migración Segura, Ordenada y Regular expresa la necesidad de actuar en base a la confianza mutua y a la solidaridad entre los Estados para lograr los objetivos marcados. Principios básicos de la política migratoria europea y cuyos fallos han sido demoledores para el sistema europeo. Evidenciando así, que en los Pactos se plasma un aprendizaje de la experiencia europea.

En definitiva, podemos concluir que, como se adelantaba *supra,* existen claras similitudes entre las estrategias de gobernanza que se está llevando a cabo a nivel internacional y a nivel regional de la UE. Sin embargo, hay una característica que las separa y que dota a la UE de una clara ventaja y posibilidades de futuro, mientras que muestra el limitado porvenir de la gobernanza migratoria internacional en el estado actual de desarrollo del Derecho Internacional.

Y esa diferencia estriba en que la Unión, como organización de integración *sui generis*, con importantes rasgos propios de un Estado federal[137], ha logrado superar los límites del Derecho Internacional hasta constituir un «espacio jurídico europeo autónomo»[138]. Y lo ha hecho a través del proceso de integración (aún no acabado) por el que los Estados han cedido a la Unión importantes cuotas de soberanía relativas a ámbitos estratégicos en los que la globalización había evidenciado los límites estatales. Entre ellos, las políticas de migración, asilo y gestión de fronteras exteriores. Se entiende así la integración como un proceso distinto, más evolucionado, que el de la mera cooperación.

---

*any language that might be interpreted as justification or even an incentive for irregular migration».*La intervención del Embajador se puede leer en: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/40981/eu-statement-%E2%80%93-united-nations-global-compact-migration-general-statement-zero-draft_en Y en general, un análisis detallado sobre la posición de la UE durante las negociaciones del Pacto Mundial por una migración segura, ordenada y regular puede leerse en: GUILD, E y WEATHERHEAD K.T. Op.Cit.

[137] En palabras de J. WEILER: «Rasgos federales, asociados a la democracia parlamentaria, insertos en los moldes, en parte incólumes, de una organización internacional» WEILER, J., *The transformation of Europe* (1991). (Trad. esp., *Europa, fin de siglo*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, pp. 13-126; en especial, p. 111).

[138] PEREIRA DA SILVA, V.: «Una Reflexión Desde Granada Sobre La Constitución Europea». *REDCE* núm. 22. 2014.

Al mismo tiempo, para desarrollar esas competencias la Unión cuenta con complejo sistema institucional único expresivo de las tensiones inherentes a su naturaleza que encuentra el equilibrio entre los intereses nacionales y los intereses de la propia organización. Acentuando las diferencias con respecto a las organizaciones internacionales de cooperación, en esta organización *sui generis* de integración los intereses a defender en el contexto supranacional e internacional no son los intereses de veintisiete estados, sino que un *nuevo* sujeto internacional, la UE, opera en favor de su propio interés. Para ello, la Unión Europea llevó a cabo una evolución del clásico esquema de división de poderes, trasladado y adaptado ahora a un molde supranacional único con instituciones apoderadas para desarrollar una «función legislativa», una «función judicial», una «función ejecutiva» y una «función de gobierno», cumpliendo los parámetros de toda forma de organización jurídico-política constitucional democrática[139]. De este modo, se evidencia, de nuevo, que no es una organización internacional clásica, aunque tampoco se trate de un Estado.

Y todo ello ha derivado en la concreción de un ordenamiento jurídico propio que se entrelaza con los ordenamientos nacionales, y a los que a su vez se impone en cuestiones de su competencia[140]. Logra así dotar de efectividad a su ordenamiento, principal crítica del derecho producido bajo las reglas internacionalistas. Y lo consigue al generarse bajo la lógica del constitucionalismo, basada en las tradiciones comunes a los EEMM, pero desprendida ya de ellas de manera autónoma[141], que no tiene en el momento presente ningún paralelismo a nivel internacional.

Pero la actuación de la Unión no sustituye a los Estados, que siguen, si bien debilitados, conservando las competencias que no han cedido a la Unión. Por ese motivo las actuaciones de una y otros se llevan a cabo conforme al reparto competencial establecido previamente, con carácter constitucional, y una serie de principios de igual naturaleza. En ese reparto la política de gestión de fronteras exteriores, la política de inmigración y la

---

[139] PORRAS RAMÍREZ, J.Mª, "La arquitectura institucional de la Unión Europea; consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa", en *Revista de Estudiosa Políticos,* 156, 2012, pp. 125-166; en especial, pp. 140-160.

[140] PEREIRA DA SILVA, V. Op. Cit.

[141] V. Pereira expresa así la idea de la Constitución europea como «el resultado de una tensión dialéctica entre el Derecho constitucional europeo y los derechos constitucionales nacionales, que se entrecruzan e interconectan». PEREIRA DA SILVA, V. Op. Cit.

política de asilo[142] se sitúan como ámbitos de competencia compartida entre la Unión y los EEMM, incluidos en el más amplio Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Conforme a este apoderamiento, el Capítulo II del Título V del TFUE plasmó el objetivo de alcanzar una política común en materia de gestión de fronteras exteriores, inmigración y asilo. Y con estas miras, la Unión ha logrado desarrollar un avanzado, aunque controvertido, sistema de vigilancia de fronteras; una prometedora, pero incompleta, política común de visados; y un Sistema Europeo Común de Asilo que sobrepasa ampliamente el marco internacional de la Convención de Ginebra, pero que adolece de graves fallos que lo hacen vulnerable, poco eficiente e insuficientemente garantista[143]. Políticas cuyas debilidades se evidenciaron a raíz de la crisis migratoria de 2015.

Con todo, si nos preguntamos en qué punto se encuentra la Unión Europea respecto del objetivo de alcanzar una gobernanza de las migraciones, la respuesta no es sencilla ni inequívoca. La Unión se encuentra hoy en proceso de elaborar una política migratoria integral, holística, que sumada a su capacidad para celebrar acuerdos internacionales, y a sus competencias en otros ámbitos, más allá del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, como es la cooperación al desarrollo y la ayuda humanitaria o la política social y de empleo, la hacen capaz de desarrollar una auténtica gobernanza europea de las migraciones. Una gobernanza que no solo beneficia a Europa, si no a los actores involucrados, y en general, a la Comunidad internacional que encuentra en el marco europeo de gobernanza migratoria, la base para progresar en las nuevas fases de su proceso hacia la deseada gobernanza migratoria global.

---

[142] En este punto es necesaria una advertencia terminológica. La política de asilo a la que nos referimos, y que abordaremos en el siguiente capítulo, es en realidad, según su concreción en el artículo 78 TFUE, una política «de asilo, protección subsidiaria y protección temporal». Por lo que, en realidad, es más adecuado referirnos a ella como política de protección internacional. Sin embargo, se advierte al lector que, por motivos estilísticos de redacción, nos referiremos con frecuencia a una «política de asilo». Pero debe entenderse en el más amplio sentido referido, esto es, el de una política de protección internacional.

[143] Sin despreciar la importancia de la Convención en la construcción del SECA pues, como ha afirmado el TJUE:«de los considerandos tercero, decimosexto y decimoséptimo de la Directiva (sobre requisitos para el reconocimiento) se desprende que la Convención de Ginebra constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados y que las disposiciones de la Directiva relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado y al contenido de éste fueron adoptadas para guiar a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la citada Convención, sobre la base de conceptos y criterios comunes». Véase: Asuntos acomulados C-175/08; C- 176/08; C- 178/08; y C- 179/08 (2010) *Aydin Salahadin Abdulla y otros contra Bundersrepublik Deutschland*, 2 de marzo de 2010 §52. Y STJUE C-31/09 *Nawras Bolbol contra Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, de 17 de junio de 2010 §37, entre otros.

No obstante, que la Unión Europea esté capacitada para desarrollar este marco de gobernanza europea, y liderar el proyecto a nivel internacional, no significa que eso vaya a ocurrir. Y es que, aunque el TFUE recoja el propósito de elaborar una política común lo cierto es que aún no se ha alcanzado. Las políticas actuales en materia de inmigración y asilo, basadas en una obcecada y anacrónica disgregación de las migraciones *voluntarias* de otras consideradas *forzosas*, según unos estrictos motivos; se han armonizado bajo mínimos comunitarios, quedando la regulación de desarrollo, en su gran mayoría, en manos de las legislaciones nacionales. Y el progreso hacia una mayor europeización de estas políticas, aunque posible y requerido en multitud de ocasiones, se ha visto constantemente frenado, fruto de la naturaleza compartida de esta competencia que, por otra parte, los Estados (sobre todo los del grupo de Visegrado) insisten en conservar, alegando que afecta al núcleo de su soberanía.

Llegamos entonces aquí a una clásica paradoja, propia del esquema supranacional: en el ámbito migratorio, la Unión tiene la capacidad para desarrollar una política común. Pero, sin embargo, y pese a que los últimos años han evidenciado la incapacidad de los Estados para afrontar los flujos migratorios por si solos, continúa la reticencia de estos a ceder competencias, en este caso, yendo más allá de lo ya avanzado[144].

Este trance de las políticas migratorias, caracterizado por el bloqueo legislativo de las reformas, la inobservancia de la normativa actual, y la aplicación de heterogéneas políticas nacionales, se corresponde con una crisis general del proyecto europeo que conllevó la salida del Reino Unido, el debilitamiento del Estado de Derecho, y que amenaza con frenar, por primera vez en décadas, un proceso continuo de progresiva integración. Es difícil señalar el momento en que comenzó, aunque la dura crisis económica iniciada en 2007, y su respuesta europea, elevaron las tensiones interestatales y dañó gravemente los principios fundamentales de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad. Principios caracterizados expresamente como basilares en las políticas migratorias, de asilo y de gestión de fronteras exteriores por el TFUE[145], cuya aplicación, habitualmente débil en la materia, brilló por su ausencia en los momentos más duros de la crisis migratoria. Los países que conforman las fronteras exteriores de la Unión

[144] En este sentido el Pleno de Estrasburgo del 11-14 de abril de 2016 ya se planteó la necesidad de alcanzar un *sistema centralizado de asilo.*

[145] Art. 80 TFUE.

Europea, especialmente Grecia e Italia, tuvieron que soportar unas presiones migratorias para las que no estaban preparados y responder, casi sin el amparo de sus socios europeos[146], que ignoraron sistemáticamente sus compromisos en materia de reubicación y reasentamiento, priorizando sus intereses nacionales, mientras otros Estados colmaban su capacidad como Estados de llegada y de acogida final.

No podemos afirmar con seguridad si la crisis migratoria ha sido una de las causas de la actual crisis del proyecto europeo, o si por el contrario, fue una manifestación más de esta crisis en sus fases iniciales. Pero, en cualquier caso, las consecuencias de la crisis de valores europea se manifiestan en la gestión de los flujos migratorios y de las fronteras en todos los niveles posibles: en el plano nacional, con el aumento de los partidos políticos de tinte nacionalista que aplican políticas xenófobas, y cuestionan incluso la primacía del Derecho comunitario; a nivel europeo, con la inaplicación de los mecanismos de solidaridad aprobados y el continuo bloqueo a las reformas propuestas; y en el plano internacional, con la reticencia de algunos Estados a desarrollar a la estrategia expuesta en los Pactos globales, apartándose públicamente de la postura de la Unión[147].

Y es que si planteamos la pretendida gobernanza europea de las migraciones, no podemos obviar que nueve de los veintisiete Estados de la Unión no aprobaron el Pacto Mundial por una Migración segura, Ordenada y Regular[148]. Otro Estado miembro, Eslovaquia, ni

---

[146] Un claro ejemplo de este desamparo de los países fronterizos ante las llegadas migratorias lo conforma la misión de rescate marítimo *Mare Nostrum*. Relativa a los años 2013 y 2014, justo antes de la crisis migratoria, Italia tuvo que impulsar esta misión haciendo uso de embarcaciones de la Armada, aviones de las Fuerzas Aéreas, personal de la Cruz Roja, técnicos del Ministerio del Interior, voluntarios, y un desembolso del presupuesto asignado al Ministerio de Defensa de 114 millones de euros. La misión comenzó el 18 de octubre de 2013, tras varios naufragios en las primeras semanas de aquel mes de octubre que costaron la vida de más de 600 personas frente a las costas de Lampedusa. En el tiempo en que estuvo activa, la operación logró rescatar a unas 130.000 personas y detener a 728 presuntos traficantes. Un año después Europa se hizo cargo de la operación. Frente a los nueve millones de euros mensuales que destinaba el gobierno italiano en *Mare Nostrum*, Europa asignó menos de 3 millones al mes para su operación «*Tritón*».

[147] A pesar de la postura manifestada por la UE, es conveniente recordar que esta no puede participar formalmente de los Pactos a falta de la autorización por parte del Consejo, al ser los pactos acuerdos internacionales de carácter no vinculante. Sobre esta circunstancia, como manifestación de la tendencia a emplear instrumentos de *soft law* en materia migratoria por sus consecuencias procesales, véase el análisis que realiza Daniela Vitiello en: VITIELLO, D.: Op. Cit.

[148] Y de todas esas negativas, merece una mención aparte la postura nacionalista de Hungría que argumentó su decisión con un discurso contrario a los valores europeos. A modo de ejemplo, se reproduce ahora un fragmento del mismo: «Hungría proclama y reafirma su convicción de que las decisiones sobre la forma de proteger sus fronteras y sobre las personas a las que se les permite entrar en el territorio del país se encuentran entre las decisiones soberanas más importantes que puede hacer un país. Por lo tanto, mantenemos nuestro derecho soberano de facilitar o restringir el acceso a nuestro territorio. Corresponde a los húngaros decidir quién queremos que viva en nuestro propio país. Para nosotros, la seguridad de los

siquiera participó en las votaciones. Y, no hay que olvidar que el apoyo al Pacto provocó la caída del Gobierno belga[149].

Lo cierto es que algunos Estados se muestran reticentes a la pérdida de competencias en relación a estas materias, sea a costa de compromisos internacionales, o de la cesión de mayores competencias a la Unión Europea. Además, la postura de los EEMM dentro de la Unión dista mucho de ser uniforme, no conformando un consenso suficiente ni para lograr una mayor integración, ni para lo contrario. Y el resultado de ambas fuerzas opuestas conduce al bloqueo actual.

La heterogeneidad de posturas se debe principalmente a la distinta forma de verse afectados los Estados por la cuestión migratoria. Cada uno de los veintisiete Estados miembros de la Unión experimenta una realidad distinta y percibe, por tanto, unas necesidades propias, coincidiendo casi únicamente en la necesidad de frenar la inmigración irregular. Pero tan cierta es esta realidad, como que la única manera de paliar las diferencias entre territorios es trazando una política común. La aplicación de veintisiete políticas nacionales conlleva un aumento de esas desigualdades y, como consecuencia, un aumento en la presión que sufren algunos Estados como Estados de llegada, como Estados de acogida, y como Estados de tránsito. Una situación que es difícilmente conciliable con el proyecto europeo, puesto que las políticas migratorias (inmigración, asilo y gestión de fronteras exteriores) afectan transversalmente a una multitud de políticas europeas: a las políticas concernientes al espacio de libertad, seguridad y justicia; a la libertad de movimiento dentro del espacio Schengen; a políticas exterior y de cooperación al desarrollo; y a políticas sociales. Además, incide en el hecho

húngaros y de la propia Hungría es la máxima prioridad. Nos parece inaceptable que el Pacto Mundial sugiera que las medidas de protección de las fronteras deben basarse en consideraciones de derechos humanos, un enfoque extremadamente peligroso y perjudicial que rechazamos enérgicamente. La protección de las fronteras debe considerarse una cuestión de seguridad nacional y una obligación de todos los países. La transgresión de la frontera entre dos países pacíficos debe considerarse un grave delito penal y conllevar graves penas. (…) El Pacto Mundial también sugiere que las sociedades multiculturales, por definición, serían mejores o más valiosas que las de carácter homogéneo. (…) En lugar de apoyarnos en la migración, modernizaremos nuestro sistema educativo y ayudaremos a las familias a hacer frente a los problemas relacionados con la demo-grafía y el mercado de trabajo. Conservaremos el carácter húngaro de Hungría. (…)Consideramos que la comunidad internacional, incluidas las Naciones Unidas, no deben fomentar la migración sino ponerle fin». Intervención de Hungría en la 60ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 19 de diciembre de 2018, p. 3 y ss

[149] Véase WOUTERS, J., WAUTERS, E., «The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: Some Reflections», *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper Nº 210, Febrero de 2019, p. 4*

de que la Unión Europea está fundada en el respeto a los derechos humanos y en la dignidad de la persona. Algo que ya se ha cuestionado en situaciones de presión migratoria como la vivida desde hace años en ciertas fronteras europeas. Además, no solo afecta expresamente a la aplicación de las políticas europeas, si no también, y de un modo preocupante, a las relaciones intergubernamentales. La utilización de los flujos migratorios como instrumento de fuerza, se han convertido en un elemento geosestratégico para las negociaciones en el plano interno de la Unión, del mismo modo que ya ocurre en las relaciones con terceros Estados.

Sin embargo, una política auténticamente común que lograra expresarse como gobernanza europea de las migraciones, mediante una gestión de los flujos migratorios centralizada desde Bruselas, y que conllevara un reparto equitativo de recursos para afrontarlos; lograría equilibrar los esfuerzos de los Estados para garantizar en la Unión un nivel de acogida e integración similar, al tiempo que permitiría un control de las fronteras exteriores más efectivo y garantista. Y, en último término, haría posible sacar el máximo beneficio a las migraciones para Europa, para los migrantes y para las comunidades de origen. En definitiva, para toda la comunidad internacional.

Pese a que no debemos perder de vista ese objetivo comunitario, la restrictiva posición de algunos Estados lleva a considerar como plausible la posibilidad de recurrir a una cooperación reforzada, como primer atisbo de la ansiada política migratoria común, *ex* artículo 326 y siguientes del TFUE. Una opción que, aun con sus riesgos, permite garantizar los logros alcanzados por el actual Sistema, evitando cualquier retroceso, al tiempo que permite también la corrección de sus deficiencias; avanzando en pos de una mayor integración- o federalización- efectiva en la materia[150].

La ejecución de esta política común, ya sea de 27 o de un grupo de estos, depende, en último término, de la voluntad política. La Unión Europea cuenta con todos los instrumentos para ello, por lo que ha de afrontar una revisión del marco normativo actual. Así, este trabajo se centra en el ámbito de la política de protección internacional, como parte imprescindible de una política migratoria integral, sugiriendo un replanteamiento del SECA habida cuenta de sus debilidades. Y, en especial, promueve el reconocimiento de un armonizado y consistente estatuto de derechos para los solicitantes de protección

[150] PORRAS RAMÍREZ, J.M.: «El sistema europeo común de asilo y la crisis de los prefugiados. Un nuevo desafrío de la globalización». Op. Cit. 2017. P. 207-234.

internacional en el marco de la Unión Europea, que garantice efectivos espacios de libertad para aquellos. Un instrumento necesario tanto para la protección de los derechos, que se han visto relegados a un lugar secundario en la normativa actual, como para la consecución de una gobernanza europea de las migraciones, fundada en el respeto a los valores y principios sobre los que se fundamenta el proyecto europeo.

Capítulo 2: Migraciones forzosas en la Unión Europea.

«Lo difícil es encontrar el principio. O mejor: es difícil comenzar desde el principio. Sin intentar retroceder más allá»[151].

2.1 Desarrollo histórico del SECA.

Para cumplir nuestro objetivo, previamente debemos comprender el proceso de integración seguido hasta alcanzar el sistema actual. Por qué la Comunidad Europea, una comunidad económica, decidió afrontar la ardua tarea de establecer una regulación de los flujos migratorios, y consecuentemente, una política de asilo. La premisa era sencilla: para la construcción de un espacio sin fronteras interiores había que controlar las fronteras exteriores. Pero para lograr que los Estados miembros, con intereses y necesidades tan distintas en este ámbito cedieran, debía hacerse bajo una promesa de seguridad y beneficio económico. Proteger las fronteras exteriores para proteger el mercado único europeo[152]. No fue sencillo, pero mucho menos lo ha sido encontrar un equilibrio en el que la seguridad de las fronteras no vaya en detrimento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Una tarea aún pendiente.

Es de sobra conocido, que las políticas migratorias siempre han formado parte del denominado *núcleo duro de la soberanía*; siendo una materia de especial sensibilidad. Así, a lo largo de la Historia, los Estados se han mostrado reacios a una intervención

---

[151] WITTGENSTEIN, L.: «Tractatus Logico-Philosophicus Investigaciones Filosóficas Sobre La Certeza (estudio introductorio por Isidoro Reguera). Sobre la certeza. Traducción y notas de J. L PRADE S y V. RAGA» §471. *Ed. Gredos. Madrid.*2009 P. 769.

[152] Desde la perspectiva de la filosofía social hay quiénes apuntan a que el cierre de las fronteras responde, no a la situación extraordinaria de una afluencia masiva, bajo la que se han excusado durante los últimos años muchos Estados miembros, sino a una lógica de mercado. En este sentido, J. A. Zamora apunta a que «el rechazo sistemático de los demandantes de asilo y el cierre de los Estados europeos a los migrantes llamados «ilegales» no es una reacción que nace de la situación de emergencia provocada por la crisis, sino más bien la otra cara de la medalla de la creación de un mercado único en abierta competencia del mercado global mundial, lo que exige el control del acceso al mercado de trabajo europeo bajo unas determinadas condiciones que responden al tipo de políticas económicas dominantes, haciendo caso omiso a lo que esas mismas políticas han provocado en África, en los países árabes o en el sur de Asia». En: ZAMORA, J.A. « Los movimientos migratorios de los refugiados: un análisis a la luz de la teoría crítica» en *Revista Eletrônica de Educação,* v.11, n.2, p. 303-315, jun./ago., 2017. En el mismo sentido encontramos también la opinión de M.L Espada Ramos que afirma: «El mercado interno no se diseñó en igualdad para los no comunitarios porque la inmigración dura, la del trabajo y la pobreza, continúa siendo un tema políticamente sensible». En ESPADA RAMOS, M.L.: «Asilo e inmigración en la Union Europea». En: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº. 86, 1994. P. 80.

externa, incluso cuando la globalización ha hecho evidente su limitada capacidad para alcanzar por sí mismos sus objetivos. En Europa fue a partir de la década de los ochenta cuando las políticas migratorias dejaron de ser puramente nacionales. Un cambio político que se dio, como es ya costumbre en Europa, con posterioridad a un cambio económico previo[153].

En 1984, Francia y Alemania firmaron el Acuerdo de Särrebruck por el que se suprimían las fronteras interiores entre ambos territorios. Una hazaña que ya había llevado a cabo, en 1960, el Benelux. Estos cinco Estados unieron sus experiencias en la firma del acuerdo relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes de 1985, esto es, el Acuerdo Schengen[154]. Un acuerdo extracomunitario que permitió la creación de un espacio común de libre circulación, sin fronteras interiores.

Un año después, en 1986 se firmó, en Luxemburgo, el Acta Única Europea, a través del cual se llevó a cabo una revisión de los Tratados Constitutivos y se avanzó en el primigenio objetivo de alcanzar un mercado interior sin fronteras. Con estas intenciones, el AUE modificó el artículo 8A del Tratado CEE que debía completarse para disponer entonces: «La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992 (…). El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado»[155]. Disposición que hoy se materializa en el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión. Es decir, el AUE determinó que la libre circulación de personas era necesaria para la consecución de un

---

[153] Lo que demuestra, como ha afirmado J.F. Sánchez Barrilao «que la naturaleza funcional de la integración europea está al servicio del mercado y de las libertades comunitarias…» BARRILAO SÁNCHEZ, J.F. «Fundamentalismos, identidades e integración en Europa». En *Balaguer Callejón, F. y Tudela Aranda, J. Perspectivas actuales del proceso de integración Europea. Colección Actas 17. Zaragoza 2019. P. 122* Y en este mismo sentido lo apunta GONZÁLEZ VEGA, J.A al afirmar que: «la supuestamente voraz UE no ha asumido unas competencias en materia de asilo e inmigración, sino en tanto en cuanto estas resultan necesarias para la vertebración de un proyecto guiado por el objetivo de la integración económica a través de la creación de un mercado interior europeo». En «Mitos Y Mistificaciones: La Unión Europea Y La Protección Internacional» (A Propósito De La «Crisis De Los Refugiados)» en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 56. 2017, P. 27-75.*

[154] Acuerdo de 14 de junio de 1985.

[155] Artículo 13 del Acta Única Europea.

mercado único[156]. Pero el cambio político necesario para alcanzar el objetivo económico debía matizarse: se hablaba de *personas*, pero en realidad se refería a la libre circulación de *ciudadanos europeos*. Y es que los Estados no estaban aún dispuestos a una cesión de soberanía en el ámbito de la inmigración de terceros países, como así se plasmó expresamente en las Declaraciones anexas al Acta Única, afirmando que «cooperarían»[157], (atendiendo al bajo compromiso que se asume con tal concepto) a fin de promover la libre circulación de personas pero que «ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de inmigración de terceros países (…)» [158].

El progreso hacia la supresión de las fronteras y el establecimiento de la libre circulación era un paso lógico, pero complejo. Los Estados estaban comprometidos con la necesidad de armonizar sus legislaciones en materia migratoria, pero rechazaron el método comunitario, optando entonces por una colaboración intergubernamental[159], que dejaba al margen la intervención de las instituciones de la Comunidad. Lo que algunos autores

[156] Puede observarse a este respecto el Libro Blanco sobre el Mercado Interior donde se contiene una Declaración sobre el articulo 8.A com (85). 310. De 16 de junio de 1985. En concreto, en el apartado 55 relativo a ciudadanos de terceros paises y sus previsiones para el año 1990 en política de visados. Se ha afirmado que esta disposición complementó «el laconsimo del artículo 8.A en relación a la libre circulación de los no comunitarios, y podrían avalar la idea de que estuviesemos ante el comienzo de una política de inmigración». ESPADA RAMOS, M.L.: «Asilo e Inmigración En La Union Europea». *Revista de Estudios Politicos (Nueva Epoca*), nº 86, 1994. P. 77-78.

[157] Segun la Declaracion politica de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la libre circulacion de personas: «con objeto de promover la libre circulacion de personas, los Estados Miembros cooperaran, sin perjuicio de las competencias de la comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulacion y residencia de los nacionales de terceros paises. asimismo cooperaran en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el trafico de obras de arte y de antiguedades». Así se recoge en el BOE del 3 de julio de 1987. En la publicación del Instrumento de ratificación del Acta Unica Europea. Como Declaraciones Anexas al AUE.

[158] Así se recoge en la declaración general sobre los artículos 13 a 19 del Acta Única Europea. Publicado en el BOE con el instrumento de ratificación del AUE op. Cit. del 3 de julio de 1987.

[159] Así lo manifestaron en la Declaración Política de los Gobiernos de los Estados Miembros sobre la libre circulación de personas: «Con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo cooperarán en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la Criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades». Publicada en el BOE núm. 158 el 3 de julio de 1987. Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/1987/07/03/pdfs/A20172-20182.pdf

han definido como un *«dispossitif intergouvernemental d´application di un objectif – communautaire»* [160].

La firma de los Acuerdos Schengen en junio de 1985, del Acta Única en febrero de 1986[161], y del Convenio de Aplicación de los Acuerdos Schengen en junio de 1990, permitieron ese espacio sin fronteras que, sin embargo, quedaba fuera del ámbito comunitario[162]. Y es que, como veremos más adelante, no fue hasta 1997, con el Tratado de Ámsterdam, cuando el acervo Schengen se incorporó al Derecho comunitario.

Fue en los ochenta del siglo pasado, con la firma de los instrumentos arriba referidos, cuando la Comunidad Europea amplió sus objetivos de integración, yendo más allá de los puramente económicos. Y con la nueva necesidad de gestionar juntos las fronteras exteriores, la cuestión del asilo fue haciéndose más presente.

Pero en realidad, el tema del asilo ya sonaba en la Comunidad Europea décadas antes de la elaboración del SECA (Sistema Europeo Común de Asilo), e incluso antes de la firma de los Acuerdos Schengen. Por tanto, sería erróneo suponer que hasta entonces el asilo resultaba políticamente indiferente a la CE pues, tratándose de un asunto que afecta por completo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, no podía ser obviado. Aunque durante muchos años, las indicaciones en la materia se limitaban prácticamente a resoluciones y declaraciones de intenciones del Parlamento o del Consejo que se remitían a la Convención de Ginebra de 1951, como parámetro de referencia a respetar[163]. De

---

[160] LABAYLE, H. (1997): «Un espace de liberté, de sécurité et de justice». *RTDE, Vol. 33. Núm.4. P. 813-881.*

[161] Como señala Jesús Carrera: «Si el Acta Única favoreció el refuerzo de la coopración intergubernamental, sus propias carencias motivaron la puesta en marcha de otras estructuras de idéntica naturaleza intergubernamental paralelas a las mencionadas». En: CARRERA HERNÁNDEZ, F.J: «El Espacio de Libertrad, Seguridad y Justicia ante los nuevos desafíos de la Unión Europea: evolución y articulación jurídica». En: PORRAS RAMÍREZ, J.Mª. *«Migraciones y asilo en la Unión Europea»*. Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, P. 45-72.

[162] CARRERA HERNÁNDEZ, F.J: Op. Cit. 2020.

[163] Véase, a modo de ejemplo, la resolución del Consejo de del 25 marzo 1964 de los Representantes de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, reunida en el seno del Consejo, relativa a los refugiados: «Tomando en consideración las recomendaciones formuladas en la sesión de enero de 1963 por el Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas y en su sesión de marzo de 1963 por el Parlamento Europeo, tendentes a asimilar, en lo referente a la libre circulación de los trabajadores, los refugiados reconocidos como tales por el Convenio de 28 de julio de 1951 relativo al estatuto de los refugiados y que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea; Comprobando, no obstante, que la situación de los refugiados no podrá ser regulada en el marco de los artículos 48 y 49 del Tratado constitutivo de la CEE, Sin embargo, preocupados por tener en cuenta la especial situación de los refugiados según el espíritu de

manera extracomunitaria, aunque al servicio del proceso de integración[164], se logró una cierta cooperación a través del grupo Trevi[165]. Pero esta cooperación estaba diseñada con fines securitarios, dirigidos, entre otros fines, a la lucha contra el terrorismo y el tráfico de drogas. Por lo que la inclusión de la cuestión migratoria, y sobre todo, la de asilo, resultó, desde el primer momento, cuestionable desde la perspectiva del respeto a los derechos humanos.

Tras la adopción del AUE y del Acuerdo Schengen, el Parlamento Europeo presentó en 1986 una «resolución sobre la iniciativa para entablar conversaciones en el ámbito comunitario, bajo los auspicios del Consejo, para la configuración de una política europea común en materia de refugiados» al considerar, «que una política común significará el punto de partida en la política de derechos humanos» [166].

Y pocos años después, en 1989, tuvo lugar el Consejo Europeo de Estrasburgo, donde se expresó la necesidad de progresar «de manera que los avances hacia la libre circulación de las personas vayan a la par con los realizados en la libre circulación de bienes, servicios y capitales, de acuerdo con el calendario establecido en el documento de Palma de

---

los instrumentos internacionales en vigor, teniendo en cuenta igualmente los deseos manifestados por el Comité Ejecutivo del programa del Alto Comisariado de las Naciones Unidas respecto a los refugiados, con ocasión de su reciente sesión celebrada en Ginebra el 30 de septiembre y 9 de octubre de 1963 , DECLARAN : que la entrada en sus territorios de los refugiados reconocidos como tales por el Convenio de 1951 y establecidos en el territorio de otro Estado miembro de la Comunidad, para ejercer allí una actividad asalariada, deberá ser examinada con un interés particular principalmente para otorgar a estos refugiados en sus territorios un trato tan favorable como sea posible». Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:41964X0305&from=ES

[164] CARRERA HERNÁNDEZ, F.J. Op. Cit. 2020. P. 48.

[165] Grupo creado por la iniciativa del Reino Unido para la colaboración intergubernamental en materias de Seguridad y Justicia creado en 1975, y formado por representantes de los Ministerios de Justicia y Asuntos de Interior. (Bol. CE 1975-11 P. 9). Para un análisis más profundo sobre los comienzos de la Cooperación política europea (CPE) Véase: LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: «La cooperación política europea: evolución y perspectivas». En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Vitoria. 1998. P. 441.

[166] DOCE C283 29° 10 de noviembre de 1986. P. 74. Y continúa en la P. 75: «Considera lógico y conveniente que se trate de solucionar de una manera solidaria los graves problemas que plantea en los distintos Estados miembros la dificultad de acoger a una cantidad relativamente grande de refugiados que lo solicitan, para evitar la «exportación» de problemas de un Estado miembro a otro, puesto que semejante situación de «peloteo» es degradante tanto para los refugiados como para nuestra sociedad abierta y democrática. 4. Propone que una solución solidaria incluya, por ejemplo, una uniformidad de criterios en lo relativo a los «refugiados políticos» que se dirigen a las fronteras de la Comunidad pidiendo asilo, así como una uniformidad en las normas para tratar a estas personas. 5. Propone que, en relación con la mejor aplicación de lo que constituye el objeto de apartado anterior, se lleve a cabo, por parte de los órganos comunitarios competentes, un estudio sobre la posibilidad y oportunidad de que la Comunidad, en cuanto a tal, se adhiera a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas».

Mallorca»[167] [168]. Y así mismo, se insistió en la elaboración de un inventario de las posturas nacionales en materia migratoria para debatirlo en el seno del Consejo con el objetivo final de elaborar, antes de finalizar el año 1990, los Convenios que ya estaban bajo estudio, relativos al derecho de asilo, visados, y cruce de las fronteras exteriores de la Comunidad.

El 15 de junio de 1990, en atención al objetivo marcado en el Consejo Europeo de Estrasburgo del año anterior, consistente en armonizar las políticas de asilo, se firmó el Acuerdo Dublín. El antepasado del actual Reglamento Dublín III, eje central del actual SECA. Y tan solo unos días después, el 19 de junio, los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa firmaron el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen[169]. Del Convenio se desprendía un interés en mejorar la libre circulación de las personas y los controles de seguridad especialmente en las fronteras exteriores, «atendiendo a los riesgos de la inmigración clandestina», lo que supuso concretar y unificar criterios en materia de visados, permisos de residencia e incluso en la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo, que se perfiló de modo similar al Convenio de Dublín, que lo sustituyó en este ámbito cuando entró en vigor en 1997[170] .

Muy interesantes y pertinentes resultan las reflexiones sobre lo que supuso realmente para la migración extracomunitaria la apertura de las fronteras interiores y el mercado único. Acuñando, a raíz de estos instrumentos normativos, el término *Europa fortaleza*, que caracteriza ahora más que nunca la política migratoria de la Unión, M. L Espada afirmó, en el año 1994, que: «el Acta Única, en conexión con las experiencias del Benelux y del

---

[167] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo Estrasburgo, 8 y 9 de diciembre de 1989 p. 5.

[168] El referido documento de Palma de Mallorca se trata de un informe relativo a la libre circulación de personas y la realización de un espacio sin frontears interiores, elaborado a raiz del Consejo Europeo celebrado en Madrid, los días 26 y 27 de junio de 1989. Puede leerse sobre el mismo: BOIXAREU CARRERA, A.: "Los trabajos del grupo de coordinadores para la libre circulación de personas: el "Documento de Palma", *Gaceta Jurídica de la CEE, 1989, B-48, pp. 3-10.*

[169] El Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen entró en vigor el 1 de marzo de 1994, pero la necesidad de adoptar otros instrumentos complementarios impidió su entrada efectiva hasta más de un año después.

[170] Así lo contemplaba el artículo 1 del Protocolo relativo a la entrada en vigor del Convenio de Dublín de 26 de abril de 1994: «A partir de la entrada en vigor del Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, formado en Dublín el 15 de junio de 1990, las disposiciones del capítulo 7 del título II, así como las definiciones de solicitud de asilo, solicitante de asilo y examen de una solicitud de asilo, que figuran en el artículo 1 del Convenio de aplicación de 1990, dejarán de aplicarse».

acuerdo de Schengen de 1985, marca una actitud restrictiva hacia la libre circulación de personas no comunitarias, aun siendo residentes legales»; y como consecuencia, también restricciones, desigualdad de trato y dificultades para la residencia y su integración laboral y social. Concluyendo que, «con la abolición de las fronteras físicas, técnicas y fiscales, el control del territorio se desplaza hacia los límites externos del espacio físico y económico de ese mercado interior. Se trata de regular rigurosa y restrictivamente el acceso y el establecimiento de extranjeros de terceros países para garantizar la normalización interna del mercado de trabajo en crisis, garantizar la situación económica interna y preservar los estadios de convivencia y seguridad europeas». Por ello, se instauran estrictos controles, se exige un visado, y se añaden requisitos limitativos de tiempo y recursos económicos[171]. En la misma línea López Garrido expresó que el Acuerdo de Schengen suponía un intento por frenar de un solo golpe la inmigración, para frenar a quien no tiene un visado; pero sin hacer ninguna excepción con los refugiados[172].

Juicios que se confirman por la propia opinión del Parlamento Europeo en su Resolución sobre el funcionamiento y el futuro de Schengen donde «deplora que la ejecución de los Acuerdos de Schengen en la práctica se oriente sobre todo a la limitación de la migración» y «considera que la supresión de las fronteras interiores no debe constituir un pretexto para la introducción de controles sistemáticos en las zonas fronterizas o para el cierre hermético de las fronteras exteriores»[173].

Podemos afirmar entonces que la dirección hacia la que se orienta hoy la política migratoria de la Unión, con carácter restrictivo y notables prioridades securitarias por encima de otras cuestiones, es muy anterior a la crisis migratoria del 2015. Que si bien la

---

[171] ESPADA RAMOS, M.L. 1994, Op. Cit. P. 80. La autora añade además una reflexión muy interesante sobre la Europa fortaleza que se estaba construyendo y que resulta aún hoy muy oportuna: «Ante unos problemas de alta sensibilidad política, el factor aglutinador inicial va a ser el marco de la cooperación para la lucha contra el terrorismo. En este marco de cooperación se conectan problemas y soluciones impregnando las soluciones internacionales y, por reflejo, las nacionales, de una interconexión entre inmigración, asilo, tráfico de drogas, inseguridad europea, etc. Se produce un diseño de la arquitectura europea que ha sido repetidamente descrito como una Europa atrincherada a modo de fortaleza frente a lo extranjero. Se extrapolan soluciones de la cooperación policial a un mundo que debería haber estado presidido por una coherente coincidencia en defender los derechos humanos de personas en situaciones extremas de vida y libertad». ESPADA RAMOS, M. L. 1994.Op. Cit. P. 83.

[172] LÓPEZ GARRIDO, D.: *Derecho al asilo*. Madrid. Trotta 1991.

[173] Resolución del Parlamento Europeo sobre el funcionamiento y el futuro de Schengen. Diario Oficial n° C 115 de 14/04/1997.

acentuó, también evidenció sus lacras. Pero tampoco entonces se rectificó, a pesar de las críticas por la afectación que suponía a la migración extracomunitaria, cualquiera que fuera su causa. Se evidenció así que los avances logrados en el proceso de integración no podían ser arriesgados.

Con el Tratado de Maastricht, en 1992, las políticas migratorias se incorporaron a los Tratados. Y aunque quedaba vinculada a la libertad de circulación, con la consiguiente incorporación como política comunitaria, ésta fue considerada dentro de la materia de seguridad nacional y política exterior[174]. En el seno del llamado tercer pilar, de naturaleza intergubernamental. También en Maastricht se definió la ciudadanía europea, y con ello, una disociación respecto del concepto de nacionalidad, que supuso, como afirma C. Wihtol, una «nueva frontera estatutaria entre europeos y no europeos que ha ido sustituyendo paulatinamente a la que oponía a nacionales y extranjeros» [175].

En aquel año, el Consejo europeo se mostró optimista con los avances logrados en materia migratoria y de asilo, y convencido de los siguientes pasos: la aprobación de resoluciones sobre solicitudes de asilo manifiestamente infundadas y sobre terceros países de acogida; y la ratificación por parte de aquellos Estados que aún no lo hubieran hecho del Convenio de Dublín[176].

El convenio de Dublín, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los estados miembros de las Comunidades Europeas, entró en vigor el 1 de septiembre de 1997[177] para los doce signatarios iniciales

---

[174] Una concepción que, además de las limitaciones competenciales que conlleva, la desvincula de las políticas de integración social. GOIG MARTÍNEZ, J. M : «¿Una Política Común De Inmigración En La Unión Europea? Evolución, Retos Y Realidades» *Revista de Derecho de la Unión Europea. nº 29, 2015. Pp. 191-222.*

[175] WIHTOL DE WENDEN. C: «La política migratoria de la Unión Europea: ¿puentes en vez de muros?» *Quaderns de la Mediterrània* 17, 2012 P. 137-141.

[176] Así se desprende de una lectura de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo el 11 y12 de diciembre de 1992. En el mismo, junto al optimismo por los avances logrados y las perspectivas de futuro, también se declaró «preocupado por el aumento de episodios de intolerancia, que ha condenado enérgicamente, el Consejo Europeo ha subrayado que en la Europa actual no hay lugar para el racismo y la xenofobia» §25. Las Conclusiones se encuentran disponibles para consulta en: https://www.consilium.europa.eu/media/20489/1992_diciembre_-_edimburgo__es_.pdf

[177] Y con él, ciertas disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen dejaron de aplicarse. En concreto, según estipuló el artículo 1 del Protocolo relativo a la entrada en vigor del Convenio de Dublín de 26 de abril de 1994: «las disposiciones del capítulo 7 del título II, así como las definiciones de solicitud

[178] y tenía como objetivo acabar con el problema de los llamados «refugiados en órbita»: solicitantes que son trasladados hacia diferentes fronteras ante las continuas negativas de los Estados a tramitar su solicitud de protección; y con el «*asylum shopping*»: práctica que consiste en la presentación de solicitudes por la misma persona en diferentes Estados, que no solo entorpecían el procedimiento sino que lo alargaban considerablemente.

A fin de lograr el cese de dichas prácticas el Convenio estableció una serie de criterios que determinaban cuál debía ser el Estado responsable de tramitar la solicitud de protección. Unos criterios que debían aplicarse siguiendo el orden preestablecido,[179]

---

de asilo, solicitante de asilo y examen de una solicitud de asilo, que figuran en el artículo 1 del Convenio de aplicación de 1990».

[178] Los doce Estados que firmaron el acuerdo el 15 de junio de 1990 fueron: Alemania, ratificándolo el 21 de diciembre de 1994; Bélgica, ratificándolo el 10 de agosto de 1995; Dinamarca, el 13 de agosto de 1995; España, el 10 de abril de 1995; Francia, el 10 de mayo de 1994; Grecia, el primero, el 3 de febrero de 1992; Irlanda, el 13 de junio de 1997; Italia el 26 de febrero de 1993; Luxemburgo el 22 de julio de 1993; Países Bajos el 13 de junio de 1997; Portugal el 19 de febrero de 1993; y Reino Unido el 1 de julio de 1992.

[179] Estos criterios se encontraban enunciados en los artículos 4 a 8 del Convenio de Dublín. Convenio de 15 de junio de 1990 relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados Miembros de las Comunidades Europeas, Hecho En Dublín El 15 De Junio De 1990. Según los cuales: «Artículo 4: si a algún miembro de la familia del solicitante de asilo se le hubiese reconocido la condición de refugiado en un Estado miembro según la Convención de Ginebra, (…) y reside en él legalmente, este Estado será responsable del examen de la solicitud, siempre que los interesados consientan en ello. El miembro de la familia en cuestión sólo podrá ser el cónyuge del solicitante de asilo, o su hijo soltero o hija soltera menor de dieciocho años, o, si el propio solicitante de asilo es soltero y menor de dieciocho años, su padre o su madre. Artículo 5. 1. Si el solicitante de asilo es titular de un permiso de residencia vigente, el Estado miembro que haya expedido dicho permiso será el responsable del examen de la solicitud de asilo. 2. Si el solicitante de asilo es titular de un visado vigente, el Estado miembro que haya expedido dicho visado será responsable del examen de la solicitud de asilo, excepto en los siguientes supuestos (…)3. Si el solicitante de asilo es titular de varios permisos de residencia o visados vigentes, expedidos por diferentes Estados miembros, el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo será (…) 4. Si el solicitante de asilo sólo es titular de uno o varios permisos de residencia caducados desde hace menos de dos años o de uno o de varios visados caducados desde hace menos de seis meses, que efectivamente le hayan permitido la entrada en el territorio de un Estado miembro, los apartados 1, 2 y 3 serán aplicables mientras el extranjero no haya abandonado el territorio de los Estados miembros.(…) Artículo 6. Cuando el solicitante de asilo haya cruzado de forma irregular, por vía terrestre, marítima o aérea, la frontera de un Estado miembro por el que se pueda probar que ha entrado, procedente de un país que no sea miembro de las Comunidades Europeas, dicho Estado miembro será responsable del examen de su solicitud de asilo. No obstante, dicho Estado dejará de ser responsable si se demuestra que el interesado ha permanecido en el Estado miembro en que presente su solicitud de asilo al menos durante seis meses antes de presentar dicha solicitud. En tal caso, este último Estado será responsable del examen de la solicitud de asilo. Artículo 7. 1. La responsabilidad del examen de una solicitud de asilo incumbirá al Estado miembro responsable del control de entrada del extranjero en territorio de los Estados miembros, excepto si el extranjero, después de haber entrado legalmente en un Estado miembro en que se le dispensa de la obligación de visado, presenta su solicitud de asilo en otro Estado miembro en que también se le dispensa de la obligación de visado para la entrada en su territorio. En tal caso, la responsabilidad del examen de la solicitud de asilo recaerá en este último Estado. 2. Hasta la entrada en vigor de un acuerdo entre los Estados miembros sobre las posibles formas de atravesar las fronteras exteriores, el Estado miembro que autorice un tránsito sin visado por la zona de tránsito de sus aeropuertos no será considerado responsable del control de la entrada, respecto de los viajeros que no salgan de la zona de tránsito. 3. Cuando la solicitud de asilo se presente en la zona de tránsito de un aeropuerto de un Estado miembro, la

según disponía el artículo 3 y con la excepción recogida en los artículos 3.4 y 9 del Convenio, relativa a una redistribución estatal de la competencia bajo determinadas circunstancias y a petición, bien del solicitante o bien del propio Estado.

El Convenio preveía además una normativa para el intercambio de información entre Estados de tal modo que, siguiendo el sistema Dublín, se debía evitar la presentación de solicitudes de asilo allá donde no correspondiera, ni en primer lugar, ni simultánea, ni sucesivamente. Pero, pese a la teoría, la práctica no resultó suficientemente satisfactoria. Por ello, en junio de 1998 el Comité previsto por el artículo 18 elaboró el *Programa de acción en respuesta a los problemas planteados por el funcionamiento del Convenio*, y poco después, la Comisión concluyó: «parece existir un amplio consenso en cuanto a que no está funcionando tan bien como se había esperado» [180].

A partir del Tratado de Maastricht los avances, aunque limitados, no se pueden considerar despreciables, habida cuenta de las limitaciones competenciales. Y por ello, consciente de estos límites, pero también de la importancia de una acción europea, se plasmó en el Título VI del TUE, relativo a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, que la política de asilo; las normas relativas al cruce de personas por las fronteras exteriores; y la política de inmigración, entre otras, eran de interés para la realización de los fines de la Unión[181]. Pero fue con el Tratado de Ámsterdam, firmado en 1997, cuando la cooperación *Schengen* dejó de desarrollarse al margen de los Tratados comunitarios[182]. Y se acuñó el término de «Espacio de Libertad Seguridad y Justicia», que implicaba la generalización de la libre circulación en el interior de la Unión, a cambio de reforzar los controles para el ingreso en dicho espacio. Como resume Graglia: *«Da Maastricht ad Amsterdam sono quindi sensibilmente aumentati l´attenzione e l´interesse*

---

responsabilidad del examen recaerá en dicho Estado. Artículo 8. Cuando, con arreglo a los otros criterios enumerados en el presente Convenio, no pueda determinarse el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo, será responsable del examen el primer Estado miembro al que haya sido presentada la solicitud de asilo».

[180] Según el Documento de trabajo del personal de la Comisión Nuevo examen del Convenio de Dublín: EC (2000)522. Elaborado por la Comisión de las entonces Comunidades Europeas. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1211.pdf

[181] Artículo K.1 del TUE

[182] CARRERA HERNÁNDEZ, F.J: 2020. Op. Cit.

per la dimensione política e sociale dell´integrazione, ma l´Unione non si è ancora data degli strumenti efficaci e chiari per raggiungere tali scopi» [183].

En 1999 entró en vigor el Tratado de Ámsterdam, e introdujo en el Título IV las políticas de «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». Trasladándose del tercer pilar, de naturaleza intergubernamental, al primer pilar comunitario, permitiendo ahora su regulación mediante instrumentos y estructuras del Derecho de la Unión[184]. En este sentido, una de las modificaciones que hizo el Tratado de Ámsterdam fue establecer un mecanismo institucional especial mediante el cual elaborar una legislación en materia migratoria y de asilo. Este contaba con un periodo transitorio de cinco años, y se llevaba a cabo según el procedimiento descrito en el artículo 67, que atribuía la iniciativa normativa de manera compartida entre la Comisión y los Estados Miembros, mientras que el poder de decisión recaía en el Consejo y exigía unanimidad[185].

Esa nueva legislación, además de abarcar cuestiones puramente migratorias, como normas sobre la expedición de visados de larga duración y permisos de residencia, aspiraba ya a elaborar una regulación del asilo común. Regulación que, atendiendo a la Convención de Ginebra de 1951 y al Protocolo de 1967, comprendería: normas mínimas

---

[183] GRAGLIA P.S.: *L´Unione europea*. Bologna, Il Mulino. 2011.

[184] CARRERA HERNÁNDEZ, F.J: 2020.Op. Cit.

[185] Artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad europea: «Artículo 67. 1. Durante un período transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo. 2. Tras dicho período de cinco años: El Consejo decidirá a propuesta de la Comisión; ésta estudiará cualquier petición que le haga un Estado miembro para que presente una propuesta al Consejo; El Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará una decisión con vistas a que todos o parte de los ámbitos cubiertos por el presente título se rijan por el procedimiento previsto en el artículo 251 y a adaptar las disposiciones relativas a las competencias del Tribunal de Justicia. 3. Como excepción a lo dispuesto en los apartados 1 y 2, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las medidas mencionadas en los incisos i) e iii) de la letra b) del punto 2 del artículo 62. 4. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 2, transcurrido un período de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adoptará las medidas mencionadas en los incisos ii) y iv) de la letra b) del punto 2 del artículo 62. 5. Añadido por Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251: Las medidas previstas en el punto 1 del artículo 63 y en la letra a) del punto 2 del artículo 63, siempre y cuando el Consejo haya adoptado previamente y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias; las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia.

para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros; normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países; normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado; normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional; medidas para fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida; y criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país[186]. Lo que exigía la sustitución del Convenio Dublín por un instrumento comunitario.

De este modo se fraguó una política migratoria y de asilo en el seno de la Unión. Pero el proceso de integración resultó complejo, requiriendo ahora, no solo la creación de instrumentos comunitarios, sino también la transformación de instrumentos ya existentes, pero de naturaleza intergubernamental, para integrarlos a fin de lograr una actuación común[187].

En 1998 el Consejo Europeo de Viena, que se preparaba para la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, aprobó un plan de acción para el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Y se pronunció en el ámbito del asilo y la inmigración, para recordar la necesidad de buscar soluciones globales e instar al Consejo a que «prosiga su labor sobre protección temporal, solidaridad europea, Eurodac, normas sobre nacionales de países terceros y una estrategia global sobre migración» [188]. Y se mostró conforme con la decisión del Consejo de crear el grupo de alto nivel "*Asilo y migración*".

---

[186] Según debía modificarse el artículo 73 .K del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado de Ámsterdam, nuevo artículo 63 TCE.

[187] Precisamente uno de los mayores problemas que surgió en la integración del acervo Schengen, proceso que aún continúa, se debe a su aplicación asimétrica por parte de los Estados miembros. Especialmente debido a la posición particular de Dinamarca y a la exclusión de Reino Unido e Irlanda. Por ello, se optó por plantearlo como una particular cooperación reforzada para Reino Unido e Irlanda, que podrían solicitar su participación en actos concretos, y mantener una posición especial con Dinamarca. Una situación que, como veremos más adelante, ha causado también problemas en el marco del Sistema Europeo Común de Asilo, donde una «Europa a varias velocidades» plantea numerosos inconvenientes cuando se pretende una acción única ante un reto común.

[188] Consejo Europeo De Viena 11 Y 12 de diciembre de 1998. Conclusiones De La Presidencia §85.

Uno de los grupos creado para facilitar la toma de decisiones en el ámbito JAI, en relación a las materias de asilo e inmigración, para el período de cinco años que el Tratado de Ámsterdam había fijado a fin de llevar a cabo la adopción de las medidas legislativas antes mencionadas[189]. Estaba comenzando el proceso de «comunitarización» de la política migratoria y de la política de asilo, y para ello se puso en marcha un proceso legislativo con el que dar cumplimiento a los objetivos marcados por el Tratado de Ámsterdam.

Estando ya en vigor este Tratado, tuvo lugar en Tampere una reunión de los Jefes de Estado sobre la Creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. En este Consejo Europeo de Tampere, celebrado en octubre de 1999, se pusieron las bases para el desarrollo de una normativa comunitaria en materia de LSJ, en general, y de política migratoria y de asilo en particular. Plasmando en el mismo Consejo que, aun siendo cuestiones distintas, su estrecha relación hacía necesario desarrollar una política común de la Unión Europea[190]. Esta política debía comprender cuatro ámbitos[191]: la asociación con países de origen; el trato equitativo para los nacionales de terceros países; alcanzar una gestión más eficaz de los flujos migratorios; y un «sistema europeo común de asilo», introduciendo por primera vez este concepto. [192]

Las previsiones sin embargo no se cumplieron y, aunque, desde el primer momento, se insistió en la urgencia de implantar una política migratoria y una política de asilo común, su consecución se fue postergando. Sin duda los acontecimientos que tuvieron lugar en

[189]El grupo de alto nivel Asilo y Migración fue creado por el Consejo de asuntos generales y relaciones exteriores mientras que otros grupos fueron creados por el Comité de Representatnes Permanentes como el Comité estratégico de inmigración, fronteras y asilo, conocido como SCIFA ; el grupo «Asilo»; «Fronteras»; «Migración y expulsión»; «Visados», «CIREFI». Véase una explicación más detallada en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E.: «Asilo E Inmigración En La Unión Europea» En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 6, nº 13, 2002, Pp. 833-856

[190] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999 §10.

[191] GONZÁLEZ VEGA, J.A: «¿Regreso Al Futuro? La Difícil Concreción De Una Política Europea De Inmigración». En: *Los Tratados de Roma En Su Cincuenta Aniversario. Perspectivas De Derecho Internacional Y Relaciones Internacionales. Aldecoa Luzárraga, F. y otros (Coord*) Marcial Pons. 2008.

[192] MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L.: *La Política Europea de Protección Internacional. Sistema Europeo Común de Asilo*. Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi. 2018.

los primeros años del siglo XXI, destacando el 11-S, influyeron en una postura, de por sí ya reticente, de los Estados miembros[193].

La constitución de la primera fase del SECA transcurrió desde la aprobación en el año 2000 del primer reglamento *Eurodac*, (Reglamento 2725/2000) que servía para la aplicación efectiva del entonces Convenio Dublín. Prosiguió poco después, en 2001, con la aprobación de una directiva incomprensiblemente inaplicada hasta el año 2022, a pesar de su evidente utilidad: la Directiva 2001/55/CE, *relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.* Una directiva olvidada hasta el año 2022 cuando se activó a consecuencia de la guerra de Ucrania[194]. A ella siguió otra directiva en el año 2003: la Directiva 2003/9/CE, *por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros*. Y poco después, se logró la comunitarización del Convenio de Dublín, a través esta vez un reglamento, como instrumento normativo más homogeneizador. Se trata del Reglamento (UE) 343/*2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.* Comúnmente conocido como Reglamento Dublín II. Y posteriormente, la aprobación de otras dos directivas: la Directiva 2004/83/CE, por la que se establecen *normas mínimas relativas a los requisitos*

[193] Recuerda GONZÁLEZ VEGA, J.A que, incluso antes del 11 S, al señalar que en 1999 la OTAN incluyó entre las amenazas a su seguridad los movimientos incontrolables de personas. En GONZALEZ VEGA, J.A. Op. Cit. 2017 P.71 Y resulta oportuno recordar la reflexión de Martín Pérez de Nanclares en 2006 que señaló como «pervive, en el fondo, la misma dialéctica entre los polos de una conveniencia de actuación europea y una resistencia de los Estados a perder su control sobre la materia de inmigración que ha existido desde que se empezó a construir el mercado único sin fronteras interiores». MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES J: «El reto de la inmigración. Sobre la conveniencia de una política común europea al estilo de la prevista en la Constitución Europea»- *RGDE-Iustel, núm.11. Octubre 2006.*

[194] Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal. Sobre el particular estatuto dado a los ucranianos puede verse: PORRAS RAMÍREZ, J.M.: «La crisis de Ucrania, la aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes: ¿un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea?» En*: La Ley Unión Europea. Nº 106, 2022.* Y ARENAS HIDALGO, N.: «La primera activación de la Directiva 2001/55/CE. Entre los límites restrictivos de su ámbito de aplicación personal y las bondades de su modelo de solidaridad interestatal en la acogida de las personas desplazadas desde Ucrania». *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI) Nº 44. 2022.*

para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; y la Directiva 2005/85/CE, sobre *normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.*

En el año 2005, cuatro directivas y un reglamento después, se dio por concluida la primera fase del SECA. Las políticas de inmigración, de gestión de fronteras, y de asilo adquirían cada vez más importancia en la agenda europea hasta el punto de abordarlas en el Programa de la Haya[195], donde se incluyeron entre las diez prioridades para los siguientes cinco años. Se asumía así el reto de elaborar una gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión; definir un enfoque equilibrado de la inmigración, maximizando sus repercusiones positivas; y la elaboración a medio plazo de un procedimiento común y un estatuto uniforme para los refugiados, tras la previa evaluación de la legislación existente. Y, poco tiempo después, en el 2005, el Consejo Europeo adoptó el Enfoque Global de la Migración[196]. Por aquel entonces, el proceso de integración había proseguido hasta el punto de impulsar, y posteriormente ver como fracasaba, el proyecto por el que se establecía una Constitución para la UE. En la Unión había ya 25 miembros pues en el 2004 se habían incorporado a la Unión Europea República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia. Y aún estaban pendientes Rumanía, Bulgaria y Croacia.

De las cenizas del Tratado Constitucional nació el Tratado de Lisboa[197]. Que entró en vigor en 2009 y dio lugar a la última gran reforma de los Tratados, incluyendo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como parte del Derecho primario de la

---

[195] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005]. Adoptado en el Consejo Europeo del 4 y 5 de noviembre de 2004.

[196] La adopción del Enfoque Global de la Migración fue, según Gortázar Rotaeche, a consecuencia de la Comunicación sobre migración y desarrollo, algunas orientaciones concretas [COM(2005) 390 final, Bruselas, 1.9. 2005] de 1 de septiembre de 2005. Esta autora realiza un profundo análisis del Enfoque Global de la Migración en: GORTÁZAR ROTAECHE C.J.: «El Enfoque Global De La Migración En La Unión Europea Y El Derecho Humano Al Desarrollo». En: *Miscelánea Comillas*. Vol. 67 (2009), núm. 130. P. 199-216

[197] FAVILLI, C: «Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione». En: *Diritto, immigrazione e cittadinanza* XII, 2-2010. P. 15.

Unión, y entrando en vigor con carácter jurídicamente vinculante, evidenciando la constitucionalización de la Unión Europea[198].

Y cumpliendo con el objetivo del artículo 3.2 del TUE[199], el Tratado de Lisboa reguló el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que fue reubicado en el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión[200], insertándolo en el cuadro competencial como una competencia de naturaleza compartida[201], e incluyendo un Capítulo (el segundo) sobre políticas de gestión de fronteras, asilo e inmigración. Sin embargo, como advierte F. J. Carrera, el ELSJ no está plenamente «*comunitarizado*», pese a haber desaparecido el sistema de pilares pues, aunque ha finalizado el período transitorio del Protocolo 36[202], no ha conllevado una automática transformación de aquellos actos adoptados con arreglo al tercer pilar en actos de Derecho comunitario, puesto que para ello se requiere del legislador europeo[203].

Muy interesante resulta el análisis que F. Scuto hace del el Tratado de Lisboa cuando afirma que sus límites respecto a los derechos fundamentales en las políticas de gestión de fronteras, inmigración y asilo, son los mismos que tenía el Tratado de Ámsterdam.

---

[198] HABERLE, P.: «El Tratado De Reforma De Lisboa De 2007» (Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón). ReDCE, nº9, 2008. Y en este mismo sentido considera F. Balaguer que su entrada en vigor supone: «el germen de la definitiva constitucionalización de la Unión Europea. La Carta establecerá un vínculo directo entre las instituciones europeas y la ciudadanía, reforzando la conformación de un status jurídico propio de la ciudadanía europea y contribuyendo a la configuración de una específica identidad constitucional europea». BALAGUER CALLEJÓN, F.: «El Tratado De Lisboa En El Diván. Una Reflexión Sobre Estatalidad, Constitucionalidad Y Unión Europea». En: *Revista Española de Derecho Constitucional* nº. 83, 2008, P. 88.

[199] Art. 3.2 TUE: «2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia».

[200]Un Título compuesto por cinco capítulos dedicados a los tres ejes vertebradores de este espacio: la cooperación judicial penal, la cooperación judicial civil y las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración.

[201] Art. 4.2.j) TFUE: «2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: j) el espacio de libertad, seguridad y justicia».

[202] Art. 10. 3 del Protocolo nº 36: «En cualquier caso, la medida transitoria mencionada en el apartado 1 dejará de tener efectos cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa». Es decir, diciembre de 2014.

[203] CARRERA HERNÁNDEZ, F.J: 2020. Op. Cit. La principal consecuencia es que, en virtud del artículo 8 del citado protocolo, los actos adoptados bajo el tercer pilar han mantenido sus efectos jurídicos. De tal manera que, aunque el marco normativo que regula el ELSJ dentro de las disposiciones del TFUE es más sencillo, conviven otros actos normativos adoptados en el seno del tercer pilar como convenios o Decisiones marco que requieren de la actuación del legislador para adaptarse

Pues el Tratado de Lisboa avanzó en la protección de los derechos humanos, al recoger como uno de los valores de la Unión su respeto, e integrar la CDFUE como derecho originario. Pero en el ámbito de la política migratoria y de asilo, obvió este valor[204]. De este modo, en el *incipt* del Título V del Tratado de Funcionamiento, efectivamente se plasma la obligación de garantizar la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia en el respeto de los derechos fundamentales. Pero esta preocupación desaparece en el Capítulo Segundo, dedicado específicamente a las políticas de control de fronteras, asilo e inmigración.

Así, el apartado primero del artículo 67 del TFUE, con el que se abre el Título V, dispone que: «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros» [205]. Sin embargo, la siguiente disposición afirma que la política común de asilo que la Unión desarrollará estará basada en la solidaridad entre los Estados miembros, obviando cualquier referencia al respeto a los derechos de los solicitantes o de los propios asilados. Tampoco se hace referencia expresa a los derechos en el artículo 77, que, dentro del referido Capítulo Segundo, aborda la política de control de fronteras. Ni en el artículo 78, que describe el contenido mínimo que deberá abordar la política de asilo, instaurando tres niveles de protección distinta según las circunstancias: asilo, protección temporal y protección subsidiaria. En este precepto tan solo se menciona el respeto al principio de no devolución. Por su parte, el artículo 79, sobre la política común de inmigración, establece como objetivo de la misma «una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas». De nuevo, sin más mención a la protección de los derechos que la realizada en el apartado 2.b, referente a la necesidad de definir los derechos de los nacionales de terceros países que residan

---

[204] SCUTO, F: *I diritti fondamentai della persona quale limite al contrasto dell´immigrazione irregolare.* Giufrpe Editore. 2012. P. 90.

[205] Muy interesante resulta el comentario que F. J. Carrera realiza de este precepto, en comparación con el artículo 3.2 del TUE. Pues según el autor, mientras que este precepto del Tratado de la Unión concibe el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como un objetivo y un compromiso a alcanzar asumido por la UE, el referido artículo 67 del TFUE afirma que la «constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia». Lo que el autor considera menos lógico en tanto que «a pesar de esta redacción el ELSJ debemos considerarlo un proceso (…) que está en marcha, y por tanto aún inacabado. CARRERA HERNÁNDEZ, F.J.: 2020. Op. Cit. P. 46. Nota 2.

legalmente en un Estado miembro. Y una vez más, se excluye cualquier referencia a la protección y respeto de los derechos humanos en el artículo 80. Quizás sea la omisión más reveladora y evidente, pues este precepto, con el que finaliza el Capítulo Segundo, enumera los principios que deben regir las mencionadas políticas de gestión de fronteras, asilo e inmigración, y su ejecución: «el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio».

Si hasta este último precepto podría considerarse que la omisión no era trascendente, quizás incluso por su obviedad, pocas dudas pueden quedar después de una expresa enumeración de los principios rectores. Se podrá debatir acerca de las repercusiones reales que conlleva haber prescindido de este principio, cuando el respeto a los derechos es un principio de la Unión expresamente reconocido, y cuando el artículo 67 circunscribe a su respeto el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Lo que no se puede dudar, es que la omisión fue consciente, la inclusión de una referencia en materia tan sensible, habría sido más que oportuna, necesaria.

Más allá de cuestiones formales, que tienen también un indudable alcance material, el gran logro del Tratado de Lisboa en las políticas de fronteras, inmigración y asilo ha sido acoger el reto de desarrollar una política común en estas materias, en coherencia con el proceso de integración al que aspira. Y se permite ese avance de manera real al aumentar las atribuciones que le confería el anterior artículo 62 TCE. Pues este objetivo dota a la Unión de herramientas que van más allá de las normas mínimas para la armonización con las que, hasta entonces contaba[206]. Sin embargo, como advierte F. Scuto, aunque el Tratado de Lisboa contiene las bases jurídicas que permiten a la UE progresar en el proceso de integración, el desarrollo efectivo en este sector depende en último término, como siempre, de la voluntad de los Estados[207].

[206] FAVILLI, C.: 2010 Op. Cit.P. 17.

[207] SCUTO, F: 2012. Op. Cit. P. 90.

Con estas nuevas herramientas legislativas, y conscientes de los grandes fallos que el SECA estaba mostrando como sistema ineficaz y que conllevaba graves vulneraciones de derechos señalados por el TJUE y por el TEDH, se afrontó su reforma.

Este proceso comenzó incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el año 2008, cuando se aprobó el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo[208]. En él se establecían objetivos muy similares a los ya propuestos en años anteriores sobre refuerzo de las fronteras, lucha contra la inmigración ilegal, y cooperación con los países de origen y tránsito. Pero también se reconoció formalmente el derecho «que todo extranjero perseguido tiene a obtener ayuda y protección en el territorio de la Unión Europea, en aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, y de los demás Tratados correspondientes». Y en este sentido se propusieron una serie de medidas como la creación de una oficina europea que sirviera de apoyo a las administraciones europeas en el estudio de solicitudes de asilo[209]; la adopción de un procedimiento de asilo único con garantías comunes; y la elaboración de estatutos uniformes para refugiados y para los beneficiaros de protección subsidiaria; la elaboración de procedimientos que permitieran apoyar a Estados miembros cuando se enfrenten a una afluencia masiva de solicitantes de asilo, y que incluiría mecanismos financieros; la consecución de una mayor cooperación con ACNUR; y la mejora formativa del personal encargado de los controles en las fronteras exteriores en materia de derechos y obligaciones en materia de protección internacional. Todo ello encaminado a la construcción de «una Europa del asilo» [210].

En el año 2010 se aprobó el Programa de Estocolmo: «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano» [211], que se refirió al citado Pacto Europeo del 2008 como la base para la evolución de la materia migratoria y de asilo. Y recordó que el objetivo de establecer un sistema común de asilo en 2012 seguía presente, y que había que asegurar

---

[208] «Pacto europeo sobre inmigración y asilo». Adoptado por el Consejo Europeo el 24 de septiembre de 2008. Doc. UE 13440/08.

[209] En el 2010 el Reglamento (UE) n ° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, creó una Oficina Europea de Apoyo al Asilo.

[210] SCUTO, F.Op. Cit. P. 11.

[211] Programa De Estocolmo — Una Europa Abierta Y Segura Que Sirva Y Proteja Al Ciudadano (2010/C 115/01)

el acceso a procedimientos de asilo, seguros y jurídicamente eficaces[212]. Así, con el reconocimiento y respaldo institucional, los instrumentos legislativos fueron aprobándose.

El llamado «paquete de asilo de segunda generación», que aún rige nuestra política de asilo, se compone de: la Directiva 2011/95/UE[213] por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. La Directiva 2013/32/UE[214], sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. La Directiva 2013/33/UE[215] por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. El Reglamento 603/2013[216] relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares. Y el Reglamento 604/2013[217] por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados

[212]Programa De Estocolmo. Op. Cit. §1.1

[213] Directiva 2011/95/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)

[214] 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

[215] Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 , por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición)

[216] Reglamento (UE) n ° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 , relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n ° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n ° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia

[217] Reglamento (UE) n ° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 , por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida

miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, comúnmente conocido como Dublín III[218].

2.2 EL SECA de segunda generación: un sistema vigente, colapsado y bloqueado.

Tras el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo del 2008, y el Programa de Estocolmo, las autoridades debían revisar los instrumentos jurídicos que habían conformado el SECA en su primera fase, a fin de iniciar una nueva etapa donde se renovara el marco normativo que permitiera alcanzar una política de asilo más eficaz. Y que tenía que tener encaje ahora en el contexto configurado por el Tratado de Lisboa.

La primera norma de esta segunda fase, y que inaugura el Sistema Europeo Común de Asilo vigente, hoy, es la referida Directiva 2011/95/UE de 13 de diciembre de 2011. Conocida como Directiva de cualificación, Directiva de requisitos, o Directiva de reconocimiento, recoge los requisitos y condiciones que deben darse para la concesión de protección internacional.

Su origen se encuentra en la Directiva 2004/83[219], a la que refunde. Y su creación responde a dos objetivos primordiales: lograr unas normas más exigentes sobre los

[218] Es conveniente señalar que, junto a los reglamentos y directivas que conforman el Sistema Europeo Común de Asilo, la Unión Europea cuenta con otros instrumentos normativos que, aunque quedan formalmente al margen del SECA, no pueden entenderse ajenos al mismo al tener ámbitos de aplicación convergentes. Muchos de ellos ligados, sino estrictamente a la política de asilo, sí a la política migratoria o de gestión de fronteras. Entre estos, la Directiva 2003/86/CE sobre reunificación familiar; la Directiva 2008/115 sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; y la Directiva sobre residentes de larga duración Directiva 2011/51 que modificó la anterior directiva del 2003 para incluir en su ámbito de aplicación los beneficiarios de protección internacional.

[219] Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

motivos y el contenido de la protección; y mejorar la armonización de estas normas para reducir los movimientos secundarios que derivan de la diversidad de regímenes jurídicos y prácticas administrativas en los distintos Estados miembros. Con esta Directiva se esperaba, además, solventar otros graves problemas que habían sido señalados con relación a la aplicación de la Directiva anterior del 2004. En especial, la nueva norma debía corregir la ambigüedad e imprecisión de ciertos conceptos contenidos en la anterior Directiva, pues esa falta de concisión era precisamente una de las causas que alargaba los procedimientos[220]. Al emplear conceptos imprecisos, las interpretaciones posibles eran múltiples, las prácticas estatales diversas, los recursos frente a las decisiones frecuentes, y en definitiva existía una inseguridad jurídica grave que había que solventar[221]. Así mismo, su reforma debía ser coherente con las exigencias de la jurisprudencia europea más reciente. Pero también preocupaban los costes asociados a los procedimientos y que respondían esencialmente a la diferenciación de dos estatutos. Estos costes debían reducirse y para ello se optó por llevar a cabo un acercamiento entre las normas de reconocimiento y el contenido de los estatutos de refugiado y protección subsidiaria, lo que a la vez repercutiría positivamente en la reducción de los movimientos secundarios[222].

Como ya se ha advertido, la afluencia migratoria del 2015 evidenció los fallos del actual SECA y el colapso del sistema exigía una nueva reforma integral. Como veremos más adelante, en 2016, tras la aprobación, un año antes, de la Agenda Europea de Migración, se propuso llevar a cabo esa reforma mediante la adopción de dos paquetes legislativos dentro de los cuales había propuestas normativas para reformar todo el marco normativo actual del SECA, e introducir nuevos instrumentos. Aquel proceso de reforma estuvo bloqueado durante años hasta su superación por otro nuevo paquete de reformas. Pero, aun así, las propuestas que se presentaron tras años de negociaciones marcaron un punto

---

[220] Se puede ver más detalladamente las causas y objetivos de la Directiva 2011/95 en el documento de la Comisión donde presentó la propuesta de Directiva. COM (2009) 551 final. Bruselas. 21 de octubre de 2011. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0551:FIN:ES:PDF

[221] Aunque en este punto es pertinente recordar, como hace M.L. Martínez Alarcón, que bajo el Tratado de Ámsterdam solo los Tribunales nacionales superiores podían presentar cuestiones prejudiciales, por lo que el papel que el TJUE podría haber desarrollado para clarificar su aplicación quedó muy limitado. MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.Op. Cit. 2018. P. 136.

[222] Considerando n.15 de la Directiva 2011/95 UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011

decisivo al influir en las actuales propuestas de reforma, que parten siempre de la base de los consensos alcanzados entonces.

La propuesta de reforma de la Directiva de cualificación (Dir. 2011/95) se incluyó en el segundo paquete de reformas presentado en julio de 2016. Se trataba de una propuesta de Reglamento[223] que, aunque no llegó a aprobarse, incide en la corrección de los fallos de la actual propuesta. Así, la propuesta de reforma del 2016 señaló cómo los porcentajes de reconocimiento y concesión de los distintos estatutos de protección, continúan siendo muy distintos si se compararan entre los distintos Estados Miembros. Pudiéndose concluir que la Directiva de 2011 no supuso un avance con respecto a su antecesora. La propuesta recoge así datos de EUROSTAT y EASO que apoyan esta crítica al señalar que, en la primera mitad del año 2015, «los porcentajes de reconocimiento de solicitantes de asilo de Afganistán variaron desde casi el 100% en Italia, al 5,88% en Bulgaria. En cuanto a las diferencias entre el tipo de estatuto concedido, los datos de EASO para el segundo trimestre de 2015 muestran que Alemania (99%), Grecia (98%) y Bulgaria (85%) concedían el estatuto de refugiado a casi todos los ciudadanos sirios mientras que Malta (100%), Suecia (89%), Hungría (83), y República Checa (80%) les concedían el estatuto de protección subsidiaria)» [224].

Estos datos revelan la necesidad de modificar la actual Directiva para lograr un marco de protección común, a fin de evitar que el canon de protección sea inferior en algunos Estados donde puede llegar a suponer un incumplimiento de las obligaciones contraídas tanto por el Derecho de la Unión como por el Derecho Internacional; además de dotar al Sistema Europeo Común de Asilo de más eficacia y uniformidad. Para ello, precisamente una de las principales propuestas recaía en cambiar de instrumento, una novedad común en la mayoría de las propuestas presentadas en los paquetes de reformas del 2016. Con la sustitución de la actual Directiva por un Reglamento, sumado a algunos cambios

[223] Propuesta de Reglamento Del Parlamento Europeo Y Del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. COM/2016/466. Bruselas. 13 de julio de 2016.

[224] COM/2016/466 Bruselas. 13 de julio de 2016. P. 4 Nota n. 12.

sustanciales, se pretendía alcanzar una mayor coincidencia en los resultados al emplear un instrumento caracterizado por su aplicabilidad directa.

La segunda norma que compone nuestro actual SECA es la Directiva 2013/32/UE[225] sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Conocida comúnmente como Directiva de procedimiento, reemplazó a la Directiva 2005/85/CE. Su principal objetivo era lograr un procedimiento justo y eficiente[226]. Pero, de una lectura de las motivaciones que sustentaban su adopción, así como de la propia norma, podemos concluir que el objetivo primordial era, en realidad, lograr un procedimiento eficiente. Su aprobación no fue fácil, como tampoco lo fue en el 2005. En aquella primera norma para el establecimiento de un procedimiento común, los Estados lograron una regulación de carácter mínimo que les dejaba un gran margen de discrecionalidad, no conllevando una elevación de los estándares procedimentales nacionales. Así se aprobó entonces, incorporando además a la normativa conceptos tan polémicos como «país de origen seguro» o «tercer país seguro», e «institucionalizando procedimientos acelerados de asilo» [227]. Por ello, su reforma no fue sencilla[228].

Pero el SECA seguía sin tener un procedimiento común[229]. Y tras cinco años, desde que se presentara la primera propuesta de reforma en el año 2009, se aprobó la Directiva 2013/32 cuyo objetivo era el desarrollo de nuevas normas para los procedimientos nacionales de concesión o retirada de protección internacional «con vistas al establecimiento de un procedimiento común de asilo en la Unión»[230]. Supuso así un

---

[225] 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

[226] Bruselas, 1.6.2011 COM(2011) 319 final.

[227] MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., op. cit. P. 183.

[228] Su reforma se intentó en el año 2009 pero la propuesta de la Comisión no llegó a aprobarse. Hubo que esperar dos años para que la Comisión presentara una nueva propuesta que modificaba la anterior. Puede consultarse esta propuesta, en comparación con la anterior en: Com(2011) 319 final. Anexo Explicación detallada de la propuesta modificada que acompaña al documento Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto de protección internacional (Refundición). De 1 de junio de 2011.

[229] Cada vez más reclamado, tal y como se plasmó el 2 de diciembre de 2009 en el Programa de Estocolmo cuya sección 6.2 afirmaba este propósito como base del SECA: «El Consejo Europeo sigue comprometido con el objetivo de establecer un espacio común de protección y solidaridad que se base en un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme para las personas a las que se concede protección internacional». P.69.

[230] Considerando n.12 Dir. 2013/32/UE.

cambio respecto a la Directiva anterior del 2005, al pasar de un establecimiento de «estándares mínimos» a «estándares comunes»[231].

Y aunque esta normativa ampliaba su ámbito de aplicación respecto a la anterior[232], su principal crítica sigue siendo su limitación territorial. Y es que la Directiva de procedimiento exige, para su aplicación, presentar la solicitud de protección internacional en el territorio[233]. Una restricción incoherente ante la falta de vías legales y seguras para acceder a Europa. Una manifiesta falta en la regulación, ante la que el Tribunal de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse en el año 2016, en plena crisis migratoria, en el marco de una cuestión prejudicial promovida por un tribunal belga ante la solicitud de un visado humanitario por parte de una familia siria ante la embajada belga. El fallo evidenció aún más la ausencia de vías legales y seguras, al negar la existencia de una obligación para los Estados miembros de expedir visados humanitarios de larga duración con arreglo al Derecho de la UE, y relegar la cuestión al Derecho nacional[234]. Y aunque puso en el debate político europeo la cuestión de los visados humanitarios, hoy sigue sin haberse regulado[235], por lo que la inmensa mayoría de concesiones de protección internacional provienen de personas que, para solicitarla, primero accedieron irregularmente al territorio europeo.

Y esta no es su única deficiencia. La Directiva de procedimiento adolece de importantes defectos en cuanto al estándar de protección que proporciona e incide directamente en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los solicitantes de protección internacional. Así, sin ánimo de exhaustividad[236], la Directiva no garantiza la falta de un acceso garantizado al procedimiento, así como de asistencia y representación jurídica gratuitas en todas las fases del procedimiento. Tampoco la correcta puesta a disposición

---

[231] MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. 2018. Op. Cit. P. 185.

[232] Principalmente porque recoge expresamente su aplicación para los procedimientos de protección subsidiaria.

[233] Artículo 3.2 Dir. 2013/32.

[234] Nos referimos al Asunto C638/16 (PPU) X,X Contra État belge que abordaremos más adelante.

[235] Y sobre el visado humanitario como solución a este problema, aunque haya sido rechazado tanto por el Consejo y por la Comisión, puede leerse: SÁNCHEZ LEGIDO, Á. «El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo». En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo.* nº. 57. 2017.

[236] Se abordarán con mayor detalle en el epígrafe 4.2

de información al solicitante por parte de las autoridades, de forma gratuita, actualizada, y en la lengua materna del solicitante. Ni el derecho a una entrevista que impida la adopción de una resolución en ausencia de esta, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Tampoco ha establecido unos plazos razonables y comunes para el recurso, ni ha preservado su carácter suspensivo. Y junto a estas potenciales vulneraciones, la Directiva contempla procedimientos sumarios que rebajan aún más el canon de protección.

En definitiva, la Directiva de procedimientos requiere de una urgente reforma orientada por un lado, a la consecución de un verdadero procedimiento común. Propósito frente al que se ha avanzado desde la directiva del 2005, pero que aún no se ha alcanzado. Y por otra parte, y vinculado a este primer objetivo, alcanzar una normativa garantista que asegure el correcto desarrollo del procedimiento de protección internacional en todo el territorio de la Unión, a fin de asegurar el mayor éxito posible. Esto es, que nadie con derecho a la protección internacional, fundado en la Directiva de reconocimiento, quede sin un estatuto de protección por defectos u obstáculos procesales. Y es que estos son defectos graves *per se*, teniendo presente la sustantividad propia del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero adquieren un carácter más acusado aún al atender a la especial naturaleza del procedimiento de protección internacional, cuyo bien jurídico protegido lo vincula estrechamente con la protección imperativa frente a tratos inhumanos y degradantes. La propuesta de reforma que se presentó en el año 2016, que también la transformaba en un reglamento, no parece que hubiera satisfecho esos propósitos.

La tercera norma que compone el SECA es la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Reemplazó a la Directiva 2003/9/CE, a fin de clarificar y permitir una mayor flexibilidad en las normas de acogida para facilitar a los Estados miembros su aplicación. En este sentido, la propuesta de la Comisión insistía en que debían quedar garantizadas unas condiciones mínimas que permitieran una vida digna y que fueran similares en toda la Unión. Pero para facilitar su aplicación a los Estados, incorporó una serie de herramientas a su disposición para los casos en que se incumplan las normas de acogida «o se convierten en un factor de llamada»[237].

[237] COM/2011/0320 final Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo (Texto refundido) §3.1.1

Tras años de aplicación, la Directiva ha sido criticada por establecer unos mínimos que, sin embargo, no siempre permiten asegurar una vida digna a los solicitantes de protección. Basta observar el régimen de internamiento o de abandono en el que se han encontrado miles de solicitantes en toda la Unión Europea que, pese a su vulnerabilidad, han convivido hacinados, en condiciones insalubres, separados de sus familias e incluso internados bajo la mirada impasible de la Unión Europea.

En la propuesta de reforma del 2016, a diferencia de lo que ocurría con las otras dos directivas, se optó por mantener aquí la forma de Directiva llevando a cabo modificaciones únicamente sustantivas[238]. Esta diferencia resulta llamativa pues en el documento de la propuesta de reforma se insiste igualmente en la necesidad de alcanzar una mayor armonización. La explicación más plausible parece ser la dificultad para imponer a los Estados unas normas de acogida más estrictas que les atribuya un menor margen de actuación; en tanto que es esta norma la que supone una verdadera carga económica a los Estados y una intromisión en sus sistemas sociales. Sin embargo, parece difícil de entender que la Unión pueda permitirse sistemas de acogida tan diversos. Precisamente los cambios en la normativa de procedimiento y de cualificación se orientan a evitar los movimientos secundarios para garantizar la mayor efectividad del sistema. Movimientos que en gran parte suceden motivados por la diferencia de condiciones de acogida entre los EEMM y de las que, precisamente, se benefician algunos Estados para evitar que se queden allí los solicitantes, al tiempo que critican el «efecto llamada», supuestamente causado por las políticas sociales de otros Estados que impulsan políticas más garantistas.

El SECA se compone de dos reglamentos. El primero, el Reglamento 603/2013[239], relativo a la creación del sistema «EURODAC» para la comparación de las impresiones

[238] Bruselas, 13.7.2016 COM(2016) 465 final 2016/0222 (COD) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido)

[239] Reglamento (UE) n ° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 , relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n ° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE)

dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento Dublín (Reglamento 604/2013). Este reglamento sustituyó al Reglamento (CE) 2725/2000[240], primer instrumento comunitario en materia de asilo, y al Reglamento 407/2002[241]. Introduciendo modificaciones y refundiendo ambos reglamentos se pretendía que el sistema Eurodac permitiera una identificación del Estado miembro responsable más eficaz. Este sistema, que funciona desde el 2003, mediante la inclusión en una base de datos de las huellas dactilares de los solicitantes de protección internacional, es esencial para la identificación del Estado miembro responsable, y por tanto, vital para el funcionamiento eficaz del SECA.

Su reforma para la segunda fase del SECA no fue una tarea sencilla. En primer lugar, por abordar ciertas materias de especial sensibilidad como la protección de datos o el uso de estos para un fin diverso del que justificó su recogida: la prevención de delitos. Pero también por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa cuando el proceso de decisión estaba aún en curso. La propuesta que había sido presentada en 2008 fue retirada formalmente un año después, y se presentó de nuevo en el 2010, volviendo a retirarse con la presentación de una nueva propuesta en el 2012[242], al considerarse necesario introducir los cambios provocados por el Reglamento 1077/2011, relativo al establecimiento de una agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que afectaba a la gestión de Eurodac.

---

n ° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia

[240] Reglamento (CE) nº 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

[241] Reglamento (CE) nº 407/2002 del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por el que se establecen determinadas normas de desarrollo del Reglamento (CE) nº 2725/2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

[242] Bruselas, 30.5.2012 COM(2012) 254 final 2008/0242 (COD) Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) nº […/…], [por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida], y a las solicitudes de comparación con los datos Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (Versión refundida)

En los estudios que se llevaron a cabo para la reforma se observó que existía una preocupación por parte de los solicitantes de protección internacional ante el riesgo de que los datos extraídos de Eurodac llegaran a manos de sus perseguidores en sus países de origen. Pudiendo actuar este sistema como una causa disuasoria para que los requirentes de protección no quisieran solicitarla en Europa. Situación que la Unión consideró salvada al introducir en la propuesta la prohibición expresa para los Estados de intercambiar información del sistema con terceros países, organizaciones o entidades.

Eurodac, como base de datos de protección internacional, funciona mediante la comparación de datos dactiloscópicos tomados a inmigrantes irregulares y solicitantes de protección con los datos recogidos de protección internacional. De tal manera, que no sirve para comparar los datos con inmigrantes irregulares en las fronteras o en el territorio de un Estado. Sin embargo, la propuesta del 2016 pretendía precisamente ampliar el ámbito de aplicación para que Eurodac se convierta en «una base de datos para fines generales de inmigración y ya no se limitaría a garantizar la aplicación efectiva del Reglamento Dublín III»[243]. Esta nueva reforma propuesta de Eurodac se ha situado bajo el foco de atención de la doctrina, que considera un reto necesario encontrar un punto de equilibrio entre la protección de datos, la protección internacional, la seguridad y la gestión de las fronteras[244].

Y, finalmente, el último instrumento que compone el actual SECA es el Reglamento 604/2013[245], por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del

---

[243] Bruselas, 4.5.2016 COM(2016) 272 final 2016/0132(COD) Propuesta De Reglamento Del Parlamento Europeo Y Del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del [Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida] y de la identificación de un nacional de un tercer país o un apátrida en situación ilegal, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley (refundición) §5.

[244] Para un análisis más en profundidad de Eurodac y sus perspectivas de futuro puede verse: GARCÍA MAHAMUT, R. y VIGURI CORDERO, J. «La protección de los datos personales de los solicitantes de protección internacional en el (nuevo) sistema europeo común de asilo: grandes desafíos y graves deficiencias». En: *Teoría y Realidad Constitucional. Nº 44. 2019. P. 237-270.* CORNUZ RIGAUD, E.: «Les implications de l´interopérabilité au regar des droits fondamentaux. La modification d´Eurodac dans le processus d´interopérabilité». *Revue de l´Union Européene.* nº 641. P. 497-500. Y BREDSTRÖM, A.; KRIFORS K.; y MESIC N.: « Border Reconfiguration, Migration Governance, and Fundamental Rights: A Scoping Review of EURODAC as a Research Object». *Social Inclusion.* 2022. Vol. 10. 3. PP.61-81.

[245] Reglamento (UE) n ° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 , por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen

Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. El reglamento Dublín III, que constituye el núcleo del SECA. Con origen en el Convenio de Dublín y posteriormente en el Reglamento 343/2003[246], al que modifica, es, sin duda, la norma más relevante de todas.

B. Garcés-Mascareñas ha resumido en tres los principios fundamentales del sistema Dublín[247]: 1. Que los solicitantes de protección internacional solo pueden solicitar protección una vez en un Estado miembro, pues se establece el reconocimiento mutuo de resoluciones negativas, que no de las resoluciones positivas[248]. 2. La determinación del Estado miembro responsable del estudio de una solicitud de protección internacional no depende de las preferencias del solicitante, si no de los criterios establecidos jerárquicamente en el Reglamento Dublín. 3. Los solicitantes de asilo que se encuentren en el territorio de un Estado miembro, pueden ser transferidos a otro EEMM que resulte responsable tras la aplicación de los criterios del reglamento.

El cambio más importante que se llevó a cabo con Dublín III fue la ampliación del ámbito de aplicación del reglamento, que modificó el artículo 1º de Dublín II, limitado entonces a las solicitudes de asilo, y le confirió una nueva redacción que empleaba el término más genérico de solicitudes de «protección internacional». Incluyendo ahora a los solicitantes de protección subsidiaria. Además, se introdujeron cambios y aclaraciones en los plazos a fin, siempre, de hacer el procedimiento de determinación del Estado miembro responsable más eficaz y rápido. Dublín III cumple con ese propósito: determinar de un modo rápido el Estado responsable del estudio de la solicitud conforme a unos criterios ordenados jerárquicamente. Sin embargo, no previó establecer un reparto equitativo.

---

de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida

[246] Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país

[247] GARCÉS-MASCAREÑAS, B.: «Por qué Dublín *No Funciona»*. En: *Notes Internacionals. CIDOB. 135. Noviembre 2015.*

[248] Este punto se critica a lo largo de la obra ya referida de MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. 2018. Op. Cit.

La crisis migratoria evidenció esta falta como una de las deficiencias básicas del Sistema que incrementaban, cuando no causaban, la infectividad de todo el SECA. Y es que los criterios preestablecidos han supuesto que la mayor parte de solicitudes de protección internacional corran a cargo de un pequeño grupo de Estados, que acumula la mayoría de solicitudes, bien por las comunidades que ya tienen asentadas (en atención al primer criterio de reunificación familiar); o bien porque siendo fronteras exteriores de la Unión conforman el territorio a través del cual el solicitante entra a la UE. El resultado es de sobra conocido: Estados con sistemas nacionales saturados. Y el colapso no solo perjudica a estos Estados que se encuentran ante un reto para el reparto y gestión de unos recursos limitados, y que asumen el deber de proteger a las personas vulnerables; sino que también dificulta enormemente a las autoridades nacionales cumplir con los estándares procesales adecuados para el desarrollo del procedimiento, impidiendo aplicar unas condiciones de acogida dignas perjudicando, ante todo, a los propios solicitantes. Pues resulta lógico que, en una situación de saturación, los Estados encuentren mayores dificultades para dictar una resolución sobre la solicitud en el plazo de seis meses, o garantizar la celebración de una entrevista a todos los solicitantes. Ocurre entonces que, incluso cuando las legislaciones nacionales resultan suficientemente garantistas, la afluencia masiva de personas impide su correcta aplicación convirtiendo sistemas *a priori* adecuados, en sistemas ineficientes.

Al mismo tiempo que se evidencia el colapso de ciertos sistemas nacionales, otros Estados se encuentran ante la decisión de expulsar a solicitantes de protección que llegan a su territorio, precisamente a aquellos EEMM excesivamente saturados, que resultan responsables según el sistema Dublín. Expulsión que se produce sin poder garantizar que sus solicitudes vayan a ser tramitadas de un modo acorde al estándar de protección del CEDH, tal y como ocurrió en el asunto *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, que condenó a Bélgica por la expulsión a Grecia de un solicitante de protección internacional, en estricta aplicación del Reglamento Dublín[249]. Y también, en este caso, el Tribunal de Estrasburgo

[249] STEDH de 21 de enero de 2011 *M.S.S c. Bélgica y Grecia*. Pero la lista de jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ante situaciones de traslados de solicitantes por aplicación del Reglamento Dublín no es corta. Entre otras muchas: STEDH de 21 de octubre de 2014 *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*,; STEDH (Gran Sala) de 4 de noviembre de 2014 *Trakhel c. Suiza*,; o en sentido contrario, la STEDH de 5 de diciembre de 2013 *Sharifi c. Austria*, donde el Tribunal consideró que el traslado de Austria a Grecia no había supuesto un trato contrario al artículo 3 CEDH, porque los hechos ocurrieron en 2008 y en ese momento, no se puede suponer que las autoridades austricas conocían la gravedad de las deficiencias del sistema griego. Resolución más que cuestionable, contraria a la jurisprudencia de *M.S.S* del 2011,

advirtió que la legislación griega preveía un sistema suficientemente garantista, pero que su aplicación era tan defectuosa, y las condiciones de acogida en centros colapsados, tan indignas, que el traslado de solicitantes a Grecia podía conllevar un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 CEDH.

Con todo ello, y especialmente tras los años más duros de la crisis migratoria, su reforma se percibió como una cuestión prioritaria[250]. Sin embargo, como ha ocurrido con todos los demás instrumentos, esa reforma aún no ha llegado a producirse.

2.3 El SECA de tercera generación: de la agenda migratoria del 2015 (Comisión Juncker) al Pacto sobre Migración y asilo del 2020 (Comisión Von der Leyen).

Como se ha reiterado a lo largo de estas páginas, la afluencia migratoria masiva que afectó a Europa a partir del 2015 evidenció los graves defectos del SECA en particular, y de la política migratoria europea, en general. Comenzó entonces un proceso de reforma planteado en dos fases, que se desarrollaron mediante la presentación de dos paquetes legislativos[251]. Como se ha adelantado en páginas anteriores, la reforma no llegó a aprobarse, pero las propuestas presentadas, fruto de años de debates, continúan siendo esenciales para el futuro del Sistema.

El objetivo consiste en pasar de un sistema deficiente e insolidario, a otro integral, más equilibrado, que abriera vías legales, como itinerarios alternativos y seguros hacia la UE, para permitir una mejor gestión de los flujos[252]. La teoría era prometedora. El primer paquete de reformas, de 4 de mayo de 2016, comprendía propuestas para la reforma del

[250] La propuesta de reforma del 2016 puede consultarse en: Bruselas, 4.5.2016 COM(2016) 270 final 2016/0133 (COD) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido)

[251] Puede verse el anuncio del proceso de reforma en el documento programático: «La Agenda Europea Sobre La Migración», Bruselas. COM (2015) 240 final. 13 de mayo de 2015.

[252] Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de silo y una mejora de las vías legales hacia Europa, COM (2016) 197 final, de 6 de abril de 2016.

Reglamento Dublín[253], la reforma del Reglamento Eurodac[254] y la institución, mediante otro reglamento, de una Agencia Europea de Asilo (AAUE), que sustituyera a la EASO (Oficina Europea de Apoyo al Asilo)[255]. El segundo paquete, de 13 de julio de 2016, se ocupaba de la reforma de las Directivas de Procedimiento[256], Cualificación[257] y Acogida[258], que serían derogadas y sustituidas por reglamentos, así como de la regulación, mediante un nuevo reglamento, de un marco de reasentamiento[259].

De ellas, la que más expectación levantaba, por ser el eje central del SECA, era la reforma del Reglamento (UE) nº604/2013, comúnmente conocido como Reglamento Dublín III. Una norma que no fue concebida para situaciones de presión desproporcionada, y que ha sido aplicada durante años de manera dispar e incoherente con sus objetivos, causando en gran medida los desajustes y desequilibrios que han llevado a la Comisión a redactar una propuesta de reforma del mismo.

Los objetivos marcados con su reforma pretendían dotar al Reglamento de una mayor eficacia en la determinación del Estado responsable, suprimiendo las cláusulas de cese de responsabilidad, a la vez que tratana de hacer el sistema de reparto más proporcional para evitar que un Estado miembro afronte por sí solo la responsabilidad derivada de una llegada masiva de solicitantes. Sin embargo, algunos de los aspectos más controvertidos de la reforma no cuadran con ello. Entre las medidas incluidas en la propuesta de reforma se encontraba la supresión de las cláusulas de cese de responsabilidad del Estado miembro doce meses después de la fecha en que se produjo la entrada irregular a un Estado miembro. De este modo, el anterior artículo 13, 15 en la propuesta, determinaba que el Estado responsable para el caso de que un solicitante haya accedido al Estado de modo irregular sea ese mismo Estado, sin que pueda excluirse esa responsabilidad por su presencia durante 12 meses. Una medida que, si bien puede dotar de mayor eficacia al

[253] COM/2016/270.

[254] COM/2016/272.

[255] COM/2016/271.

[256] COM/2016/467.

[257] COM/2016/466.

[258] COM/2016/465.

[259] COM/2016/468.

sistema, se opone radicalmente a uno de los objetivos principales de la reforma: lograr el reparto equitativo; ya que, a fin de cuentas, a los Estados a los que más afecta son los Estados con fronteras exteriores.

Respecto al estudio de la solicitud, la Comisión defendió las reformas propuestas relativas a una reducción de los plazos en base a su interés por agilizar los procedimientos. Lo cual resulta poco realista dada la enorme carga burocrática que conlleva, e implicar una dotación tecnológica y humana difícilmente apoyada por los Estados. Las críticas no solo señalaban su ardua -cuanto no utópica- consecución, sino principalmente la contradicción de estos plazos con los derechos sustantivos y procedimentales de los solicitantes. En este sentido, se propuso realizar un examen previo a determinar el Estado responsable que pueda, bien inadmitir la solicitud por considerar primer país de asilo un Estado que no sea miembro de la Unión o por considerarlo país seguro para el solicitante; o bien considerar que es de aplicación un examen a través de un procedimiento acelerado, si se ha residido anteriormente y de forma habitual en un país designado como país de origen seguro o por ser considerado un peligro para la seguridad nacional o el orden público del Estado miembro. Más allá de la posible eficacia de estas medidas, o de si realmente corrigen los problemas del *Sistema Dublín*, no puede ignorarse el hecho de que indicar la inadmisibilidad de una solicitud de protección internacional, previa a la determinación del Estado miembro responsable, propicia la vulneración de derechos fundamentales. De igual manera, el uso automático de conceptos jurídicos, a veces indeterminados, como son: país de origen seguro, tercer país seguro, primer país de asilo o peligro para la seguridad, puede abrir la vía a estudios de solicitudes discriminatorios por razón de la nacionalidad o según las rutas de huida.

Respecto al principal problema, la solución que aportó la propuesta de reforma, ante la asignación desproporcionada, consistía en la introducción de un mecanismo correctivo que observa un valor de referencia, calculado en función del PIB, de la población del Estado miembro, el número de solicitudes y el número de personas reasentadas en dicho Estado. De esta manera, una vez superado en un 150% esa cifra de referencia, se activaría el mecanismo correctivo de manera automática, reubicando a los solicitantes de protección internacional de ese primer Estado miembro de llegada a otros de asignación que soporten una carga menor. Cuesta entender, sin embargo, la finalidad de haber fijado una cifra tan elevada como es el 150% para activar el mecanismo corrector, ya que

podemos suponer que desde el momento mismo en que se sobrepase la capacidad del Estado, las condiciones de acogida y el propio procedimiento de reconocimiento se verán perjudicados. Además, han de señalarse las dudas que genera su aplicación automática respecto de la observancia de situaciones de especial vulnerabilidad y de conciliación familiar.

Pero más allá de los límites que presentan estas propuestas de reformas cuyo fin principal parece ser dotar de una mayor eficacia al sistema, casi a toda costa, distando mucho de establecer un estatuto uniforme; el principal problema que se plantea es cómo abordar la necesaria reforma integral del sistema. Así, V. Faggiani nos recuerda que de estas siete propuestas presentadas en el año 2016, solo cinco pasaron a «trilogos» con el Parlamento Europeo: el reglamento de Cualificación, la Directiva de acogida, el Reglamento para la creación de la EASO, el Reglamento Eurodac y el Reglamento para el nuevo marco de reasentamiento[260]. Pero el bloqueo para la reforma de otros instrumentos, en especial, del Reglamento Dublín, impidió avanzar en la reforma del SECA.

La aprobación por separado de aquellos instrumentos que hubieran alcanzado el consenso no fue posible por la negativa de algunos Estados como Italia. Aquellos instrumentos en los que no se alcanzaba el consenso, y, principalmente el Reglamento Dublín, resultaban de especial interés para ciertos Estados que se habían visto abandonados ante la crisis migratoria.

Se puede entender así, que el «enfoque *step by step*» no fuera secundado por Estados que veían la reforma del SECA necesaria, pero que solo estaban dispuestos a que fuera integral. Existiendo una interconexión entre todas las medidas, estas debían adoptarse en bloque. Todo o nada[261].

Como en tantas otras ocasiones ha ocurrido, las tensiones existentes entre intereses nacionales e intereses comunes hicieron imposible la aprobación de ambos paquetes de reforma, dada la imposibilidad de lograr la necesaria unanimidad en el seno del Consejo para adoptar las propuestas de la Comisión. Pese a su evidente necesidad, la insolidaridad

[260] FAGGIANI, V. Op. Cit.. 2020. P. 11.

[261] Aunque como plantea FAGGIANI V. Op. Cit. P. 11 Podría ser que la aprobación de algunas medidas hubiera impulsado las demás.

entre los Estados y las debilidades competenciales de las que adolece la Unión en esta materia volvieron a frustrar la consecución de una (nueva) política de asilo eficaz. No obstante, durante cuatro años, las propuestas se mantuvieron sobre la mesa de negociaciones

Sin haber cesado en el empeño, y en parte motivado por los Pactos de Migración y Asilo de la ONU, se elaboró una nueva propuesta de reforma. Aun habiendo transcurrido ya los años más duros de la crisis migratoria, la reforma seguía percibiéndose como necesaria. Era evidente que el Sistema no funcionaba. Las noticias sobre refugiados detenidos en las fronteras hHúngaras; de naufragios en las costas europeas; o acerca de las terribles condiciones en las que se encontraban los campos de refugiados[262] no habían dejado de llegar, aunque lo hacían más silenciosamente, ante una audiencia que estaba ya asumiendo como normal una tragedia humanitaria. La cuestión era urgente, pero la presentación de la nueva propuesta de reforma se demoró ante una nueva catástrofe: la pandemia del Covid-19 que se tornó la cuestión prioritaria.

Así, el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo [263] se presentó en septiembre de 2020. Y, aunque supone una nueva oportunidad de alcanzar la reforma integral del SECA, tras haber renunciado a muchas aspiraciones, y acoger las opiniones de los Estados más reticentes, se plasma en una propuesta que no es novedosa. De hecho, el Pacto, inspirado en principios similares a los de la Agenda Europea del 2015: «parte de la base de los progresos realizados desde 2016» [264]. Así, como señala S. Peers, en el Pacto de 2020, la Comisión «invita al Consejo y al Parlamento a reanudar las negociaciones» llevadas a cabo en la propuesta anterior en las materias que, como se señaló anteriormente, llegaron a buen puerto. Esto es, las relativas a las normas de cualificación, condiciones de acogida,

---

[262] Recordemos en este sentido que la trágica noticia de un incendio en el campamento de refugiados de Moria, el más grande de Europa, el 9 de septiembre de 2020 ocurrió tan solo unos días antes de la presentación de este nuevo Plan. Y según afirmó la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula von der Leyen, este acontecimiento aceleró la presentación del respectivo paquete de medidas que sustituiría el vigente mecanismo Dublín.

[263] La documentación oficial relativa al mismo se encuentra disponible en: https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_es .

[264] Bruselas, 23.9.2020 COM(2020) 609 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo P. 3.

la creación de una agencia de asilo[265], el nuevo marco de reasentamiento, y la propuestas relativas a la Directiva de retorno. Pero, a fin de lograr desbloquear la situación, se planteó también la modificación de dos propuestas legislativas y tres nuevas orientadas al control de las fronteras exteriores y la reubicación de solicitantes[266].

Abandonando la anterior reforma del Reglamento Dublín III, la más polémica de las presentadas en los paquetes de reforma del 2016, la Comisión plantea ahora una nueva propuesta de Reglamento sobre la *gestión del asilo y la migración*[267], que tiene como fin derogar el Reglamento Dublín III, estableciendo un nuevo marco común a fin de que la gestión del asilo y la migración se lleve a cabo con atención a los principios de solidaridad (entendida ahora como un principio «flexible»), y reparto equitativo de responsabilidades. Parece obvio que la nueva propuesta pretende dejar atrás el repudiado *sistema Dublín*, que tan mala fama ha cosechado durante los peores años de la crisis migratoria. De ahí la presentación de esta norma bajo el título de «Reglamento sobre la gestión», y no como el predecible «Dublín IV». Sin embargo, los cambios introducidos no son tan evidentes. Pese al *lavado de cara*, lo cierto es que la nueva propuesta no plantea apenas modificaciones[268] en lo que respecta a los criterios de determinación del Estado miembro responsable. Más bien, el nuevo enfoque consiste en la incorporación de dos mecanismos de solidaridad «a la carta», que pretenden compensar los desequilibrios inherentes al sistema. Un mecanismo relativo a la reubicación voluntaria de los solicitantes de protección internacional en otros EEMM; y un segundo instrumento diseñado para

---

[265] En diciembre de 2021 se adoptó el reglamento de la nueva Agencia de Asilo de la Unión Europea: Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº. 439/2010.

[266]PEERS, S.: «First analysis of the EU's new asylum proposals». En el *blog online de EU Law Analysis.* Disponible para consulta en http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/09/first-analysis-of-eus-new-asylum.html

[267] Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX [Fondo de Asilo y Migración]. Bruselas 23 de septiembre de 2009. Com (2020) 610 final.

[268] Algunas de las reformas propuestas hacen referencia al establecimiento de plazos más breves. Al reconocimiento de los títulos académicos expedidos por un Estado miembro como elemento a considerar en el momento de determinación del Estado miembro responsable, al reconocerse como un vínculo importante. Así como la ampliación de la definición de «miembro familiar». Y como se adelantó al abordar la propuesta del 2016, también ahora se propone modificar la cláusula que prevé el cese de responsabilidad transcurridos doce meses de la entrada irregular, que se pospone hasta los tres años.

aquellos Estados que se han negado sistemáticamente a participar en los mecanismos de reubicación consistente en el patrocinio de los retornos.

Junto a este Reglamento se presentó también un nuevo Reglamento que, modificando ciertos aspectos de la propuesta del 2016, y derogando la vigente Directiva 2013/32/UE, pretende establecer un *procedimiento común en materia de protección internacional* en la Unión[269] más eficaz y rápido, sobre todo para detectar solicitudes infundadas. Entre las medidas que contempla se prevé la inclusión de una nueva fase de control previa a la entrada cuyo fin principal es determinar «categorías de solicitantes»; y la ampliación de las causas que habilitan el procedimiento fronterizo.

En estrecha relación con las nuevas medidas propuestas que se acaban de señalar, el pacto incluye también la propuesta de un nuevo Reglamento mediante el cual se introduce un *control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores* y que desea modificar cuatro reglamentos vigentes[270]. Su objetivo es establecer un sistema de examen de todos aquellos nacionales de terceros países que, encontrándose en la frontera exterior, no cumplan las condiciones de entrada, o hayan desembarcado tras una operación de salvamento, para identificar su identidad y sus condiciones personales que puedan comportar su remisión al procedimiento más adecuado: un procedimiento de retorno, un procedimiento de protección internacional o de reubicación. Además en el caso de que solicite protección, las autoridades que llevan a cabo el control deben hacer acopio de cuanta información pueda resultar pertinente para que las autoridades responsables del estudio de la solicitud opten, si fuera oportuno, por tramitarla a través del procedimiento fronterizo o de un examen acelerado.

A las medidas que se introducirían con ambas propuestas subyace una evidente estrategia de lucha contra la inmigración irregular que parte ahora de una premisa aprendida en la práctica: la dificultad que entrañan las expulsiones de extranjeros en situación irregular

[269] Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE. Bruselas, 23 de septiembre de 2020. COM (2020) 611 final.

[270] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817. Bruselas, 23 de septiembre de 2020. COM(2020) 612 final.

ante la falta de acuerdos de readmisión[271]. La estrategia que está conformando ahora la Unión Europea plantea reforzar dos líneas de acción. De un lado, la rápida identificación de quienes acceden ilegalmente sin causa justificada, esto es, sin una solicitud de protección internacional que ampare, *ex* artículo 31 de la Convención de Ginebra, su llegada, facilitando así los procedimientos de retorno. Y de otro, introducir la colaboración entre Estados para los procedimientos de expulsión a través del mecanismo de solidaridad de patrocinio de las expulsiones, incorporado en la propuesta de reglamento de gestión de asilo y migración. Un mecanismo que permite la colaboración en la expulsión de inmigrantes en situación irregular que no hayan presentado ninguna solicitud de protección. La colaboración en este sentido supone un avance en el reconocimiento de la interdependencia que viven los Estados al abordar la cuestión migratoria. Pero también una manera de aprovechar la mejor posición que otros Estados pueden tener para afrontar las expulsiones, sacando beneficio común de los acuerdos de readmisión que tiene cada Estado miembro. Bastaría que asumiera la expulsión aquel Estado que cuente con el acuerdo de readmisión pertinente al caso. Una estrategia muy prometedora pero que podría suponer una disminución del canon de protección, tanto en los procedimientos fronterizos, como en los procedimientos de expulsión.

En concordancia con esta estrategia, el Pacto Migratorio también presenta un nuevo Reglamento del *sistema Eurodac*[272] que, aunque parte de ampliación planteada en la anterior propuesta del 2016, la supera al situarse dentro de un nuevo marco de interoperabilidad. La prioridad de la reforma consiste en que este instrumento sirva para elaborar una estrategia contra la migración irregular alcanzando un mayor control de los

---

[271] Según los datos oficiales de la Comisión Europea, en 2021 fueron devueltos a un tercer país 70 500 personas. Lo que equivale al 21% de todas las decisiones de retorno emitidas durante un año. Siendo los principales países de origen: Ucrania, Albania y Georgia. En el extremo contrario, los países a donde resultó menos exitoso el retorno, a pesar de contar con más de 5 000 órdenes fueron: Eritrea (2%); Libia (2,9%); Costa de Marfil (3,2%); Siria (3,5%); y Guinea (4,3%). Datos disponibles para consulta en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_es#refugiados-en-europa Últ. Consulta 5 de junio de 2023.

[272] Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de datos biométricos para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) XXX/XXX [Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración] y del Reglamento (UE) XXX/XXX [Reglamento sobre el Marco de Reasentamiento], para la identificación de un nacional de un tercer país o un apátrida en situación irregular, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818. Bruselas, 23 de septiembre de 2020. COM (2020) 614 final.

movimientos no autorizados, al poner el foco, no en las solicitudes, sino en los solicitantes. Como se verá, las dudas que plantea su afectación a los derechos humanos no son pocas.

Y, finalmente, la última iniciativa presenta una Propuesta de Reglamento relativo a *las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo*[273] sobre la base jurídica del artículo 78.2 TFUE. Una norma que, de aprobarse, derogaría la Directiva 2001/55/CE, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Que, hasta el momento en que se presentó el paquete de reformas, no había sido aplicada; por lo que no había grandes interés en su reemplazo. Sin embargo, esta Directiva 2001/55 ha sido el elemento normativo central para la gestión de los refugiados ucranianos en Europa, por lo que su sustitución plantea ahora nuevas reservas[274].

En suma, las nuevas propuestas en materia de protección internacional están orientadas a alcanzar procedimientos más eficientes, y a permitir una aplicación uniforme por parte de los Estados miembros. Todo ello a fin de lograr una detección de la inmigración ilegal más eficaz. Pero lo cierto es que las grandes deficiencias del SECA siguen sin ser afrontadas y resueltas. El problema, por tanto, no es solo la falta de consenso político que logre desbloquear la situación con la aprobación de una nueva reforma del SECA. El verdadero problema está en saber si esa reforma servirá realmente para lograr un sistema eficaz, común y garantista[275].

---

[273] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo. Bruselas, 23 de septiembre de 2020. Com (2020) 613/final.

[274] Entre las reclamaciones llevadas a cabo por la doctrina tras la aplicación de la Directiva 2001/55, destaca la exigencia de que en un futuro su aplicación no resulte como consecuencia de una decisión política, sino automática en supuestos de gran afluencia. En este sentido, PORRAS RAMÍREZ, J.M: « La crisis de Ucrania, la aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes: ¿un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea?» *La Ley Unión Europea*. 2022. P. 15

[275] Las Recomendaciones elaboradas por ACNUR para el Pacto sobre Migración y Asilo propuesto por la Comisión se pueden consultar en: https://www.refworld.org/docid/5e3171364.html

Y las opiniones presentadas por la OIM sobre la hoja de ruta para el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo se encuentran disponibles en: https://eea.iom.int/publications/iom-views-roadmap-eu-new-pact-migration-and-asylum

Y es que comprender los defectos que afectan al SECA es más complejo que abordar los puntos débiles de cada norma por separado. Pretendiendo conformar un sistema, resulta más adecuado plantear los principales puntos débiles de aquél con el propósito final de alcanzar una reforma integral que derive, como ya se ha adelantado, en la consecución de un sistema común de protección internacional más eficiente y garantista, que se encuadre, de un modo equilibrado, en una futura política común de las migraciones.

2.4 Deficiencias y límites del SECA.

Del SECA se ha criticado hasta su nombre, al considerar, como explica Gónzalez Vega, que el Sistema Europeo Común de Asilo: «ni es un *sistema* -al no abordar el conjunto de cuestiones que interesan al régimen de asilo-, ni es europeo -al quedar *a priori* excluidos de él (Reino Unido), Irlanda y Dinamarca (y obviamente otros Estados no miembros de la UE, aunque sí los Estados EFTA)- , ni es «común» -al venir constituido en buena medida por disposiciones que confieren una cierta discrecionalidad a los Estados para acomodar a sus especificidades e intereses el régimen previsto (con las consiguientes disparidades en cuanto a la regulación eventualmente operativa en los distintos Estados participantes)- ni es, al menos exclusivamente, de «asilo» al contemplar junto a este otras fórmulas de protección» .[276]

Tras décadas de desarrollo, el SECA es hoy un entramado complejo de normas de distinta índole que, en un intento de conciliar la seguridad de las fronteras y los derechos humanos, aspira a servir de marco de actuación para todo el territorio de la Unión. Pero «hay una clara brecha entre el ser y el deber ser del SECA» [277].

El problema del SECA no es su anacronismo, como ocurre con la Convención de Ginebra. Como se ha descrito anteriormente, el SECA es fruto de un proceso largo, con objetivos muy reflexionados durante décadas, que ha sido reformado en diversas ocasiones a lo largo de su historia para corregirlo, y progresar en el objetivo de una mayor integración.

---

[276] GONZÁLEZ VEGA, J.A.: «El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la declaración UE- Turquía» en *La crisis de personas refugiadas y su impacto sobre la UE*. Eurobasque. 2016 p. 149-189. P.165

[277] Para un análisis sobre el Pacto y el estado del SECA, véase: PORRAS RAMÍREZ, J. Mª: «El pacto sobre inmigración y asilo en la Unión Europea». En: PORRAS RAMÍREZ, J.Mª. (Coord)*: Migraciones y asilo en la Unión Europea.* Pamplona, Thomson Reuters Aaranzadi. 2020. P. 145-171.

Pero aun con estos cambios, no ha logrado adaptarse a una realidad global de la que la Unión no puede ser ajena. Las modificaciones en la normativa no han logrado que el sistema se adapte, ni responda de forma conjunta al reto que suponen los movimientos migratorios masivos, fruto de la globalización. El sistema actual cuenta con una serie de límites y deficiencias que, pese a sus muchos logros, ha cuestionado la viabilidad de la propia política de asilo de la Unión, la estabilidad del espacio Schengen, y a la vista de la última crisis, su pervivencia misma como Comunidad de Derecho.

Podemos resumir en tres los principales obstáculos que debe superar el SECA. Por un lado, la falta de estándares comunes tanto en las fases iniciales del procedimiento (recepción y estudio de la solicitud) como en las fases finales de resolución, acogida e integración. Esta carencia del Sistema, que deriva de los límites competenciales con los que cuenta la Unión, atendiendo a la naturaleza compartida de esta materia, así como al uso de instrumentos de armonización mínima para su conformación, conlleva su desigual desarrollo por cada Estado Miembro. Como consecuencia, dentro de un Sistema Europeo Común, se han concretado más de veintisiete políticas[278] de asilo nacionales distintas; algunas de las cuales resultan más atractivas para los solicitantes. La falta de garantías de procedimiento común, así como de un plan de acogida e integración igualmente comunes, con derechos afines, conlleva que los solicitantes decidan acudir a unos determinados Estados. Lo cual, no solo incrementa la presión migratoria en esos territorios; sino que favorece los movimientos secundarios, tan temidos para la UE, pero que benefician a los Estados de primera línea, al desaparecer su *responsabilidad* cuando emigran hacia los países del norte. Una deficiencia del Sistema que se entiende mejor al examinarla conjuntamente con la segunda gran lacra del SECA: un reparto desigual de la responsabilidad debido a un sistema insolidario, que deriva directamente de la aplicación de los criterios de determinación del Estado miembro responsable, contenidos en el reglamento Dublín. Estas deficiencias del Sistema no solo reducen su eficacia, sino que han hecho aumentar las tensiones entre los EEMM, muchos de los cuales se han sentido abandonados y defraudados por las actuaciones de sus socios que, en el marco de la crisis migratoria, han adoptado decisiones que anteponían sus cortoplacistas intereses

[278] Atendiendo a la participación de países extracomunitarios en el *Sistema Dublín:* Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

nacionales; mostrando así una faceta incompatible con el proyecto europeo, cuyos efectos se han propagado más allá de la política migratoria.

El tercer gran reto al que se enfrenta el SECA es responder a la dicotomía existente entre libertad (derechos) y seguridad. Y es que, como se desarrollará en el siguiente epígrafe, resulta imposible elaborar un sistema de protección internacional coherente, dentro de una política migratoria global que trata de desincentivar la migración proveniente de una mayoría de Estados, reduciendo las vías legales de acceso; al tiempo que sitúa como prioridad la lucha contra la inmigración ilegal. Máxime cuando esa política de protección se articula desde criterios de territorialidad que requieren estar presente en suelo europeo. En definitiva, este límite responde a los desequilibrios existentes entre las políticas de asilo, de inmigración y de gestión de fronteras exteriores, que establecen prioridades distintas y cuya ordenación deberá enjuiciarse, en cualquier caso, bajo la efectiva protección de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

Pero la solución a estas deficiencias no puede encontrarse en los discursos populistas, en auge tanto para un extremo político como para su contrario. La complejidad a la que responden las cuestiones de la política migratoria, en general, y de asilo, en particular, derivan de su característica transversalidad, que afecta a ámbitos casi irreconciliables. Un Sistema que logre garantizar los derechos de los solicitantes de protección internacional y que, a su vez, logre preservar la seguridad de las fronteras es sumamente complejo cuando la inmensa mayoría de solicitantes de protección acceden irregularmente[279]. Y resulta igualmente difícil articular un sistema común para Estados con realidades tan distintas, si este no se sustenta de manera firme sobre la solidaridad comunitaria y el establecimiento de estándares comunes.

Mientras sus problemas estructurales no se resuelvan, el funcionamiento efectivo del SECA será imposible. Las autoridades actuarán primando un objetivo, sea la seguridad, sean los derechos, sobre otro. Y con ello, no solo se verá deteriorado el SECA, sino también el gran logro del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, y las relaciones entre los Estados. Incluso el sistema Schengen. Las graves consecuencias del mal

[279] Una realidad que ya apuntaban hace más de una el informe de FACCHI, L.: «Exploring avenues for protected entry in Europe». *Italian Council for* Refugees. 2012. P. 17: «According to estimates, approximately 90% of all asylum seekers enter Europe in an irregular manner, since legal entry has become more and more difficult and in most cases imposible»..

funcionamiento del SECA, sumado a la certera continuidad en el tiempo de estos flujos migratorios, hacen que sea necesario un cambio en la estrategia europea. Un replanteamiento profundo del SECA del que obtener un nuevo sistema más garantista y eficaz.

A continuación se llevará a cabo un estudio individual de los principales límites con los que cuenta el SECA. Pues son estas deficiencias las que impiden superar los tres grandes obstáculos expuestos *supra* (la falta de estándares comunes; la instauración de un sistema solidario; y la conciliación de seguridad y derechos) y cuyo abordaje resulta necesario para obtener una visión realista de las perspectivas de futuro y de la adecuación de las propuestas de reforma actuales.

2. 4.1 Excesiva deferencia para con los Estados Miembros.

Fruto del difícil proceso que se llevó a cabo para *comunitarizar* la política de asilo, y que responde, a su vez, a la vinculación de esta competencia con la soberanía estatal, el SECA se elaboró a través de concesiones a los Estados miembros. Esto es, el abordaje comunitario de esta política era necesario por su vinculación con el ELSJ y con el espacio Schengen. Como se ha señalado anteriormente cuando abordamos su proceso de construcción, la creación de un espacio sin fronteras interiores requería un mayor control de las fronteras exteriores, de la migración y con todo ello, del asilo. Sin embargo, los Estados se mostraron reticentes a desprenderse de esta competencia, tan vinculada a su soberanía. Y es que no podemos olvidar que el asilo sigue configurado en el Derecho internacional como una prerrogativa estatal; aunque el Derecho comunitario la haya transformado en una obligación para los Estados, y un derecho para los extranjeros, cuando se cumplan ciertas exigencias estrictamente tasadas. En este sentido, la libertad de los Estados para ejercer su prerrogativa se ha visto mermada, y reducida a la valoración de aquellas circunstancias condicionantes. Una facultad que les ha permitido aún mantener una cuota de poder significativa, y que ha conllevado una disparidad de trato en los distintos sistemas nacionales del SECA.

Tal y como se ha recordado en páginas precedentes, tras el Tratado de Ámsterdam se emprendió un proceso legislativo para la comunitarización de la política migratoria y de asilo. Y, con la postura reticente de muchos Estados, comenzó la primera fase del SECA. Los acuerdos logrados entonces, y que aún hoy perviven en nuestro Sistema de asilo, no

fueron fáciles de alcanzar. En muchas deliberaciones sobre aquellos proyectos de normas relativas al procedimiento de solicitud, a los requisitos para el reconocimiento, o a las normas para la acogida, los Estados mostraban su oposición ante el riesgo de tener que modificar sus políticas internas y aumentar sus estándares de protección. Se optó entonces por plantear el SECA como un proceso, cuya primera fase llevaría a cabo una armonización mínima; conscientes de que, con el tiempo, el proceso de integración los llevaría a una reforma más comunitaria.

Así ocurrió en la segunda fase del SECA, pero tampoco entonces fue sencilla la reforma. Ante una Unión ampliada tras las últimas incorporaciones y marcada por las modificaciones del Tratado de Lisboa, el proceso fue largo[280]. Como se ha evidenciado en el epígrafe anterior, los Estados continuaron reticentes a perder autonomía en la materia rechazando una mayor transferencia de soberanía al respecto, aunque sabían que el objetivo de lograr una política europea de asilo, enunciado en el TFUE, requeriría la renovación de los instrumentos vigentes. Sus reticencias ante la necesaria reforma, sumadas a la necesidad de lograr unanimidad en el seno del Consejo para adoptar las propuestas de la Comisión, supuso que ésta cediera en muchas de sus ambiciones a favor de las pretensiones de los Estados, a fin de alcanzar el consenso necesario para aprobar la segunda fase.

Aquellas pretensiones estatales, de nuevo, trataban de evitar modificaciones sustanciales en sus políticas nacionales. Pero esta ambición resultaba difícilmente conciliable con el objetivo de lograr una política común, al perpetuar distintos procedimientos y diferentes estándares de protección en cada Estado, armonizados bajo unos mínimos imperativos. El resultado alcanzado es un sistema que, si bien se advierte apreciable por sus muchas mejoras, permanece aún lejos de haber alcanzado el grado suficiente de armonización como para designarse «común».

El mismo problema de entonces continúa apreciándose hoy. El SECA no puede funcionar como un sistema efectivo sin la instauración de unos estándares comunes. Pero sin la unanimidad del Consejo no es posible aprobar los paquetes de reformas. Con la

[280] Recordemos en este punto que el Pacto Migratorio del 2008 reclamaba la necesidad de reformar los instrumentos del SECA y que, sin embargo, hubo que esperar hasta diciembre del 2011 para que se aprobase la primera reforma: la reforma de la Directiva de reconocimiento, Directiva 2011/95/UE de 13 de diciembre de 2011.

particularidad, de que ahora el sistema no solo se ha evidenciado ineficaz, sino que, ante sistemas colapsados, los Estados están aplicando políticas nacionales incoherentes con el planteamiento común del SECA, ignorando en ocasiones su cumplimiento. Situación que, además de sus evidentes implicaciones para la gestión comunitaria de los flujos migratorios, ha incrementado las tensiones estatales ya existentes entre los EEMM, y hacia la UE; poniendo en riesgo el propio proyecto europeo al atacar sus principios. Además, con el notable aumento de partidos nacionalistas y xenófobos, el consenso resulta más difícil que nunca, pese a su urgencia.

La excesiva deferencia mostrada hacia los Estados en la configuración del SECA se manifiesta así en dos elementos principales que hacen especialmente dudosa la denominación de este sistema como «europeo» y «común». De un lado, su configuración mediante instrumentos de geometría variable, que han permitido a algunos territorios desvincularse de su aplicación. Y, por otra parte, dado el excesivo margen de discrecionalidad que se reserva a los EEMM, que conlleva la aplicación de medidas nacionales muy dispares entre sí, y que imposibilita la construcción de estándares comunes.

Sobre la primera de estas manifestaciones, no es erróneo decir que el SECA se ha configurado mediante la estrategia de una Europa a varias velocidades[281], como máxima concesión para algunos territorios que se mostraron contrarios a la *comunitarización* de la política de asilo. En virtud de los Protocolos 21 y 22 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ni Irlanda ni Dinamarca (ni tampoco el Reino Unido, durante el tiempo que ha formado parte de la Unión) participan en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en el marco del Título V del TFUE, esto es, el relativo al Espacio de

[281] La existencia de una multitud de términos para referirnos a los fenómenos de flexibilización inherentes al más amplio ámbito de la integración diferenciada fue objeto de crítica por parte de, entre otros, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «Europa a diferentes velocidades (Multi-Speed, plussieurs vitesses, abgestufte Integration) con todas sus variantes (integración graduada, integración escalonada, diferenciación, velocidad variable, etc.), geometría variable (Variable Geometry, géometrie variable) con no menor número de imágenes visuales que lo rodean (círculos concéntricos, diferentes niveles, variante unitaria, núcleo duro, etc.) o Europa a la carta (Pick-and-Choose, Europe á la carte, Europa ad libitum)». Quien recordó a este respecto las palabras del entonces (1998) Secretario de Estado finlandés para asuntos europeos, «un caso severo de indigestión semántica». MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: « La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada». En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 3, 1998, P.210. En referencia a la tesis de STUBB, A.: *The Semantic Indigestion of Differentiated Integration: The Political Rhetoric of the pre-1996 IGC Debate.* Thesis at the Department of Politics and Administration, College of Europe, Brujas, 1995.

Libertad Seguridad y Justicia, dentro del cual se insertan, en el Capítulo Segundo, las políticas de gestión de fronteras, migración y asilo. Como consecuencia de ello se puede afirmar, con leves matizaciones, que ni dichas disposiciones del Tratado, ni las medidas adoptadas en virtud de aquellas, ni siquiera las decisiones del TJUE, interpretativas de las mismas, vinculan a estos Estados Miembros.

Un régimen de geometría variable, que comenzó desde sus incorporaciones al Sistema Schengen, que ni siquiera en relación a estos Estados es igual, al diferir en el procedimiento para aplicar las cláusulas *opt-in.* Por un lado, el régimen de Irlanda (al igual que también lo era el de Reino Unido), en virtud del Protocolo nº 21[282] dispone que, para adherirse a aquellas propuestas o iniciativas que desee relativas a la materia, deberá notificar al Consejo en un plazo de tres meses a partir de la presentación la misma, o en cualquier momento después de su adopción, su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida propuesta. Mientras que por su parte Dinamarca puede, en virtud del Protocolo nº 22[283], informar en cualquier momento a los demás Estados miembros de que ya no desea hacer uso del Protocolo en su totalidad o en parte. Y en ese caso, le serán plenamente aplicables todas las medidas pertinentes entonces vigentes tomadas dentro del marco de la Unión Europea[284].

[282] Protocolo (Nº 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio De Libertad, Seguridad y Justicia.

[283]Protocolo (Nº 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio De Libertad, Seguridad y Justicia.

[284] Requiere una mención que Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia se han acogido a través de acuerdos internacionales al SECA. Lo que podría suponer un logro por lograr una ampliación de su ámbito de actuación, pero que de nuevo requiere de una mayor uniformidad.

Esta lógica de una *Europa a la carta* o *Europa a varias velocidades*, que parece haberse impuesto como única manera de avanzar en el proceso de construcción europea, permite a Irlanda y a Dinamarca acogerse a aquellos instrumentos del SECA, tanto normativos como institucionales, conforme a su propia voluntad. Así, a continuación se mostrará una tabla[285] con los instrumentos normativos adoptados por estos Estados, incluido el Reino Unido, cuando aún formaba parte de la Unión:

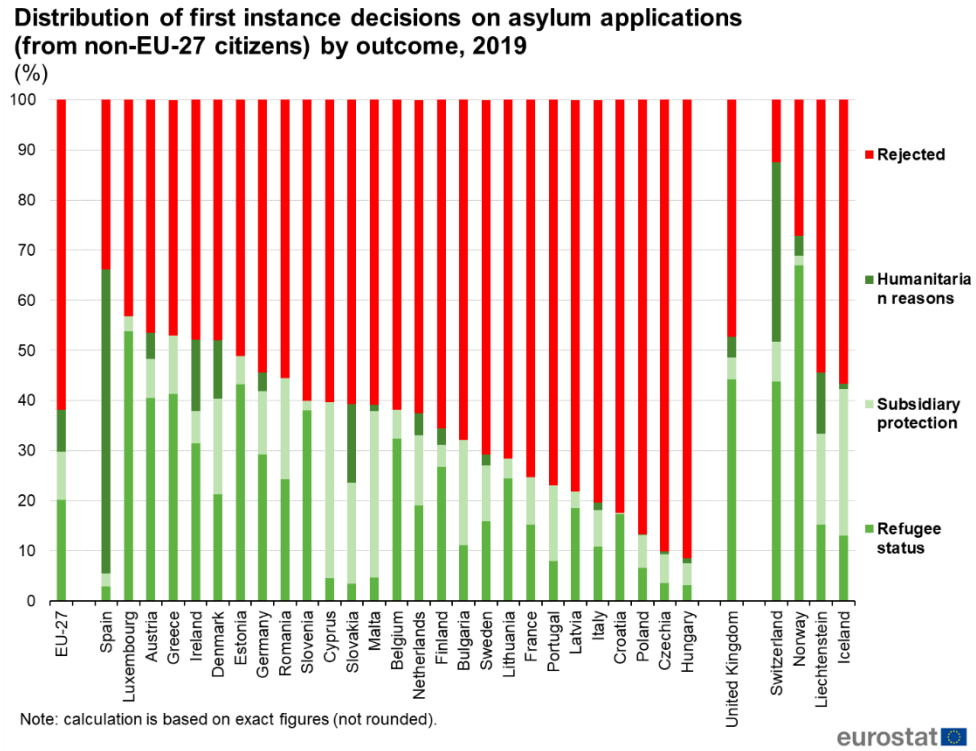
	Instrumentos de la 1ª fase del SECA							Instrumentos de la 2ª fase del SECA					Otro Derecho derivado		
	Directiva de protección temporal	Reglamento de Dublín II	Reglamento relativo a la aplicación de Dublín	Reglamento Eurodac	DCA	DPA	Directiva de reconocimiento	Reglamento de Dublín III	Reglamento Eurodac (refundición)	DCA (refundición)	DPA (refundición)	(Directiva de reconocimiento) (refundición)	DRF	Directiva sobre residentes de larga duración	Directiva de retorno
Dinamarca															
Irlanda	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓							
UK	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓						

Pero el problema de la Europa a varias velocidades para la aplicación de un SECA común y eficaz, no es tanto en relación a la posición histórica de ciertos Estados, sino, sobre todo, a las perspectivas de futuro. Pocos temas son abordados de un modo tan dispar y genera tantas desavenencias como las políticas de gestión de fronteras, la migratoria y la de asilo. Incluso entre los Estados Miembros que acogen todos los instrumentos del SECA, su ejecución resulta claramente desigual debido al amplio margen de actuación con el que cuentan los Estados miembros. Es esta la segunda gran manifestación a la que nos referíamos antes, fruto de la excesiva deferencia que se ha mostrado hacia los EEMM en la construcción del SECA y que conlleva diferencias sustanciales, incluso en el porcentaje de concesión de algún estatuto de protección internacional, que varía notablemente entre los Estados miembros.

[285] Tabla extraida de: «Introducción al sistema europeo común de asilo para órganos jurisdiccionales». Elaborado por AIJDR-EUROPA bajo contrato de la EASO en el marco de *Publicaciones de la EASO para el desarrollo profesional de los miembros de órganos jurisdiccionales.* 2016. P. 20. Disponible en: https://easo.europa.eu/sites/default/files/easo-introduction-to-ceas-ja_es.pdf

Sobre los distintos porcentajes, basta observar los datos proporcionados por Eurostat para observar las diferencias. Así, el siguiente gráfico muestra la proporción de solicitudes que son rechazadas en primera instancia en los distintos Estados europeos en los que es de aplicación el SECA; así como, en su caso, el estatuto de protección concedido.

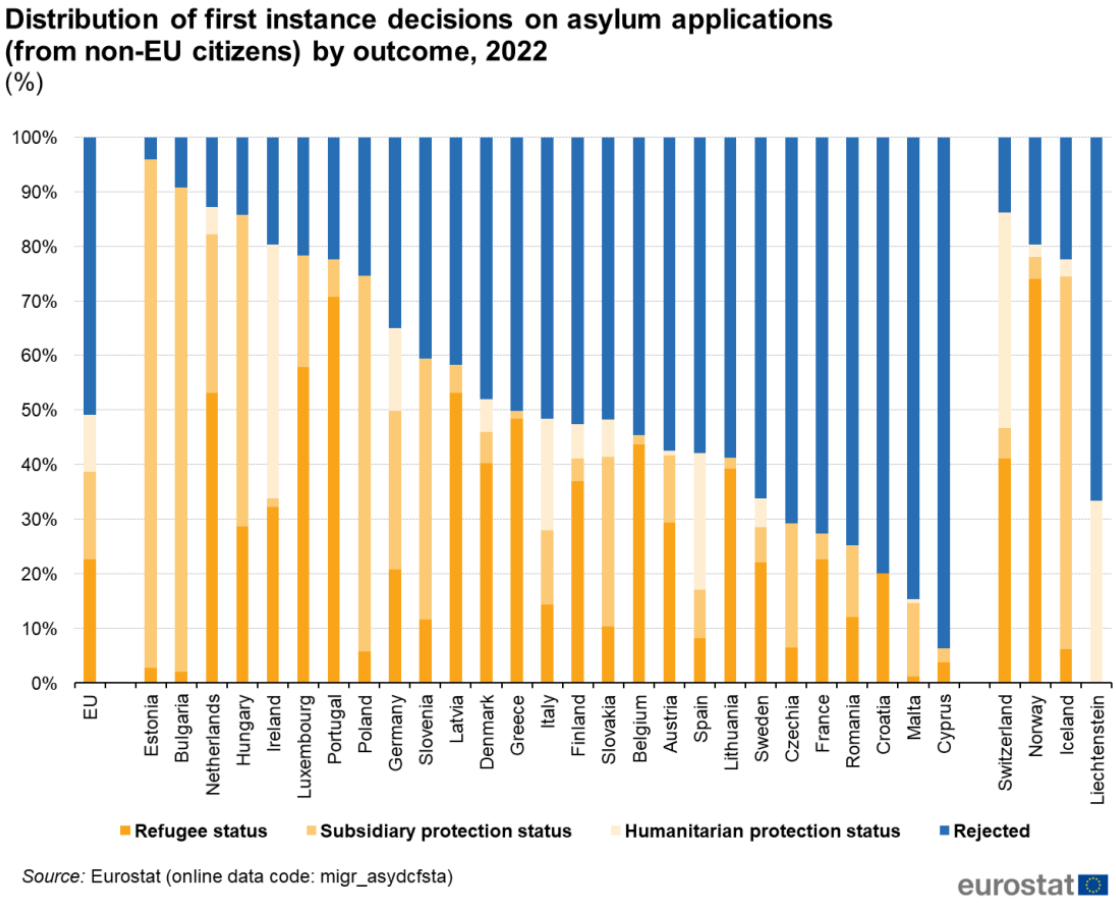
[286]



Se observa así que mientras que Hungría denegó, durante el 2019, más del 90% de las solicitudes, España concedió algún tipo de protección a casi el 70%. Y aunque se pueda tratar de justificar esta diferencia atendiendo al origen de los flujos migratorios que acuden mayoritariamente a cada uno de estos Estados, se pueden observar otros ejemplos: quienes solicitaron protección en Hungría y Suiza, donde se concedió cerca del 90%, proceden de las mismas naciones. Principalmente de Afganistán y Siria.

Resulta además interesante ver una comparativa de esos datos en la actualidad. Según *Eurostat* la gráfica de decisiones sobre solicitudes de asilo en primera instancia del año 2022 quedaría así:

[286] Gráfica de distribución de las decisiones de primera instancia sobre solicitudes de asilo (de ciudadanos de fuera de la UE) por resultado. *Eurostat*. 2019.



Siendo los países de origen con mayor tasa de reconocimiento Siria (94% de concesiones), Afganistán (85%) y Venezuela (76%). Y puede sorprender el aumento en la tasa de concesión de Estados como Hungría, que parece conceder ahora más del 80%. Pero ese dato debe leerse junto con la restrictiva política que impide *de facto* solicitar protección internacional. Así, según datos oficiales de *Eurostat* Hungría registró en el año 2022 45 solicitudes de asilo, 40 en todo el 2021, y 90 en el 2020. El mismo informe señala que España registró 116 135 solicitudes en 2022; y Francia 137 510[287].

Por otra parte, respecto a las particulares medidas adoptadas por cada Estado miembro en el contexto de la crisis migratoria podemos deducir cómo se han priorizado intereses nacionales, postergando la visión y los objetivos comunitarios. Destaca así, entre otras muchas medidas, como hasta ocho Estados del Espacio Schengen decidieron reinstauranr

[287] Datos de Eurostat disponibles para consulta. Asylum applicants by type of applicant, citizenship, age and sex - annual aggregated data (online data code: MIGR_ASYAPPCTZA) https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_asyappctza/default/table?lang=en últ. Consulta 5 de junio de 2023.

los controles fronterizos cuando comenzó la crisis en el 2015,[288] alegando la debilidad de los controles en las fronteras externas y el grave riesgo que suponían aquellos flujos migratorios masivos para su seguridad. Ese mismo año, Hungría anunció la construcción de un vallado fronterizo con Serbia, Croacia y Rumanía[289], y adoptó una normativa para la gestión de la crisis migratoria que, entre otras medidas, restringía el acceso al procedimiento de protección, limitando los lugares habilitados para su presentación a dos puestos fronterizos de tránsito cuyo acceso resultaba igualmente controlado[290]. Por su parte Italia, que había sido acusada de no llevar a cabo correctamente los controles fronterizos para la identificación de inmigrantes que alcanzaban países del norte de Europa, a fin de evitar responsabilizarse de ellos[291], cambió su estrategia de control de fronteras y abanderó, desde el 2017, una nueva política de puertos cerrados a las embarcaciones que habían rescatado náufragos para evitar su entrada en el territorio,

---

[288] Y es que, en el verano de 2015, ante la oleada migratoria sin precedentes, algunos Estados reaccionaron con una política de puertas abiertas. Fue especialmente visible como el 5 de septiembre autobuses enteros trasladaban a refugiados sirios desde Hungría hasta Alemania y Austria, un día después de que la imagen del cuerpo sin vida del niño sirio *Aylan Kurdki* diera en la orilla diera la vuelta al mundo. La repsuesta de Alemania fue tan elogiada como criticada. En aquel año solicitaron asilo 442.000 personas en Alemania. So*l*o unos días después, el 13 de septiembre, Alemania estaba sobrepasada ante la magnitud de llegadas y actiivó la cláusula del artículo 25 del entonces Reglamento Núm. 562/2006 por el que se establece un Código comunitario sobre el régimen de cruce de fornteras por las personas y, a fin de preservar el orden público y la seguridad interior del país, reestableció los controles en las fronteras interiores. Tres días después fue Austria quien reactivó sus controles fronterizos con Hungría, Italia, Esolovenia y Eslovaquia. Y pronto les siguieron Suecia, el 12 de noviembre de 2015; Noruega, el 26 de noviembre; Francia, el 14 de diciembre; Dinamarca el 4 de enero de 2016, y Bélgica el 23 de febrero. Los controles fueron prorrogados en sucesivas ocasiones, incluso el Consejo de la Unión publicó una Recomendación a favor de su mantenimiento en las fronteras interiores de cinco Estados sobre la base del art. 29 del Código de Fronteras Schengen. Y aunque la recomendación dejó de estar vigente el 11 de noviembre de 2017, Austria, Alemania, Dinamarca, Noruega y Suecia los mantuvieron por periodos sucesivos de 6 meses durante más de cuatro años. El 26 de abril de 2022, el TJUE se pronunció sobre el mantenimiento de estos controls en la STJUE, Gran Sala, DE 26 de abril 2022, C-368/20 y 369/20: *NW y Landespolizeidirektion Steiermark y Bezirkshauptmannschaft Leibnit*

[289] Una medida que, tras continuos refuerzos, llevó al gobierno húngaro a anunciar, en 2017 que «the protection of Hungary's borders is now stronger than ever»https://www.euronews.com/2017/04/28/hungary-completes-new-anti-migrant-border-fence-with-serbia «Hungary says it has finished building a second fence on the border with Serbia to keep migrants out. The double layer barrier stretches for 155 kilometres and comes equipped with alarms and thermal imaging cameras». Y en 2020, afirmó un sucesivo refuerzo a la valla, esta vez encaminado a acabar con los túneles construidos por los propios inmigrantes y solicitantes de protección. https://www.lavanguardia.com/politica/20201013/484036452643/hungria-refuerza-su-valla-anti-inmigrantes-contra-los-tuneles-para-cruzarla.html

[290] Medidas por las que Hungría fue condenada por una Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 17 de diciembre del 2020 como colofón de un procedimiento de infracción. STJUE C-808/18.

[291] Por este motivo tanto a Italia, como a Grecia, Chipre y Croacia, se le abrió un procedimiento de infracción en relación con el Reglamento Eurodac

exigiendo a otros EEMM involucrarse.[292] Y como reacción de un Estado, más de acogida final que de entrada o tránsito, sorprendieron las reformas legislativas instauradas en los últimos años por el gobierno danés, con fines evidentemente disuasorios para los solicitantes de protección internacional, que abarcaban desde la confiscación de ciertos bienes valiosos de los solicitantes, hasta la más reciente política de externalización de las solicitudes que confirman lo que Sami Naiir había señalado en el año 2016, cuando afirmó que la crisis migratoria había acabado con el mito de la solidaridad nórdica[293] .

Se trata de secuencia ilustrativa de medidas nacionales, para nada exhaustiva, cuyas consecuencias para el SECA solo se entienden desde una visión de conjunto. Esto es, multiplicando por veintisiete Estados Miembros las distintas reacciones nacionales orientadas a la gestión de los flujos migratorios que únicamente se armonizan conforme a unos mínimos. Todas estas medidas conforman un *sistema* paradójicamente incoherente y por tanto incapaz de resultar eficaz.

Y es que las distintas prácticas nacionales en materia de reconocimiento y acogida, conllevan un distinto tratamiento a los solicitantes de protección que acuden en masa a unos pocos Estados, trasladando la presión a aquellos con mejores sistemas de acogida, o simplemente a los estados fronterizos, en aplicación de los criterios del Reglamento Dublín. Pues, como se ha demostrado, las políticas nacionales tienen claras repercusiones en los sistemas de otros Estados Miembros. La consecuencia es que un conjunto de Estados asume la mayor parte de la presión migratoria, que no se ha logrado repartir entre los veintisiete. Así se explica que Alemania se sitúe como el quinto país con más refugiados del mundo, mientras que en otros las cuotas sean mínimas[294].

---

[292] Ese mismo año Italia firmó el Acuerdo de Entendimiento con Libia que preveía una relación de cooperación para el control de las fronteras de ambos Estados. Italia colaboraría en el territorio de Libia, y además proporcionaría equipamiento y formación para los guardacostas libios para que estos, a su vez, como contrapartida, vigilaran la frontera exterior de Italia. Aunque esta estrategia, como veremos, no solo responde a una estrategia nacional sino que se encuadra en una política integral de la Unión. Como demuestra la proveniencia de los fondos con el que se financió.

[293] NAIIR, S.: «Refugiados». 2016. P. 79. «Esta crisis también ha acabado con otro mito, el de la solidaridad legendaria de los países del norte con los pobres y perseguidos de la tierra».

[294] Según datos del Banco Mundial, en el año 2020 Alemania tenía una población de refugiados de 1 210 636 personas. Mientras que en Eslovenia, el número de refugiados era de 858. Cifra similar a la de Croacia, de 966. En Hungría, uno de los países más reticentes a la acogida de refugiados, la población refugiada era de 5898. Las cifras de Grecia, Italia y España, principales puertas de entrada, eran similares entre sí. 103

Todas estas circunstancias, que impiden que podamos hablar de un verdadero y único sistema común europeo, conllevan graves problemas para su aplicación efectiva, al ser dentro de esos márgenes donde se encuentran los Estados más garantistas, con políticas más comprometidas y también los Estados con políticas restrictivas, hasta el límite de la legalidad. Y esa diversidad de regímenes, en los que se concreta el SECA a nivel nacional se debe, en gran medida, al hecho de haber construido una política por medio de directivas. Pues, aunque la reforma anterior del SECA, tras el Tratado de Lisboa, permitía haber recurrido a instrumentos más incisivos como son los reglamentos, se mantuvo la tendencia de reformar las directivas anteriores. Algo que, como veremos, ya está en proceso de cambio[295]. Ciertamente, el recurso a las directivas podía entenderse en la primera fase del SECA, en tanto que primer intento de comunitarizar esa política y lograr así su desnacionalización de manera paulatina, atendiendo a las implicaciones soberanas de la materia que habían dificultado durante años ese proceso. Pero debió corregirse en la segunda fase para lograr una verdadera unificación. Tras la crisis migratoria, todos los paquetes de reformas presentados hasta el momento coinciden en la necesidad de recurrir a más reglamentos, y a menos directivas. Es decir, se pretende reducir el margen de acción de los Estados, lo cual levanta no pocas reticencias de los Estados. Baste decir que la reforma ha estado bloqueada desde el año 2016 hasta 2023.

El problema de base sigue siendo el mismo con el que se afrontaron las dos primeras fases del SECA. Se requieren unas modificaciones que implican una mayor europeización de las políticas, lo cual no convence a todos los EEMM. En particular, a aquellos con importantes sentimientos euroescépticos y mayores cuotas nacionalistas (poniendo el foco de atención en el grupo de Visegrado). Sucede entonces que, para lograr la unanimidad del Consejo, las propuestas deben renunciar a sus altas expectativas comunitarias y rebajarlas. Algo que, por otra parte, no aprueban los Estados que ven evidente la necesidad de una mayor integración en la materia al ver desbordados sus sistemas nacionales, entre otros, Francia, Italia, España o Alemania. La cuestión nos lleva entonces al mismo punto que en las dos fases anteriores, ceder o no ceder a las

136; 128 033; y 103 679, respectivamente. Estos datos pueden consultarse en: https://datos.bancomundial.org/indicator/SM.POP.REFG?name_desc=false

[295] Tanto la reforma propuesta en el 2016 como el Nuevo Pacto sobre migración y Asilo asume esta lacra de nuestro actual sistema y enmarca las reformas normativas en reglamentos que deroguen las directivas vigentes.

pretensiones soberanistas de ciertos Estados. Pero las consecuencias de una reforma parcial, que no logre establecer estándares verdaderamente comunes, ya pueden deducirse de las experiencias pasadas.

Este panorama es el que llevó a Jean-Claude Juncker, en su ya célebre discurso sobre el futuro de Europa[296], a señalar que uno de los cinco posibles escenarios para la Unión consiste en que aquellos que quieran hacer más, hagan más. Y precisamente en este sentido, hemos sido testigos en los últimos años de diversas iniciativas donde, con mayor o menor éxito, aquellos Estados que han querido avanzar más han dado un paso adelante. Pensemos, por ejemplo en el acuerdo de Malta, celebrado en septiembre de 2019, en un momento en el que ciertos puertos europeos decían estar sobrepasados, no permitiendo desembarcar a los inmigrantes rescatados en el mar. En aquel acuerdo Alemania, Francia, Italia y Malta trataron de elaborar una estrategia con la que superar el sistema Dublín. La solución acordada consistía en un mecanismo de rotación voluntaria de los puertos de desembarque, inspirándose en el mecanismo de cuotas previsto en el 2015 en el seno de la Unión, que no llegó a funcionar por la oposición de los países de la Europa oriental[297]. Aunque debemos señalar la limitada incidencia de este acuerdo, al no haber conseguido persuadir a más Estados, su experiencia como mecanismo de solidaridad se ha visto reflejada en las propuestas de reformas.

La duda que surge es ¿puede ser la política de asilo eficaz con una Europa a varias velocidades? [298] O, parafraseando a la directora de la Comisión Española de Ayuda a los

---

[296] JUNCKER, J.C: «*Quo Vadis, Europa?* 1 de marzo de 2017, *https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/eu-affairs/20170301STO64425/quo-vadis-europa-juncker-plantea-sus-opciones-para-el-futuro-de-la-ue*

[297] SCALPELLI, F.: «Il vertice di Malta sulla gestione dei flussi migratori». En: *European affairs. El 27 de septiembre de 2019.* Disponible en: https://www.europeanaffairs.it/blog/2019/09/27/il-vertice-di-malta-sulla-gestione-dei-flussi-migratori/ La autora, realizando un análisis optimista de este acuerdo (tan solo unos pocos días después de su adopción) recordó las palabras pronunciadas por el Presidente del Parlamento Europeo «Finalmente si va nel senso indicato dal Parlamento europeo». Chi sbarca in un paese europeo sbarca in Europa – continua il Presidente Sassoli – e tutti debbono partecipare alla redistribuzione in modo regolato e non più soltanto su base volontaria: sono i principi fondamentali che proprio il Parlamento europeo aveva indicato nella sua proposta di Riforma del Regolamento di Dublino»

[298] Sobre los beneficios y límites de la integración diferenciada la literatura es amplia. Véase, entre otros: PISTOIA, E.: «Limiti all´integrazione differenziata dell´Unione Europea». En Collana di Studi Sull íntegrazione Europea. 24 Cacucci Editore. Baril 2018. STUBB, A.: «A categorization of differntiated integration». En: *Journal of Common Market Studies, 1996.* Quien define la integración diferenciada en la P. 283 como «a model of integration strategies that try to reconcile heterogenetity within the European Union and allow different groupings of Member States to pursue an array of publi policies with different

Refugiados (CEAR), ¿se puede hacer solidaridad a la carta?[299] En este sentido Porras Ramírez ha considerado que, en aras de una integración efectiva, la alternativa «más plausible» sería alcanzar una cooperación reforzada en las políticas de control de fronteras, migración y asilo *ex* artículo 326 del TFUE; considerándolo una garantía de los logros alcanzados por el actual Sistema «sin admitir retrocesos en el mismo, al tiempo que se estaría en condiciones de corregir sus deficiencias y asegurar su aplicación compartida y responsable»[300]

Y es que la cooperación reforzada supone una alternativa hasta cierto punto desesperada en un momento en el que, políticamente, la reforma que se pretende llevar a cabo del SECA no es solo de difícil alcance, sino incluso temeraria. Pues con el aumento de los movimientos nacionalistas en toda Europa existe un riesgo cada vez mayor de que la reforma del SECA conlleve finalmente una pérdida de los logros alcanzados. Una amenaza que se podría salvar mediante la cooperación reforzada. Y ciertamente esta estrategia abre la puerta a un futuro de la política migratoria y de asilo más europeo, aun cuando lo conformaran menos Estados. Y sin duda, podría servir de ejemplo para otros Estados que, con el tiempo, se adhieran. Sin embargo, a la vista de los acuerdos adoptados en los últimos años, y en especial el referido de Malta, del que sorprendentemente quedaron fuera Estados de primera línea como España y Grecia, y al que prácticamente no se sumaron apoyos, el sistema difícilmente lograría ser eficaz. Por lo que no debería contemplarse aquella como opción prioritaria, sino subsidiaria.

Además, se trata de una opción no exenta de riesgos: el Sistema que se conformaría plantearía una serie de cuestiones de difícil resolución al afectar transversalmente a otras políticas o, incluso, al sistema Schengen. La libertad de circulación por el espacio Schengen sería extremadamente más compleja si en ese espacio subsisten políticas de asilo tan dispares. Del mismo modo podría afectar a la política de exterior de la UE, a políticas de cooperación, políticas sociales y de empleo… Y, por supuesto, la falta de un Sistema Común y de estándares comunes en territorios limítrofes, dificultaría

---

proceduran ald institutional arrangements». O LEUFFEN D.; RITTBERGER, B.: SCHIMMELFENNING, F.: «Differentiated integration: explaining variation in the European Union». London 2013.

[299] GALÁN PÉREZ, Estrella (Directora de CEAR) en su intervención en el Parlamento Europeo sobre la situación migratoria en Canarias el 1/3/2021.

[300] PORRAS RAMÍREZ, J.Mª.: Op. Cit. 2017, P. 231.

enormemente la gestión de los movimientos secundarios. Y con ello, sin duda aumentarían las tensiones entre los Estados que se acusarían, como ya ha ocurrido en el pasado, de la utilización de los flujos migratorios en beneficio propio al permitirles transitar por su territorio sin control, para que alcancen otros Estados más atractivos. Tensiones que, sin lugar a dudas, se trasladarían a las negociaciones de otras políticas. ¿Cómo se articularía el principio de solidaridad en una política europea de distintos niveles? La subsistencia de la Unión Europea como Comunidad de Derecho estaría en grave riesgo.

La cooperación reforzada se presenta así como una opción arriesgada que solo podría salvar el Sistema de manera temporal, y con la perspectiva de que sirviera de ejemplo a otros Estados que llegaran a adherirse. Su recurso solo sería conveniente si la situación de bloqueo del actual proceso de reforma del SECA se demostrara irresoluble; o incluso, si se aprobase sin suficientes avances en el proceso de integración.

En definitiva, este sistema, sea en referencia al régimen dispar concedido a Irlanda y Dinamarca, sea por el amplio margen de discrecionalidad concedido a los Estados, ha dado lugar al desarrollo de prácticas estatales muy distintas (y marcadamente insolidarias) debido al reconocimiento de un excesivo margen de actuación a aquellos, que imposibilita la creación de un estatuto uniforme para el solicitante de protección en todo el territorio y favorece el trato desigual a los mismos. Es innegable, y así los datos lo confirman, que en la Unión Europea no existe un nivel común de garantía de los derechos de los solicitantes de protección internacional. La falta de un régimen único, reemplazado por unas normas de mínimos, conlleva importantes diferencias tanto en la acogida de los solicitantes (especialmente en el ejercicio de ciertos derechos) como en la posibilidad de que prospere la solicitud. Es obvio que todos los Estados Miembros que conforman este Sistema no resultan igualmente atractivos a los solicitantes. Una realidad que impide que el Sistema Europeo de Asilo sea realmente común, y que lleva a una aplicación incoherente de los instrumentos comunitarios, en términos generales, y a un mal funcionamiento del SECA, en particular.

Por eso, en este punto parece obvio que la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo, que se ha de integrar en el marco de una política migratoria global de la Unión, debe reposar en dos pilares: el reparto equitativo de la responsabilidad mediante mecanismos de solidaridad institucionalizados, y la instauración de unos estándares comunes para

todos los EEMM, y en todas las fases del procedimiento (recepción, estudio de la solicitud, resolución, eventual expulsión o reconocimiento de un estatuto de protección, e integración). Para lo cual, resulta completamente necesaria el reconocimiento de un estatuto de derechos para los solicitantes de protección internacional.

2.4.2 La solidaridad en la política de asilo de la Unión: un principio rector de difícil concreción.

En estrecha relación con el límite anterior, el SECA cuenta con una deficiente aplicación del principio de solidaridad que, sin embargo, se erige en principio rector de la política de asilo en el artículo 80 del TFUE. El reto al que se enfrenta la Unión es elaborar un Sistema Europeo Común de Asilo, inspirado en ese principio. Sin embargo, la concreción del mismo está lejos de resultar satisfactoria.

Robert Schuman, en su declaración de 9 de mayo de 1950 en la que propuso la creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero afirmó: «Europa no se hará de una vez, ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho». Menos de un año después, en abril de 1951, se firmó el Tratado CECA por el que se constituía la Comunidad Económica del Carbón y del Acero.

Y es que «la solidaridad define el proyecto europeo» [301] [302]; de la solidaridad depende el proyecto de integración. Pero tan importante es el valor de la solidaridad para la

[301] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un cuerpo europeo de solidaridad. Bruselas, 7.12.2016 Com (2016) 942 Final.

[302] LABAYLE, S: «Les valeurs de l´Union européene» 2017, Tesis doctoral *Université Laval Québec, Canada Docteur en droit (LL. D.) et Aix-Marseille Université Aix-en-Provence, France* señala que «la exigencia de solidaridad, reiteradamente invocada a lo largo del Tratado de Roma constituye (…) una característica central del Tratado. Se impone, como resulta de la lectura de Tratado, entre las líneas maestras fundamentales del proyecto de integración europea, y se dirige, ya desde 1957, tanto a los Estados miembros como a los individuos». Véase, apartado 282 pp. 117 y 118. «L'exigence de solidarité maintes fois évoquée tout au long du traité de Rome constitue par exemple elle aussi une caractéristique centrale du traité. Elle s'impose, à la lecture du traité, parmi les lignes directrices fortes du projet d'intégration européenne et s'adresse déjà en 1957 aussi bien aux Etats membres qu'aux individus. Il existe donc bien, en matière de valeurs, un fil directeur qui a guidé l'évolution du projet d'intégration européenne dont les traités de Rome de 1957 portaient indiscutablement les germes».

construcción europea como indeterminado parece su significado. A ella se apela como fundamento de la Unión, pero también como propósito de la misma debiendo alcanzarla «entre sus pueblos», «entre las generaciones» y «entre los Estados miembros». Con un alcance que varía «en función del contexto- unas veces, un objetivo o parámetro para la acción de la Unión, otras veces un valor base, otras, un criterio de las obligaciones asumidas por los Estados miembros al adherirse a la Unión» [303]. Variables que hacen difícil determinar qué conlleva en cada caso la exigencia de solidaridad.

Algunos autores han considerado que el Tratado de Lisboa ha reforzado el papel central que ya tenía la solidaridad en el Derecho primario[304], pero las referencias a la solidaridad continúan haciéndose en términos muy heterogéneos, conllevando una difícil concreción práctica de este, a veces valor, a veces, principio rector.

Así, el preámbulo del TUE recoge el deseo de «acrecentar la solidaridad» entre los pueblos de Europa. El artículo 2 TUE, que enumera los valores sobre los que se fundamenta la Unión Europea no incluye la solidaridad[305], pero afirma que se trata de valores comunes en las sociedades de los Estados Miembros, caracterizadas por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la igualdad entre mujeres y hombres, y ahora sí, la solidaridad. Otorgándole por tanto un interés de difícil concreción.

Vuelve a mencionarse la solidaridad en el artículo 3.3 TUE, esta vez para situar el fomento de la «solidaridad entre las generaciones», y «entre los Estados miembros» como uno de los objetivos de la Unión. Y seguidamente también se compromete a contribuir a la solidaridad en sus relaciones con el resto del mundo (art. 3.5 TUE). En esta misma línea relativa a la acción exterior se vuelve a considerar la solidaridad como un principio básico, y se refiere, además, a ella como uno de «los principios que han

---

[303]BIEBER, R. y MAIANI F.:«Sans Solidarité Point D´Union Européene. Regards Roisés Sus Les Crises De L´Union Économique Et monétaire et du Système européen commun de asile» en: *Revue trimestrielle de droit europée.* 2012. P. 296.

[304] HABERLE, P. Op. Cit. 2009 considera este refuerzo en el concepto constitucional de solidaridad como uno de los aspectos positivos del Tratado de Lisboa, y se remite para ejemplificarlo a los artículos 3.3 TUE; en los artículos 67 y 80 del TFUE; o en el artículo 122 TFUE que evoca un «espíritu de solidaridad entre Estados miembros» en la adopción de medidas económicas.

[305] Estos valores enumerados en el artículo 2 TUE son el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.

inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo» (art. 21 TUE). Resituando a la solidaridad como principio inspirador de la Unión, que ilumina con un tono formalista la interpretación del artículo 2 TUE, pero que no resuelve las dudas sobre su valor jurídico.

Más adelante el artículo 24.2 TUE impone que la política exterior y de seguridad común se dirija, defina y ejecute «basada en el desarrollo de la solidaridad política mutua de los Estados miembros» [306]. Y el apartado siguiente prescribe la solidaridad como obligación «espiritual» de los Estados miembros a la hora de apoyar la política exterior y de seguridad de la Unión de manera activa y sin reservas; y de nuevo como valor (la solidaridad política mutua) que los Estados miembros deberán intensificar y desarrollar mediante el trabajo conjunto[307]. El artículo 31 TUE convierte la solidaridad mutua en un impedimento para evitar que un Estado lleve a cabo acciones que obstaculicen de algún modo la acción de la UE, respecto a decisiones adoptadas en el ámbito de política exterior y de seguridad común. Un mandato que se repite en el subsiguiente artículo 32, como previsión para que la actuación de los distintos EEMM no afecte a los intereses de la Unión, pero tampoco perjudique a los otros Estados miembros ordenando, en términos claros, que «los Estados miembros serán solidarios entre sí».

El tratamiento que lleva a cabo el TFUE respecto de la solidaridad tampoco es más esclarecedor sobre su naturaleza o su valor jurídico. Así, el Preámbulo se refiere a la pretensión de la Unión de reforzar «la solidaridad de Europa con los países de ultramar». Pero omite cualquier otra referencia a la solidaridad, en cualquiera de sus variantes, hasta el Título V. Siendo llamativa su omisión en el Título II de la Primera Parte, sobre Disposiciones de Aplicación General; así como en el Título I y III de la Tercera Parte, relativos al Mercado Interior y a la Cooperación Aduanera respectivamente. No se hace

[306] Así como «en la identificación de los asuntos que presenten un interés general y en la consecución de una convergencia cada vez mayor de la actuación de los Estados miembros».

[307] Art. 24.3 TUE: «Los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, con espíritu de lealtad y solidaridad mutua y respetarán la acción de la Unión en este ámbito. Los Estados miembros trabajarán conjuntamente para intensificar y desarrollar su solidaridad política mutua. Se abstendrán de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar su eficacia como fuerza de cohesión en las relaciones internacionales.».

mención alguna, ni en términos de solidaridad de los Estados entre sí, ni hacia la Unión, ni como valor proyectado en su acción con terceros Estados hasta, como decíamos, el artículo 67 que inaugura el Título relativo a Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Y precisamente este precepto le otorga un valor fundamental dentro de este ámbito pues, tras señalar como uno de sus objetivos desarrollar una política común de asilo, inmigración y control de fronteras exteriores, decreta que ésta se basará en la solidaridad entre Estados miembros. Mandato que se repite en términos muy similares en el artículo 80 TFUE, que señala que estas tres políticas, y su ejecución, «se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero», apostillando que, para ello, cuando sea necesario, se adoptarán medidas para la aplicación de este principio». Se configura así la solidaridad como principio rector de las políticas de gestión de fronteras exteriores, inmigración y asilo, la cual (quizás por primera vez en ambos Tratados) no se enuncia de un modo genérico, si no advirtiendo acerca de su efectiva aplicación.

El resto de menciones a la solidaridad se recogen en términos muy amplios, en referencia al «espíritu de solidaridad»: en el artículo 122 TFUE, en el marco de la política económica y monetaria, para que sea tenida en cuenta por el Consejo en la adopción de medidas adecuadas a la situación económica; en el artículo 194 TFUE referente a la política energética de la Unión; y en el artículo 222 TFUE, que recoge la denominada «cláusula de solidaridad» como llamamiento a una acción común de la UE y sus Estados miembros si algún Estado sufriera actos de terrorismo o fuera víctima de una catástrofe.

En este heterogéneo marco resulta imposible concretar qué compromisos conlleva la solidaridad que exige el Derecho Primario para la política de asilo. Pues, como se ha visto, la redacción de cada obligación de solidaridad varía en el momento en que se exige, en los sujetos a los que se impone, y en los destinatarios que disfrutarán de su realización. Pero hay un elemento común que impregna todas las referencias a la solidaridad y que es, en sí, un elemento definitorio. Lo que subyace a la obligación de solidaridad es, como señala A. Mangas, «la existencia de unos valores e intereses comunes, unos vínculos de interdependencia, unos objetivos y proyecto de convivencia»[308], sin los que el proyecto

[308] MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos 2016. P. 61

de integración no tendría razón de ser. La crisis migratoria del 2015 fue también una crisis de solidaridad, que fue mal resuelta.

Y es que no se puede comprender la crisis europea de los últimos años, coincidente con la crisis migratoria, sin reparar en que las heridas de la crisis financiera aún no estaban curadas. Por ello, es difícil señalar si la crisis de solidaridad en la Unión fue la causa, o la consecuencia del desbordamiento del sistema. Lo cierto es que la insuficiente solidaridad del sistema ya había sido denunciada, y se había tratado de remediar en diversas ocasiones, incluso antes de la crisis migratoria. Instrumentos como el Fondo Europeo de Refugiados o el posterior Fondo de Asilo, Migración e Integración, permiten concluir que la falta de solidaridad era una carencia del sistema, que en gran medida provocó un desbordamiento aún mayor y que, además, se agravó tras la crisis.

Los términos en que el TFUE sitúa la solidaridad como principio rector de las políticas de control de fronteras exteriores, asilo e inmigración son esclarecedores. Se ha comentado ya la llamativa, y conveniente, ausencia de una referencia entre esos principios rectores a la tutela de los derechos humanos. El legislador de la Unión limitó el potencial desarrollo de estas políticas a un principio rector enunciado expresamente, la solidaridad, mientras otras limitaciones como la garantía de los derechos resultarían implícitas.

Pero, a pesar de su reconocimiento expreso, el SECA, y, en concreto, el Reglamento Dublín, eje central de este Sistema, no permite un reparto equitativo de la responsabilidad, sino todo lo contrario. Esto se debe a que la misión del Sistema Dublín ha sido siempre determinar, lo más rápido posible, el Estado miembro responsable del estudio de una solicitud. Y no establecer un reparto solidario de esa responsabilidad. Una conclusión evidente que subyace a la lectura de los criterios de determinación listados en el reglamento.

Y a este fallo estructural del Sistema se suma la manifiesta ausencia de un «espíritu de solidaridad», en términos del Tratado, en favor de algunos Estados que son el resultado de un contexto geopolítico complejo, marcado por otras cuestiones no meramente migratorias, y que continúa afectado transversalmente por otras crisis, algunas pasadas (la crisis económica del 2007), y otras que aún perduran (la crisis del Estado de Derecho o consecuencias económicas de la crisis del coronavirus).

El resultado es un sistema que, junto a sus muchas limitaciones, se ha estructurado omitiendo las necesarias herramientas de solidaridad; y que se ha aplicado por parte de determinados Estados Miembros de forma contraria al espíritu de comunidad, al priorizar a los intereses que cada Estado tenía a corto plazo. Lo que ha conllevado una crisis humanitaria sin precedentes en nuestro continente, desde el fin de la II Guerra Mundial, pero también una crisis política que, sumada a acontecimientos tan extraordinarios como el Brexit, han aumentado el miedo a un estancamiento del proyecto europeo que, por primera vez, podría dejar de avanzar o incluso, retroceder.

En este sentido, Labayle, S., en «*Les valeurs de l´Union européene»*, lleva a cabo una reflexión sobre la vulneración de estos valores y sus consecuencias sobre el proyecto europeo. Así, afirma que, aunque procede «guardarse de cualquier espíritu de dramatización, no por ello, el temor al riesgo de descomposición de la obra construida con paciencia a lo largo de más de medio siglo puede ignorarse del todo. En efecto, esta forma de socavar los cimientos amenaza al conjunto del edificio y refuerza la necesidad de una vigilancia absoluta sobre la cuestión. La falta de respeto a los valores fundadores de la Unión por parte de los propios Estados miembros introduce un factor potencial de descomposición de elementos que resultan, sin embargo, indispensables para su duración y para la propia lógica de su funcionamiento» [309].

Es necesario, por tanto, definir, y reclamar el valor jurídico de la solidaridad como principio fundacional del proyecto europeo, y por supuesto, exigir su concreción como principio rector en el sistema de asilo, donde se ha manifestado ausente hasta ahora; lo que, no solo ha hecho al sistema ineficaz, sino que ha agravado notablemente otros déficits que ya presentaba.

Conscientes de esta importante carencia, incluso antes de la gran crisis migratoria, la Comisión presentó a final de 2011 una comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, a fin de alcanzar una mayor solidaridad en la Unión Europea en el ámbito del asilo. En ella se propuso un refuerzo de la solidaridad intracomunitaria en materia de asilo que girara en torno a cuatro ejes: la cooperación práctica y asistencia técnica; la mejora del valor añadido de los

[309] LABAYLE, S. Op. Cit. 2017.P. 493. §1182.

instrumentos de solidaridad financiera que apoya la política de asilo; un mayor compromiso con la asignación de responsabilidades; y la mejora de los instrumentos de gobernanza del sistema de asilo cuya base debía ser la confianza mutua[310].

Estos mismos principios de solidaridad y de reparto de responsabilidades volvieron a reclamarse en la Agenda Europea de Migración de 2015[311]. Una estrategia con la que afrontar la crisis migratoria que estaba desbordando y desuniendo a la Unión y en la que se reconoció expresamente que la política europea no había estado a la altura[312]. Se propuso triplicar las capacidades y activos para las operaciones conjuntas de Frontex; la activación de un mecanismo de distribución temporal a través del mecanismo de emergencia previsto en el artículo 78.3 TFUE[313]; desarrollar un sistema permanente de reubicación en situaciones de emergencia ; y un programa para reasentar a 20.000 personas.

Tan solo unos días después, el 27 de mayo, la Comisión propuso un primer conjunto de medidas para abordar la crisis en el marco de la referida Agenda Europea de Migración, Medidas puntuales y urgentes entre las que destacan la reubicación de cuarenta mil personas con necesidad de protección internacional desde Grecia e Italia[314], a fin de

---

[310] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una mayor solidaridad en la UE en el ámbito del asilo: una Agenda de la UE para un mejor reparto de la responsabilidad y una mayor confianza mutua. COM/2011/0835 final.

[311] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una agenda europea de migración. Bruselas, 13.5.2015 COM(2015) 240 final.

[312] *Ibídem* P. 2: «La reacción, aunque inmediata, ha sido insuficiente. Las respuestas puntuales no funcionan. Ha sido necesario adoptar medidas de emergencia porque la política colectiva europea no ha estado a la altura. Si bien es cierto que la mayoría de los europeos han respondido a la tragedia de los migrantes, no lo es menos que en toda Europa se plantean serias dudas en cuanto a la adecuación de nuestra política migratoria…».

[313] Conforme al artículo 78.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: «Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo».

[314] Según el tenor literal de la referida propuesta en la Comunicación del 13 de mayo de 2015 p. 5: «La UE no debe esperar a que la presión sea insoportable para actuar: las llegadas masivas hacen que la capacidad de acogida y las estructuras de tramitación a nivel local estén ya prácticamente saturadas. Para poner remedio a la situación en el Mediterráneo, la Comisión va a proponer, antes de que finalice el mes de mayo, la activación del mecanismo de intervención de emergencia previsto en el artículo 78, apartado 3, del TFUE. La propuesta incluirá un régimen de reparto temporal de las personas que tengan manifiestamente necesidad

aliviar la presión de estos Estados fronterizos; y lograr el reasentamiento de veinte mil personas de fuera de la Unión, necesitadas de protección internacional[315].

El 26 de junio el Consejo Europeo acordó medidas «como continuación a la Agenda Europea de Migración (…) (centradas) en tres dimensiones fundamentales que deben avanzar en paralelo: por una parte, la reubicación y el reasentamiento; por otra, el retorno, la readmisión y la reintegración; y, por último, la cooperación con los países de origen y de tránsito» [316]. Y el 22 de julio[317], finalmente, el Consejo adoptó la primera resolución para la reubicación de 40.000 solicitantes de protección internacional que se encontraban en Grecia e Italia.

El 14 de septiembre de 2015 se adoptó la primera Decisión sobre Reubicación, (Decisión 2015/1523 del Consejo) que establecía un mecanismo de distribución para reubicar a 40.000 personas desde Italia y Grecia a otros Estados, antes del 17 de septiembre de 2017. Y el 22 de septiembre una nueva Decisión (Decisión 2015/1601 del Consejo), fue adoptada en calidad de «excepción temporal al Reglamento Dublín»[318]. Su finalidad era la adopción de «medidas concretas de solidaridad para con los Estados miembros de primera línea», y «salvaguardar los derechos de las personas con necesidad de protección

---

de protección internacional a fin de garantizar una participación equitativa y equilibrada de todos los Estados miembros en este esfuerzo común. El Estado miembro de acogida será responsable del examen de la solicitud de conformidad con las normas y garantías en vigor. En el anexo figura una clave de redistribución basada en criterios tales como el PIB, la población, la tasa de desempleo y el número de solicitantes de asilo ya aceptados y refugiados ya reasentados».

[315] Según el tenor literal de la Comunicación del 13 de mayo de 2015 p. 5 y 6: «Además de reubicar a las personas que ya se encuentran en su territorio, la UE tiene el deber de aportar su parte de asistencia a las personas desplazadas que necesitan manifiestamente protección internacional. Se trata de una responsabilidad conjunta de la comunidad internacional (…) Hay que evitar que estas personas vulnerables se vean forzadas a recurrir a las redes delictivas de traficantes y tratantes. Es preciso proponerles vías seguras y legales para llegar a la UE. El ACNUR ha aprobado, para la UE, un objetivo de reasentamiento de 20 000 personas por año de aquí a 2020».

[316] Conclusiones del Consejo Europeo, 25-26.6.2015

[317] Como nos recuerda J. Abrisketa, fue tan solo unos pocos días después cuando Alemania anunció que eludiría la aplicación del Reglamento Dublín III por ser ineficaz. ABRISKETA URIARTE, J.: «La reubicación de los refugiados: un déficit de solidaridad y una brecha en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, Asuntos C-643/15 Y C-647/15 Hungría Y Eslovaquia Contra El Consejo». En: *Revista General de Derecho Europeo.* Nº.44. 2018. P. 129.

[318] ABRISKETA URIARTE, J. Op. Cit. 2018. P.129.

internacional» [319], y para ello amplió el deber de reubicación a 120.000 personas antes del 26 de septiembre de 2017.[320]

Se adoptó por mayoría cualificada ante la abstención de Finlandia y la negativa de Hungría, Eslovaquia, Rumanía y República Checa. No en vano, en el mismo mes de septiembre, los Jefes de Gobierno del Grupo de Visegrado presentaron una Declaración Conjunta en contra de la postura que estaba adoptando la Unión Europea apelando a una «solidaridad flexible»[321]. Meses después, los dos primeros presentaron un recurso de anulación, que el Tribunal de Justicia desestimó en su totalidad, en una sentencia de gran interés, la STJUE de 6 de septiembre de 2017.[322] J. Arbisketa[323], en un detenido análisis de la misma, señala como puntos clave: en primer lugar, que la sentencia somete a examen la Decisión de reubicación como instrumento del Derecho de la Unión; en segundo lugar, destaca la falta de una mayor referencia al principio de solidaridad por parte del Tribunal, pese a ser fundamento básico de la Decisión y de las Conclusiones del Abogado general Bot[324]; que, en el momento del fallo, podía preverse ya su ineficacia puesto que faltaban tan solo tres semanas para que expirara el plazo de cumplimiento de la misma[325]; y que

[319] Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia. Párrafos 3 y 6 del Preámbulo.

[320] FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A: 2019. Op. Cit. p. 168.

[321] Sobre la misma, puntualizó el entonces Primer Ministro checo, Bohuslav Sobotka: «Lo que se menciona en la declaración de hoy es válido. Apoyamos la solidaridad, mostramos solidaridad, estamos dispuestos a participar en un espíritu de solidaridad, con carácter voluntario, pero nos negamos a un sistema de cuotas que introduciría algún tipo de mecanismo o medidas obligatorias». Según informo *Euronews el 4 de septiembre del 2015.*

[322] STJUE de 6 de septiembre de 2017, República Eslovaca y Hungría c. el Consejo de la Unión Europea. C- 643/15 y C-647/15.

[323] ARBISKETA URIARTE, J: *2018 Op. Cit.*. Incluye también como quinto punto de interés de esta sentencia que llegara en un momento complejo para el SECA: tras dos sentencias sobre los visados humanitarios y sobre la Declaración UE-Turquía, y poco después de que la Comisión hubiera iniciado un recurso por infracción ex articulo 258 TFUE contra la República Checa, Hungría y Polonia.

[324] Conclusiones del Abogado General Bot en el asunto República Eslovaca y Hungría c. el Consejo de la Unión Europea, C-643/15 y C-647/15.

[325] ARBISKETA URIARTE Op. Cit. 2018 nos recuerda que en el momento de la sentencia, tan solo se había reubicado a 27.700 solicitantes. Cumpliéndose la Decisión en un 23% según el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Decimoquinto informe sobre reubicación y reasentamiento, COM (2017) 46 final, de 6 de septiembre de 2017.

el mecanismo de asignación que incluye el borrador de la propuesta de Reglamento Dublín IV perseguía los mismos fines que el examinado en la Sentencia.

El problema no es si los Estados quieren un sistema regido por el principio de solidaridad, como dicta el TFUE. De hecho, existe un consenso sobre la necesidad de actuar solidariamente con los Estados más afectados por los flujos migratorios[326]. El dilema, sin embargo, es qué entienden los Estados por solidaridad, y cómo consideran que debe concretarse la aplicación de este principio.

Como se ha señalado en epígrafes anteriores, la actual propuesta de reforma dedica una gran parte a reformular el principio de solidaridad atendiendo a esa «solidaridad flexible» que reclamaba el grupo de Visegrado. Así, la propuesta de un reglamento de gestión de la migración y el asilo, que pretende sustituir al actual Reglamento Dublín, no afecta sustancialmente a los criterios de determinación del Estado miembro responsable, sino que su principal modificación recae en la incorporación permanente de dos mecanismos de solidaridad «a la carta». El primero, relativo a la reubicación voluntaria de los solicitantes de protección internacional en otros EEMM. Se trata de una evolución del fallido instrumento de reubicación llevado a cabo entre 2015 y 2017. Su finalidad es aplacar la presión migratoria de los Estados más afectados, y lograr así un mayor reparto de la responsabilidad. En este caso, sin embargo, la novedad que introduce la propuesta es la posibilidad que se abre a los Estados que no acepten participar en este instrumento de reubicación, de contribuir solidariamente mediante el patrocinio de retornos.

Inicialmente, al existir la posibilidad de escoger dos herramientas de solidaridad comunitaria, es más probable que se evite la situación observada durante el 2015-2017, de omisión de las obligaciones de solidaridad. Y aunque este nuevo sistema permite, entre otras cosas, beneficiarse de los acuerdos bilaterales que cada Estado miembro tiene para la expulsión de los ciudadanos extracomunitarios, en beneficio de la UE; plantea también una serie de cuestiones dudosas sobre su efectividad, al no reducir las obligaciones de los Estados fronterizos, que deben contribuir, además, con estos mecanismos incluso en los momentos de afluencia masiva. Resulta así cuestionable que la inclusión de estos dos

[326]GARCÍA MAHAMUT, R.: «El Sistema de Protección Internacional en España: Estado de la cuestión». En Porras Ramírez J.M. Op. Cit. 2020. P. 358 se remite a unos informes de los Estados miembros de diciembre de 2019. Informes disponibles para consulta en: http://agenceeurope.eu/en/bulletin/article/12381/3 .

mecanismos supongan *per se* una salvaguarda del principio rector de solidaridad, aun cuando la propuesta del reglamento menciona la solidaridad unas ciento sesenta veces. Y aún es más cuestionable, que el sistema de reubicación se considere adecuado, sin lograr previamente homogeneizar los distintos sistemas de protección.

2.4.3 La deficiente aplicación del SECA: un problema de falta de voluntad o de capacidad.

Como se ha insistido en afirmar, resulta evidente que el SECA adolece de una serie de deficiencias estructurales, apuntadas en los epígrafes anteriores, que complican su correcta aplicación por los Estados Miembros. Sin embargo, las causas de la deficiente aplicación del SECA no son las mismas en todos los Estados Miembros. Por ello, para entender de un modo integral el funcionamiento del SECA y sus déficits, es necesario observar, junto a las patologías estructurales del sistema, las dos grandes causas por las que el SECA no logra aplicarse adecuadamente. Estas dos causas son: la falta de capacidad y la falta de voluntad política.

Puede parecer una división excesivamente simplista. Pero esta reducción nos permite comprender las acciones que ha emprendido la UE hasta el momento para mejorar la aplicación por parte de los EEMM del Derecho de la Unión en la materia, y las posibilidades reales que hay para confiar en que la reforma del SECA logre realmente elaborar un sistema común eficaz.

Y es que en la aplicación del SECA nos hemos encontrado situaciones atípicas dentro de una Comunidad de Derecho donde se ha llegado a normalizar su incorrecta aplicación. Pensemos así en los sistemas nacionales de asilo de los principales países de llegada, que han sido incapaces de preservar las garantías procesales del procedimiento de protección internacional por falta de capacidad. Entrevistas individuales, resoluciones en plazo, sin dilaciones indebidas, asistencia legal…: tal y como puso de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el emblemático *Asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia*[327], incluso cuando la legislación del país resultaba suficientemente garantista, su ejecución no lo era.

[327] STEDH de 21 de enero de 2011 *M.S.S c. Bélgica y Grecia*.

A su vez, la falta de voluntad política se evidenció de manera clara con el incumplimiento sistemático de las decisiones de reubicación. Así, recordemos que, en septiembre del 2015, el Consejo de la UE adoptó dos decisiones para la reubicación de 160.000 solicitantes de protección. De la cuota de reubicación que correspondía a España, 9.323 solicitantes, se reubicó a 1.301 persona, un 13.9%[328]. Mientras que el incumplimiento por parte de otros Estados fue aún más significativo: Hungría y Polonia no reubicaron a ningún solicitante (les correspondía 1.294 y 6.182) y la República Checa reubicó a 12 personas de los 2.691 asignados[329]. Las reformas pretendidas ahora pueden plantear soluciones a las deficiencias estructurales del Sistema en el plano normativo, pero una reforma integral como la que se pretende, que permita la construcción de un sistema común, eficiente y garantista, requiere de una mayor atención a las causas de su defectuosa aplicación, y remediarlas.

Esta línea argumentativa, que parte de asumir como causas de la fallida ejecución del Derecho de la Unión, a través de las políticas de asilo nacionales, la incapacidad de algunos Estados, y la falta de voluntad política de otros; es la que emplea M.L. Martínez Alarcón para desarrollar las cuatro posibles respuestas por parte de la Unión Europea: «el convencimiento, el apoyo, la sustitución y la obligación[330]».

Para aquellos Estados que no tienen la capacidad de aplicar el acervo comunitario por enfrentarse, como así ha ocurrido, a flujos migratorios masivos que lo han desbordado, la principal estrategia con la que cuenta la UE es la del *apoyo*. Este puede ser económico, material o personal, y puede proceder bien de instituciones comunitarias, de otros Estados o incluso de otras organizaciones internacionales y oenegés[331].

---

[328] Datos extraidos de Newtral: Los países de la UE no cumplieron con la reubicación de 160.000 refugiados de los campos de Grecia e Italia». 19 de septiembre de 2021. Disponible en: https://www.newtral.es/reubicacion-refugiados-campos-europa/20210919/

[329] Datos extraidos de Newtral: Los países de la UE no cumplieron con la reubicación de 160.000 refugiados de los campos de Grecia e Italia». 19 de septiembre de 2021. Disponible en: https://www.newtral.es/reubicacion-refugiados-campos-europa/20210919/

[330] MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. Op. Cit. 2018. P. 73.

[331] MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. Op. Cit. 2018. P. 75.

Así, entre las medidas de apoyo que se han desarrollado como respuesta a la crisis de los refugiados destacan[332]: desde una perspectiva material, la puesta a disposición por parte del Mecanismo de Protección Civil de la UE, de suministros médicos, módulos, o alojamientos a los EEMM. Mientras que, en el plano personal, se dispuso de equipos de intervención rápida en las fronteras a través de Frontex, y de los recursos humanos procedentes de los EEMM. Una estrategia que se ha visto ampliada con la reforma del Reglamento de Frontex, que prevé ahora el despliegue de equipos de gestión de fronteras, de apoyo a gestión de la migración y de retorno, no solo a petición de un EEMM, sino también por iniciativa de la propia Agencia, cuando cuente con el consentimiento de dicho Estado[333]. Y con la misma finalidad de apoyar a los Estados en la aplicación del SECA, se adoptó en diciembre de 2021 el Reglamento de la nueva Agencia Europea de Ayuda al Asilo[334].

En vista de lo realizado, la Unión debe continuar con el proceso de reforma siguiendo esa orientación para proporcionar un mayor apoyo logístico a los EEMM, que hasta ahora se han mostrado muy dependientes de la asistencia de oenegés y organizaciones internacionales. Especialmente de ACNUR que, aun contando con un rol preferente de acuerdo con las exigencias de la Convención de Ginebra, vinculantes también para la política de protección de la UE, no deja de ser una institución internacional extracomunitaria. Así, sería conveniente que la Unión se dotara de organismos propios y se institucionalizara el sistema de apoyo de manera permanente, no solo en los momentos en que el Sistema se encuentra desbordado. La consecución de un sistema común, como el que se pretende, presupone la concepción de los distintos sistemas nacionales como meras ramificaciones del sistema europeo. De tal modo, se ha de buscar que el funcionamiento de cada sistema nacional implique la activación del sistema europeo y, por tanto, sea responsabilidad de la UE velar por su correcta articulación y aplicación.

---

[332] Véase el Comunicado de prensa de 23 de septiembre de 2015: Gestión de la crisis de los refugiados: medidas operativas, presupuestarias y jurídicas inmediatas en el marco de la Agenda Europea de Migración.

[333] Véase el Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) nº 1052/2013 y (UE) 2016/1624.

[334] Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº. 439/2010.

En este sentido es igualmente indispensable el apoyo financiero. Según CEAR, la respuesta de la UE «a la «crisis de los refugiados» en Grecia ha sido una de las operaciones con mayor financiación en la historia de la UE» [335]. Y en este sentido, la respuesta más inmediata a la crisis migratoria conllevó una gran movilización de capital. Junto al aumento de otros fondos destinados a terceros países, también se asignó más de 70 millones de euros, en concepto de financiación de emergencia, a los EEMM más afectados, sumados a los 7.000 millones de euros de financiación plurianual asignada a los EEMM para el período de 2014-2020[336]. En la actualidad, el Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI) para el periodo 2021-2027 cuenta con una financiación de 9.880 millones de euros, y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y Visados (perteneciente al Fondo de Seguridad Interior), 6.240 millones de euros[337].

Junto a estos instrumentos de apoyo para asistir a aquellos Estados que fallan en la aplicación del SECA por falta de capacidad, Martínez Alarcón nos recuerda que la UE cuenta también con *herramientas de sustitución*. Esta estrategia, que debe cumplir con los principios que rigen las relaciones entre la UE y los EEMM, (en especial, los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad) permite sustituir la acción de los Estados, cuando estos así lo permitan, en atención a una mejor ejecución de sus funciones[338]. Así ocurrió, por ejemplo, cuando Italia afrontó por si sola la misión de salvamento marítimo *Mare Nostrum* en 2013, tras dos trágicos naufragios que en una semana costaron la vida de más de 600 personas. Pero el cometido de velar por la seguridad en el mar desbordaba las capacidades de un único Estado por lo que, un año después, en octubre de 2014, la operación *Mare Nostrum* fue sustituida por la operación

---

[335] CEAR: «Informe 2018: las personas refugiadas en España y Europa». P.57. Al que se remite igualmente MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. en su referida obra del 2018. P. 77.

[336] Véase: el Comunicado de prensa de 23 de septiembre de 2015: Gestión de la crisis de los refugiados: medidas operativas, presupuestarias y jurídicas inmediatas en el marco de la Agenda Europea de Migración. Y el documento anexo n.2 sobre ayuda financiera a los EEMM. En él se refleja como ayuda de emergencia FAMI y FSI-Fronteras para Grecia de 1.180.000 y 7.500 euros, respectivamente. Para Italia, 13.660.000 y 5.460.000 euros. Y para Hungría, 1.180.000 y 7.500.00 euros.

[337] Véase el Comunicado de prensa del Parlamento Europeo de 7 de julio de 2021: «Adoptados los fondos de la UE para las políticas de asilo y de fronteras» Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/spain/es/prensa/communicados_de_prensa/pr-2021/julio/adoptados-los-fondos-de-la-ue-para-las-politicas-de-asilo-y-de-fronteras.html

[338] MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.Op. Cit. 2018. P. 83.

Tritón, coordinada por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas[339]. Así mismo, esta sustitución puede llevarse a cabo también entre Estados. Algo que, de aprobarse el Reglamento de Gestión de Asilo y Migración, resultará frecuente al incorporar el mecanismo del patrocinio de los retornos entre Estados. Serán entonces otros EEMM los responsables de llevar a cabo el procedimiento y el acto de la expulsión del ciudadano extracomunitario a un tercer Estado.

Como se ha adelantado, siguiendo el razonamiento de M.L. Martínez Alarcón, no todo error en la aplicación del Derecho de la Unión puede atribuirse a la falta de capacidad. Hay otra gran causa más alarmante: la falta de voluntad política.

Esta disfunción, explicable atendiendo a la naturaleza soberana de las políticas migratorias, resulta más difícil de abordar. Sea cual sea el elemento normativo de discordia, el argumento sobre el que se regresa siempre es la intromisión en el poder soberano del Estado para decidir quién entra en el territorio nacional. Su particularidad, estriba en que esta polémica sobrepasa los límites de las políticas migratorias e incide en la naturaleza misma de la Unión, incapaz de entenderse con los nacionalismos. En este sentido, el Presidente francés E. Macron señaló, en 2018, que lo que estamos viviendo ahora no es, ya, una crisis migratoria, pues las cifras están lejos de las del 2015. Lo que presenciamos, más bien, es una crisis política entre los Estados europeos de llegada, tránsito y acogida,[340] que arriesga el funcionamiento de la Unión como organización de integración y como Comunidad de Derecho. ¿Cómo participar en una Comunidad de Derecho donde algunos socios deciden ignorar las normas cuando menos convienen a sus intereses nacionales? ¿Qué se debe hacer cuando algunos miembros entorpecen la

[339] Es importante señalar que, sin embargo, la operación Tritón contó con un presupuesto muy inferior a la de *Mare Nostrum.* Frente a los más de nueve millones de euros mensuales que el gobierno italiano destinaba a su operación, Tritón no llegaba a los tres millones.

[340] En palabras del Presidente francés: «Vean las cifras, esto es una crisis política entre los países de primera llegada, de segunda y de los extremos. Hay que mantener la cabeza fría y no perder la ventaja de la cooperación ni caer en los espíritus de la simplificación». Así lo recoge El País en su artículo de 24 de junio de 2018, con motivo de la visita del Presidente Sánchez al país vecino: «Macron y Sánchez defienden «centros cerrados» para inmigrantes en Europa». Disponible para consulta en: https://elpais.com/internacional/2018/06/23/actualidad/1529763916_884172.html

consecución de los objetivos de la Unión? Se presentan dos alternativas: el convencimiento, y la obligación[341].

El *convencimiento*, como alternativa menos restrictiva que la imposición, realza los poderes del diálogo y del debate como auténtica herramienta de cambio político. Y si bien es cierto que el carácter más elaborado de las discusiones del Parlamento Europeo, es superior al de la mayoría de parlamentos nacionales, resultaría ingenuo sobrevalorar su eficacia. Los cambios en las posiciones políticas rara vez derivan del contraste de pareceres y visiones en un dialogo revelador y convincente, sino más bien de negociaciones e intercambios. Por lo que se ha señalado la necesidad de adoptar una política de incentivos como herramienta de convencimiento[342]. Es una estrategia recogida, por ejemplo, en el marco del programa de reasentamientos del Nuevo Pacto Migratorio, que prevé incentivos económicos de entre 6 000 y 10 000 euros por persona reasentada[343]. Y de un modo más constrictivo, se pone de manifiesto con la inclusión de la cláusula de condicionalidad para la recepción de fondos europeos[344].

Sin duda, se trata de una estrategia prometedora que, sin embargo, debe complementarse con las requeridas reformas del Sistema aludidas anteriormente. En especial, hay que hacer referencia a las que conllevan un reparto de la responsabilidad más equilibrado entre los Estados, de tal manera que sean los propios Estados los interesados, en cumplir el Derecho de la Unión. De otra manera, continúa el riesgo de revivir experiencias pasadas donde Estados de primera línea no tomaban las medidas necesarias para identificar y retener en su territorio a los extranjeros no comunitarios que accedían a través de sus

---

[341] MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.Op.Cit. 2018. P. 73.

[342] MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.Op.Cit. 2018. P. 74. La autora se remite además a las declaraciones de E. Macron, del 24 de junio de 2018, a las que nos hemos referido en una nota anterior, donde el presidente de la República francesa abrió la puerta a la instauración de algún un tipo de incentivos, como medida complementaria a la sancionadora, a fin de hacer cumplir el Derecho de la Unión en materia migratoria: «No podemos tener países que se beneficien masivamente de la solidaridad de la UE mientras que también masivamente reivindican su egoísmo nacional cuando se tratan temas de inmigración». Disponible para consulta en: https://elpais.com/internacional/2018/06/23/actualidad/1529763916_884172.html

[343] Variando según la procedencia y su pertenencia a algún grupo especialmente vulnerable.

[344] Mecanismo incorporado mediante el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. Y véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022 en los asuntos C-156/21, Hungría/Parlamento y Consejo, y C-157/21, Polonia/Parlamento y Consejo donde el Tribunal desestimó los recursos de anulación interpuestos por Polonia y Hungría contra el mecanismo de condicionalidad.

fronteras a la UE. Y es que el sistema no «convencía» a estos Estados, que se veían sobrecargados al aplicar la normativa europea. Para Estados como Italia, el SECA no solo no beneficiaba sus intereses nacionales, sino que era tachado de insolidario, afectando así a la concepción de la Unión Europea y promoviendo en ciertos sectores sociales y políticos un sentimiento euroescéptico, cuando no antieuropeo, acerca de la gestión de las políticas migratorias. Por ello, es necesario que el sistema normativo que componga el nuevo SECA traslade a los Estados un adecuado equilibrio de intereses cuya aplicación resulte, si no atractiva, al menos no perjudicial. Para lo que es necesario aunar incentivos, principalmente económicos, con las reformas legislativas.

Finalmente, la última alternativa posible ante la postura contraria de algunos Estados a la aplicación del SECA, en sus sistemas nacionales, es el recurso a la *obligación* mediante procedimientos coercitivos[345].

Junto con el nuevo procedimiento instaurado por el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 que, como se ha adelantado, permite adoptar medidas como la suspensión de la entrega de fondos para aquellos Estados que vulneren los principios del Estado de Derecho[346]; la vía clásica para llevar a cabo medidas de esta índole sigue siendo el procedimiento por incumplimiento, dispuesto en el art. 258 TFUE.

Este polémico procedimiento se ha incoado en numerosas ocasiones desde que comenzara la crisis migratoria. Solo en septiembre del año 2015, la Comisión adoptó 40 decisiones por incumplimiento contra 19 EEMM[347], en relación a la aplicación del SECA. Un número que se sumó a los 34 casos que estaban ya pendientes[348], y que aumentó en los siguientes años ante la inobservancia generalizada de las decisiones de reubicación[349]. Se

---

[345] MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. Op. Cit. 2018. P. 83 y ss.

[346] Las medidas adoptables para la protección del presupuesto de la Unión se detallan en el artículo 5 del referido Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092.

[347] Estos Estados eran: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, República Checa, Rumanía, Suecia.

[348] Según la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración (2015/2095(INI)) §65.

[349] Los procedimientos que atañían a Polonia, Hungría y República Checa dieron lugar a la Sentencia de 2 de abril del 2020 en los asuntos acumulados C-715/17 *Comisión/Polonia*, C-718/17 *Comisión/Hungría* y C-719/17 *Comisión/República Checa*. Aunque, como en la misma sentencia se señala, y en virtud del margen de discrecionalidad que otorga el artículo 258 del TFUE a la Comisión, esta no demandó a todos los EEMM que incumplían la normativa. Pese a que, como se ha dicho, el incumplimiento de las decisiones

trata de una vía que, aunque rara vez alcanza la fase jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia de la Unión, posibilita la imposición de multas coercitivas al Estado infractor y la implantación de cambios legislativos o ejecutivos en cumplimiento de las sentencias del Tribunal. Pues su incumplimiento, puede derivar en mayores sanciones económicas.

En el caso de los procedimientos incoados con motivo de las Decisiones de reubicación, los procedimientos que atañían a Polonia, Hungría y República Checa dieron lugar a la Sentencia de 2 de abril de 2020 por los asuntos acumulados C-715/17 Comisión/Polonia, C-718/17 Comisión/Hungría y C-719/17 Comisión/República Checa[350]. Aunque, como en la misma sentencia se señala, y en virtud del margen de discrecionalidad que otorga el artículo 258 del TFUE a la Comisión, esta no demandó a todos los EEMM que incumplían la normativa[351]. Pese a que, como se ha dicho, el incumplimiento de las decisiones de reubicación fue generalizado, pudiendo exculparse solo a una minoría de EEMM, la Comisión decidió interponer la demanda frente a esos tres Estados cuyo incumplimiento consideró más grave y persistente. Una decisión polémica, que avivó el debate sobre el margen de discrecionalidad con el que cuenta la Comisión en este procedimiento insuficientemente regulado. Aunque también demostró la utilización de este procedimiento con un fin más disuasorio que propiamente sancionador.

A finales de ese mismo año, Hungría fue nuevamente condenada por infringir la normativa europea en materia migratoria y de asilo. Enjuiciando ahora las medidas

---

de reubicación fue generalizado, pudiendo exculparse solo a una minoría de EEMM, la Comisión decidió emprender la demanda frente a estos tres Estados cuyo incumplimiento consideró más grave y persistente. Una decisión polémica, que avivó el debate sobre el margen de discrecionalidad con el que cuenta la Comisión en este procedimiento insuficientemente regulado. Aunque también demostró la utilización de este procedimiento con un fin más intimidatorio y disuasorio que propiamente sancionatorio.

[350] Un análisis más en profundidad de la sentencia puede leerse en: GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. y DOS SANTOS SOARES, A.: «Rompiendo una lanza por los valores y principios de la UE. Sentencia del Tribunal de Justicia (sala tercera) de 2 de abril de 2020, Comisión Europea contra República de Polonia y otros». En: *Revista General de Derecho Europeo.*Nº. 52, 2020.

[351] Siguiendo la argumentación del TJUE: «(…) la acción de la Comisión se funda, en el caso de autos, en un criterio neutro y objetivo referido a la gravedad y a la persistencia de los incumplimientos que se imputan a la República de Polonia, Hungría y la República Checa, que, en vista del objetivo de las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601, como este acaba de recordarse, permite distinguir la situación de estos tres Estados miembros de la de los restantes Estados miembros, incluidos los que no cumplieron plenamente sus obligaciones derivadas de estas Decisiones. De ello se sigue que, en el caso de autos, la Comisión no ha excedido en modo alguno los límites del margen de apreciación de que goza en el marco del artículo 258 TFUE al haber decidido incoar un procedimiento por incumplimiento contra la República de Polonia, Hungría y la República Checa, y no contra otros Estados miembros. Por lo tanto, deben desestimarse las excepciones de inadmisibilidad basadas en la violación del principio de igualdad de trato».§81 y 82.

legislativas y administrativas adoptadas por este Estado desde el 2015, como respuesta a la presión migratoria. El asunto Comisión/Hungría[352] resulta un claro exponente del estado del SECA a raíz de la crisis migratoria, y las vulneraciones que los solicitantes de protección internacional, o más bien, los potenciales solicitantes, han sufrido durante años al llegar a ciertos territorios europeos, lo que ha supuesto, incluso, impedirles acceder al procedimiento de protección. En concreto, el TJUE consideró que Hungría había vulnerado sistemáticamente dos directivas del SECA: la Directiva de procedimientos 2013/32/UE y la Directiva sobre condiciones de acogida 2013/33/UE; así como también la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular.

Pero, aunque la sentencia haya reconocido que aquellas prácticas enjuiciadas suponían una vulneración del Derecho de la Unión[353], no amparable en la cláusula de seguridad nacional; sorprende la omisión en el fallo de la violación de preceptos de la CDFUE, como el propio artículo 18, y decepciona la falta de una auténtica sanción que vaya más allá de la sentencia declarativa. En este sentido, el procedimiento por incumplimiento pudo haber concluido como una multa coercitiva o, al menos, con la concreción de las medidas para la reparación del daño, pero no fue así[354]. Planteando dudas sobre la utilidad real de este procedimiento, que en el estado actual, y a la vista de las experiencias pasadas, redirige las esperanzas de cambio al mecanismo de condicionalidad referido

---

[352] C-808/18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2020.

[353] En concreto, las prácticas que llevaron al TJUE a condenar a Hungría fueron: Disponer que las solicitudes de protección internacional de nacionales de terceros países o apátridas que llegaran desde Serbia y desearan acceder en su territorio al procedimiento de protección internacional, solo podían formularse en las zonas de tránsito de Röszke (Hungría) y de Tompa (Hungría), al tiempo que adoptaba una práctica administrativa continuada y generalizada que limitó drásticamente el número diario de solicitantes a los que se autoriza a entrar a dichas zonas de tránsito. Estableció un sistema de internamiento generalizado de los solicitantes de protección internacional en las zonas de tránsito de Röszke y de Tompa, sin respetar las garantías recogidas en los artículos 24, apartado 3, y 43 de la Directiva 2013/32 y en los artículos 8, 9 y 11 de la Directiva 2013/33. Permitió la expulsión de todos los nacionales de terceros países en situación irregular en su territorio, a excepción de aquellos sospechosos de haber cometido una infracción, sin respetar los procedimientos y garantías que se establecen en los artículos 5, 6, apartado 1, 12, apartado 1, y 13, apartado 1, de la Directiva 2008/115. Y supeditó el ejercicio del derecho a permanecer en su territorio por los solicitantes de protección internacional a requisitos contrarios al Derecho de la Unión, comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32.

[354] En este sentido lo apunta Ferrer Lloret en un artículo en el que profundiza en el análisis del procedimiento de infracción, en general, y del asunto *Comisión/Hungría*, en particular. Véase: FERRER LLORET, J.: «La Unión Europea ante el derecho de asilo: a propósito de la Sentencia Comisión/Hungría (acogida de solicitantes de protección internacional). En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 68. P. 25-66.

anteriormente, su valoración, sin embargo, es aún pronto para establecer, de manera concluyente.

Porque no podemos olvidar que existe la previsión *ex* artículo 259 TFUE, dentro del procedimiento de infracción, de que sea un Estado miembro el que recurra la actuación de otro EEMM, considerada contraria a los Tratados, ante el TJUE[355]. Pero ante su inaplicación hasta ahora, esta previsión es más bien teórica, lo que le resta credibilidad.

2. 4.4 Déficits en el reparto competencial entre la Unión y los Estados Miembros.

Por último, a la hora de estudiar los límites del Sistema Europeo Común de Asilo debemos abordar su configuración como competencia compartida en los Tratados. Pues la difícil armonización que se pretende requiere de una cesión de competencias a la Unión que reduzca el margen de actuación de los Estados, y con ello una excesiva diversificación de sus particularidades normativas. Y es que hay muchos aspectos que escapan del ámbito competencial de la Unión y quedan al arbitrio de los Estados; bien porque afectan a su esfera más íntima de soberanía, o simplemente porque su regulación mediante Directivas propicia un generoso ámbito propio de actuación[356]. Por tanto, si se quiere alcanzar el objetivo de construir un sistema de protección internacional realmente común, necesario para su funcionamiento eficaz, y también para el desarrollo de una más amplia gobernanza migratoria europea, es necesario una mayor armonización por parte del legislador supranacional. Sin embargo, que la solución requiera una merma de la soberanía de los Estados nunca ha resultado atractivo. Y menos ante una materia tan polémica de la que, en palabras de Fernández Rozas: «emana una constante dialéctica

[355] MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. Op. Cit. 2018. P. 98.

[356] Esto ocurre en las políticas de migración y asilo. Pero no así en la política de fronteras donde el principal instrumento normativo es el reglamento. Así encontramos, como ejemplo, el Reglamento 790/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas normas de desarrollo y procedimientos prácticos para la realización de controles y vigilancia en las fronteras. Derogado en 2006 por el reglamento (CE) No 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), que también derogó los artículos 2 a 8 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

entre la tutela del interés común europeo y la defensa de las prerrogativas nacionales y la protección de los derechos fundamentales de los migrantes»[357].

Tras haber realizado un repaso histórico de la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, y conscientes de los grandes avances alcanzados con el Tratado de Lisboa, debemos ahora planteamos si es realmente posible seguir ahondando en el proceso de integración, a fin de lograr una política migratoria común, que aborde la gestión de fronteras, la política de inmigración y la política de asilo, con las que dar respuesta, a escala europea, a uno de los mayores retos de la globalización. Un desafío que se plantea desde el convencimiento de que, solo desde una acción común Europa tendrá la fuerza y capacidad para gestionar los flujos migratorios masivos. Y con ello, a fin de cumplir con el objetivo autoimpuesto del artículo 78.1 TFUE, consistente en «ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y garantizar el respeto del principio de no devolución».

De otro modo, el actual Sistema, que se ha configurado como una suma de políticas nacionales mínimamente armonizadas, ha demostrado ser ineficaz tanto para alcanzar su meta, como para cumplir con las obligaciones internacionales asumidas en materia de derechos humanos, derivando en una auténtica tragedia humanitaria y una problemática crisis política. En este sentido, hemos abordado en el apartado anterior las dificultades que afrontan los Estados para aplicar correctamente el SECA. Y cómo resulta especialmente dañina para la Unión la inobservancia de aquel por parte de algunos Estados. Ciertamente, existiendo posturas tan reticentes a cumplir con los reducidos estándares comunes que impone la UE, resulta ingenuo esperar que tales Estados estén dispuestos a aceptar una mayor armonización a costa de su cesión de competencias. Por que, ¿es posible alcanzar políticas migratorias y de asilo comunes? ¿Cuáles son los límites competenciales bajo los cuales nos encontramos?

La base jurídica se encuentra en el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea, que fija el objetivo de ofrecer a los ciudadanos de la Unión «un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas,

[357] FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea», en Porras Ramírez, J.M. (Coord). Migraciones y asilo en la Unión Europea. Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, P.73-114.

conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia» [358]. Así se concreta en el Título V del TFUE, y, en particular, en su Capítulo Segundo.

A tenor del artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dentro del amplio espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y concretamente en lo que aquí nos interesa, en relación a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, éstas se califican como expresión de una competencia compartida. Un ámbito, por tanto, donde la Unión y los Estados Miembros tienen potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. Ahora bien, pese a la poco afortunada denominación de este tipo de competencia, ambos no se encuentran en un plano de igualdad, pues los Estados podrán ejercen su competencia solo si la Unión no ha ejercido la suya. Es lo que la doctrina y la jurisprudencia han llamado como principio de *preemption.*

Pero decir que el ELSJ supone una competencia compartida no es decir mucho sobre la realidad que, como es frecuentemente sucede, es más compleja que la teoría. El artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, que establece disposiciones generales para la comprensión del sistema competencial, dispone en su último apartado que «el alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativos a cada ámbito». Así, en nuestro particular ámbito objeto de estudio, las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, que tienen un importante carácter transversal, debemos estar advertidos de que, aunque se clasifique como una competencia compartida, cada submateria puede dar lugar a un régimen competencial distinto. Ocurre así, por ejemplo, en relación a la integración de nacionales de terceros países que residan legalmente en territorio europeo, cuestión ésta regulada por el artículo 79.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión[359], que redirige y limita la competencia de la Unión a una tarea o competencia de mero fomento y apoyo. Otros preceptos van más allá y reservan ciertas políticas a la competencia exclusiva de los Estados Miembros. Así sucede de manera expresa, en el artículo 79.5 TFUE, relativo

[358] Artículo 3.2 TUE.

[359] Artículo 79.4 TFUE: «El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

al establecimiento del volumen de admisión en su territorio de nacionales con el fin de buscar trabajo; en el artículo 77.4 TFUE, sobre la delimitación geográfica de sus fronteras de acuerdo con el Derecho internacional; o con respecto a cuestiones altamente sensibles, como el mantenimiento del orden público y la seguridad nacional en el territorio, ex art. 72 TFUE[360].

Pero siendo la mayoría de competencias compartidas, ¿cuáles son sus características? ¿Hasta dónde alcanza el margen de actuación de la Unión Europea? ¿Podemos pedir más a la UE?

Por el principio de atribución, enunciado en el artículo 4.1 del TUE, toda competencia no atribuida expresamente a la Unión Europea pertenece a los Estados. Pero como P. Bilancia ha señalado, la rigidez de este principio se ha mitigado gracias, por una parte, a la intervención del Tribunal de Justicia, como por la aplicación del artículo 308 TUE que, según la teoría de los poderes implícitos (*implied powers*), permite a la Unión emplear todos los medios disponibles cuando sea necesario para alcanzar uno de los objetivos previstos en los Tratados, «incluso cuando estos medios no estén expresamente previstos en la normativa primaria» [361].

A tenor del largo proceso histórico de integración experimentado por la UE, las políticas de gestión de fronteras, migración y asilo, al formar parte de una materia más amplia, denominada Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, se incluyen, por el artículo 4.J del TFUE, entre las materias objeto de competencia compartida entre la Unión y los Estados. Competencias que, como es de sobra conocido, se rigen por dos principios claves que

[360] Conviene hacer una advertencia en este punto: siendo una materia especialmente sensible, vinculada al núcleo más duro de la soberanía estatal, reiterada jurisprudencia ha insistido en que aun correspondiendo a los Estados miembros establecer las medidas adecuadas para garantizar el orden público en su territorio y su seguridad interior y exterior, de ello no se deduce que tales medidas queden completamente al margen de la aplicación del Derecho de la Unión. En este sentido STJUE de 2 de abril de 2020 Comisión/Polonia y otros, sobre el mecanismo de reubicación temporal de solicitantes de protección internacional §143. Y previamente se pronunció el TJUE en el Asunto *H.T* (C-373/13), relativo a la revocación del estatuto de refugiado a un hombre que apoyaba (mediante la recaudación de fondos) a un grupo terrorista. Para ello se alegaban motivos imperiosos de seguridad nacional y orden público. Conceptos que el TJUE, observando su jurisprudencia anterior, delimitó.

[361] BILANCIA, P.: «La ripartizione di competenze tra Unione Europea e Stati Membri», en BILANCIA, P. y D´AMICO, M., *La Nuova Europa Dopo Il Tratatto Di Lisbona.* Giuffrè Editore. 2009.

condicionan y limitan el poder cedido a la Unión: el principio de subsidiariedad[362], y el principio de proporcionalidad[363]. En virtud del primero, la Unión Europea solo puede actuar cuando el objetivo que se persiga no pueda ser alcanzado por la mera acción de los Estados Miembros. Es decir, cuando el objetivo pretendido requiera de la intervención supranacional de la Unión.

El otro principio que limita la capacidad de actuación de la Unión en las materias que aquélla tiene atribuidas, de forma no exclusiva, es el principio de proporcionalidad. En relación al mismo, el contenido y la forma de la acción emprendida por la Unión deben ajustarse a la necesidad existente para lograr el objetivo pretendido. De esta manera, la Unión no puede excederse en su actuación. Ambos principios, subsidiariedad y proporcionalidad, revisten una importancia capital al preservar el difícil equilibrio entre la soberanía de los Estados Miembros y el poder real de la Unión Europea. Sin ellos, en la práctica, la Unión podría actuar siempre que tuviera algún tipo de competencia atribuida, desplazando el poder de actuación de los Estados. En ese hipotético caso, los Estados se reservarían para ellos más materias, ante el riesgo de ser completamente desapoderados; y en definitiva, el proceso de integración no se habría dado. Es tal la trascendencia de estos principios, que hay todo un protocolo para su aplicación: el Protocolo (n° 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en el cual se asigna un importante rol de control a los parlamentos nacionales.

En el ELSJ, el principal objetivo se enuncia en el artículo 3.2 del TUE: ofrecer a los ciudadanos de la Unión «un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia». Un objetivo ambicioso, que se conforma a través de los objetivos enunciados en el Título V del TFUE. En particular, el artículo 67.2 TFUE recoge el compromiso de la Unión de desarrollar «una política común de asilo,

[362] Art. 5.3 TUE.

[363] Art. 5.4 TUE.

inmigración y control de las fronteras exteriores», que, a su vez, se concreta a lo largo del Capítulo Segundo de este Título[364].

De una lectura de los artículos 77.1, 78.1 y 79.1 del TFUE se desprende que esos ambiciosos objetivos, inmersos en un contexto político, económico y social de globalización muy complejo, no pueden alcanzarse con la acción individual de cada Estado Miembro, sino que requiere de la intervención de la Unión Europea como sujeto internacional con más poder en el panorama mundial que los EEMM en su individualidad, tanto para impulsar una acción común en estas materias, como para armonizar las políticas estatales. En concreto, la elaboración de un entramado normativo para la creación del Sistema Europeo Común de Asilo se podría calificar como adecuada, conforme al principio de subsidiariedad.

Más problemático puede resultar un examen conforme al principio de proporcionalidad de algunas de las modificaciones actualmente propuestas para resolver las debilidades del SECA actuales. Y es que, entre las propuestas, tiene gran fuerza aquella que propugna cambiar las Directivas por Reglamentos. Sin embargo, el examen de proporcionalidad debiera resultar positivo atendiendo a que los hechos han demostrado, por sí mismos, que no son suficientes los instrumentos normativos adoptados. Que una mínima armonización mediante directivas no es suficiente ni para lograr un sistema común de asilo, como la UE pretende, ni para lograr que el sistema existente sea eficaz, ni mucho menos garantista.

La solución parece clara: debemos permitir que la Unión Europea desarrolle todo su potencial en estas tres políticas de gestión de fronteras, inmigración y, en particular como objeto de nuestro estudio, en la política de protección internacional. Para ello hay dos

[364] En relación a la Política de Gestión de fronteras exteriores, el artículo 77.1 TFUE dispone: «1. La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo: a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores». Para la política de asilo, el artículo 78.1 TFUE: «1. La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes». Y en la política de inmigración, los objetivos se recogen en el artículo 79.1: «1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas».

vías. Una primera, más conservadora, implicaría que dentro de los márgenes que permite la naturaleza compartida de esta competencia, la Unión desarrolle instrumentos normativos de mayor fuerza armonizadora, que reduzcan el margen de actuación de los Estados lo máximo posible. Esto se lograría con la propuesta referida anteriormente consistente en cambiar las directivas por reglamentos. En este sentido más realista, Fernández Rozas entiende que, no estando los Estados dispuestos a renunciar a ciertas esferas de su soberanía, lo que se debe buscar es una política común que «debe basarse en el apoyo y el respeto de las competencias nacionales» [365]. Política que además deberá regirse tal y como se formuló en los Tratados, pero de un modo efectivo y no teórico, por el principio de solidaridad. Y esta vía, incluso, podría verse acompañada de la propuesta, ya abordada *supra*, de una cooperación reforzada entre los Estados que estén dispuestos a ello, si fracasa un acuerdo general.

La segunda vía, más radical y ambiciosa, implicaría una modificación de los Tratados para cambiar la naturaleza de la competencia, al menos en estos tres ámbitos de gestión de fronteras, inmigración y asilo, trocándola en competencia exclusiva de la Unión. La primera propuesta es más sencilla de alcanzar, pero puede ofrecer resultados que no supongan cambios significativos, existiendo el riesgo de que perduren las mismas debilidades. La segunda vía se puede tildar de maximalista y utópica, en el momento político que estamos viviendo. Sin duda, es poco probable a corto plazo. Pero las herramientas normativas están para eso, pues el artículo 48.2 TUE abre la posibilidad a una revisión de los Tratados para modificar las competencias atribuidas a la Unión. Curiosamente, como recordó Mangas Martín, esta novedad que permite modificar los Tratados, no solo para ampliar la atribución de competencias, sino también para renacionalizarlas, no se encontraba en el proyecto de Tratado constitucional y se introdujo para satisfacer la «actitud desconfiada» de Reino Unido, y de otros Estados de incorporación más tardía[366]. Reino Unido, quien puso trabas constantes en el proceso de integración, ya no forma parte de la Unión Europea, y algunos de esos otros Estados a los que la autora se refería, son los que hoy tienen más presencia antieuropea, o euroescéptica en sus parlamentos, siendo los más reacios a ceder una soberanía que consideran ya

[365] ROZAS FERNÁNDEZ, Op. Cit. 2020. P. 90.

[366] MANGAS MARTÍN, A.: «Un tratado no tan simple: el realismo mágico del funcionalismo». En: Revista de Derecho Comunitario Europeo núm. 30, Madrid, mayo/agosto (2008), P. 339.

atacada con esas políticas, hasta el punto de incumplirlas expresamente. Son estos quienes presentan una «reticencia dogmática constante a afrontar dicho proceso en el marco comunitario» [367], quienes frenan e, incluso, bloquean el proceso de integración, dejando casi como única opción realista la que permite que queden al margen de una más amplia cooperación reforzada.

¿Debemos resignarnos a convivir con quienes, no solo no quieren avanzar en el proceso de integración al que nos comprometen los Tratados[368], sino que no permiten a la UE alcanzar sus objetivos, violando el principal compromiso que asumieron al adherirse a la Unión? Es cierto que la reforma de los Tratados se percibe con recelo y se asume su fracaso. No obstante, a la vista de la crisis actual que aflige a la Unión, quizás sea hora de tramar una nueva reforma de los Tratados, aprovechando los frutos de la Conferencia sobre el futuro de Europa[369] y considerar seriamente su necesidad.

2.5 El carácter paulatinamente subordinado de la política de asilo en relación al creciente protagonismo de las políticas de gestión de fronteras e inmigración. La necesidad de reorientar la gobernanza y reivindicar el SECA.

Continuando con el propósito de analizar el SECA, para comprender los motivos de sus deficiencias y así construir un sistema eficaz y garantista; es necesario que, junto a los límites estructurales del Sistema estudiemos la orientación de la política de asilo y su necesaria relación con las políticas de inmigración y gestión de fronteras exteriores. Pues su ejecución, paralela a la de estas otras dos políticas, se ha demostrado incoherente, al no siempre compatibilizar sus objetivos. De ahí que se haya visto relegada a una posición residual respecto a tales políticas.

---

[367] GONZÁLEZ VEGA J.A., Op. Cit. En referencia a CESLA V.A.*: Le processus d´harmonisation des droits migratoires nationaux de Etats membres de l´Union Européenne*. Schulthess Polygraphisches Verlag, Zurich, 2005, p. 99.

[368] Art. 1 TUE: «El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible».

[369] Véase la plataforma digital oficial creada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, habilitada como foro para la participación ciudadana en https://futureu.europa.eu/pages/about?locale=es

En este sentido, en los últimos años, hemos presenciado una crisis política que, a raíz de la migratoria que Europa no supo afrontar, ha contribuido al desmantelamiento del SECA. En este tiempo se ha logrado una relación más estrecha entre la política de asilo y las políticas de gestión de fronteras e inmigración; una pretensión coherente con el deseo de alcanzar una gobernanza de las migraciones. Sin embargo, el problema radica en que este acercamiento entre las tres políticas no ha logrado una mejor coordinación entre estas, sino que la política de asilo ha sido, en gran parte, absorbida por las otras dos, que comparten una prioridad común: la lucha contra la inmigración irregular. A falta de un mejor equilibrio entre políticas, el SECA se ha *securitizado*.

Ciertamente, la prioridad de la política de asilo, que debe consistir en garantizar un estatuto de protección a quien lo precisa, y asegurar el respeto al principio de no devolución (según las exigencias del artículo 78 TFUE), no se ha excluido. Pero su cumplimento se ve condicionado, si no crecientemente supeditado, a por las políticas de gestión de fronteras y migratoria que, en la lucha contra la inmigración ilegal, persiguen un mayor aumento de los controles fronterizos, incluso externalizándolos; y la devolución automática de quienes accedan irregularmente. Estrategias que impiden el desarrollo efectivo de una política de asilo construida sobre un incomprensible principio de territorialidad que exige a los solicitantes estar en territorio europeo[370], aun faltando vías legales para ello.

Lo que subyace a este planteamiento de la política migratoria es un intento de los Estados de eludir sus obligaciones de Derecho internacional y europeo. Para ello, unos reforzados muros externos deben proteger a la Unión, a fin de mantenerla inalterable frente a la realidad de un mundo globalizado que se resigna, por instinto, a permanecer inmóvil. Pero, como consecuencia, esta política ha llevado a una nueva conceptualización de la

[370] Según establece el artículo 3 de la Directiva 2013/32 de Procedimientos, relativo al ámbito de aplicación de la Directiva: «1. 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. 2. La presente Directiva no se aplicará a las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros».

figura del refugiado, despojada de su inherente vulnerabilidad, y caracterizada ahora como una amenaza para la seguridad europea[371].

Esta *securitización* de la política de protección tiene graves consecuencias. En primer lugar, para los solicitantes, que, pese a constituir un colectivo especialmente vulnerable, ven sus derechos menoscabados por prácticas nacionales justificadas bajo el aval de la socorrida cláusula de seguridad nacional. Argumento que parece permitir a los Estados infringir normas internacionales sistemáticamente, incluso de *ius cogens,* como el *non refoulement.* Pero esta no es la única consecuencia. Como expresa G. Pinyol, al haber difundido la idea de amenaza que suponen estas personas para la seguridad nacional, reforzada con la idea de que los muros deben protegernos de ellos, otros Estados los han utilizado como elemento de presión geoestratégica [372]. Utilización que ha sido posible al haber instituido a muchos de estos estados en centinelas de nuestras fronteras.

Nos encontramos así con un sistema de protección que requiere estar presente en el territorio para activar sus mecanismos, pero que apenas prevé vías legales y seguras para acceder a este, sumado a una estrategia obsesiva por la lucha contra la inmigración irregular. El caldo de cultivo perfecto para vaciar de contenido la política de asilo. Por ello, en la gobernanza migratoria europea urge encontrar un equilibrio entre estas ineludibles políticas y la de asilo, a fin de permitir a ésta cumplir su función de dotar de un estatuto de protección a quien lo precisa, sin que este objetivo frene la lucha contra la inmigración irregular, y viceversa. La lucha contra la inmigración irregular no debe impedir el desarrollo de la política de protección internacional. Sin embargo, con el SECA desnaturalizado, su *securitización* se presenta, para cada vez más Estados, como respuesta a los problemas estructurales del propio SECA. Aunque solo suponga un intento de

[371] Véase en este sentido la interesante reflexión de G. Pinyol (experta del Consejo de Europa en el marco del proyecto *Intercultural Cities* y coordinadora de la *RECI*. directora de políticas migratorias y diversidad en *Instrategies* e investigadora asociada del *GRITIM-UPF)* en torno a la securitización de las personas refugiadas. PINYOL JIMÉNEZ, G.: «Las personas refugiadas no son el enemigo». En *El País*, el 10 de noviembre de 2021. Disponible en: https://elpais.com/autor/gemma-pinyol-jimenez/

[372] PINYOL JIMÉNEZ, G. 2021. Op. Cit. La autora se refiere a los refugiados como «peones de las nuevas guerras híbridas», y que expresa además la paradójica situación por la que «las personas en situación de mayor vulnerabilidad se convierten, así, en una amenaza para quienes han constituido un discurso que las percibe como tales».

sortear su aplicación, redirigiéndolo a otras políticas de lucha contra la inmigración ilegal que implican menos recursos.

2.5.1 Un SECA *securitizado*[373]: la gestión integrada de fronteras externalizadas.

Desde la aprobación del primer reglamento Eurodac en el año 2000[374], siguiendo con la la creación de Frontex, en 2004, hasta la creación de la Agencia de Fronteras y Costas, pasando por la evolución de las operaciones marítimas de rescate en los últimos ocho años, se ha evidenciado como, entre las prioridades de la Unión Europea, se encuentran la fortificación de fronteras. O, en el lenguaje de los Ttratados, la «gestión integrada de fronteras» y la lucha por controlar la inmigración irregular. Una estrategia para la que la UE ha asumido el precio de trasladar a un lugar residual la política de asilo. Literal, y figuradamente.

Siguiendo el razonamiento de Acosta Sánchez[375], podemos señalar como principales medidas adoptadas para la gestión de fronteras: el fortalecimiento de la vigilancia comunitaria, para lo que se han reforzado las capacidades de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas; y por otro lado, la intensificación de la cooperación con terceros Estados. Ambas acciones comprenden una serie de medidas específicas que suponen una transformación funcional de la frontera[376], y que inciden notablemente en las políticas de inmigración y de asilo.

---

[373] Conviene señalar que la teoría de la *securitization* fue desarrollada en un primer momento por Ole Weaver, a cuya obra de referencia nos remitimos: WAEVER, O: «Securitization and Desecuritization». En*: On Security*, ed. R. D. Lipschutz (New York: Columbia University Press, 1995), pp. 46-86.

[374] Reglamento 2725/2000. del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

[375] ACOSTA SÁNCHEZ, M.A.: «La formación de guardacostas libios: hacia un modelo de sinergia de políticas en la gestión integrada de fronteras marítimas europeas». En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 64, P. 859-895. 2019.

[376] A. del Valle Gálvez ha señalado a este respecto que: «la frontera, a efectos de tareas labores de control, se transformaría funcionalmente en un amplio espacio territorial y marítimo, variable, de territorios limítrofes e islas bajo soberanía de un Estado UE y de un Estado tercero fronterizo. Desde luego, en el concepto internacional de frontera no es una novedad la no coincidencia entre frontera-límite y frontera-lugar de control; pero sí la pretensión de adelantar sistemáticamente los instrumentos de control fronterizo de acceso al territorio europeo, en un nuevo modelo jurídico-institucional fronterizo evolucionado». En: DEL VALLE GÁLVEZ, A.: «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de

En lo referente al objetivo de una mayor cooperación con terceros Estados, que se hizo más evidente tras la adopción del *Enfoque Global de la Migración y la Movilidad* (GAMM, por sus siglas en inglés)[377], se han desarrollado una multitud de mecanismos financieros referidos a las distintas políticas de la Unión que inciden en las causas profundas de la migración[378]. Así, los principales instrumentos financieros se reparten a través de políticas de cooperación, tales como el Fondo Fiduciario de Emergencia de la UE; la Política Europea de Vecindad[379], ciertos programas regionales de desarrollo y de protección, (especialmente aquellos para el África oriental, central y occidental)[380]; pero también a través de otras políticas íntimamente ligadas, como la de seguridad y lucha antiterrorista[381], o la política comercial[382]; así como la ubicación de delegaciones de la UE en aquellos Estados para prestar asistencia. Destaca, de entre todos ellos, el Fondo de Asilo, Migración e Integración, establecido para el periodo 2021-2027 y cofinanciado

---

frontera internacional». En*: Revista de Derecho Comunitario Europeo,* nº 55, septiembre-diciembre (2016) P. 759-777.

[377] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Enfoque Global de la Migración y la Movilidad /* COM/2011/0743 final */ de 18 de noviembre de 2011.

[378] Un estudio exhaustivo sobre esta materia puede encontrarse en: GARCÍA ANDRADE, P.; MARTÍN, I; MANANASVHVILI, S.: «EU cooperation with third countries in the field of migration». *Bruselas, Parlamento Europeo. Study for the LIBE commitee. PE 536.469.* Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536469/IPOL_STU(2015)536469_EN.pdf

[379] El «Instrumento Europeo de Vecindad», constituido para la cooperación con socios meridionales en el periodo 2014-2020 fue dotado de 15.400 millones de euros. Para el período 2021-2027 se constituyó el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional (IVCDCI) «Europa Global». Aprobado por el Parlamento Europeo el 9 de junio de 2021 tras más de dos años de negociaciones, cuenta con un nutrido presupuesto de 79.500 millones de euros.

[380] Como el Fondo Europeo de Desarrollo (FED), cuyos destinatarios son países de África, del Caribe y del Pacífico y Territorios de ultramar con el objetivo principal de reducir (y eventualmente erradicar) la pobreza.

[381] En este sentido, son destacables las diez misiones civiles y seis operaciones militares activas que la UE mantiene en Europa, África y Oriente Próximo, junto con un Plan de Acción concreto para la Lucha Antiterrorista en el Cuerno de África y Yemen y además de su colaboración desde 2017 con la Fuerza Conjunta del G5 del Sahel. Así como el Fondo Europeo de Apoyo a la Paz, dotado de 5 000 millones de euros para el periodo 2021-2027.

[382] Destaca en esta política el Acuerdo de Cotonú del año 2000, que expiraba inicialmente el 29 de febrero de 2020. La Decisión n.o 1/2022 amplió su aplicación hasta el 30 de junio de 2023 o hasta la entrada en vigor de un nuevo acuerdo que lo sustituya.El objetivo del acuerdo es, según su artículo 1, el de promover el desarrollo económico, cultural y social así como contribuir a la paz, seguridad y a la consecución de un clima político estable y democrático. Y dedica su artículo 13 a las migraciones, donde se establece que «cada uno de los Estados ACP readmitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, a petición de este último y sin mediar más trámites» (art. 13.5.i).

conjuntamente por la Comisión Europea y los Estados Miembros[383]; y el Fondo Fiduciario de Emergencia de la UE para África, constituido a finales del año 2015, con la finalidad de «tratar las causas profundas de la inestabilidad, los desplazamientos forzosos y la migración irregular y contribuir a una mejor gestión de la migración»[384].

Pero lo que subyace de estas políticas financieras es alcanzar el objetivo último de *desterritorializar*[385] los controles migratorios que se llevan a cabo, siguiendo esta práctica, fuera de la UE, esto es, en el territorio de un tercer Estado. La finalidad teórica es conseguir un mejor control de los flujos migratorios mixtos y un mejor abordaje en el país de origen de las causas profundas de la emigración. Y a tal fin, esta práctica debería servir de filtro para separar a los solicitantes de protección internacional y facilitar su llegada a territorio seguro, a la vez que contiene la llegada de inmigrantes irregulares por motivos económicos. Su propósito, sin embargo, es que esa desterritorialización de los

---

[383] Creado mediante el Reglamento (UE) 2021/1147 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021 por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración, con una dotación presupuestaria de 9.882.000.000 euros.

[384] Conviene señalar que esta estrategia, tan bien acogida por la UE, no es exclusiva de nuestro continente. Al contrario, responde a una nueva política de gestión de fronteras en un contexto de globalización que aplican desde hace años, y cada vez con mayor fiereza, otras grandes potencias mundiales. Así, sirva de ejemplo el caso de México, que recibe financiación y formación de Estados Unidos para aumentar la seguridad en sus fronteras. En este caso concreto, EEUU ha dado un paso más allá al llevar a cabo, desde el 2001, una política de seguridad de sus fronteras denominada «división geopolítica de círculos concéntricos» según la cual, el primer círculo es su propio territorio y el segundo América del Norte, que alcanza desde Canadá hasta la frontera sur de México. De esta manera, como explica J. Marengo Camacho: «EEUU desdobla su frontera sur para crear una frontera externa que llega a la frontera sur de México y, al mismo tiempo, mantiene sólida su frontera interna. Ello ocasiona que el territorio mexicano quede *atrapado* entre una frontera y otra y que sea concebido en su territorialidad como una gran región fronteriza (…)». Continúa el autor haciendo referencia a los «estados colchón» que «separaban tiempo atrás una posible agresión entre dos potencias (como ocurría con Nepal y Bután respecto a China e India), actualmente estos amplían la región fronteriza no para contener las amenazas de un Estado a otro, sino para luchar contra el narcotráfico, la migración irregular y la violencia (…)». Véase: MARENGO CAMACHO, J.: «Fronteras elásticas, hegemónicas y teoría del discurso: la frontera sur de México». En: Revista CIDOB d´Afers Internacionals. N. 111. 9-34.

[385] Ante la multitud de términos empleados por la doctrina para denominar estas prácticas, el término «*desterritorialización*», explica Del Valle Gálvez, «evoca la idea de ubicar fuera del territorio determinadas funciones de control fronterizo y de políticas migratorias, a desarrollar por otros Estados o por el propio Estado». Un concepto que comprendería tanto las prácticas de *externalización* como de *extraterritorialidad*. Mientras que el autor propone reservar el término *externalización* «para aquellas situaciones en las que no hay ni presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados Miembros».Una explicación más detallada se puede encontrar en sus múltiples artículos sobre la materia. DEL VALLE GÁLVEZ, A.: «Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre 'extraterritorialidad', 'desterritorialidad' y 'externalización' de controles y flujos migratorios», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológico*s, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 168 y 169. Y DEL VALLE GÁLVEZ, A: «Los Refugiados, Las Fronteras exteriores y la Evolución del Concepto di frontera Internacional». En *Revista de Derecho Comunitario Europeo.* nº 55. 2016.

controles suponga una barrera disuasoria y de contención para toda amenaza a la seguridad, incluyendo los flujos migratorios. Para ello, una parte importante de los fondos se destina a que las autoridades locales aumenten su vigilancia para limitar el tránsito de migrantes, así como favorecer el retorno y la readmisión. Y atendiendo a este objetivo prioritario de seguridad, la distinción entre requirente de protección y migrante económico resulta secundaria.

Y es que no puede olvidarse que, aunque la salvaguarda de las fronteras como objetivo al que aspira la externalización de los controles migratorios, es un fin legítimo dentro del poder soberano de los Estados, existe un límite a dicha actuación, conformado por la prohibición de *non refoulement* como norma de *ius cogens*[386]. Lo que la doctrina y los Tribunales se preguntan es en qué modo limita esta norma la actuación de los Estados cuando la persona aún no está dentro de los límites territoriales del Estado en cuestión; o incluso, si, ni tan siquiera ha salido del propio Estado del que huye alegando el riesgo de sufrir tratos inhumanos. En estos casos el ámbito de aplicación del *non refoulement* es menos evidente que el de la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes, de la que deriva, pues no siempre se tratan de expulsiones o devoluciones. Mientras que la fuerza protectora del artículo 3 del CEDH se condiciona, únicamente, al ámbito de jurisdicción de los Estados europeos. De tal modo, la cuestión está en saber, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, qué acciones cometidas, o que tengan consecuencias, fuera de los territorios de estos Estados, pueden constituir un ejercicio de su jurisdicción en el sentido del artículo 1 del CEDH.

Pero antes de entrar en esta compleja cuestión, es necesario entender cómo se ha efectuado esa política de externalización mediante la cooperación entre Estados, y porqué plantea tantas dudas acerca de su legitimidad.

[386] ABRISKETA URIARTE, J.: «La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement». En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 2017. P. 119-158.

2.5.1 A La externalización de la gestión de los flujos migratorios.

La cooperación con terceros Estados siempre ha sido una línea de actuación esencial de las políticas migratoria, de asilo y de gestión de fronteras, para luchar contra la inmigración irregular y afrontar las causas de los movimientos migratorios en el lugar de origen. Se señaló así en el Consejo Europeo de Tampere de 1999[387]; y más recientemente, y con mayor insistencia, en la Agenda Migratoria del 2015[388], que motivó la activación de un nuevo Marco de Asociación con terceros países, teniendo como ejemplo el Acuerdo UE-Turquía que, enseguida abordaremos, y que, en palabras de la propia Comisión: «estableció nuevas formas de poner orden en los flujos de migración para salvar vidas»[389].

Se evidencia como en los últimos años la estrategia de cooperación con terceros Estados ha adoptado una orientación diversa, que va mucho más allá de los acuerdos de readmisión[390]. Esta estrategia, reflejada en el Nuevo Pacto Migratorio, pasa por un desplazamiento táctico de la frontera europea, a territorios de terceros Estados que cumplen la misión de defender los confines europeos desde sus territorios, permitiendo a la UE llevar a cabo su política, rebajando el canon de protección a los estándares de estos países. Así, en principio, no son los países europeos quienes ejercen su jurisdicción a través de esas políticas de vigilancia, sino terceros Estados que cumplen los encargos europeos condicionados por la recepción de fondos europeos. Con una explícita prioridad de frenar la inmigración, el descaro con el que se ha relegado la protección de los derechos de migrantes, y de potenciales solicitantes de protección internacional en los diferentes

---

[387] Conclusiones de la Presidencia del Consejo europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999: «Pide que se desarrollen, en estrecha cooperación con países de origen y de tránsito, campañas de información sobre las posibilidades reales de inmigración legal, y que se impida toda forma de trata de seres humanos» §22. Y « El Consejo Europeo invita al Consejo a que celebre acuerdos de readmisión o inserte cláusulas modelo en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y los terceros países o grupos de países pertinentes»§27.

[388] COM(2015) 240 final, de 13 de mayo de 2015.

[389] Bruselas, 7.6.2016 COM(2016) 385 final Comunicación De La Comisión Al Parlamento Europeo, Al Consejo Europeo, Al Consejo Y Al Banco Europeo De Inversiones sobre la creación de un nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración

[390] Se pueden consultar los acuerdos de readmisión suscritos por la UE en vigor en la página web: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/return-readmission_en . Desde el primero, firmado con Hong Kong y en vigor desde el 2004, hasta el último en el momento en que se escriben estas líneas: con Bielorrusia en el 2020.

instrumentos (acuerdos, memorándum, declaraciones conjuntas, etc.)[391], los hace más que cuestionables, y a la Unión espectadora, cuando no cómplice, de las violaciones de derechos que cometen las autoridades de aquellos Estados-socios que les rinden cuentas.

Lo cierto es que, como se ha señalado en las páginas precedentes, muchos de estos acuerdos se enmarcan en de amplios programas financieros. Algunos constantes en los presupuestos de la Unión desde hace años, y otros más novedosos como el Fondo Fiduciario Regional de la Unión Europea en Respuesta a la Crisis Siria; el Fondo Fiduciario de Emergencia de la UE para África; y el mecanismo para los refugiados en Turquía. Todos ellos con la finalidad de mejorar las condiciones de vida en los países de origen, para desincentivar la migración; colaborar para que los Estados de origen y de tránsito tengan capacidad para la acogida; servir de incentivo a las propias autoridades para frenar la inmigración ilegal que transcurre, o parte, desde sus Estados; y facilitar el retorno y la readmisión de manera rápida.

Sin ánimo de exhaustividad, se procede a estudiar las principales alianzas de Europa en las rutas oriental occidental y central: Turquía, Marruecos y Libia.

En primer lugar, en la ruta del Mediterráneo Oriental, el socio clave es Turquía. En el año 2016, el Consejo Europeo firmó la *Declaración UE-Turquía*[392], formalmente considerada

---

[391] Precisamente en esta nueva estrategia política se ha criticado mucho la tendencia a adoptar instrumentos jurídicos cuya dudosa naturaleza jurídica beneficia a la Unión y a los EEMM al permitirles escapar de publicidad, controles parlamentarios, o judiciales. Se profundizará más en este aspecto al hilo de los instrumentos concretos desarrollados en este epígrafe. Para un análisis más generalizado pueden verse, entre otros: DE VITTOR, F.: «Responsabilità degli Stati e dell´Unione Europea nella conclusione e nell´esecuzione di «accordi» per il controllo extraterritoriale della migrazione». En: *Diritti Umani E Diritto Internazionale.* Vol. 12. 2018. Nº 1. P. 5-27. Y ZAMBRANO, V.: «Accordi informali con Stati Terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell´Unione e dell´Italia». En: *Freedom, Security & Justice»: European Legal Studies.* 2019. nº 1. P. 128.

[392] Su precedente normativo es sin duda el acuerdo sobre readmisión de residentes ilegales, firmado entre la UE y Turquía el 16 de diciembre de 2013, cuya vigencia prevista inicialmente a partir del 1 de octubre de 2017, se adelantó con la firma del Acuerdo al 1 de junio de 2016. Pero los antecedentes políticos de dicha Declaración nos llevan a retrotraernos al 29 noviembre de 2015, cuando los jefes de Estado y de Gobierno de los EEMM se reunieron con el entonces Primer Ministro de Turquía, Ahmet Davutoğlu, y acordaron dar un impulso en el proceso de adhesión de Turquía, mediante reuniones de Alto Nivel más frecuentes; y una cooperación en el marco de la crisis migratoria para lo cual se adoptó el «Plan de Acción Conjunto UE-Turquía». Tan solo unos días antes, el 24 de noviembre del 2015, la Comisión había creado el Mecanismo para los refugiados en Turquía, que entró en funcionamiento el 17 de febrero de 2016, y que aportaba a este país 3 mil millones de euros para el periodo 2016-2017. Y que se sumaban a los 345 millones ya asignados en los años 2013-2015 en el marco de otros instrumentos de financiación para la estabilidad (HUMA, IAP e IEP) y del Fondo fiduiciario regional de la UE para la respuesta a la crisis siria. Así como a las ayudas bilaterales de los Estados Miembros. Como recuerda la Comisión en su informe de 2 de marzo de 2017, desde el año 2011, la UE y sus EEMM han destinado conjuntamente 9.400 millones de euros a

un acuerdo por el cual la Unión Europea se comprometió: a acelerar la liberalización de visados de los ciudadanos turcos en el espacio Schengen (punto 5 del acuerdo); acelerar el desembolso de tres mil millones de euros asignados en el Mecanismo para los Refugiados en Turquía, que la Comisión había creado en noviembre de 2015[393]; y a aportar otros tres mil millones adicionales hasta 2018 para financiar proyectos humanitarios destinados a los refugiados en el ámbito de la salud, educación, alimentación e infraestructuras (punto 6 del acuerdo). A su vez, el Acuerdo confirmó su compromiso con Turquía para mejorar la Unión Aduanera, reactivar el proceso de adhesión (puntos 7 y 8) y mejorar las condiciones humanitarias en Siria, en especial en la frontera turca (punto 9).

A cambio de todo ello, Turquía debía tomar «todas las medidas necesarias» para evitar que se abrieran nuevas rutas marítimas o terrestres para la inmigración ilegal (punto 3). Aceptaba que, como «una medida temporal y extraordinaria que es necesaria para poner término al sufrimiento humano y restablecer el orden público», todos los inmigrantes que llegaran a las islas griegas, a partir del 20 de marzo de 2016, procedentes de Turquía, serían devueltos a Turquía (punto 1), que era ahora considerado tercer Estado seguro, pese a tener una reserva de limitación geográfica a la Convención de Ginebra de 1951 que ampara solo a europeos. Y se estableció la regla del «uno por uno» (*«one in, one out»),* que implicaba que, por cada sirio que fuese devuelto a Turquía desde Grecia, otro sería reasentado desde Turquía a la UE, dando prioridad a aquellos que no hubieran intentado entrar ilegalmente en territorio europeo, y pudiendo revisar este mecanismo e incluso suspenderlo en función de la evolución de la crisis migratoria (punto 2 del acuerdo).

Para comprender la emergencia que llevó a suscribir dicho acuerdo se debe observar que, en el año 2015, en la Unión Europea se presentaron 1 216 900 de primeras solicitudes de

---

Turquía, de los cuales, 3.900 millones de euros con cargo al presupuesto de la Unión. Véase: COM(2017) 130 Final Comunicación De La Comisión Al Parlamento Europeo Y Al Consejo Primer informe anual sobre el Mecanismo para los Refugiados en Turquía.

[393] Decisión de la Comisión de 24 de noviembre de 2015 sobre la coordinación de las acciones de la Unión y de los Estados miembros mediante un mecanismo de coordinación, el Mecanismo para Turquía en favor de los refugiados (2015/C 407/07) .Según el artículo 1 de la Decisión, el Mecanismo tenía el fin: «de ayudar a Turquía a abordar las necesidades humanitarias y de desarrollo inmediatas de los refugiados y de las comunidades de acogida, así como a las autoridades nacionales y locales para gestionar y hacer frente a las consecuencias de la afluencia de refugiados».

protección internacional[394]. Ese año, llegaron por mar aproximadamente 1 014 973 personas, entrando por Grecia, la principal puerta de entrada, 856 723[395]. Es decir, casi un 84%. Al año siguiente, como reacción ante la oleada de llegadas, entró en vigor el Acuerdo UE-Turquía.

El Acuerdo supuso un acto repleto de polémicas cuestiones que atañen tanto a su discutible procedimiento de adopción, su controvertida naturaleza jurídica, su dudosa eficacia y por supuesto, a su contenido sustantivo; y que justificaron la necesidad de que el Tribunal de Justicia se pronunciara al respecto. No obstante, ciñéndose a unos formalismos, el Tribunal evitó pronunciarse sobre su contenido[396].

En primer lugar, debemos hacer mención a la consideración de su naturaleza jurídica como acto jurídicamente vinculante, y no como un acto de naturaleza política. En este sentido, Zambrano recuerda que, pese a haber llamado a este acuerdo «declaración», su contenido establece una serie de obligaciones concretas. Y para el Derecho internacional, un tratado es «el acto, cualquiera que sea su denominación y forma, en el que se da un encuentro de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional dirigida a disciplinar una determinada materia y a través el cual las partes asumen obligaciones y derechos recíprocos» [397]. De tal forma, que la naturaleza jurídica es determinada por su contenido, y no el nombre que le dan las partes. Y directamente condicionado por su naturaleza jurídica de acto vinculante, este acto debió adoptarse por el procedimiento jurídico adecuado.

---

[394] Datos de Erustat. Disponibles en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics

[395] Según el informe de ACNUR: «Refugees & Migrants Sea Arrivals In Europe». Bureau for Europe. Monthly Data Update: Decembre 2016. Disponible en: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Monthly_Arrivals_to_Greece_Italy_Spain_Jan_Dec_2016.pdf

[396] Pueden verse los autos donde el Tribunal General de la UE se declaró carente de competencia para resolver los recursos de tres solicitantes de asilo contra la Declaración UE- Turquía en la página de CURIA: Auto del Tribunal General de 28 de febrero de 2017 — NF/Consejo Europeo (Asunto T-192/16); Auto Del Tribunal General de 28 de febrero de 2017 (Asunto T-193/16); y Auto Del Tribunal General de 28 de febrero de 2017 (Asunto T-257/16). Y está igualmente disponible la nota de Prensa nº 19/17 de 28 de febrero de 2017 disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170019es.pdf

[397] ZAMBRANO, V., Op. Cit. P. 128.

Respecto al procedimiento por el que el mismo se adoptó, debemos evocar las nociones básicas de Derecho de la Unión Europea para recordar que el Tratado de Funcionamiento de la Unión prevé un procedimiento legislativo específico para la adopción de acuerdos internacionales por parte de la Unión Europea. El artículo 218 TFUE detalla así el papel del Consejo, de la Comisión, del Parlamento Europeo, y en caso de que el acuerdo verse sobre cuestiones exclusivas de política exterior y de seguridad común, del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Sin embargo, como explica Zambrano, en este acuerdo la Comisión tuvo una participación muy limitada en su redacción, conduciendo la negociación el Presidente del Consejo Europeo, que concluyó su adopción, en un encuentro con el Primer Ministro turco, sin la aprobación, ni la mera consulta, al Parlamento Europeo, que quedó así excluido[398].

Por ello, surgen dudas sobre la legitimidad de la Unión para firmar este acuerdo. Pero no menos para afirmar, como hizo el Tribunal de Justicia, que el acuerdo había sido concluido por los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo. Esta tesis genera el recelo de una gran parte de juristas al considerar dos elementos claves: de un lado, que las materias tratadas en el acuerdo afectaban evidentemente a competencias exclusivas de la Unión Europea y a normas de Derecho comunitario como, por ejemplo, la consideración de Turquía como país seguro, o a al acuerdo de readmisión del 2013 firmado entre la UE y Turquía[399]. Pero además, hay otra clara contradicción con esta tesis que se refiere a la literalidad de los términos empleados en el acuerdo. Como han señalado, entre otros, Zambrano[400] y C. Danisi[401], la regla de interpretación general de los Tratados contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena lleva a interpretar los términos empleados de buena fe y conforme al sentido corriente. Así, el acuerdo se refiere expresamente a la Unión Europea, por lo que resulta difícil de comprender que la interpretación adecuada sea aquella que lleva a entender el acto como un acuerdo suscrito

---

[398] ZAMBRANO, V. Op Cit. P. 126. La autora además advierte que, aunque se pudiera enmarcar dentro de la excepción contemplada en el artículo 218 TFUE considerándolo un asunto concerniente exclusivamente a política externa y de seguridad, en ese caso debería haber sido negociado por el Alto representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, y el Parlamento debería haber sido informado.

[399]CANNIZZARO, E: «Disintegration through Law?». En: *European Papers*, 2016. P. 3 y ss.

[400] ZAMBRANO V. Op. Cit. P. 128.

[401]DANISI, C.: «Taking de `Union´ out of `EU´: The EU-Turkey Statement on the Syrian Refugee Crisis as an Agreement Between States under International Law». En: *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law.* 20 de abril de 2017.

por los Jefes de Estado de los EEMM de la UE. De hecho, el comunicado de prensa del Consejo Europeo del 18 de marzo de 2016, bajo el titular: «Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016», suscribe que: «Turquía y la Unión Europea han reafirmado su compromiso con la aplicación del Plan de Acción Conjunto puesto en marcha el 29 de noviembre de 2015»[402], dejando así pocas dudas sobre las intenciones de la UE y de sus Estados Miembros.

Pero si dudosos son los aspectos formales del acuerdo con Turquía, aún más resulta su contenido respecto a la garantía de los derechos fundamentales de las personas migrantes, y sobre el respeto al derecho de asilo[403]. No pudiendo obviar que Grecia había sido ya condenada en diversas ocasiones por deficiencias sistemáticas en su procedimiento de protección internacional y que afectaban a los derechos de los solicitantes[404].

El primero de los nueve puntos a los que se refiere el acuerdo deja clara la finalidad de desincentivar y contener la inmigración irregular, pues establece que, con arreglo a la prohibición de expulsiones colectivas, todos los migrantes serán identificados y registrados, pudiendo solicitar asilo. Pero aquellos migrantes irregulares que no soliciten asilo, o cuya solicitud se considere infundada o inadmisible de acuerdo al Derecho de la Unión, serán retornados a Turquía, corriendo el coste del retorno a cargo de la UE.

Esta medida cumplió su objetivo: en el año 2016, tras la entrada en vigor del Acuerdo, el número de llegadas por mar a las islas griegas descendió un 80%, de las 856 723 del 2015, a 173 450[405]. También lo hizo el número de fallecidos en esta ruta marítima, pues mientras

---

[402] DANISI, C. Op. Cit.

[403] Entre los diversos informes que cuestionan dicho Acuerdo, véase: ACNUR: Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling The Migration Crisis Under The Safe Third Country And First Contry Of Asylum Concept: https://www.refworld.org/docid/56f3ee3f4.html. Save The Children: «A tide of self-harm and depression The EU-Turkey Deal's devastating impact on child refugees and migrants». 2017. Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/final_report_eu_turkey_deal_a_tide_of_self-harm_and_depression_march_20171.pdf O, en el ámbito español el informe emitido por la Comisión Española de Ayuda Al Refugiado (CEAR): Informe De Misión De Lesbos, Lesbos. Zona Cero Del Derecho De Asilo. Disponible en: https://www.cear.es/lesbos-zona-cero-del-derecho-de-asilo/

[404] Como en la emblemática STEDH de 21 de enero de 2011 en el Asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*.

[405] 7 ACNUR Regional refugee and migrant response plan for Europe Eastern Mediterranean and western Balkans route Jan Dec 2016 (revision may 2016) http://www. unhcr.org/partners/donors/577220cf7/regional-refugee-migrant-response-plan-europe-january-december-2016-revision.html?query=greece sea arrivals 2016.

que en el año 2015 se perdieron más de ochocientas vidas, en el 2019 fueron, *"solo"*, 71. Sin embargo, estas cifras no deben leerse con el optimismo y el orgullo que aún hoy se advierte en los comunicados oficiales de la Unión Europea[406] pues, pese a lo que pudiera parecer, el acuerdo no evitó la tragedia. Por un lado, porque, aunque el número de llegadas a Grecia descendió, las que se produjeron por mar, a Italia y a España, aumentaron[407]. Y por otro, porque causó un mayor uso de la ruta central (más peligrosa), aumentando el número de desaparecidos en el Mediterráneo, que pasó de 4054 personas en el año 2015, a 5143 en el año 2016[408].

A su vez, los datos muestran que a partir de 2016, el número de fallecidos en la ruta oriental desciende notablemente, hasta convertirse en la ruta menos mortífera de las tres, por detrás de la ruta occidental. Sin embargo, la interpretación de estos datos debe hacerse de la mano de dos hechos esenciales. De un lado, la tendencia a la baja a partir de 2016 en el número de llegadas de inmigrantes por vía marítima a Europa, siendo ese año el pico de la crisis migratoria. Y en segundo lugar, que aunque el número de muertes en la ruta oriental descendió a partir de la firma del Acuerdo, aún no se han recuperado los valores anteriores al 2015

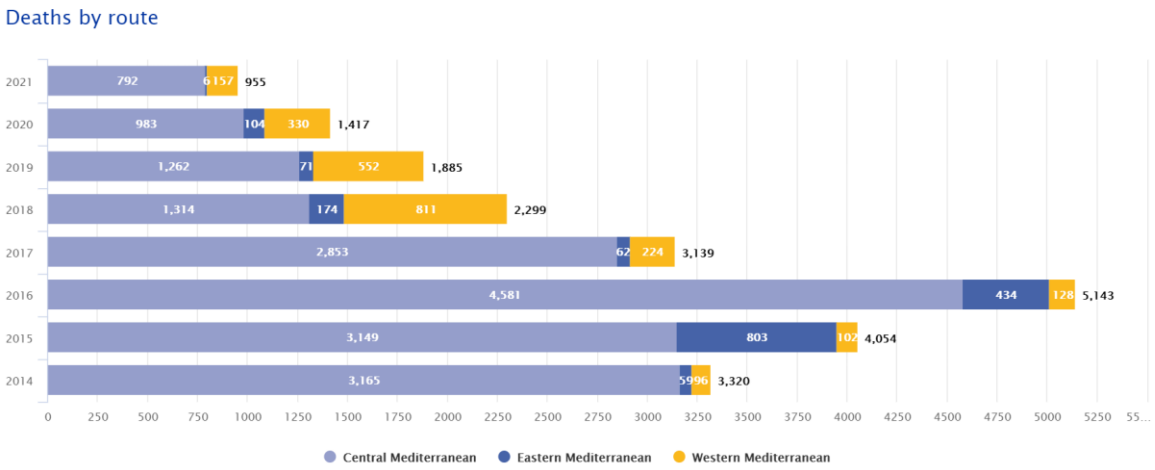
---

[406] Como, por ejemplo, la página web del Consejo referente a la política migratoria de la UE en la ruta del Mediterráneo oriental, donde se detallan los «logros» de la Declaración UE- Turquía: https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/eastern-mediterranean-route/

También en los informes de la Comisión Europea como el : «*Quinto informe sobre los progresos realizados en la aplicación de la Declaración UE-Turquía, 2 de marzo de 2017*, COM (2017) 204, p. 2.

[407] Aunque en un porcentaje mucho menor en comparación con el descenso que se produjo en Grecia. Así, en España las llegadas aumentaron de las 4.408 del 2015, a 7.490 en el año 2016. Y en Italia, de 153.842 a 181.436. Según datos de ACNUR en el informe Op. Cit. *«Refugees &Migrants SeA Arrivals In Europe». Decemer 2016.*

[408] Estos datos, extraidos del Proyecto *Missing Migrants Tracking Deaths Along Migratory Routes.* Perteneciente a la Organización Internacional de las Migraciones. Disponibles en*:* *https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean* nos demuestran que, aunque el número de fallecidos en la ruta del Mediterráneo oriental descendió a casi la mitad respecto al 2015, (de 803 personas a 434), aumentó notablemente en la ruta del Mediterráneo central, la más mortífera (de 3.149 personas a 4.581).



409

Por otra parte, el acuerdo ha sido muy negativo respecto a la situación de los solicitantes de protección internacional. Más allá de las críticas posibles a la regla del *uno por uno*, que se toma en clara discriminación hacia el resto de nacionalidades al señalar como posibles beneficiarios del reasentamiento únicamente a los ciudadanos sirios, lo cierto es que la aplicación del Acuerdo ha supuesto evidentes modificaciones en el procedimiento de protección internacional en Grecia, acentuando el control sobre los solicitantes en detrimento de sus derechos. Situación especialmente evidente en las islas griegas.

Destaca así que, en abril de 2016, los *«First Reception Centers»*, centros hasta entonces abiertos donde se llevaban a cabo acciones de identificación y asesoramiento, pasaron a convertirse en *«Registratoin and Identification Centers»*, centros de recepción e identificación de régimen cerrado[410]. Y es que, con la aplicación del Acuerdo UE-Turquía, el procedimiento de protección internacional en Grecia fue reformado, creando una clara distinción entre el procedimiento de la península helénica y el de las islas. En las islas, los solicitantes quedaban atrapados sin poder salir, sufriendo una «restricción geográfica» (según denomina la normativa griega), en clara contradicción con la jurisprudencia del TJUE y del TEDH que, como veremos, han insistido en reconocer la

[409] Gráfica obtenida del Proyecto *Missing migrants tracking deaths along migratory routes*. Perteneciente a la Organización Internacional de las Migraciones. Disponibles en*:* *https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean*

[410] Así lo denuncia CEAR en su informe: «Atrapados en Grecia: Un Año Después Del Acuerdo UE-Turquía». 2017. Disponible: http://entierradenadie.org/wp-content/uploads/2018/01/ATRAPADOS-EN-GRECIA_V5_baja.pdf .

libertad de movimiento de los solicitantes. Y esta restricción justificó el cambio de los centros a un régimen cerrado. En definitiva, la situación supuso un confinamiento de los solicitantes de protección internacional en las islas griegas, denunciado por infinidad de organizaciones internacionales y oenegés.[411] Un cambio que conllevó la expulsión automática de voluntarios de oenegés pequeñas[412] de algunos centros, y la decisión de otras oenegés de dejar de prestar asistencia. Así, por ejemplo, Médicos sin Fronteras comunicó el 22 de marzo de 2016 que suspendía sus actividades en el centro de Moria, en la isla de Lesbos, «para no ser cómplices» [413]. Y por los mismos motivos, también anunció su salida ACNUR[414].

Tras la firma del Acuerdo, los solicitantes de protección internacional en Grecia son identificados, registrados, sometidos a un chequeo médico y a una entrevista antes de pasar a la nueva fase de admisibilidad. En esta, EASO y GAS[415] llevan a cabo un estudio de la vulnerabilidad del solicitante de protección, no en relación a su petición de protección, esto es, evitando analizar el fondo de la solicitud, sino valorando sus vivencias en Turquía, a fin de constatar si este país es un tercer país seguro para esa persona. Si así se concluye, la persona es devuelta a Turquía. Un procedimiento que depende en gran medida de la nacionalidad del solicitante, quedando excluidas de esta fase las personas

---

[411] «CEAR denuncia que las políticas de la UE han convertido a Grecia en una ratonera». 26 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.cear.es/cear-denuncia-las-politicas-la-ue-convertido-grecia-una-ratonera-refugiados/

[412] Véase la noticia publicada por El Diario de 21 de marzo de 2016, donde se declara: «Han echado a los voluntarios para convertir el centro de refugiados de Lesbos en un campo de detención». https://www.eldiario.es/desalambre/vaciando-lesbos-echando-voluntarios-centros_1_4091878.html

[413] «Médicos Sin Fronteras abandona el centro de detención de Lesbos «para no ser cómplices» del pacto europeo». Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/medicos-fronteras-detencion-lesbos-complices_1_4093846.html Además del comunicado oficial:

También hubo comunicados en las redes sociales, como este tweet de 22 de marzo de 2016, escrito desde la cuenta oficial «MSF Sea» (el proyecto de Médicos Sin Fronteras para la asistencia de inmigrantes y refugiados») donde se lee «También hemos dejado de operar nuestro autobús desde el norte de Lesbos a Moria. Nos negamos a facilitar esta crueldad». Acompañado de una fotografía donde se ve el interior del referido autobús con niños y ancianos dentro. https://twitter.com/MSF_Sea/status/712336781274963969

[414] «ACNUR se niega a participar en las expulsiones de refugiados a Turquía». 21 de marzo de 2016. Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/acnur-apoyara-presente-deportaciones-turquia_128_4092437.html En la noticia se refleja como Fiovanni Lepri, el entonces portavoz de la representante de ACNUR en Grecia, inisitió en la aplicación por parte de ACNUR en la implementación del Acuerdo que, aunque figuraba en el borrador del mismo, «Acnur hizo cancelar cualquier referencia al apoyo en el retorno».

[415] El Servicio Griego de Asilo: por sus siglas en inglés, Greek Asylum Service.

de especial vulnerabilidad y, *a priori*, los solicitantes sirios[416], bajo el argumento «de que las personas nacionales de esos países (aquellos con un ratio de reconocimiento mayor del 25%) tienen más posibilidades de ser refugiadas»[417]. Una discriminación expresamente prohibida por el artículo 3 de la Convención de Ginebra[418].

En caso de superar esa fase de admisibilidad, se determina el lugar donde serán alojados los solicitantes durante el procedimiento y se inicia su estudio de fondo. Las denuncias de las Organizaciones internacionales y oenegés, y que han sido confirmadas por numerosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y del Tribunal de Justicia de la Unión, señalan los fallos del procedimiento con plazos excesivamente cortos en algunas fases que impiden *de facto* que los solicitantes sean correctamente asesorados y que preparen sus solicitudes diligentemente; las terribles condiciones de acogida calificadas de inhumanas y degradantes [419]; y la injustificable demora de las autoridades para resolver los procedimientos que mantienen en esa situación de limitadísima libertad a los solicitantes, incluso durante años[420].

Ante el colapso griego, el acuerdo con Turquía supuso un parche, derivando los flujos migratorios a través de otras rutas, o conteniéndolas en Turquía. Pero como tal parche, pronto dejó de funcionar, al no cesar la situación de necesidad de quienes acudían, y siguen acudiendo a Grecia debido a los conflictos en sus países de origen o residencia: principalmente sirios y afganos.

Así, aunque con valores inferiores a 2015, los flujos migratorios hacia Grecia rompieron la tendencia a la baja y aumentaron progresivamente. Según datos de ACNUR, en el año

---

[416] Esta práctica la describió CEAR en su informe: «ATRAPADOS EN GRECIA Un año después del acuerdo UE-Turquía». 2017. Disponible en: https://entierradenadie.org/wp-content/uploads/2018/01/ATRAPADOS-EN-GRECIA_V5_baja.pdf Así como, más recientemente porNikilopopulou, A.: «El reconocimiento de los refugiados en Grecia: las políticas sometidas a examen». En: RMF nº 65. Noviembre 2020.

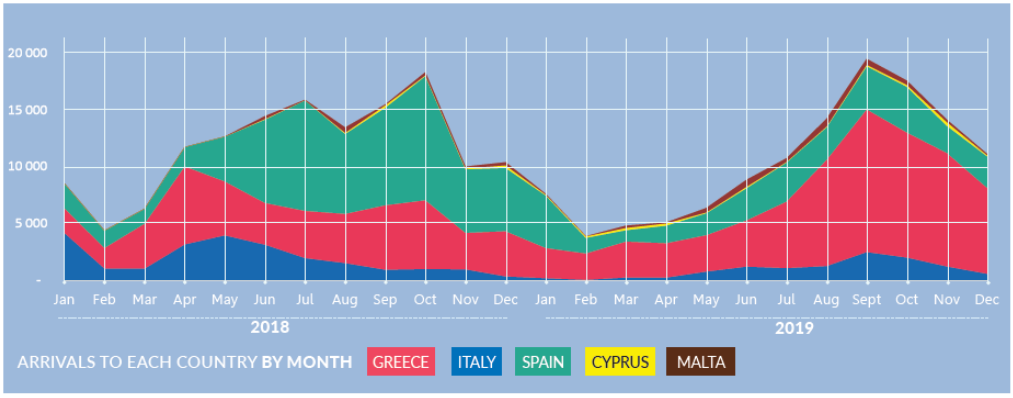
[417] Informe CEAR: «Atrapados en Grecia…» Op. Cit. 2017. P. 16.

[418] Art.3 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados: «Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen».

[419] Véase, entre otras, la STEDH de 21 de enero de 2011 *M.S.S c. Bélgica y Grecia*. §222 y §233.

[420] En este sentido, las denuncias de solicitantes de protección que permanecían retenidos en las islas griegas ha sido constante desde

2017, llegaron a Grecia 36 300 personas. Un año después, la cifra era de 50 500 personas. Y en el 2019, llegaron a Grecia 74 600 personas: 50 700 por mar, y 14 900 por tierra[421].



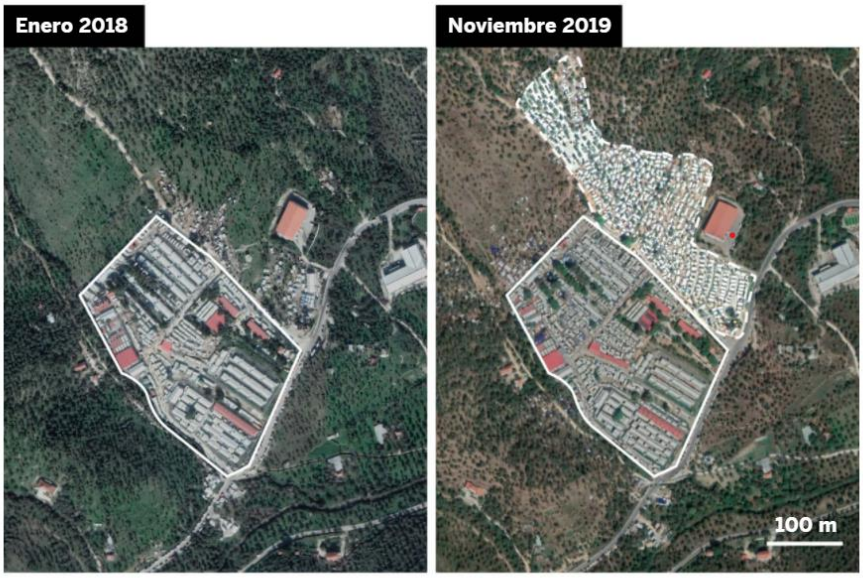
422

[421] Datos extraídos del informe de ACNUR: «Refugee & Migrant Arrivals To Europe In 2019 (Mediterranean). Jan- Dec- 2019. Disponible en: https://data2.unhcr.org/es/situations/mediterranean

El mismo informe también recoge información sobre Chipre, otro enclave importante de la ruta oriental. Y aunque según los datos de ACNUR, las llegadas a Chipre en el 2018 fueron menores que las del 2017 (800, frentre a las 1 100 respectivamente) en el año 2019 las llegadas fueron de más del doble respecto al año anterior: 1 700 personas. De ellas, el 79%, sirios.

[422] Gráfica extraída del informe de ACNUR: «Refugee & Migrant Arrivals To Europe In 2019 (Mediterranean). Jan- Dec- 2019. Disponible en: https://data2.unhcr.org/es/situations/mediterranean

El periódico El País reflejó ese aumento con esta comparativa, en un artículo especial dedicado al campo de refugiados de Moria, situado en la isla de Lesbos (a 24 kilómetros de Turquía):[423]



El campo de Moria **comenzó a acoger refugiados en sus 58.000 m²** tras la llegada de casi un millón de sirios en 2015.

En el último año el campo ha crecido **38.000 m²**, hasta casi alcanzar los 100.000, y acoge ahora a 15.000 personas.

Fuente: ACNUR y Google Earth.

Así, lo cierto es que en Grecia, el drama humanitario ha continuado años después del Acuerdo con Turquía. Las condiciones en las que se encuentran los refugiados siguen mereciendo el calificativo de inhumanas (desde la perspectiva jurídica del artículo 3 del CEDH); y la relación con aquel socio, lejos de ser pacífica, se ve inmersa en un continuo pulso donde el uso político de los refugiados sigue siendo su mejor baza en las negociaciones.

De hecho, esta estrategia negociadora se ha extendido a otros socios, y tal y como Turquía hizo en los primeros meses del año 2020, cuando levantó su vigilancia y permitió el paso descontrolado de decenas de miles de inmigrantes, que se vieron atrapados en la frontera

[423] BLANCO, S.: «MORIA, la cruel bienvenida de Europa a los refugiados». En: El País, 28 de noviembre de 2019. Disponible en: https://elpais.com/especiales/2019/campamento-de-moria/

griega[424]; así actuó Marruecos, socio clave en la ruta occidental en mayo de 2021[425] por un aumento de la tensión diplomática entre España y Marruecos, al encontrarse hospitalizado en Madrid el líder del Frente Polisario, Brahim Ghali. Marruecos decidió entonces abrir las fronteras y se sospecha que, incluso, difundir rumores para manipular e incentivar la salida de menores marroquíes. El resultado fue que, en solo 48 horas, lograron entrar en territorio español entre 8.000 y 10.000 extranjeros, miles de ellos menores. Ambos países han lanzado a Europa el mensaje de que, al asignarles el papel de centinelas de la fortaleza europea, la UE se ha hecho dependiente de sus acciones, por lo que su situación para negociar ya no es ventajosa.

Marruecos *vigila* la ruta migratoria occidental, una vía a la que recurren cada año más personas como resultado lógico ante el aumento de restricciones en las otras vías. Lo que explica que en el año 2020, durante los cierres fronterizos por la pandemia del Covid-19, el 48% de llegadas por rutas marítimas a Europa fuera a través de esta ruta[426]. Por ello, y en atención a la particular conexión geográfica de Marruecos con la UE, supone la segunda mayor cartera de cooperación en materia de migración[427]; habiendo recibido 238 millones del Fondo Fiduciario de Emergencia de la Unión para África, a lo que debemos sumarle otras cantidades provenientes de distintos instrumentos financieros, como los más de mil millones de euros asignados desde 2014 a través del Instrumento Europeo de Vecindad para la empleabilidad y el crecimiento sostenible, la gobernanza democrática,

---

[424] Decisión que respondía a la falta de apoyo de la UE a Turquía en el conflicto sirio, y que coincidió con la muerte de 34 soldados turcos en la provincia de Idlib (Siria). Véase al respecto el artículo: «¿Qué llevó a Erdogan a abrir las fronteras de Turquía?» de 1 de marzo de 2020. En: https://www.france24.com/es/20200301-grecia-turquia-siria-migrantes-frontera-erdogan . Se recomienda ver el reportaje fotográfico de El Pais: «La crisis migratoria entre Turquía y Grecia, en imágenes». De 3 de marzo de 2020. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/03/02/album/1583141058_162957.html#foto_gal_2 . Y sobre el trato dispensado por las autoridades griegas, véase el artículo de MOURENZA, A.: «Los policías griegos nos robaron todo y nos devolvieron a Turquía». En: El País. 2 de marzo de 2020. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2020/03/01/actualidad/1583082693_987580.html

[425] Véase el artículo de la BBC: «Ceuta: 4 claves que explican la llegada récord de miles de migrantes desde Marruecos a España en dos días». De 18 de mayo de 2021 Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-57160361

[426] Según el informe de CEAR 2021: *Las personas refugiadas en España y Europa.* Madrid. 2021. P. 167.

[427] Recibe 346 millones de euros, 238 millones del Fondo Fiduciario de Emergencia de la Unión para África, y el resto de otros instrumentos financieros. Según el informe EU Support on migration in Morocco EU Emergency trust fund for Africa North of Africa window. Elaborado por la Comisión europea en mayo 2021.

etc. Aun así, las tensiones continúan con este socio que ha querido dejar claro en los últimos años que es él quien controla la frontera de España[428], y por ende, de Europa. Por ello, en agosto de 2022 se anunció un paquete financiero de la Unión Europea a Marruecos de más de 500 millones de euros para reforzar la lucha contra la inmigración irregular para el periodo comprendido entre 2021 y 2027.

Y es que Marruecos es frontera, no solo marítima, sino también terrestre con Europa, a través de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Una realidad que resulta atractiva para miles de africanos que, ante la desesperación por llegar a Europa, consideran esta como la ruta más sencilla por cercanía[429]; la cual, sin embargo, no está exenta de peligros. Así, ya sea en atención al trato que sufren los inmigrantes subsaharianos en Marruecos durante el tiempo que permanecen para alcanzar Europa; la violencia con que responden los agentes marroquíes para frenar la migración a España: o la peligrosidad de las rutas marítimas que emprenden quienes pretenden alcanzar suelo europeo[430], lo cierto es que Marruecos está lejos de poder considerarse un Estado seguro, y por ello las devoluciones automáticas *–en caliente-* por parte de España, no solo suponen una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por producirse al margen de todo procedimiento legal; sino también deben considerarse bajo el riesgo de exponer al inmigrante a un trato

[428] Una postura que explica como, solo unos meses después de aquel episodio de mayo de 2021, el Gobierno de España cambiara inesperadamente su postura respecto a la situación del Sahara Occidenta.Postura que se había mantenido durante más de cuarenta años y que es causa de conflicto constante entre Marruecos y Argelia. Un cambio que trata de mejorar la relación de España con Marruecos, aunque sea acosta de las relaciones con Argelia

[429] Las principales rutas de llegada son de Nador - Motril; Kenitra-Larache a Cádiz; Tánger a Tarifa y Algeciras. Junto con la ruta que une Argelia con Almería. Aunque, como señaló el prof. Sánchez López, es necesario advertir que las rutas migratorias han ido desplazándose hacia el Este y, por tanto, ensanchando las distancias, por coincidir con las principales rutas de tráfico de drogas, cada vez más vigiladas. La consecuencia es lógica, aumenta la distancia y aumenta la peligrosidad. SÁNCHEZ LÓPEZ, J.: « La crisis migratoria del Sahel hacia la Unión Europea: rutas del Atlantico y del Mediterraneo occidental».Conferencia pronunciada en la mesa 3 *Los impactos de la crisis migratoria para Europa. En el marco* del congreso internacional *"Crisis migratoria en Europa y América a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*. Celebrado los días 4, 5 y 6 de mayo de 2022 en Ciudad de México y Tijuana y organizado entre la Cátedra Jean Monnet sobre Migraciones, Asilo y Refugio en la Unión Europea; la Univerisdad Autónoma de México y la Universidad Iberoamericana. Le agradezco al autor que me haya proporcionado por escrito su conferencia para la realización de este trabajo.

[430] En especial, la ruta Canaria, la más mortífera, y que encuentra en en el sur de Marruecos (en la ciudad de Tarfalla principalmente) otro puerto de salida Aunque los puntos de salida hacia la ruta Canaria se extienden por toda la costa occidental de África, desde Gambia pasando por Senegal, Mauritania y el Sahara Occidental.

inhumano o degradante. Y todo, ello, pese a que el TEDH cambiara, sorprendentemente, esta línea jurisprudencial en el asunto *ND y NT c. España*[431].

En aquella polémica sentencia, los hechos describen la falta de vías de acceso legales y seguras a España, pero también el trato denigrante que sufrieron los demandantes por parte de las autoridades marroquíes. Lo que nos lleva necesariamente a condenar los acuerdos migratorios con este socio. Que si bien parecer estar resultando efectivo, frenando la inmigración irregular, lo hace a un precio excesivo que Europa no debería estar dispuesto a satisfacer. Esta alianza, junto con la de Turquía y la de Libia, no hacen sino replantear el clásico dilema de que un fin que no justifica los medios.

Y es que Libia, nuestro aliado en la ruta del Mediterráneo central, la más mortífera, no resulta menos controvertido que los anteriores. Aunque, del mismo modo que ocurre en los otros dos casos, también aquí se parte de la premisa de considerar a Libia como país seguro. Algo que es más que cuestionable.

Sin ánimo de exhaustividad, para comprender la relación entre Italia y Libia podemos remitirnos a un informe de Amnistía Internacional del año 2015[432], que demostraba como, hasta el año 2009, Italia conducía a su territorio las embarcaciones que interceptaba en el mar. Pero a partir de 2009 esta práctica cambió y empezó a devolver las embarcaciones a Libia[433]. Precisamente en ese año ocurrieron los acontecimientos por los que el TEDH condenó a Italia en la famosa sentencia de Hirsii Jamaa[434], por, entre otras razones, vulnerar el principio internacional de *non refoulement*. Y también en el mismo año 2009, Italia aprobó la Ley n.7, de 6 de febrero, que ratificaba el Tratado de amistad, asociación y cooperación firmado en Bengasi el 30 de agosto de 2008.

Con una tendencia migratoria al alza, que se ha reflejado en páginas anteriores, Italia cambió su estrategia y acentuó su alianza con un país que, por su situación estratégica, servía de puerto de salida a migrantes de dos continentes: África y Asia. Siendo el pacto

---

[431] STEDH de 13 de febrero de 2020 *ND y NT c. España.*

[432] Amnistía Internacional: «Miedo y Vallas. Los Planteamientos De Europa Para Contener A Las Personas Refugiadas». 2015. Disponible en: https://docplayer.es/11082223-Miedo-y-vallas-los-planteamientos-de-europa-para-contener-a-las-personas-refugiadas.html

[433] Amnistía Internacional. 2015. Op. Cit. P. 57.

[434] STEDH de 23 de febrero de 2012. *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (Gran Sala),.

más significativo el Memorándum de entendimiento entre Italia y Libia, firmado en Roma el 2 de febrero de 2017[435], cuyo objetivo principal es favorecer la cooperación para frenar la migración irregular hacia Europa, poniendo atención no solo en la frontera norte de Libia, sino también en la frontera sur pues, como afirmó M. Minniti, entonces Ministro del Interior del Gobierno italiano: «sellar la frontera sur de Libia significa sellar la frontera sur de Europa» [436].

Precisamente por ello, este acuerdo, aun estando suscrito únicamente por Italia, era también un acuerdo europeo. De hecho, la Unión no tardó en expresar su conveniencia en la cumbre de la Valetta, que se llevó a cabo un día después, el 3 de febrero de 2017, y donde los miembros del Consejo Europeo, sobre los aspectos exteriores de la migración, situaron como una cuestión prioritaria: «respaldar a Italia en su aplicación del memorándum de acuerdo, firmado el 2 de febrero de 2017, entre las autoridades italianas y el presidente del Consejo Presidencial Al-Sarraj» [437].

El Memorándum implantó un plan para reforzar la vigilancia de las fronteras terrestre y marítima libia, donde Italia se comprometía no solo a prestar asistencia, sino también a formar las nuevas guardias. Y de él destacan dos hechos: de un lado, que según el artículo 4, Libia no recibiría una compensación a cargo del presupuesto nacional italiano, sino de fondos europeos[438] . Y, en segundo lugar, en atención a la situación política y humanitaria en la que se encontraba ya entonces Libia, y en la que continúa hoy, que le ha llevado a

---

[435] Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana (1/2017). Sobre el mismo puede leerse, entre otros: PALM, A. «The Italy- Libya Memorandum of Understanding the baseline of a policy approach». *Disponible en el blog online de Odysseus Network el 2 de octubre de 2017.* Disponible para consulta en: https://eumigrationlawblog.eu/the-italy-libya-memorandum-of-understanding-the-baseline-of-a-policy-approach-aimed-at-closing-all-doors-to-europe/ . ZAMBRANO S. Op. Cit.Y *L´Europa non puo affidare alla Libia le vite dei migranti». En:* Internazionale. 4 maggio 2017.

[436] LONGO, G.: «Libia, Le tribù del sud siglano la pace e si impegnano a bloccare i migranti». En: *La Stampa.* 2 de abril de 2017. Disponible en: https://www.lastampa.it/esteri/2017/04/02/news/libia-le-tribu-del-sud-siglano-la-pace-e-si-impegnano-a-bloccare-i-migranti-1.34610687

[437] Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración: abordar la ruta del Mediterráneo central. §6.J

[438] ZAMBRANO, S. Op. Cit. P. 129: «Detto accordo è stato concluso in forma semplificata evidenziando che non comporterà oneri aggiuntivi alle finanze nazionali poiché sarà possibile fruire dei fondi europei (art. 4)». Y un estudio de esos fondos pueden verse en el exhaustivo estudio de Calvo Mariscal L.: «Cooperación entre la UE y Libia en materia de inmigración y asilo: la posible creación de plataformas de desembarco ». En: *Revista General de Derecho Europeo. 50 (2020). P. 162-204.*

ser considerado un Estado fallido. Ambos hechos están íntimamente relacionados, pues permitió escapar de la obligación de discutirlo ante el Parlamento italiano *ex*. artículo 80 de la Constitución Italiana[439].

Apenas unos meses más tarde, la Unión mostró, de nuevo, su apoyo a Italia en la Cumbre de la Valetta, en consonancia con el Plan de Acción sobre medidas para apoyar a Italia, reducir la presión en la ruta del Mediterráneo central y aumentar la solidaridad [440]. Y se aprobó un nuevo proyecto plurianual financiado a través del Fondo Fiduciario de la Unión Europea para África y aprobado en julio de 2017, mediante el que se destinaban 46.3 millones de euros a la vigilancia de las fronteras libias[441] .

Pero mientras que los Estados Miembros de la Unión se encontraban conformes con su aliado[442], al que hacen responsable de la situación de los migrantes rescatados en el mar, la propia ONU denunció el horror de los centros de detención libios en los que se encuentran miles de personas[443]. ACNUR lo tildó de «infierno de los refugiados», constatando abusos, torturas e incluso venta de esclavos[444], y los mismos hechos fueron

---

[439]ZAMBRANO, V. muestra sin embargo sus dudas sobre la legalidad de esta justificación al poder calificarlo de tratado de naturaleza política. Dudas que, igualmente, albergaron cuatro parlamentarios italianos, Brignone, Civati, Maestri, Marcon, y que los llevaron a presentar un recurso ante el Tribunal Constitucional Italiano por violación del art. 80 de la Constitución. El Tribunal, sin embargo, consideró que no estaban legitimados para interponer tal recurso. Sobre este curioso debate constitucional véase el razonamiento de Zambrano en: Zambrano, V. Op. Cit. P. 129.

[440] Plan de Acción sobre medidas para apoyar a Italia, reducir la presión en la ruta del Mediterráneo central y aumentar la solidaridad [SEC(2017) 339 de 4.7.2017].

[441] Según el informe de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo Quinto informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración. Bruselas, 6.9.2017 COM(2017) 471 final. Según dicho Informe, de esos 46,3 millones, 42,2 millones procedían del Fondo Fiduiciario de la UE para África (*Trust Fund for Africa)*; 2,2 millones del presupuesto de Italia; y 1,8 del Fondo de Seguridad Interior.

[442] De hecho, la UE reanudó en 2016 la Misión EUBAM Libia, cuyo fin es contribuir con las autoridades libias en la gestión de fronteras. Y ha sido prorrogada por el Consejo en diversas ocasiones, la última en el 2021y hasta el 30 de junio de 2023. Véase el Comunicado de Prensa al respecto, de 18 de junio de 2021. Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/06/18/eubam-libya-council-extends-mandate-for-a-further-two-years/

[443] Europa Press: «La ONU denuncia el «horror» de los centros de detención controlados por grupos armados en Libia». 10 de abril de 2018. Disponible en: https://www.europapress.es/internacional/noticia-onu-denuncia-horror-centros-detencion-controlados-grupos-armados-libia-20180410121413.html

[444] ACNUR: «Refugiados en Libia: torturas, abusos, tráfico sexual y esclavitud». En su página web oficial para la emergencia. Consultable en: https://eacnur.org/es/labor/emergencias/emergencia-libia-el-infierno-de-los-refugiados

corroborados por la OIM[445], y denunciados por multitud de oenegés como Médicos Sin fronteras[446] o Amnistía Internacional[447]. Lo cierto es que la situación en la que se encuentran los inmigrantes irregulares en Libia era evidente incluso en el año 2011, cuando el TEDH se pronunció en el Asunto *Hirsi Jamaa*. Ya en aquel entonces, el gobierno italiano respaldó la consideración de Libia como puerto seguro basándose en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos. Tesis refutada por el Tribunal de Estrasburgo que afirmó que la situación era «bien conocida y fácil de comprobar a través de múltiples fuentes». Por ello, «las autoridades italianas sabían, o debían haber sabido, que, cuando los demandantes fueron expulsados, como inmigrantes ilegales, se verían expuestos en Libia a tratos contrarios al Convenio y no recibirían forma alguna de protección en ese país» [448].

Años después, la situación de estas personas poco ha cambiado[449]. Pero el acuerdo entre Libia e Italia fue renovado a comienzos del año 2020[450]. Ese mismo año, cesó la operación marítima SOPHIA y comenzó la operación IRINI que tiene como propósito la formación

---

[445] El artículo de La Vanguardia: «La OIM denuncia «mercados de esclavos» donde se «venden» inmigrantes en Libia». De 11 de abril de 2017, recoge el testimonio de algunos trabajadores de la OIM: «Inmigrantes subsaharianos son vendidos y comprados por libios con el apoyo de ghaneses y nigerianos que trabajan para ellos». Disponible en: https://www.lavanguardia.com/politica/20170411/421626641167/la-oim-denuncia-mercados-de-esclavos-donde-se-venden-inmigrantes-en-libia.html

[446] Véase el artículo de Médicos Sin Fronteras: «Centros de detención en Libia: una violación (muy consciente) del derecho internacional». De 25 de junio de 2019. En él se relata, junto a testimonios de afectados y de voluntarios de la organización, la situación en el centro de detención de Zitán: «700 personas en un hangar superpoblado con cuatro inodoros que apenas funcionaban, sin ducha y un acceso esporádico al agua, no era adecuada para el consumo».Disponible en: https://www.msf.es/actualidad/libia/centros-detencion-libia-una-violacion-muy-consciente-del-derecho-internacional Y en el mismo sentido, un par de años antes, el artículo también de Médicos Sin Fronteras: «Libia: de Misrata a Trípoli, un relato del infierno para migrantes y refugiados». De 15 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.msf.es/actualidad/libia/libia-misrata-tripoli-relato-del-infierno-migrantes-y-refugiados

[447] El director para África occidental y central en Amnistía Internacional, Alioune Tine afirmó: «La toma de rehenes, la violencia, la tortura, las violaciones eran normales en Libia, y la esclavitud, ya se habla de ella desde hace tiempo». Véase el artículo de *France 24*: «Todo el mundo sabía» que había venta de migrantes en Libia, advierten ONG y analistas». De 21 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.france24.com/es/20171124-todo-el-mundo-sabia-que-habia-venta-de-migrantes-en-libia-advierten-ong-y-analistas

[448] STEDH de 23 de febrero de 2012 (Gran Sala) Asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* §131.

[449] El periódico *El Independent* retrató como desde el 1 de octubre, y durante diez días seguidos, cientos de migrantes protestaron en Trípoli frente a oficinas de Naciones Unidas exigiendo ser sacados del país. La noticia: Nueva protesta de migrantes frente a oficina de ONU en Libia». De 11 de octubre de 2021, puede consultarse en: https://www.independentespanol.com/ap/protesta-migrantes-oficina-onu-libia-b1936269.html

[450] Y renovado automáticamente el pasado 2 de febrero de 2023.

de la guardia costera y la armada libias, y la desarticulación de redes de tráfico ilícito y trata de personas.

La finalidad de todos estos instrumentos normativos y financieros acordados con Libia (y otros tantos similares) sigue el mismo discurso que toda la política europea de cooperación con terceros Estados: frenar la inmigración irregular a Europa. Que no lleguen a Europa, y si lo hacen, que sean devueltos a África. La cuestión que subyace no es sencilla y nos lleva a plantearnos, al igual que, con Turquía y con Marruecos, qué responsabilidad tienen la Unión y sus Estados Miembros en las constatadas torturas y malos tratos sufrido por los inmigrantes y solicitantes.

Podemos considerar zanjado el debate, tras el Asunto de *Hirsi Jamaa*, para afirmar que, ,aunque estas violaciones de derechos humanos no se produzcan ya en territorio europeo, si se producen bajo la jurisdicción de algún Estado miembro, ese Estado es responsable[451].

Pero la cuestión resulta aún más compleja cuando se produce en un momento incluso anterior. Cuando Europa permanece aún ajena a la realidad de cada una de las víctimas, pero sus agresores han sido conscientemente entrenados y financiados con fondos europeos. ¿Existe entonces un nexo de causalidad?[452] Entramos entonces en la compleja cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales que, como recuerdan Gammeltofg-Hanesen y Hathaway, surge cuando un Estado «proporciona ayuda material

[451] Aunque tal línea jurisprudencial sobre el concepto de jurisdicción se esté viendo matizada con los últimos pronunciamientos. Véase en este sentido la decisión del TEDH de 5 de mayo de 2020 en el asunto M.N y otros contra Bélgica, donde la Gran Sala consideró que los demandantes, sirios que acuden a la embajada de Belgica en Beirut para solicitar la tramitación de unos «visados de validez territorial limitada» por razones humanitarias, no se encuentran bajo la jurisdicción de Bélgica.Y por tanto, inadmitió la demanda por ser incompatible *ratione loci* con el CEDH.

[452] Resulta oportuno señalar que, el decimo segundo Principio de Maastrich sobre obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos, Sociales y culturales señala la responsabilidad del Estado por acciones de agentes que, sin ser estatales, actúen como poderes públicos o bajo sus órdenes. Si bien, no se trata de un instrumento jurídico sino de un documento adoptado por un grupo de expertos en Derecho Internacional y derechos humanos que, convocados por la Universidad de Maastricht y la Comision Internacional de Juristas adoptaron una serie de Principios que complementan según su Preámbulo, los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del PIDESC y las Directrices de Maastricht sobre violaciones de los Derechos económicos, sociales y culturales. El número doce afirma: «La responsabilidad del Estado se extiende a: a) actos y omisiones de actores no estatales que actúan por instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado en cuestión; y b) actos y omisiones de personas o entidades que no sean órganos del Estado, tales como empresas comerciales y de otra índole, cuando las mismas estén facultadas por el Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso en cuestión, estén actuando en esa capa». El documento se encuentra disponible para consulta en: https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf Consultado el 10 de febrero de 2023.

a un Estado que la utiliza para cometer violaciones de los derechos humanos». A lo que añaden dos elementos de intencionalidad y consumación, pues «esa ayuda o asistencia debe darse con el fin de facilitar el hecho internacionalmente ilícito, y debe hacerlo realmente»[453]. Siguiendo esta lógica, si la Unión Europea y los EEMM sabían de las violaciones de derechos que se cometen contra los inmigrantes en Libia, y que se han producido con su financiación, podría ser considerada responsable.

Se trata de una cuestión delicada porque puede llegar a deslegitimar el proyecto europeo. Las argucias empleadas, hasta ahora, adoptando acuerdos informales para librarse de juicios ante el Tribunal de Justicia o políticos ante el propio Parlamento no pueden seguir bastando, ni en las esferas supranacionales ni en las nacionales. Porque las relaciones de Europa con terceros países para frenar la inmigración no cesan aquí, sino que las perspectivas de futuro apuntan hacia una mayor relación, y dependencia, con otros Estados. Incluso con Estados que no comparten frontera con la Unión. Así, la primera iniciativa en este sentido ya la ha aprobado Dinamarca en junio de 2021, mediante una nueva ley danesa que pretende construir centros para solicitantes de protección internacional fuera de Europa[454], citando expresamente como posibles destinos «Egipto, Eritrea o Etiopía», o incluso, Ruanda, con quien Dinamarca firmó recientemente un «Memorando de entendimiento sobre cooperación en asuntos de asilo y migración»[455].

---

[453] GAMMELTOFG-HANESEN T. y HATHAWAY J.C: «Non-Refoulement in a World of cooperative deterrence» *Colum. J. Transnat'l L.* 53. Nº. 2 (2015) P. 279. «to provide material aid to a State that uses the aid to commit human rights violations» (…) «that aid or assistance must be given with a view to facilitating the internationally wrongful act, and must actually do so».

[454] Aunque aún es pronto para señalar los territorios donde pretenden establecer dichos centros, la lógica bajo la que argumentaron algunos parlamentarios daneses su aprobación nos lleva a concluir que estarán en puntos anteriores a la frontera marítima de Europa. Así, Rasmus Stoklund, diputado socialdemócrata, afirmó: ««dejarán de ir a Dinamarca y eso significará que dejarán de arriesgarse en el mar Mediterráneo y dejarán de gastar en grandes cantidades de dinero pagando como pagan a contrabandistas». ««La estructura de incentivos cambiará si conseguimos establecer un centro de acogida de este tipo, porque los inmigrantes que vienen de distintos lugares de África y países de Oriente Medio, probablemente dejarán de buscar o solicitar asilo en Dinamarca si saben que serán enviados de nuevo fuera de Europa». La noticia, del 8 de junio de 2021, se encuentra disponible en: https://es.euronews.com/2021/06/08/dinamarca-en-el-punto-de-mira-por-querer-refugiar-a-sus-solicitantes-de-asilo-en-el-extran

[455] Véase el artículo de El Comercio, de 3 de junio de 2021: «Dinamarca aprueba una ley para enviar fuera de Europa a los solicitantes de asilo». Disponible en: https://www.elcomercio.es/internacional/union-europea/dinamarca-aprueba-ley-enviar-fuera-europa-solicitantes-asilo-20210603215312-ntrc.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.elcomercio.es%2Finternacional%2Funion-europea%2Fdinamarca-aprueba-ley-enviar-fuera-europa-solicitantes-asilo-20210603215312-ntrc.html . Y aunque fuera ya de la Unión Europea, Reino Unido llegó a un acuerdo con Ruanda en abril de 2022 por el que, a cambio de más de 120 millones de libras esterlinas, más de 140 millones de euros, Ruanda debía aceptar a una parte de los inmigrantes que llegaran irregularmente a Reino Unido. En junio de 2022, cuando estaba programado el primer vuelo, el TEDH paralizó la deportación como medida cautelar urgente en el

A falta de que el Tribunal de Justicia pueda declarar esta práctica contraria al Derecho de la Unión, por impedir el acceso efectivo al procedimiento de protección y por afectar a la política común, sobrepasando los límites nacionales de esta competencia compartida; lo cierto es que se trata de una propuesta recurrente en el seno de la UE y, sin duda, su concreción marcaría el futuro de la política de cooperación y de protección.

Quizás ya sea momento de que el Derecho Internacional plantee la responsabilidad de Estados y Organizaciones internacionales por sus actos, desde una perspectiva constitucional de limitación del poder. Pero parece que ese momento queda lejos aún, y solo podemos recordar las palabras de H. Arendt: «Donde todos son culpables, nadie lo es; las confesiones de una culpa colectiva son la mejor salvaguarda contra el descubrimiento de los culpables, y la magnitud del delito es la mejor excusa para no hacer nada» [456].

2.5.2 La forzosa inmigración *ilegal* de los solicitantes de protección internacional: un asunto artificial y remediable.

En este punto parece evidente que los debates en torno al SECA son también debates sobre la política de inmigración y de gestión de fronteras. De hecho, en gran parte, lo que subyace al bloqueo para la reforma del SECA es su confrontación contra la inmigración ilegal. Y es que, en las discusiones en el seno del Consejo, cuando los Estados fronterizos reclaman solidaridad y un mayor reparto de la responsabilidad para atender a quienes alcanzan territorio europeo, otros Estados han negado sistemáticamente su responsabilidad, poniendo el foco en su deber de vigilar la frontera europea. Para este grupo de Estados, encabezado por Hungría, el problema no es cómo reubicar a los solicitantes de protección internacional, sino fortalecer los controles fronterizos y devolver a quien sea interceptado para que no accedan ilegalmente a Europa[457]. La lógica

caso de *K.N c. Reino Unido*; asunto relativo a un nacional iraquí que habiendo solicitado asilo a su llegada al Reino Unido el 17 de mayo de 2022, iba a ser expulsado a Ruanda la tarde del 14 de junio de 2022.

[456] ARENDT, H. «Sobre la Violencia». *Editor digital: RLull 2015 p. 34.*

[457] Véanse en este sentido las declaraciones de Tusk que considerá el debate de las cuotas de refugiados: «un debate que se remonta a 2015 y continúa siendo fuente de división sin producir ningún resultado concreto». La solución, «concentrar los esfuerzos en prevenir la llegada de migrantes a Europa». En el artículo de *El Español* «La mano dura de Hungría e Italia contra la inmigración se impone en la UE». De

de estos Estados es simple: si no llega la inmigración ilegal, no es necesaria su reubicación (ni la futura acogida, ni el desarrollo de políticas de inclusión), por lo que exigen aumentar los controles para evitar trasladar el compromiso de acogida a otros EEMM.

Un razonamiento exculpatorio, paradójico al existir un claro consenso en Europa para luchar contra la inmigración ilegal, que se refleja en las reformas normativas aprobadas en este ámbito. Siendo revelador que, mientras que las reformas de los instrumentos del SECA se ven continuamente bloqueadas desde el 2016, las agencias europeas de Frontex, EASO y EUROPOL sí han visto repetidamente alteradas, y principalmente ampliadas, sus competencias en pro de una mayor respuesta europea. Una ampliación que responde a la preferencia por un abordaje comunitario frente al nacional, y que se basa en la concepción, cada vez más arraigada, de que las fronteras exteriores de los Estados son también fronteras europeas. Y como tales deben ser gestionadas y protegidas. Lo que ha llevado a la UE a experimentar un «proceso de *agencificación*»[458] en relación a las políticas de inmigración, asilo, y gestión de fronteras.

La disparidad con la que se abordan ambas reformas tiene una explicación. A diferencia de lo que ocurre con la reforma del SECA, donde los intereses son heterogéneos, e incluso, a veces, contrarios; los Estados Miembros y la UE han encontrado un fácil consenso en lo que debían exigirle a estas agencias en la lucha contra la inmigración irregular. Y en especial, a la nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas, Frontex.

Esta diferencia entre políticas tan relacionadas no es nueva y se manifiesta tanto en el número de reformas llevadas a cabo, como en su ágil tramitación (al menos, en comparación con las reformas del SECA). Basta observar las reformas producidas en la

28 de junio de 2018. Disponible en: https://www.elespanol.com/mundo/europa/20180627/mano-dura-hungria-italia-inmigracion-impone-ue/318219444_0.html

[458] GONZÁLEZ VEGA, J.A. Op. Cit. 2017. P. 45. Una tendencia que se confirma, como ya se ha señalado anteriormente, con la sustitución en 2022 de la Oficina de Apoyo al Asilo (EASO) por la Aegncia de Asilo de la Unión Europea (AAUE).

regulación de Frontex, desde su creación en 2004[459]: reformado en 2007[460], en 2011[461], y, a raíz de la crisis migratoria, de nuevo en 2016[462], siguiendo la línea marcada en la Agenda Europea de Migración de 2015, en un proceso llamativamente ágil al transcurrir menos de un año desde la propuesta legislativa hasta su publicación[463]. Fue entonces cuando, para reflejar las nuevas competencias, la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea pasó a denominarse Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas. Ambas, comúnmente conocida como Frontex. Y tres años después, en un nuevo ejemplo de consenso y urgencia, se aprobó una nueva reforma en 2019[464].

Pero el contraste en las pretensiones de los EEMM en relación a esas políticas tiene una clara consecuencia al producir una disparidad de tratamiento cada vez mayor dentro de la más amplia política migratoria de la Unión. Conviven así normas necesarias, pero que resultan ineficaces y que no responden a la problemática actual: así, el SECA, incapaz de ser reformado; con la normativa en materia de gestión de fronteras e inmigración, que avanza en número y competencias tras la aprobación de reformas y de nuevos acuerdos.

---

[459] Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea

[460] Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 , por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados

[461] Reglamento (UE) nº 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 que modifica el Reglamento (CE) no 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea

[462] Reglamento (UE) nº 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo (por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen**)** y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo.

[463] A este ilustrativo detalle hace referencia FERNÁNDEZ ROJO, D., en su artículo: «Los poderes ejecutivos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: Del Reglamento 2016/1624 al Reglamento 2019/1896». En: *Revista catalana de dret públic*. nº. 60, 2020 . P. 181-195, no solo aborda las competencias de la nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas, sino que también describe las reformas que sufrió Frontex desde su origen para comprender la deriva en esta nueva Agencia. Una lógica necesaria para comprender la orientación de las políticas migratoria y de asilo.

[464] Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.o 1052/2013 y (UE) 2016/1624

En la más amplia política migratoria el SECA ha quedado rezagado y, de algún modo, acorralado por una normativa de fronteras e inmigración que lo supera y cuyo objetivo prioritario (la lucha contra la inmigración irregular) se impone, vaciándolo de contenido al frenar todo intento de alcanzar Europa.

Es sencillo de entender por qué EEMM e instituciones abordan de un modo tan distinto las reformas de ambas políticas. Y es que existe una compleja relación entre soberanía estatal, que entiende como propia la competencia para la protección de sus fronteras como política de seguridad nacional[465], y los principios de solidaridad y leal cooperación que fundamentan el proyecto de integración de la Unión Europea, que obliga a cooperar para la consecución de los objetivos de aquella. Una relación que, como se ha evidenciado a lo largo del capítulo, resulta una fuente de conflictos en materia de protección internacional. Pero sin embargo, parece haber encontrado un equilibrio cuando se trata de políticas de gestión de fronteras exteriores y de lucha contra la inmigración ilegal. Equilibrio que, obviamente, se sustenta en la convergencia de objetivos: frenar la inmigración ilegal, siendo pocos los Estados que encuentran reticencias a las formas.

Este objetivo, prioritario en la política de gestión de fronteras (art. 77.1.b TFUE), lo es también en la política migratoria (art.79 TFUE). Pero en el marco de la política de asilo, se disputa la prioridad con otro objetivo que no hay que olvidar: la garantía de un estatuto jurídico apropiado para quien necesite protección internacional, junto con el respeto incondicional al principio de no devolución[466].

El planteamiento de esta política se encuentra así bloqueado por la tensión hasta ahora irresoluble, que lleva a pretender elaborar una estrategia firme ante la inmigración irregular, sin vaciar de contenido el propio instituto de protección internacional. Un problema que trae causa de la falta de vías legales y seguras para acceder al territorio europeo y solicitar la protección internacional. La premisa debería estar clara: si el Sistema se ha configurado de tal manera, que se haya de estar en territorio europeo para solicitar protección internacional, se deben facilitar vías legales y seguras para alcanzar el territorio europeo, y acceder al procedimiento. Pero esta acción supondría una nueva

[465] Así se recoge en los artículos 4.2 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 72 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

[466] Art.78 TFUE.

obligación para los Estados, que no están dispuestos a renunciar a su derecho soberano a decidir sobre quién entra y quién no en su territorio. La falta de vías legales se ha configurado así como una estrategia para evadir las obligaciones de Derecho internacional, entendidas oportunamente por los Estados conforme a criterios de territorialidad.

Con esta política se logra que no todo el que requiera protección sea objeto de un procedimiento de reconocimiento de la misma (ni de sus consiguientes derechos como solicitante); sino solo aquellos que logren alcanzar el territorio del Estado y solicitarlo ya bajo la propia jurisdicción estatal. De este modo, como en un embudo, el número de personas con las que el Estado se compromete en virtud de sus obligaciones internacionales se ve drásticamente reducido.

Al no existir vías de acceso legal que prevean un procedimiento de entrada seguro, la desesperación inherente a quienes requieren protección internacional los empuja a poner su vida en manos de criminales. Y, los más afortunados, alcanzan territorio europeo por vías ilegales. Para la práctica europea son, entonces, y antes que nada, inmigrantes irregulares; relegando a un lugar secundario su potencial consideración de solicitantes de protección internacional. Es este mal planteamiento, sumado a una anacrónica separación entre migrantes económicos y políticos, lo que origina los flujos migratorios mixtos, haciendo la lucha contra la inmigración ilegal un reto más complejo para la política migratoria y de gestión de fronteras. Por ello, resulta imprescindible para la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo abordar la dicotomía a la que se enfrenta, en un constante pulso entre seguridad de las fronteras, y garantía de derechos, y resolverla, encontrando un equilibrio entre las políticas: esto es, habilitando vías legales y seguras.

2.5.2.a: Medidas legales para solicitar protección internacional: ¿Qué pasó con el visado humanitario?

Según los artículos 3.1 y 3.2 de la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional: «1. 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. 2. (…) No se aplicará a las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros».

Estos preceptos, que ejemplifican las prioridades de la política migratoria europea, limitan el ámbito de aplicación del SECA a aquellas solicitudes presentadas en suelo europeo. Una condición que no se plantea cambiar en las propuestas de reforma que hay actualmente sobre la mesa[467].

El SECA, pese a ser tener como finalidad proporcionar un estatuto de protección a quien lo precisa de manera eficaz, se ha configurado como un sistema de muy difícil acceso y aplicación. Y escapa de toda lógica garantista que, con un panorama político que sitúa como prioridad la lucha contra la inmigración ilegal, se opte por elaborar un sistema de protección internacional cuya aplicación requiere estar presente en el territorio. Máxime cuando, por definición, sus destinatarios son personas que necesitan huir de un Estado.

Pero, es más, los diez países de los que, según ACNUR, procede un mayor número de refugiados[468], son países a los que la Unión Europea les exige un visado para poder entrar. Visados con unos requisitos prácticamente imposibles de cumplir (principalmente los relativos a la acreditación de recursos económicos suficientes para manutención, alojamiento y cobertura sanitaria), pues conforman la llamada lista negra del Reglamento 539/2001[469], lo que explica que el 90% de las personas a las que se les ha reconocido

---

[467] El ámbito de aplicación del SECA queda definido en términos prácticamente idénticos en términos prácticamente idénticos en el artículo 3.2 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), de 13 de julio de 2016, COM (2016) 467 final, 206/0222 (COD). Y en el artículo 2 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, de 13 de julio de 2016 establece.

[468] Según ACNUR: Siria, República Democrática del Congo, Sudán del Sur, Afganistán, Eritrea, Sudán, Somalia, República Centroafricana, Irak y Etiopía. Así lo señala Bollo Arocena, Mª Dolores en: «Fronteras exteriores, inmigración y refugio». *Cuadernos Europeos de Deusto*. nº. 60/2019. Pp. 219-264. P. 222 en referencia a *UNHCR Projected 2019 Global Reasettlement needs, Ginebra. 25-26 de junio 2017.*

[469] SÁNCHEZ LEGIDO, Á. 2017. Op. Cit. se refiere así a la lista de terceros países cuyo nacionales están sometidos a la obligación de obtener visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de la misma. Tras sacar a Colombia en el año 2015 de la lista negra, la coincidencia no es ya absoluta.

protección internacional hayan llegado de forma irregular[470]. Si la política de visados los deniega sistemáticamente, precisamente a aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad que los hace merecedores de protección internacional, entonces se empuja a estas personas a acceder a vías clandestinas. Debiendo recordar en este punto que, según el artículo 31 de la Convención de Ginebra, el acceso por vías ilegales para solicitar protección internacional ha de estar garantizado, no pudiendo ser sancionado penalmente. En este contexto, en el que ya hemos esbozado *supra* la tragedia del Mediterráneo, se hace urgente la creación de vías legales y seguras.

No se trata de una exigencia nueva. Diez años antes de la crisis migratoria, algunas organizaciones (como CEAR en España) ya señalaban este fallo del Sistema. Si bien entonces lo denunciaban ante el descenso en el número de solicitudes de protección internacional, más que por el aumento de la migración irregular[471]. Pero, aunque no sea un asunto novedoso, es cierto que el problema se agravó con la llegada masiva de refugiados sirios. Y la respuesta que dio el Tribunal de Justicia en 2017, en el emblemático asunto X. y X. y *État belge*[472], lejos de resolverlo, confirmó una incomprensible laguna jurídica: ¿cómo pueden acceder al territorio de la Unión aquellas personas que, teniendo derecho a solicitar protección internacional, han visto denegada la solicitud de su visado? ¿Qué sentido tiene el Sistema Europeo Común de Asilo si se imposibilita acceder a él?

En aquel asunto se planteó al TJUE, en el marco de una cuestión prejudicial, una pregunta cuya respuesta albergaba grandes esperanzas de cambio en la política migratoria de la Unión: ¿Están obligados los Estados miembros a expedir un visado por razones humanitarias cuando las autoridades que conozcan de su solicitud consideren probado el

---

[470] BOLLO AROCENA, Mª D.: Op. Cit. P. 222. Y en el mismo sentido lo afirma F. Scuto, con datos del 2012, que revelan que esta situación es incluso anterior a la crisis de los refugiados. SCUTO, F. «I diritti Fondamentali della Persona Quale Limite al Contrasto dell´Immigrazione Irregolare» op. Cit. P. 355 con datos extraidos de *«Le tragedie dnel Mdeditterraneo devono finire» del Consiglio italiano per i rifugiati del marzo 2012 disponible en: www.cir-onlus.org* Y también en FACCHI, L.: «Exploring avenues for protected entry in Europe». *Italian Council for Refugees*. P. 17.

[471] Véase el informe de CEAR del año 2004 que señalaba como una de sus conclusiones la dificultad para acceder a las representaciones diplomáticas a fin de tramitar las solicitudes de asilo por esa vía y la consiguiente imposibilidad para salir del país donde se sufre persecución.

[472] STJUE de 7 de marzo de 2017. C-638/16.

riesgo de infracción de una obligación internacional y, en especial, del artículo 4 y/o 18 de la CDFUE?

La respuesta a este interrogante no fue pacífica. El caso que dio lugar a la cuestión prejudicial se calificó de extremo. Se trataba de una familia siria, formada por un matrimonio y tres hijos menores de corta edad residentes en Alepo que, en el año 2016, huyeron de la guerra y acudieron a la embajada belga de Beirut, en el Líbano, para solicitar un visado por razones humanitarias en virtud del artículo 25, apartado1, letra a del Código de visados de la UE[473]. Su objetivo era llegar a Bélgica y solicitar asilo allí.

Pese a la dramática situación personal de esta familia, que pasaba por el secuestro de uno de ellos y la profesión de una religión perseguida en el territorio, el cristianismo ortodoxo, su solicitud fue denegada. Los motivos eran claros: pretendían permanecer más de 90 días en el territorio belga, duración máxima del visado solicitado. Y el Código de Visados no prevé ningún visado por motivos humanitarios superior a esos 90 días, por lo que la cuestión concernía al Derecho nacional. Ante la negativa, la familia siria decidió interponer un recurso ante el Consejo del contencioso de extranjería belga con el fin de suspender la ejecución de las decisiones por las que se les había denegado un visado. El Consejo decidió, aplicando su procedimiento de urgencia, acudir al Tribunal de Justicia con una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Código de visados y de los artículos 4 y 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, la situación, considerada «humanitariamente excepcional» por el propio gobierno belga, planteaba una polémica controversia jurídica con respecto a las obligaciones derivadas del artículo 3 CEDH y los artículos 4 y 18 de la CDFUE. ¿Estaba Bélgica obligada a expedir un visado para proteger los derechos de la familia siria que se había dirigido a ellos a través de su embajada? Una pregunta expresa de a la que subyace

[473] Artículo 25 del Reglamento (CE) No 810/2009 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados: «Expedición de un visado de validez territorial limitada. 1. Se expedirá un visado de validez territorial limitada excepcionalmente en los casos siguientes: a) cuando el Estado miembro de que se trate considere necesario, por razones humanitarias o de interés nacional o debido a obligaciones internacionales, i) establecer una excepción al principio de obligado cumplimiento de las condiciones de entrada fijadas en el artículo 5, apartado 1, letras a), c), d) y e), del Código de fronteras Schengen,

otra pregunta: ¿estaba la familia siria bajo la jurisdicción belga? Planteamiento que recientemente ha rechazado el TEDH [474].

Conforme a su ordenamiento interno, la Oficina de extranjería belga comunicó a los demandantes que las representaciones diplomáticas belgas no figuran entre las autoridades ante las que un extranjero puede presentar una solicitud de asilo. Y que autorizar la expedición de un visado de entrada a los demandantes con la finalidad de presentar dicha solicitud en el territorio nacional equivaldría a permitirles presentar la solitud en una representación diplomática. Por lo que, con arreglo al ordenamiento belga, el visado debía ser denegado.

En relación a las obligaciones derivadas de la CDFUE el gobierno belga alegó que su aplicación depende exclusivamente de la aplicación del Derecho de la Unión. Y que, no estando previsto ese tipo de visados en el marco del Derecho comunitario, los estándares de la Carta no eran aplicables. Mientras que, en relación al estándar del CEDH, las autoridades belgas señalaron que estas imponen una obligación clara de no devolver al extranjero a un territorio donde pueda sufrir tratos inhumanos o degradantes; pero no implica un deber de admitir al nacional de un tercer estado en su territorio. ¿O acaso deriva del principio de *non refoulement* un derecho de entrada? Se trata de una cuestión similar a la planteada en el epígrafe anterior relativo a la política de externalización.

Con este caso se le planteaba al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la oportunidad de recordar, por un lado, el respeto a los valores y derechos humanos que fundamentan la Unión, y, por otro, la oportunidad de ofrecer un procedimiento legal que permitiera a los demandantes, y a tantos otros en su situación, salvarse de tratos inhumanos que les amenazaban, tanto en su país, como en los caminos que les esperan para huir y acceder al procedimiento de protección en Europa. Pero pese a todo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no compartió esta interpretación respondiendo en su sentencia que la

[474] Véase la decisión de la Gran Sala del TEDH en el asunto de 5 de mayo de 2020 *M.N y otros c. Bélgica*, donde el TEDH aborda y, discutiblemente, niega que los demandantes (nacionales sirios) se encontraran bajo la jurisdicción de Bélgica en el momento en que acudieron a su embajada en Beirut (Líbano) para solicitar visados humanitarios. «El Tribunal admite que, al pronunciarse sobre las solicitudes de visado de los solicitantes, las autoridades belgas adoptaron decisiones relativas a las condiciones de entrada en el «territorio» belga y, al hacerlo, ejercieron un poder público. Sin embargo, esta constatación no basta por sí sola para someter a los solicitantes a la jurisdicción «territorial» de Bélgica en el sentido del artículo 1 de la Convención»§112.

situación controvertida en el litigio no estaba regulada por el Derecho de la Unión porque no se pretendía en ningún momento la obtención de un visado de corta duración. Y por tanto, al no tratarse de un supuesto de aplicación del Derecho comunitario, no le resultan aplicables las disposiciones de la Carta. Como señaló S. Morgades, lo único que parece aclarar el TJUE en una sentencia en la que sorteó las verdaderas cuestiones, es que los visados que se justifiquen en razones humanitarias o de cumplimiento de obligaciones humanitarias que sean compatibles con la presentación de una solicitud de protección internacional quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 25 del Código de Visados[475].

El TJUE señaló que el Código de visados establece los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados para tránsito o estancias previstas en el territorio de los Estados Miembros, no superior a 90 días por período de 180 días, y precisó que el legislador de la Unión no ha adoptado ningún acto con respecto a la expedición, por parte de los Estados Miembros, de visados o permisos de residencia de larga duración a los nacionales de terceros países por razones humanitarias, y por ello, la solicitud de los demandantes estaba sujeta únicamente al Derecho nacional, sin que fueran aplicables las disposiciones de la CDFUE.

Según el Tribunal, permitir a los nacionales de terceros países que presenten solicitudes de visado con la finalidad de obtener el beneficio de la protección internacional en el Estado miembro de su elección «iría en contra de la estructura general del sistema establecido por la UE para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional». Y, de este modo, el TJUE cerró la puerta a un posible medio legal para la llegada de solicitantes.

El fallo, más que cuestionado por la doctrina, desoyó las recomendaciones del Abogado General Mengozzi, que defendió en sus conclusiones que el otorgamiento de estos visados sí se enmarcaba dentro del Derecho de la Unión. Y lo hizo bajo dos líneas argumentativas: una relativa a su previsión dentro del Código de Visados, y la otra por el

[475] MORGADES GIL, S.: «Entre visado y humanitario: A vueltas con los conceptos de competencia y jurisdicción en el Derecho de la Unión Europea y europeo de los Derechos Humanos». En: ABRISKETA URIARTE, J. (Dir): *Políticas de Asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa.* Thompson Reuters Aranzadi. 2021. P. 251-273.

ámbito de aplicación de la CDFUE[476]. Respecto a la primera, el Abogado General insistió en las excepciones que tanto el artículo 19, como sobre todo el artículo 25, prevén relativos a la expedición de visados por motivos humanitarios. Estableciéndolo este segundo artículo con carácter no facultativo, al emplear la expresión «se expedirán», y no «podrá expedirse». Un razonamiento coherente además con el pronunciamiento anterior del TJUE en el *asunto Koushkaki* en el que el Tribunal había interpretado en modo restrictivo el margen de apreciación de los Estados para denegar estos visados, limitando esa facultad a los casos «en que pueda invocarse contra el solicitante alguno de los motivos de denegación de visado enumerados en los artículos 32, apartado 1, y 35, apartado 6, de este Código» [477].

Y, en este sentido, el Abogado General señaló que, si bien existe un cierto margen de apreciación por parte del Estado, al considerar las circunstancias del asunto que permitan aplicar la excepción del artículo 25; cuando queda probado que la denegación del visado conllevará una infracción del artículo 4 o 18 de la CDFUE, entonces el Estado está obligado a expedir dicho visado. Un visado que, en cualquier caso, no mutaría de naturaleza al ser, en todo momento, de corta duración.

Es precisamente este un punto llamativo. Pues el TJUE entiende que no se está solicitando un visado de corta duración puesto que los interesados, previsiblemente, solicitarán protección internacional al alcanzar suelo belga. Sin embargo, solicitan un visado de corta duración. Y es de gran interés la reflexión que hace al respecto A. Del Guercio, relativa a la posibilidad de disponer de una prórroga en el visado de corta duración por motivos humanitarios, prevista en el artículo 33 del propio Código. Siguiendo el razonamiento de la autora, resulta una interpretación contradictoria de la norma que se deniegue un visado que ha sido solicitado alegando motivos humanitarios *ex*. artículo 25, y aceptados (en tanto que nadie desmintió estos motivos y el propio Gobierno belga la reconoció) únicamente alegando que, previsiblemente, los interesados permanecerían en Bélgica más tiempo del permitido con un visado de corta duración. Incoherente, porque el artículo 33 del Código de visados prevé precisamente la prórroga del período de validez del visado

[476] SÁNCHEZ LEGIDO, A. 2017. Op. Cit. P. 458-461.

[477] STJUE de 19 de diciembre de 2013. Asunto C-84/12 Rahmanian Koushkaki y Bundesrepublik Deutschland. §65.

de corta duración cuando existan razones humanitarias o de fuerza mayor que impidan al titular abandonar el territorio del Estado[478].

Y por otra parte, el A.G también defendió que, al enmarcarse dentro del Derecho de la Unión el otorgamiento de estos visados, por ser una decisión relativa a un documento que autoriza el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros, y que está sometido a un régimen armonizado; cuando los Estados deciden sobre ello están actuando en el marco del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1 de la CDFUE, y en consecuencia, están obligados a respetar las disposiciones de la Carta. Pues «la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta» [479].

Y concluyó que en los casos donde quede acreditado el riesgo de sufrir tratos inhumanos y contra la dignidad humana, situación que se daba en el caso y que las propias autoridades belgas habían reconocido; es decir, quedando probado «el estado de necesidad», exigido por el artículo 25 del Código de visados, nace el derecho a que se les expidan los visados solicitados con arreglo al Derecho de la Unión, y la obligación para los Estados de expedirlos.

Ciertamente una decisión en sentido contraria por parte del TJUE hubiera tenido grandes repercusiones en la política migratoria de la Unión. Y podría haber encontrado justificación en los argumentos expuestos *supra* del Abogado General, que apuntaban a su necesario otorgamiento, derivado de las propias exigencias del Derecho comunitario.

Argumentos que ha compartido una parte importante de la doctrina, y que también ha sido respaldada judicialmente en algunos países como España. Y es que el razonamiento del TJUE, considerado por algún autor más político que jurídico[480], es el opuesto al que llevó a cabo en el año 2020 la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS español[481].

---

[478] DEL GUERCIO, A.: «La sentenza X.e X. della Corte di Giustizia sul rilascio del visto umanitario: Analisis critica de un ´occasione persa». En: *European Papers Europea Forum. 12 de mayo de 2017.*

[479] STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson* C-617/10, entre otras.

[480] En este sentido critica el fallo DEL GUERCIO, A. 2017. Op. Cit.

481 Véase la STS 3445/2020 y el comentario a la misma por parte de SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las Embajadas y Consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)». *REEI, núm. 41, junio 2021.*

O el Tribunale Ordinario di Roma el 21 de febrero de 2019[482]. Sin embargo, el reconocimiento jurisprudencial de una nueva vía para los solicitantes a través de la interpretación del Código de visados quedó cerrada. Y la responsabilidad se desvió al propio legislador europeo, cuyo papel es, ahora, aún más determinante, después de que el TEDH, en un caso en condiciones casi idénticas, compartiera las valoraciones del TJUE confirmando que Bélgica no se encontraba obligada por la fuerza del Convenio a otorgar protección a una familia siria, únicamente por el hecho de que la solicitara en la embajada[483].

Pero, aunque el fallo del TJUE reforzara la voluntad de abordar una reforma del Código de Visados por parte del Parlamento Europeo, en realidad se trataba de un empeño anterior. El Parlamento lleva desde el 2015 señalando la necesidad de esta reforma considerando urgente la creación de vías seguras y legales para los refugiados, como corredores humanitarios y visados humanitarios[484]. Por ello, en marzo de 2016 la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (Comisión LIBE) aprobó una propuesta de enmienda al Código de visados[485].

Las propuestas de enmienda del Parlamento europeo al CCV fueron rechazadas puesto que la Comisión y el Consejo consideraron que no era ese el lugar para regular el visado humanitario europeo, por lo que, a finales de 2017, se autorizó a la Comisión LIBE a

---

[482] Nos referimos a la *ordinanza del 21 febbrario 2019* que impuso al *Ministerio degli esteri* la obligación de expedir un visado humanitario ex. Artículo 25 del Código de Visados a un menor no acompañado que se encontraba en Libia. Sobre el caso, puede leerse el interesante análisis llevado a cabo por FRASCA, E.: «L´Ordinanza del Tribunale Di Roma del 21 Febbraio 2019 Che obbliga il Ministero degli Esteri all´inmediato rilascio di un visto per motivi umanitari restituisce un senso all´articolo 25 del Codice dei Visti Europeo: politiche del diritto ed esigenze di tutela a confronto. En: *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Fasc. N. 3. 2019.*

[483] Decisión de inadmisibilidad dictada por la Gran Sala el TEDH de 5 de mayo de 2020: Asunto *M.D y otros contra Bélgica*.

[484] Resolución del Parlamento Europeo de 10 de septiembre de 2015 sobre la migración y los refugiados (2015/2833 (RSP), apdo.13 Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0317_ES.html?redirect Últ. Consulta 30 de agosto de 2019. Y en términos muy similares se puede observar la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre migración (2015/2095 (INI).

[485]Informe de la Comisión LIBE sobre Informe sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Código sobre visados de la Unión. Las enmiendas fueron aprobadas con fecha 16/03/2016 coon 46 votos a favor, 4 votos en contra y 7 abstenciones.

elaborar un informe de iniciativa legislativa indirecta[486]. Tras una primera votación fallida por 25 votos, y tras aceptar una enmienda[487], en diciembre de 2018 el proyecto y la resolución fueron aprobadas. ¿En qué consiste esta iniciativa?

El visado humanitario que planteó el Parlamento Europeo se concibió como un visado de validez territorial limitada para aquellos nacionales de terceros Estados a los que, necesitados de protección internacional, se les exige un visado para acceder al territorio de la Unión por el Reglamento (CE)539/2001. De aprobarse, el visado podría solicitarse personalmente, por escrito o por vía electrónica ante cualquier consulado o embajada; de un modo muy similar a como se lleva a cabo la expedición de visados de corta duración, esto es, mediante un impreso específico[488]. Se llevaría a cabo un examen previo para comprobar que se trate de una solicitud bien fundada y evitar abusos de esta práctica. Para ello se prevé una entrevista personal donde se compruebe que verdaderamente existen motivos fundados para creer que quien solicita el visado está, o puede estar, expuesto a persecución; sin perder de vista en ningún momento que se trata de una entrevista para la tramitación de un visado, y no de una solicitud de protección internacional[489].

Atendiendo a la realidad que afectará a sus solicitantes, el Parlamento ha previsto que se deba responder a la solicitud en el plazo de 15 días naturales. Comunicando la respuesta por escrito, de manera personalizada y motivada, en un idioma comprensible para el solicitante y siendo recurrible de la misma manera que se recurre un visado de corta duración. Los costes derivados del visado humanitario serían financiados por los Estados miembros, con el apoyo del Fondo Europeo para la Gestión Integrada de Fronteras, y percibiendo la misma compensación que recibe el Estado que reasienta un refugiado a través del Fondo de Asilo, Migración e Integración[490].

---

[486] Sobre la iniciativa legislativa indirecta del Parlamento puede verse el trabajo de PORRAS RAMÍREZ, J.Mª.: «La iniciativa legislativa indirecta del Parlamento Europeo: ¿un cambio en el método comunitario de toma de decisiones?» En *Revista Española de Derecho Europeo*. nº 70, 2019, P. 23-48.

[487] El eurodiputado Jeroen Lenaers propuso incluir que «la decisión de expedir visados humanitarios europeos debe seguir constituyendo na competencia exclusiva de los Estados Miembros». Enmienda 28. Informe de la Comisión LIBE 2018 sobre Código de visados.

[488] BOLLO AROCENA, Mª Dolores Op. Cit. p. 235.

[489] BOLLO AROCENA, Mª Dolores Op. Cit. p 235

[490] BOLLO AROCENA, Mª Dolores. Op. Cit. p. 236.

Las consecuencias más inmediatas de una iniciativa tal serían un descenso muy significativo en el número de personas fallecidas en la travesía a Europa; así como de aquellas que sufren física y mentalmente este traumático viaje, donde las torturas y la trata de seres humanos están a la orden del día; además de un mayor control de quienes entran en territorio europeo, lo que ayudaría en la política de seguridad. Y siendo estas las prioridades absolutas, también podemos señalar los beneficios económicos que conllevaría, al permitir a la Unión y a los Estados destinar menos fondos a la protección de las fronteras exteriores, al salvamento, a la gestión de los flujos de personas y el gasto de las órdenes de retorno. Pues, aunque nada de ello desparecería por completo, sin duda, la proporción restante sería muy inferior.

Con todo ello, los visados humanitarios se plantean hoy como la mejor y más urgente respuesta a la crisis de refugiados. Sin embargo, evitar su fracaso depende de un mayor compromiso político, y un mejor reparto de la responsabilidad acorde con el principio de solidaridad. De otro modo, nada evitará que acabe como los mecanismos de reubicación, reasentamiento y admisión humanitaria[491], por lo que es necesario alcanzar ese compromiso, porque la Unión, concebida como Comunidad de Derecho, no puede permitirse prolongar la negativa a asumir sus propias obligaciones, haciendo caso omiso a los valores fundacionales de respeto a la dignidad y a los derechos humanos.

Y aunque el visado humanitario se plantea como la mejor opción, debemos preguntarnos: ¿qué otras opciones existen para solicitar protección internacional? ¿Puede Europa plantearse otras vías? Principalmente las opciones se dividen entre aquellos procedimientos que permitirían un estudio de la solicitud en el potencial Estado de acogida, procediendo al traslado del solicitante a territorio europeo solo una vez que el estudio de la solicitud revele un resultado positivo acerca de su requerimiento de protección. O bien, aquellos que trasladan al solicitante a territorio europeo para proceder al estudio de su solicitud de protección internacional, con el solicitante bajo la jurisdicción del tal Estado. La diferencia estriba, por tanto, en dónde espera el solicitante el estudio de su solicitud. Un aspecto bastante importante atendiendo a la naturaleza del procedimiento.

[491] Como SÁNCHEZ LEGIDO, A. Op. Cit 2017 recuerda, de las 98.255 reubicaciones procedentes de Grecia e Italia comprometidas en septiembre de 2015 a fecha de 8 de febrero de 2017 solo se habían materializado 11.966, es decir, un 12,18%.

Los primeros son denominados por la Comisión como *procedimientos de entrada protegida*; que permiten «presentar una solicitud de asilo, o de otra forma de protección internacional, ante un país de acogida potencial, pero fuera del territorio de este» a fin de obtener un permiso de entrada provisional o definitiva[492]. Dentro de estos casos, en los que hay un examen en el potencial país de acogida previo al traslado del solicitante, Sánchez Legido diferencia por un lado, los *procedimientos extraterritoriales de solicitud de asilo*, donde el Estado decide directamente sobre el estatuto de protección del solicitante[493], de manera que si se estima la solicitud, el Estado reconoce un estatuto de protección concreto que permite a esa persona ser trasladada al país de acogida. O, por otra parte, están aquellos procedimientos en los que no se decide sobre el fondo de la solicitud, realizando un estudio más superficial sobre las circunstancias que puede finalizar con el traslado del solicitante al país de acogida. Son así los casos de *admisión humanitaria.*

Esta opción, la de la admisión humanitaria, es precisamente la que recomienda implementar la Comisión Europea, en la Recomendación 2020/1364 sobre vías legales para obtener protección en la UE, incluida en el Pacto Migratorio[494]. Tanto la admisión humanitaria como el reasentamiento se presentan en el Pacto como las principales opciones para la apertura de vías legales en el futuro cercano de la Unión. El espíritu de la recomendación es, pese a todo, desalentador. No solo por la omisión de otras vías legales tan valoradas como el visado humanitario, sino principalmente porque traslada la decisión a los Estados miembros.

---

[492] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: «Hacia sistemas de asilo mejor gestionados, más accesibles y equitativos». Bruselas, 3.6.2003 COM (2003) 315 final. P. 16. La Comisión hace además referencia al estudio encargado en el marco del Programa de Investigación sobre Refugiados del Centro Danés de Derechos Humanos, a NOLL, G. y FAGERLUND, J.: «Safe avenues to asylum? The actual and potential role of EU diplomatic representations in processing asylum requests» de abril de 2002. En este, tras un estudio de los sistemas de 11 Estados, incluyendo tres extracomunitarios (Australia, EEUU, y Canadá) se recogieron cuatro modelos de procedimientos de entrada protegida. De hecho, el propio concepto de «procedimiento de entrada protegida» fue acuñado con anterioridad a la referida Comunicación de la Comisión por el estudio danés.

[493] SÁNCHEZ LEGIDO, A. «El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo». En: *Revista de Derecho Comunitario Eruopeo*. P. 449.

[494] Recomendación (UE) 2020/1364 De La Comisión de 23 de septiembre de 2020 sobre las vías legales para obtener protección en la UE: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias.

La Comisión, lejos de abordar el tema con una propuesta de auténtica creación de vías legales, planteando un nuevo visado humanitario[495], o un programa común de reasentamiento y de admisión humanitaria, considera este desafío como un reto para los Estados miembros, que deben desarrollar, «de acuerdo con sus respectivas prioridades nacionales» [496]. Un planteamiento que carece de sentido.

Si se trata de construir una política migratoria común, y un nuevo Sistema Europeo Común de Asilo, debería adoptarse un planteamiento también común de la primera fase: la de entrada en Europa. Bien bajo el amparo jurídico del artículo 77.2 TFUE, para el caso de vías legales para estancias de corta duración, como son los visados humanitarios (y a través de los cuales el extranjero podría acceder al instituto de protección internacional una vez en territorio europeo por las vías ordinarias); o bien de larga duración, *ex* artículo 79.2 TFUE. Pero también pudo plantearse una perspectiva común a través del artículo 78.2 o incluso del 78.3, incorporando al SECA un procedimiento extraterritorial. Las lamentables consecuencias de un sistema conformado por veintisiete programas nacionales distintos, ya se han analizado.

2.6. *Quo Vadis*, Europa? El futuro de la política migratoria y del SECA.

Las deficiencias de la política migratoria europea responden a su incoherente planteamiento de rechazo a la migración, con la incongruente incorporación de criterios de territorialidad para acceder al sistema de protección internacional europeo, rechazando la posibilidad de un acceso al procedimiento desde países terceros. A ello se suma la constatada dificultad para acceder a ningún tipo de visado para los nacionales de aquellos

[495] Sí que lo planteó en el año 2009, en la: «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos. COM/2009/0262 final. Concretamente, en el apartado 5.2.3: «Solidaridad con los terceros países», recomendando procedimientos de entrada protegida «y la expedición de visados humanitarios, incluso con la ayuda de las representaciones diplomáticas o de cualquier otra estructura creada en los terceros países, n el marco de una estrategia global de gestión de las movilidades».

[496] Recomendación (UE) 2020/1364 De La Comisión de 23 de septiembre de 2020 sobre las vías legales para obtener protección en la UE: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias. P. 7.§13.

países desde los cuales, precisamente, emigra una mayor parte de solicitantes, forzando a acudir a vías clandestinas y altamente peligrosas para alcanzar Europa.

Así, una vez en territorio europeo, esas personas solicitan protección internacional. Y aunque nuestra política de protección internacional sobrepase ampliamente los anacrónicos conceptos de la Convención de Ginebra, y proporcione un estatuto de protección ante situaciones que van más allá del clásico asilo político, lo cierto es que se dan multitud de realidades complejas que siguen estando excluidas. Se ha de pensar así en la represión, violencia e inseguridad generalizada de ciertos territorios; las crisis humanitarias ocasionadas por desastres naturales, o por las condiciones asociadas al cambio climático, como son las sequías y sus consecuentes hambrunas; o, incluso, ante enfermedades graves cuyo tratamiento no se encuentra disponible o resulta inaccesible en ciertos países, pero que son habituales en nuestro continente. El rechazo de sus solicitudes condena a estas personas vulnerables a la simplista consideración de inmigrantes económicos e irregulares. Y la consiguiente expulsión a territorios considerados seguros, aunque su supervivencia allí sea difícil, o no discurra en condiciones dignas.

Ciertamente, no todas las solicitudes de protección provienen de casos extremos. Sería iluso ignorar que hay un uso fraudulento del procedimiento de protección internacional por parte de migrantes económicos, orientado a alargar su estancia y beneficiarse de los derechos reconocidos como solicitantes. Pero aunque reprochable, no puede negarse su correlación con la política migratoria restrictiva a la que nos referíamos antes. Y aun menos puede servir a los gobiernos para incumplir sus obligaciones en materia de protección internacional, presumiendo las motivaciones del solicitante y negando este derecho preventivamente. Y más cuando estos mismos gobiernos se niegan a reaccionar creando vías de acceso legales y seguras, propiciando, con su pasividad, los flujos migratorios masivos y mixtos.

Como se ha puesto de manifiesto, estas migraciones han llegado a colapsar los sistemas nacionales de acogida en los principales países de llegada, conllevando una devaluación del canon de protección a los solicitantes, y un desbordamiento de los sistemas de acogida, con el consiguiente coste económico añadido. Ante el riesgo de afrontar una carga económica en atención a un colectivo vulnerable, se propagó por Europa un discurso xenófobo y alarmista que asimilaba a los solicitantes de protección con terroristas. O, en el mejor de los casos, con personas portadoras de distintos valores, que

no se iban a integrar y que ponían en peligro el «estilo de vida europeo». Y, consolidándose este discurso, la política de protección internacional fue absorbida por las políticas de seguridad nacional, más que por políticas sociales.

Por ello, la respuesta por parte de la Unión y de sus Estados Miembros a estos flujos migratorios ha sido, hasta ahora, deficiente. Por parte de la Unión no ha sido posible la reforma de un sistema ineficaz. Los continuos bloqueos a su reforma han llevado a desechar las pretensiones de alcanzar un sistema común, solidario, eficiente y garantista; que ha sido transformado en un sistema subordinado a las pretensiones securitarias de una más amplia política migratoria, obcecada en la lucha contra la inmigración ilegal como única prioridad. Pero lo cierto es que la responsabilidad ante el bloqueo de la reforma la deben asumir los EEMM, incapaces de alcanzar un acuerdo que debería ser unánime. Dichos Estados son igualmente responsables de la inaplicación de aquellos instrumentos de solidaridad para la gestión de la crisis migratoria aprobados por la Unión: los mecanismos de reubicación y reasentamiento. Tras ver frustrados sus intentos por reaccionar, que responden a la naturaleza compartida de esta competencia, la respuesta comunitaria puede considerarse, salvo excepciones[497], limitada a la esfera económica (la ampliación de fondos), y a un refuerzo en la fortificación de las fronteras exteriores.

Por su parte, la respuesta de los Estados miembros ha sido excesivamente heterogénea. Partiendo de los bloqueos mostrados en el seno de la Unión, la postura generalizada por aquéllos ha sido otorgarle prioridad a sus cortoplacistas intereses nacionales. Si bien muchos de estos coincidían en el objetivo de lucha contra la inmigración irregular, las medidas adoptadas han sido tan variadas como cuestionables: ocho Estados del espacio Schengen reactivaron los controles en las fronteras interiores[498]. Otros procedieron a la construcción o ampliación de vallas físicas en su territorio para frenar la entrada de inmigrantes. Destacan así las de Letonia, Lituania y Polonia en sus fronteras con Bielorrusia; la de Hungría con Serbia; o la verja de 40 km que separa Grecia de Turquía[499].

---

[497] Entre estas excepciones destaca la ya mencionada creación de la nueva Oficina europea de asilo, en sustitución de la EASO.

[498] Véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, 26 de abril 2022, asuntos C-368/20 y 369/20: *NW y Landespolizeidirektion Steiermark y Bezirkshauptmannschaft Leibnitz.*

[499] Una breve pero ilustrativa radiografía del sistema de muros en la Unión puede leerse en el informe: «Los muros que blindan Europa contra los migrantes». Publicado por el periódico El Mundo el 24 de noviembre

Posturas que han llevado a la Unión a plantearse la financiación de las mismas en un futuro, aunque de momento se muestre contraria. Más polémica, aún, fue la propuesta de Dinamarca de trasladar a terceros países a los solicitantes, aún no llevada a cabo en el momento en que se escriben estas líneas. O las medidas adoptadas por Hungría, y por las que ha sido condenada por el TJUE, entre las que destacan la restricción al procedimiento de protección, mediante una limitación excesiva de los lugares habilitados para su presentación; y la persecución por vía penal de quienes asisten a los solicitantes de protección proporcionándoles información. No obstante, la más drástica, sin duda, fue la adoptada por Grecia en el año 2020, cuando Turquía reabrió sus fronteras para la renegociación del acuerdo y el país heleno anunció la suspensión por un mes del derecho a pedir asilo.

Medidas que pueden conllevar la vulneración de derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, y de obligaciones imperativas del Derecho internacional. Que, además, resultan incompatibles con los valores europeos y con la construcción de una política de asilo común; vulnerando así los compromisos y objetivos recogidos en el TFUE. Ante este panorama, ejemplificado con un elenco de medidas nacionales que no pretende ser exhaustivo, la Unión Europea se ha visto arrinconada y amenazada. Ante la normalización de una política migratoria de excepción, la estrategia europea no ha sido exigir el respeto a los derechos de los solicitantes, o potenciales solicitantes, sino trasladarse a un momento anterior: impedir que acudan y traspasen sus fronteras. De este modo, el sistema será suficientemente eficiente si se controlan las llegadas.

Pero la realidad no es ésta. Los flujos migratorios van a continuar y a aumentar. Y no solo carece de lógica económica esta postura, como luego se señalará, sino que también supone una desatención al objetivo recogido en el artículo 78 TFUE de desarrollar una política común en materia de protección internacional, que debe orientarse al propósito de ofrecer un estatuto apropiado a quien «necesite»[500] protección internacional, garantizando el

---

de 2021. Disponible en: https://www.elmundo.es/internacional/2021/11/24/619bcd3221efa037278b45c7.html

[500] Interesa aquí detenerse en el uso de la palabra «necesitar», que pudo haber sido sustituida por otras menos garantistas que hagan referencia a requisitos formales. El empleo del término «necesitar» debe conllevar a una interpretación flexible y garantista de la normativa.

respeto al principio de no devolución. Algo que no se puede alcanzar con la normativa vigente.

Por ello, urge una reforma integral y garantista de la política de protección internacional y del SECA, orientada a la consecución del propósito para la que fue concebida en el artículo 78 TFUE. Solo así esta política podrá actuar como una fuerza equilibradora en la política migratoria común, y legitimar la política restrictiva de inmigración que se pretende.

Pero esta reforma integral requiere un replanteamiento del SECA desde la posición que merecen en el mismo los derechos de los solicitantes de protección internacional, en atención, precisamente, a ese estatuto de protección que se pretende garantizar conforme a los valores de dignidad y respeto a los derechos humanos que fundamentan la acción comunitaria. En este punto, se plantea como muy conveniente la inclusión en el marco normativo del SECA de un estatuto de derechos del solicitante de protección internacional que garantice el respeto a unos mínimos invulnerables en todo el territorio de la Unión, y logre así establecer estándares comunes en el procedimiento y en la acogida, requisito indispensable para el funcionamiento eficiente del SECA y en especial, de los instrumentos de reubicación planteados en las propuestas de reforma.

La incorporación de un estatuto de derechos como norma vinculante en el marco del SECA se presenta como posible respuesta a las grandes deficiencias del Sistema, abordadas en epígrafes anteriores. Pues si bien debe verse acompañada de otras medidas de reforma, como las ya abordadas para hacer el sistema más efectivo y solidario, así como de las medidas de colaboración e incentivos para garantizar la aplicación del Derecho de la Unión, su aplicación presenta ventajas transversales. Por un lado, permite una mayor armonización en las políticas nacionales mediante el establecimiento de un estándar de protección común, lo cual, resulta indispensable para la aplicación eficiente de los mecanismos de reubicación pretendidos, al superar el inconveniente de la desigualdad de trato en los Estados, y reduciendo las posibilidades de movimientos secundarios. Además, dicho estatuto deberá incluir los derechos relativos al acceso al procedimiento, de tal manera que si no se logra la creación comunitaria de vías de acceso, al menos condicione la práctica estatal; pues esta nueva norma recortaría el margen de acción de los Estados, aunque salvando los límites competenciales establecidos. Finalmente, esta propuesta pretende blindar la protección de los derechos de un colectivo

especialmente vulnerable en nuestro continente. Pues si bien la concesión del estatuto de protección resulta una puerta a una vida digna, el tiempo que media desde la solicitud hasta su resolución está plagada de deficiencias sistémicas que vulneran los derechos de estas personas. Personas que alegan sufrir serias violaciones en sus países, y que en su mayoría, alcanzan el continente tras recorrer rutas plagadas de peligros. Personas, muchas de ellas, que pertenecen a colectivos vulnerables (pensemos en menores y víctimas de trata). Del reconocimiento y garantía de derechos para estas personas no solo depende el funcionamiento del SECA o de la política migratoria europea; sino la pervivencia de la Unión como Comunidad de Derecho.

CAPÍTULO 3: La necesaria incorporación de un nuevo instrumento normativo al SECA: el reglamento por el que se establece un estatuto de derechos para el solicitante de protección internacional en la Unión Europea.

> *«Ninguna paradoja de la política contemporánea se halla penetrada de tan punzante ironía como la discrepancia entre los esfuerzos de idealistas bien intencionados que insistieron tenazmente en considerar como «inalienables» aquellos derechos humanos que son disfrutados solamente por los ciudadanos de los países más prósperos y civilizados y la situación de quienes carecían de tales derechos. Su situación empeoró intensamente, hasta que el campo de internamiento […] se convirtió en la solución rutinaria para el problema del domicilio de las «personas desplazadas».*[501]

3.1 Contexto de la propuesta: la matizada universalidad de los derechos en un mundo globalizado.

El territorio que conforma la Unión Europea es un espacio único en oportunidades y seguridad, comparable con muy pocos en el mundo. Sin embargo, desde hace décadas, se ha vuelto un espacio hostil para quienes inmigran irregularmente; incluso para quienes lo hacen en busca de algún tipo de protección internacional. Esta hostilidad se ha traducido en sistemáticas violaciones de derechos, ya normalizadas, pero que llegan a alcanzar niveles de crueldad y de desprecio por la dignidad de la persona, incompatibles con los valores europeos.

Hemos sido testigos de barcos a la deriva a los que se dejaba naufragar[502]; refugiados muriendo de frío cada invierno en las fronteras del este de Europa; rebajar el canon de

[501] ARENDT, H. *Los Orígenes del Totalitarismo,* Madrid, Alianza Editorial. 2011. P. 399.

[502] El caso del naufragio en el Mediterráneo a unas 118 millas de Malta y 61 de Lampedusa el día 11 de octubre de 2013 es esclarecedor. La llamada entre un pasajero de la embarcación y los servicios de emergencia italianos quedó registrada y ha salido a la luz años después. Se puede consultar en:

protección de los derechos hasta el punto de considerar Estados seguros a Marruecos, Turquía y Libia; y a nuestras autoridades llevar a cabo devoluciones en caliente sin opción a ser identificado y mucho menos a iniciar un procedimiento o a recurrirlo. Estados que confiscan los bienes de los solicitantes de protección y que legislan en favor de enviarlos a países remotos. Y hemos visto a solicitantes de protección que, huyendo de Siria, Afganistán, Costa de Marfil o Libia, quedaban atrapados en embarcaciones de rescate, en centros de internamiento o en islas europeas, hacinados en condiciones inhumanas. Hemos presenciado, en definitiva, la deconstrucción del sistema de protección internacional, pero también del sistema de valores de la Unión Europea.

En el estado actual de la cuestión, siendo testigos a diario de graves vulneraciones de derechos en el que probablemente sea el territorio más privilegiado del mundo, ¿podemos pensar que exista la pretendida y proclamada[503] universalidad de los derechos humanos? ¿Acaso ya no *sostenemos como evidentes* que *todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos?* ¿Cómo hemos llegado a creernos, y a ganar elecciones proclamando que los europeos tenemos más derechos que los extranjeros? ¿Son los derechos de los no nacionales modulables en función del interés de la comunidad de acogida? ¿Es la extranjería una situación jurídica que justifica *per se* la discriminación? ¿La condición de extranjero puede neutralizar el trato más favorable que requieren los colectivos vulnerables? ¿Pesa más la condición de extranjero, o incluso de inmigrante irregular, que la de solicitante de protección?

Para responder a todas estas cuestiones debemos entender el concepto de universalidad de los derechos en la actualidad. Y es que, el reconocimiento y la garantía de los derechos de los no ciudadanos ha sido una cuestión históricamente compleja. Son muchos los autores que han abordado la relación entre ciudadanía y derechos en el contexto de las

---

https://espresso.repubblica.it/embed/inchieste/2017/05/08/video/cosi_l_italia_ha_lasciato_annegare_60_bambini_in_esclusiva_le_telefonate_del_naufragio-321964226/ Los servicios de emergencia no actuaron hasta cinco horas después de la primera llamada.En aquel naufragio perdieron la vida 268 personas, 60 niños.

[503] La universalidad de los derechos se recoge tanto en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea «Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, (…)»; así como en el artículo 21 del TUE como principio en que la Unión basará su acción exterior.

civilizaciones más antiguas[504] y que abordan la ciudadanía como un «instrumento de exclusión»[505] histórica, pero ¿siempre ha sido así?

Sin entrar en el análisis de su concepción clásica, el concepto de ciudadanía sufrió una transformación con el iusnaturalismo renacentista y, sobre todo, con la Ilustración. Cuando aparece en el mundo moderno la idea de universalidad de los derechos humanos[506], aunque, como señala De Lucas, se tratase de un «concepto restringido de ser humano», con una edad, etnia, género y clase determinado[507]. En algún punto entre la Declaración de Derechos inglesa de 1689, y la Declaración de Independencia de 1776[508], los derechos dejaron de considerarse privilegios que pertenecían a un colectivo determinado y pasaron a concebirse como «derechos naturales universales»[509].

Es difícil señalar cuándo se hizo evidente (*«we hold these truths»)* esa naturalidad de los derechos *del hombre*, pero lo cierto es que los argumentos universalistas de H. Groccio, de Pufendorf, de Locke, y con gran insistencia, los de Burlamaqui[510] sirvieron a los norteamericanos para cambiar su discurso en pro de la independencia. Sus derechos, recogidos en 1764 en *Los derechos de las colonias británicas afirmados y probados*, no podían ser consecuencia de su condición de consúbditos ingleses, esto es, de la tradición

---

[504] SCUTO, F. Recuerda como los griegos distinguían entre ciudadano, *xzenos* y bárbaro según el origen, y atribuían un estatuto jurídico distinto a cada uno, reservando derechos como la libertad de culto o la participación en la vida política solo para los *ciudadanos*. Y del mismo modo, señala el autor, el derecho romano preveía distinciones entre ciudadano y extranjero, que no tenía reconocida capacidad jurídica. Aunque posteriormente, el desarrollo del imperio romano conllevó el reconocimiento de distintos niveles de ciudadanía. En: *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell´immigrazione irregolare.* Giuffrè Editore. 2012 p. 5y ss. Y véase también: GROSSO, E. *Le Vie della cittadinanza: le grandi radici, i miodelli sotrici di riferimento*. Padova, 1997.

[505] RODOTÀ, S. «Cittadinanza: una postfazione». En: *ZOLO,D. (a cura di) La cittadinanza. Appartenenza, identitpa, diritti. Bari. 1999. P. 318.*

[506] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: «La universalidad de los derechos humanos». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 15-16, 2, 1994, págs. 613-634*

[507] DE LUCAS MARTÍN, J.: «Algunos elementos básicos de la «cultura de los derechos» ¿Por qué los Derechos Humanos? *En: Studia histórica. Historia contemporánea. Nº 36. 2018.* Ejemplar dedicado a los Derechos Humanos en el septuagésimo aniversario de la Declaración Universald e Naciones Unidas. P. 25-34.

[508] Puede verse una comparativa entre estas dos declaraciones en. ZUCKERT, M.P.: *Natural Rights and the New Republicanism.* Princeton University Press. 1994.

[509] HUNT, L.: *La invención de los derechos humanos*. Tiempo de memoria. Tusquets editores. 2009. P. 20.

[510] Para profundizar en la influencia de Burlamaqui en norteamerica puede verse: RAY FORREST, H.: *Jean Jaques Burlamaqiu: a liberal tradition in American Constitucionalism*. University of North Caroline. Press. Chapel Hill. 1937. Así como HUNT, L. Op. Cit. P. 121 y ss.

histórica. Por el contrario, debían fundamentarse en la naturaleza del hombre, lo que les permitía romper con la Corona británica[511].

Se evidencia así, en la Declaración de Derechos de Virginia, de junio de 1776: «*That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity*». *Así como en la Declaración de Independencia, de 4 de julio de 1776: «We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*». Aunque esos ideales universalistas se diluyeron en la Carta de Derechos de Estados Unidos, agregada a la Constitución en 1787.

Aquella visión universalista tuvo gran eco en Europa, sobre todo en Gran Bretaña, Holanda y Francia, gracias a la propaganda que se difundió por Europa tras la independencia norteamericana[512]. Se ha dicho que el proceso norteamericano contribuyó[513] «a crear la impresión de que también el gobierno francés podía establecerse sobre fundamentos nuevos»[514] y en la década de 1780, aun cuando en América estaba

---

[511] HUNT, L. Op. Cit. P. 124.

[512] Destacando el panfleto *Observaciones sobre la naturaleza de la libertad civil, los principios de gobierno, y de justicia y política en la guerra con América*, de 1776*;* que le costó a su autor, Richard Price, acusaciones por, entre otros motivos, anarquista y traidor[512]; o *El sentido común*, de Thomas Paine, calificado como el más influyente de todos los folletos de aquella etapa tal y como lo identifica WOOD, G. en: *The american Revolution: a history*. New York. Modern Library, 2002. P. 55-56; y HUNT, L. 2009, Op. Cit. P. 132.

[513] No es objeto de este trabajo un estudio exhaustivo de aquel proceso histórico, ni de la relación entre ambos episodios. Y aunque se resume como una «contribución» del proceso norteamericano al francés, debemos advertir de la compleja relación existente para evitar caer en una explicación simplista. No en vano, autores tan relevantes como Montesquieu o Voltaire se reconocieron como deudores del sistema inglés. Puede verse en varias obras de MONTESQUIETU como «Notes sur l´Angleterre» en *Voyages en Europe* o en *«De l´Espirit des Lois»* que dedica el capítulo XI-6 la Constitucion de Inglaterra. Así como en VOLTAIRE, «Lettres Philosophiques». Una relación de admiración por el sistema inglés que, como señala Gregorio Peces- Barba Martínez, influye notablemente en los «fundamentos ideológicos de la Revolución Francesa, y en concreto de la *Declaration*». PECES- BARBA MARTÍNEZ, G.: «Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa». En*: Anuario de filosofía del Derecho VI. 1989. P. 61*. También Habermas se pronunció sobre la relación entre la experiencia norteamericana y la francesa señalando sus coincidencias, pero también importantes matices diferenciadores: «sin lugar a dudas, americanos y franceses aluden en la misma medida a principios del Derecho Natural moderno… Pero precisamente estas Declaraciones tienen un sentido específicamente distinto, a pesar de su coincidencia material. Los colonos americanos quieren legitimar con el recurso a los derechos humanos su independencia del Imperio Británico; los franceses una subversión del *Ancien Régime…» HABERMAS, J.: Teoría y Praxis. Estudios de Filosofía Social.* Traducción en español. Tecnos. Madrid. 1987. P. 91 y 92.

[514][514] HUNT, L. Op. Cit. P. 130.

perdiendo fuerza ante las preocupaciones institucionales propias de una nueva nación, el discurso de los derechos cobró protagonismo en la Francia de Luis XVI. El cambio era inminente, y aunque hubo discrepancias en torno a su necesidad, el 4 de agosto de 1789 la Asamblea General votó a favor de elaborar una declaración de derechos[515]. La declaración debía servir para regenerarse, para romper con la autoridad asentada, tal y como había fundamentado la experiencia norteamericana.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, los representantes del pueblo francés declararon que «los hombres, (y no solo los franceses libres) nacen y permanecen libres e iguales en derechos». E identificaron como «derechos naturales e imprescriptibles» la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Asimismo, los derechos eran sagrados, y se reconocían y declaraban «en presencia del *Ser Supremo*»; pero, a diferencia de la Declaración de Independencia de 1776, no se atribuyó a ese Ser, al *Creador*, haber dotado al hombre de ciertos derechos inalienables.

La declaración, lejos de resultar pacificadora, revolucionó la sociedad y la política. Surgieron cuestiones que habían sido omitidas del discurso público pero que eran ya incoherencias insalvables: ¿qué ocurría con las mujeres o los esclavos? O, si la nación era la soberana ¿qué era el rey? El debate en torno a la cuestión de los derechos se encendió y las discusiones de grandes autores como Edmund Burke, Thomas Paine o Mary Wollstonecraft se expandieron especialmente por Norteamérica, Gran Bretaña, Francia y Holanda. La Declaración había despertado opiniones muy diversas, unos no compartían la totalidad o una parte de sus principios, mientras que otros esperaban la puesta en práctica de los mismos mediante cambios reales en la legislación. Así, en octubre de 1789,

[515] HUNT, L. Op. Cit. P. 132-133 explica el desarrollo de aquellos acontecimientos y critica la falta de explicación de aquel cambio de opinión entre los miembros de la Asamblea: «Si la autoridad monárquica necesitaba tan solo unas cuantas reparaciones, entonces una declaración de los «derechos del hombre» difícilmente podía ser necesaria. Sin embargo, para los que estaban de acuerdo con el diagnóstico de Jefferson (el gobierno debía reconstruirse por completo), una declaración de derechos resultaba esencial (…) Ni entonces ni después, nadie ha explicado apropiadamente cómo la opinión acabó por decantarse a favor de redactar tal declaración, en gran parte porque los diputados estaban tan atareados resolviendo asuntos cotidianos que no se percataron e la importancia y alcance de cada una de sus decisiones. En consecuencia, sus cartas e incluso sus posteriores memorias resultaron frustrantemente vagas en lo que se refería a los cambios en las corrientes de opinión. Sí sabemos que la mayoría se convenció de que eran necesarios fundamentos totalmente nuevos». La autora, a su vez, se remite a: TACKETT, T. «Becoming a Revolutionary: the deputies of the French national Assembly and the emergence of revolutionary culture (1789-1790). *Princeton University Press. 1996. P. 183*.

un decreto de la Asamblea Nacional recogía importantes garantías procesales que conforman hoy una parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (como la naturaleza pública de los procedimientos penales, el principio de legalidad penal o la presunción de inocencia); y lograba abolir la tortura. Ese mismo mes se reguló también el derecho al voto, pero solo para aquellos franceses (o naturalizados) católicos; mayores de 25 años, que hubieran residido en el distrito, al menos, durante un año; y que pagaran una determinada cantidad de impuestos directos. La proclamada universalidad de los derechos era constantemente matizada.

Y es que, aunque inicialmente el Comité preparatorio de la Constitución había considerado la elaboración de cuatro declaraciones de derechos, el proceso se decantó por un único documento que combinaba tres de esas pretendidas declaraciones, dando lugar a numerosas incongruencias entre el discurso y la práctica. Se proclamaba la inalienabilidad de los derechos y la igualdad de los hombres, pero se establecían categorías civiles con distintos estatutos jurídicos: ciudadanos y no ciudadanos. Siendo los primeros los que formaban parte de la soberanía, los que participaban en la elaboración de las leyes[516]. La idea originaria era distinguir entre una *declaración de los derechos del hombre*; una segunda *de los derechos de la nación;* la tercera, *de los derechos del rey;* y, finalmente *de los derechos de los ciudadanos bajo el gobierno francés*[517]. En la misma línea, Sieyès había presentado ante la Asamblea la conveniencia de distinguir entre los derechos naturales y los derechos civiles de los ciudadanos y, por otro, los derechos políticos. Para el jurista francés: «solo aquellos que contribuyen al establecimiento

[516] Resulta de gran interés observar las distintas definiciones del término ciudadano que se hicieron en aquellos años de la revolución francesa. R. Monnier recoge algunas de las más ilustrativas advirtiendo al lector de la confisión existente entre *ciudadano* y *burgués* que denonicó Rouseseau en el Contrato Social. Así, la definición de 1790 del *Dictinnaire national et anecdotique* de Chantreau: «En el nuevo régimen, el ciudadano es concebido civil y moralmente; es un miembro de la sociedad que, no solamente adquiere cargas civiles, sino que está igualmente cubierto de sentimientos que inspira la feliz libertad en la que vivimos»; por su parte el *Dictionnaire de la constitution et du goubernement français,* de Gautier (1791) define ciudadano como: «Título del hombre libre en sociedad. El hombre en sociedad es libre, en tanto que concurre en la formación de las leyes a las que habrá de obedecer, y siendo que esas leyes le garantizan el pleno disfrute de los derechos recibidos de la naturaleza; entonces decimos de él que es ciudadano, es decir, miembro de la ciudad. [...] La cualidad de ciudadano no supone únicamente derechos, sino que impone también deberes». Mientras que la definición reflejada en el *Supplément* de 1798 se caracteriza por definir el concepto de manera diversa según el sexo del *ciudadano*: «ombre común para todos los franceses y demás individuos de naciones libres, que disfrutan de derechos de ciudadanía. Relativo a las mujeres, es un simple calificativo». Así se refleja en: MONNIER, R.: «La noción de ciudadano en Francia de la ilustración a la revolución: definiciones, normas y usos». *Historia Contemporánea 28, 2004. P. 294.*

[517]HUNT, L. Op. Cit. P. 135.

público son, por así decirlo, los verdaderos accionistas de la gran empresa social. Sólo ellos son los auténticos ciudadanos activos, los auténticos miembros de la asociación»[518].

El derecho al voto se había reconocido a los ciudadanos (artículo 14). Pero conforme se asentaban los principios de la revolución, la definición de quién debía ser ciudadano fue cuestionada. La cuestión no giraba en torno a la nacionalidad del sujeto, pues la Asamblea nacional podía conceder el título de ciudadanos a extranjeros naturalizados (la Constitución de 1791 reserva esta ventaja a quienes «han merecido bien la humanidad»). Se centraba en otras cualidades: hombre, católico, mayor de 25 años, que no estuviera incluido en alguna de las profesiones excluidas, y que contribuyeran con una determinada cantidad al erario público. Muchos autores de la época justificaban este requisito, hoy completamente inverosímil. En este sentido, D´Holbach escribió: «es la propiedad la que hace al ciudadano; todo hombre que posee en el Estado, está interesado en el bien de ese Estado, y cualquiera que sea el rango que las convenciones particulares le asignan, es siempre como propietario, siempre en razón de sus posesiones, que debe hablar o que obtiene el poder de hacerse representar» [519].

Pronto, la Asamblea tuvo que hacer frente a las discriminaciones existentes empezando por aquellas por motivos religioso. La lógica era la siguiente: si todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, si nadie debe ser incomodado por sus opiniones, incluido las religiosas (artículo 10), ¿no deberían tener los mismos derechos políticos los no católicos? El debate sobre el derecho a voto de los no católicos no fue tranquilo. Con la propuesta se estaba pensando en los protestantes pero la polémica se extendía a los judíos y, tras esta ampliación, tampoco parecía coherente mantener la exclusión de determinadas profesiones[520]. El 24 de diciembre de 1789 se eliminaron las

---

[518] SIEYÈS E.J.: ««Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano», en PANTOJA MORÁN, D. (comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, *op*. *cit*., p. 84.»

[519] MONNIER, R. Op. Cit. P. 307 El autor recoge está cita textual atribuida a D´Holbach, en su artículo «Representantes».

[520] HUNT, L. Op. Cit. P. 149 y 150. La autora recuerda que a los actores y a los verdugos se les negaban los derechos políticos por considerar estas profesiones deshonrosas., pues los primeros se ganaban la vida fingiendo ser otra persona, y los verdugos matando gente. Y en este contexto, la autora alude a las palabras de Clermont- Tonnerre : «O bien prohibimos por completo las obras de teatro, o bien eliminamos el deshonor asociado a la profesión de actor». Sobre esta interesante cuestión puede leerse a FRIEDLAND, P. : «Political Actors: Represetntative Bodies and theatricality in the Age of the French Revolution». *Cornlell University Press. Ithaca. NY. 2002. P. 215-227.*

restricciones profesionales, y se reconoció el derecho al voto a los varones protestantes. Aunque hubo que esperar casi un año para que se reconociera también a los judíos (27 de septiembre de 1791). El 10 de agosto de 1792, y tras un discontinuo reconocimiento del derecho a voto de los hombres negros libres, se reconoció por fin ese derecho a todos los hombres de la Francia metropolitana, salvo a parados y sirvientes[521]. Sobra decir que a las mujeres, el derecho al voto tardó varios siglos en reconocérsele, en Francia no llegó hasta 1944; sin embargo, su condición mejoró notablemente tanto por beneficiarse de libertades proclamadas como la libertad de prensa o la libertad de expresión, como por el reconocimiento de derechos a la sucesión o al divorcio[522].

Sin duda, el reconocimiento paulatino de derechos a distintos grupos sociales fue consecuencia del universalismo abstracto con el que se habían concebido aquellas Declaraciones. Así, también los estadounidenses y los ingleses tuvieron que enfrentarse al reconocimiento de derechos, más allá de los hombres blancos para quienes se habían redactado. No fue un proceso sencillo ni idéntico. Hunt recopila este proceso de extensión de los derechos de manera brillante señalando, por ejemplo, como Gran Bretaña tuvo mayores dificultades para el reconocimiento de derechos políticos a las minorías religiosas de las que tuvieron los Estados Unidos[523], mientras que, por el contrario, logró abolir la esclavitud antes, en 1807, (en 1833 en las colonias británicas) 58 años antes de que se ratificara la Decimotercera enmienda a la Constitución y se aboliera oficialmente la esclavitud en los Estados Unidos (1865). Aun así, se ha dicho que de los ideales clásicos de la Revolución francesa, el de la igualdad fue «la gran asignatura pendiente de la Ilustración»[524].

Con el imperialismo, aquellas naciones que habían proclamado la inalienabilidad de los derechos humanos fueron testigos de que, más allá de sus fronteras, la realidad no era tal.

---

[521] HUNT, L. Op. Cit. P. 152.

[522] HUNT, L. Op. Cit. P. 153.

[523] La libertad religiosa había quedado reflejada en la primera enmienda de la Constitución, ratificada en 1791, aunque los distintos Estados legislaron a su propio ritmo: mientras que Virginia concedió la igualdad de derechos en 1785, Rhode Island no lo hizo hasta 1842. Por su parte, Gran Bretaña no permitió que los católicos fuesen elegidos al Parlamento británico hasta 1829, y los judíos hasta 1858. HUNT, L. Op. Cit. P. 163.

[524] AMORÓS PUENTE, C.: *Mujer. Participación, cultura política y Estado.* Ediciones de la Flor. 1990. P. 31.

La inalienabilidad de los derechos implicaba su independencia a cualquier tradición y forma de gobierno, sin embargo, el mundo estaba lleno de territorios cuyas autoridades no los garantizaban. H. Arendt insistió en esta idea al tratar de identificar ese *hombre* al que se referían las Declaraciones de derechos, y que le atribuían la condición de poseedor de derechos inalienables. Para la autora, ese *ser humano abstracto* no existía en ninguna parte sino que era la idea de un pueblo, y no de un individuo. La humanidad era una «familia de naciones» [525].

Así, la conceptual universalidad de los derechos, que en la práctica nunca había sido tal, no tardó en limitarse con la creación de unas naciones cuya homogeneidad era muy relativa. Con el tiempo, y la llegada de los nacionalismos, las ideas del tradicionalista Edmund Burke, uno de los principales críticos de la Revolución Francesa, ganaron adeptos[526]. En esa línea Giussepe Mazzini, uno de los primeros nacionalistas, expresó con brillantez la percepción nacionalista de los derechos y la utilidad garantista de la nación: «*Cos'è la Patria, per l'opinione della quale io parlo, se non quel luogo in cui i nostri diritti individuali sono piú sicuri?»* [527].

La pertenencia a una comunidad política se convirtió en un presupuesto necesario para el disfrute de los derechos. Pero, además, se instaló la idea de que para garantizar los derechos dentro de la nación había que negar los derechos de otros grupos. Y con una

---

[525] ARENDT, H. «Los orígenes del totalitarismo: la decadencia del Estado- nación y el final de los derechos». Alianza editorial. 2011. P. 413-414: «La paradoja implicada en la declaración de los derechos humanos inalienables consistió en que se refería a un ser humano *abstracto* que parecía no existir en parte alguna, porque incluso los salvajes vivían dentro de algún tipo de orden social. Si una comunidad tribal o *atrasada* no disfrutaba de derechos humanos, era obviamente porque como conjunto no había alcanzado todavía esa fase de civilización, la fase de soberanía popular y nacional, sino que era oprimida por déspotas extranjeros o nativos. Toda la cuestión de los derechos humanos se vio por ello rápida e inextricablemente mezclada con la cuestión de la emancipación nacional; solo la soberanía emancipada del pueblo, del propio pueblo de cada uno, parecía era capaz de garantizarlos. Como la humanidad, desde .la Revolución francesa, era concebida a imagen de una familia de naciones, gradualmente se hizo evidente que el pueblo, y no el individuo, era la imagen del hombre».

[526] Véase la clásica obra de BURKE, E.: *Reflections on the Revolution in France*. 1790.

[527] MAZZINI, G.: *Dei doveri dell´uomo*. Corriere della Sera. Milano. Ed. 2010. P. 22.

preocupación cada vez mayor por mantener -o crear- la pretendida *homogeneidad*[528] *étnica* en un contexto de imperialismo, creció la preocupación por la inmigración[529].

En las dos últimas décadas del siglo XIX esa preocupación se tradujo en importantes cambios legislativos[530]. Así, en la década de 1880 las colonias británicas implantaron leyes migratorias duras que, junto al interés por conservar sus características étnicas, expresaban una preocupante vinculación entre enfermedades y razas; seguros, por ejemplo, de que la viruela y la lepra habían llegado a Australia por la migración china[531]. En esta línea, en 1882 Estados Unidos prohibió la inmigración desde China con la llamada *Ley de exclusión China*, una exclusión que debía durar diez años pero que no se derogó hasta 1943[532]. Por su parte, la *British Alien Act*, de 1905, calificaba de *indeseable* al inmigrante que no demostrara medios suficientes para mantenerse, a quienes sufrieran algún tipo de enfermedad que pudiera convertirlo en una carga para el Estado o un peligro, a quienes fueran «un lunático o un idiota»; o sobre quien pese una orden de expulsión o haya sido sentenciado en un país extranjero[533]. El problema de los derechos ya no era cuestión de clases sino, cada vez más, una cuestión de *orígenes étnicos,* y de género. Y

---

[528] Recordemos aquí las palabras de Kelsen sobre la falsa homogeneidad del pueblo: «no hay precismamente nada más problemático que aquella unidad designada con el nombre de pueblo. Fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, representa- según el criterio sociológico, más bien una aglomeración de grupos que una masa compata de naturaleza homogénea». KELSEN, H.. *Esencia y valor de la Democracia*. Labor. Barcelona 1934. P. 30, Y en el mismo sentido HABERMAS, J.: *La inclusión del otro.* Ed. Paidós. Barcelona. 1999. *P. 94.*

[529] HUNT, L. Op. Cit. P. 190. La autora señala que antes de 1860, la preocupación social por la inmigración era mínima. Pero que aumentó considerablemente entre 1880 y 1890, y ejemplifica esta preocupación señalando importantes cambios legislativos en el mundo: «Australia intentó impedir la afluencia de asiáticos para poder conservar su carácter inglés e irlandés. Estados Unidos prohibió la inmigración desde China en 1882 y desde toda Asia en 1917, y luego en 1924, fijó cupos para todos los demás basándose en la composició étnica de propia población estadounidense. El gobierno británico promulgó una Ley de Extranjeros en 1905 con el fin de acabar con la inmigración de «indeseables»; mucha gente interpretó que se refería a los judíos de Europa del Este».

[530] HUNT, L. Op. Cit. P. 190.

[531] Puede leerse al respecto el artículo de WATTERS, «The SS Ocean dealing with boat people in the 1880s». Australian Historical Studies 33, n.º 120: 331-343. 2002

[532] CRUZ LERA, E.: «La gobernanza de las migraciones transnacionales china y mexicana hacia Estados Unidos: los nexos entre las diásporas y el Estado creativo para el codesarrollo». *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales.* UNAM, Nueva Época, Año lxiv, nº. 236, 2019. P. 23.

[533] CONTARINO SPARTA, L.L.: «Política y legalidad migratorias en el Reino Unido y América (c. 1850-1925): la consolidación de un marco discriminatorio común». En: *Oasis. 22 (dic. 2015). P. 146.*

durante décadas, la discriminación trató de encontrar una justificación científica[534]. No éramos iguales, y por ello no teníamos los mismos derechos *naturales.*

Ni los pueblos eran iguales entre sí, ni las personas que habitaban dentro de unas mismas fronteras tenían la misma condición. Resurgieron con más fuerza conceptos excluyentes como nacionalidad y ciudadanía (aun cuando ciudadanía pueda interpretarse hoy como un concepto incluyente[535]), en contraposición a la universalidad abstracta que proclamaba unos derechos ilusorios. Por ello, el concepto *derechos humanos* perdió fuerza entre finales del siglo XIX y principios del XX, en favor del concepto *derechos de los ciudadanos*.

Así, aunque los principios iusnaturalistas de universalidad de los derechos humanos sobrevivieron a siglos de guerras y barbaries, para plasmarse en instrumentos de Derecho Internacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, resultan evidentes sus incoherencias y problemas de eficacia. Problemas que adelantó Burke cuando afirmó que los derechos de los que gozamos proceden «de dentro de la nación»[536]. Tras las grandes guerras del s. XX, las Constituciones modernas incluyeron necesariamente un catálogo de derechos, la función de tutela de los mismos pasó a un primer plano y se constituyó como un límite al poder. Los poderes públicos debían ceder ante los derechos fundamentales porque estos, si bien se reconocían en la Constitución, obedecían sin duda a algo superior y anterior. No eran creados, *constituidos* por la Constitución, esta simplemente los debía reconocer, plasmando así valores cercanos al *iusnaturalismo* que revalidaban el principio de la intangibilidad de la dignidad humana[537].

---

[534] Sin ánimo de exhaustividad, por mencionar algunas obras que insistían en las diferencias raciales: «Las razas de los hombres» de Rboert Knox (1850); Negro-manía, un examen de la falsamente aceptada igualdad de las razas del ser humano, de Hohn Campbell (1851); o «Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas» Arthur de Gobineau (1855). Sin poder dejar de mencionar «Los fundamentos del siglo XIX» de Houston Stewart Chamberlain (1899) que, asumiendo las ideas de Gobineau, las empleó también para atacar a los judíos. L. Hunt (op. Cit. P. 199) señala la relación entre las ideas de Gobineau y el nazismo pues fue éste quien apuntó que los arios y los judíos debían luchar porque eran los únicos pueblos *puros.* Esta relación también se señala en FORTIER, P.A. «Gobineau and German Racism». Comparative Literature. Vol. º. N. 4 1967. P. 341-350.

[535] Véase en este sentido las reflexiones de ALÁEZ CORRAL, B.: *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?.* CEPC. Estudios Constitucionales. Madrid. 2006.

[536] BURKE,E. *Reflections on the Revolution in France,* 1790. Editado por E.J. Payne, Everyman´s Library. Tal y como recoge ARENDT, H. «Los orígenes del totalitarismo». Alianza editorial. P. 423

[537] SCUTO, F. 2012 Op. Cit. P. 14.

Aquellas constituciones europeas consagraron principios iusnaturalistas de inalienabilidad de los derechos humanos y respeto a la dignidad humana[538], reiterados en instrumentos de derecho internacional; pero junto a estos principios, los constituyentes establecieron diferencias en el reconocimiento y goce de derechos entre los ciudadanos y los extranjeros. Evidenciando ya entonces una alarmante confusión entre nacionalidad y ciudadanía.

Así, la Constitución española de 1978 reconoce en el artículo 10.1, como fundamento del orden político y de la paz social: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás». Sin embargo, su artículo 13.1 puntualiza que: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan los tratados y la ley». Y circunscribe en su artículo 14 el reconocimiento del principio de igualdad y el derecho a la no discriminación a los españoles: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». De modo similar, la Constitución italiana recoge en su artículo 2 que: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Pero concreta el reconocimiento del derecho a la igualdad solo para los ciudadanos: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali»; (artículo 3) y contempla una genérica remisión a la ley para el estatuto legal de los extranjeros:

[538] Véase, en este sentido, y sin ánimo de exhaustividad: el artículo 1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: «(1)La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo»; El artículo 1 de la Constitución Portuguesa: « De la República Portuguesa Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona y en la voluntad popular y empeñada en construir una sociedad libre, justa y solidaria». El artículo 2.1 de la Constitución Griega: «El respeto y la protección del valor de la persona humana constituyen la obligación primordial del Estado». O el artículo 1.2 de la Constitución Finlandesa: «La Constitución de Finlandia se establece en esta ley constitucional. La Constitución garantizará la inviolabilidad de la dignidad humana y la libertad y los derechos de la persona y promoverá la justicia en la sociedad».

«La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali» (Párrafo segundo del artículo 10).

Esta diferenciación es algo común en las Constituciones europeas, no solo de la italiana o la española. Basta leer el catálogo de derechos de estas para observar el distinto régimen jurídico previsto. El tenor literal de la Constitución alemana, por ejemplo, reserva los derecho de reunión y asociación para los alemanes (artículos 8 y 9), al igual que el derecho a elegir libremente su profesión (art.12); aun cuando reconoce la igualdad de todas las personas ante la ley (art.3). La Constitución griega, de 1975, también limita el reconocimiento del principio de igualdad a los ciudadanos: «los helenos son iguales ante la ley», especifica en su artículo 4. Por su parte, la Constitución portuguesa aunque también limita el principio de igualdad a «todos los ciudadanos», y excluyendo por tanto *a priori* a quien no goza de tal condición, señala en su artículo 15 que «los extranjeros y los apátridas que se encuentren o residan en Portugal gozarán de los mismos derechos y estarán sujetos a los mismos deberes que los ciudadanos Portugueses». Si bien, el mismo artículo 15 en su apartado segundo exceptúa de esa ambiciosa declaración «los derechos políticos, el ejercicio de las funciones públicas que no tengan carácter predominantemente técnico y los derechos y deberes que la Constitución y la Ley reservan exclusivamente a los ciudadanos portugueses» .

Pero el establecimiento constitucional de diferentes estatutos jurídicos no fue una novedad del siglo XX. Como se ha descrito en páginas anteriores, el reconocimiento de derechos ha estado históricamente condicionado a determinadas características políticas, que que están al margen de la naturaleza humana, incluso a pesar de los principios iusnaturalistas de la revolución francesa: la religión, la profesión, el origen étnico, las propiedades, el sexo… Y por supuesto, la ciudadanía. Ésta solo es la última forma de discriminación constitucionalmente aceptada. La cualidad de ciudadanía resurgió desde la época clásica con la Revolución francesa como consecuencia del contrato social[539]

[539] Tal y como expresó tempranamente LOCKE en *Second Treatise of Government* §124 cuando afirmó: «Por consiguiente, el grande y principal fin qe lleva a los hombres a unirse en Estados y a ponerse abjo un gobierno es la preservacón de su propiedad cosa que no podían hacer en el estado de naturaleza por faltar en él muchas cosas». LOCKE J. *Second Treatise of Gobernment. 1690.(* Public Domain Core Collection book was created using the 1690 edition of Second Treatise of Government courtesy of Project Gutenberg).

como presupuesto necesario para la salvaguarda de la libertad y la propiedad[540]. Esta idea la expresó tempranamente Locke cuando afirmó que el fin del pacto social, por lo que unas personas pueden dejar la libertad propia del estado de naturaleza y unirse en Estados bajo un gobierno es «la preservación de sus vidas, sus libertades y sus posesiones» [541] y por ello el ser humano «se inclina a entrar en sociedad cuanto antes» [542]. Y quedó demostrado con los más rancios nacionalismos. No en vano, como denunció H. Arendt, los nazis comenzaron su exterminio del pueblo judío privándoles del estatus de ciudadanía[543].

Y es que, si aceptamos que son los Estados quienes deben garantizar los derechos y justificamos bajo ese pretexto que los ciudadanos alberguen una situación de ventaja respecto a los no ciudadanos, los principales perjudicados de este sistema jurídico son aquellos que no tienen una patria, un Estado, quienes no pertenecen a una Comunidad política que les garantice ese nivel máximo de tutela, los apátridas; y por supuesto,

---

[540] ALÁEZ CORRAL, B.: Op. Cit. 2006. P. 43. : «La ciudadanía revolucionaria pone de nuevo al hombre en relación con la comunidad política, pero de un modo bien distinto a como había hecho la tradición griega clásica. Mientras que para esta ´´ultima esa relación tenía una naturaleza objetiva y moral, derivada de una concreta ordenación natural o rleligiosa del mundo, lo que hacía de ella más una obligación que un derecho, en la filosofía del Estaod liberal- democrático la ciudadanía se deriva de la necesidad de garantizar la libertad y la propiedad naturalesd el hombre, por lo que depende de su voluntad racional de integrarse en una determinada comunidad política, así como de la voluntad de ésta dea aceptarlo (en el caso de integración posterior al pacto originario), esto es, depende de la voluntad de ambos de ser partes en el contrato, por lo que su caracterización es eminentemente facultativa y no obligatoria. La titularidad del poder, y por tanto la plena pertenencia a la comunidad política corresponde a los invdividuos ientegrantes de la Nación y la otroga precisamente la ciudadanía».

[541] LOCKE, II. 1690 Op. Cit. §123 y 124: «Contesto diciendo que, aunque en el estado de naturaleza tiene le hombre todos esos derechos, está, sin embargo, expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadido por otros. Pues como en el estado de naturaleza todos son reyes o mismo que él, cada hombre es igual a los demás; y como la mayor parte de ellos no observa estrictamente la equidad y la justicia, el disfrute de la propiedad que un hombre tiene en ujn estado así es sumamente inseguro. Esto lo llev a a querer abandonar una condición en la que, aunque él es libre, tienen lugar miedos y peligros constantes; por lo tanto, no sin razón está deseoso de unirse en sociedad con otros que ya están unidos o que tienen intención de estarlo con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre genérico de «propiedad». Por consiguiente, el grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y a ponerse bajo un gobierno es la preservación de su propiedad cosa que no podían hacer en el estado de naturaleza, por faltar en él muchas cosas».

[542] LOCKE, Op. Cit. 1690. § 127.

[543] Como expresa H. Arendt: « (…) y aislánoles del mundo de los vivos mediante su hacinamiento en guetos y en campos de concentración; y antes de enviarles a las cámaras de gas habían tanteado cuidadasamente el terreno y descubierto con agrado que ningún país reclamaría a estas personas. El hecho es que antes de que se amenazara el derecho a la vida se había creado una condición de completa ilegalidad». ARENDT, H. Op. Cit. (ed. 2011) P.419.

aquellos que, aun perteneciendo a una, huyen de su tiranía. En este caso no es solo que el Estado no pueda garantizar los derechos, sino que incluso puede ser el responsable de su vulneración. Refugiados y apátridas quedan entonces en una situación de menor reconocimiento de derechos respecto al resto de la humanidad, pues cuando acuden en busca de refugio, de una comunidad política que los ampare, siguen supeditados por su condición de no ciudadanos, de extranjeros. Al menos durante el tiempo que dura el procedimiento de protección internacional se encuentran en una situación de desamparo respecto a su propia comunidad política de origen, y también en la comunidad de acogida, que no solo frena el goce de sus derechos posicionándolo en situación de inferioridad respecto de quien goza de la plena ciudadanía, sino que, como se ha presenciado en nuestro continente, le expone con frecuencia a condiciones indignas de abandono o, directamente, de maltrato

A ello se refería Arendt cuando, tras la barbarie de las Guerras mundiales, señaló:

> *«Llegamos a ser conscientes de la existencia de un derecho a tener derechos (y esto significa vivir dentro de un marco donde uno es juzgado por las acciones y las opiniones propias) y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, sólo cuando emergieron millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva situación política global».*

Hoy el panorama es distinto, pero si trasladamos esta visión a los acontecimientos que se han vivido en Europa en los últimos años, veremos que el estatuto jurídico de esos solicitantes de protección internacional que logran alcanzar nuestro continente está marcado, no solo las vulneraciones de derechos por parte de su Estado de origen, que motivan su salida, sino también de nuestros Estados europeos.

Entre otras muchas vulneraciones, la jurisprudencia europea ha condenado numerosos internamientos ilegales en condiciones inhumanas, incluso, en ocasiones, en centros penitenciarios, que normalizan graves restricciones a la libertad de los solicitantes; asistencia médica excesivamente limitada; menores de edad que permanecen en un limbo jurídico alargando el procedimiento a la espera de que alcancen la mayoría de edad, con intención de que se aminoren sus derechos sociales o, directamente, se proceda a una expulsión falta de garantías; la denegación de la reunificación familiar por motivos insustanciales; menores sin escolarizar; y multitud de vulneraciones procedimentales

básicas en detrimento del derecho a la tutela judicial efectiva. Y esto cuando se permite al solicitante entrar en el Estado y formular una solicitud de protección, pues no son pocos los casos de devoluciones automáticas o *en caliente,* expulsiones colectivas, *suspensión* del derecho al asilo¸ o la adopción de medidas impeditivas como el traslado o cierre de oficinas de tramitación y la prohibición de asistencia al solicitante. Incluso el *secuestro* de embarcaciones de rescate, impidiendo que desembarquen potenciales solicitantes. El listado no termina aquí. Los informes de organizaciones nacionales e internacionales relatan un sinfín de sistemáticas vulneraciones de derechos de los solicitantes de protección en suelo europeo, tristemente confirmados por la jurisprudencia europea.

Sea por la construcción normativa de un sistema europeo muy imperfecto, por las deficiencias de las legislaciones nacionales o por la puesta en práctica de costosas y complejas políticas de asistencia, lo cierto es que los solicitantes de protección internacional constituyen hoy uno de los colectivos sociales más vulnerables. La justificación por parte de los EEMM al *mal-trato* otorgado responde, en la mayoría de ocasiones, al origen de estos solicitantes. Justificando la falta de garantías por su llegada irregular al territorio europeo, como si esa entrada ilegal restara legitimidad o veracidad a su solicitud, omitiendo que la misma es fruto de la política europea que se opone a la apertura de vías legales y seguras. Y que ignora que la situación de irregularidad no solo no puede restar oportunidades a la solicitud de protección internacional en virtud de la Convención de Ginebra, sino que, si acaso, solo puede significar un aumento en el estatus de vulnerabilidad del solicitante.

El propósito de estas páginas es señalar que la diferenciación entre ciudadanos (nacionales) y no ciudadanos (extranjeros) carece de lógica democrática y responde a una visión estatocéntrica propia de un sistema jurídico que acoge una visión del pacto social anacrónica. Pues conlleva una incoherente limitación, a veces incluso una auténtica exclusión de derechos para los no ciudadanos, en un sistema que a su vez restringe el acceso a la ciudadanía plena a los nacionales. Por todo ello, en el contexto global en que nos encontramos, marcado por un vertiginoso aumento de las migraciones, no creo exagerado afirmar que el principal reto para el constitucionalismo actual pasa por

garantizar los derechos de los extranjeros[544], y ante todo, de manera más urgente a quienes requieren protección internacional.

Y es que la discriminación resulta aún más cuestionable incluso, cuando ese extranjero no puede acudir a su comunidad política para exigir el máximo respeto a sus derechos. Toda la lógica relativa al pacto social da entonces la espalda a quien desea incorporarse a la comunidad de acogida ignorando su estado de necesidad, o de aparente necesidad. Porque es inconcebible que en Estados constitucionales, sociales, democráticos y de Derecho se priorice la situación de extranjería (incluso de extranjería ilegal) sobre la de requirente de protección internacional. Y, es más, atendiendo al bien jurídico que garantiza el procedimiento de protección internacional, esto es, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, así como la efectiva tutela de todas las libertades amenazadas, debe adelantarse al momento de adquisición del estatuto jurídico. Es decir, no solo que se eleve el estándar de tutela y reconocimiento de derechos una vez concedida la protección internacional, sino que la tutela se adelante al momento del procedimiento en atención a la especial vulnerabilidad del solicitante. Por ello, la finalidad del presente trabajo es exhortar al legislador europeo para que incorpore en el Sistema Europeo Común de Asilo un instrumento normativo que recoja los derechos que asisten al solicitante de protección durante todo el procedimiento en el territorio de la Unión. Instrumento que deberá acoger la forma de reglamento para recortar el margen de acción de los EEMM.

Con su aprobación, se trata de evitar que se repita la situación actual que perpetúa un continuo Derecho de excepción, con la excusa de la saturación de unos sistemas que nunca han funcionado correctamente; y donde indiscutiblemente reina la arbitrariedad e incluso el racismo, mostrando claras preferencias al otorgar un determinado estatuto de protección (con el inherente reconocimiento de derechos que conlleva) a quienes

[544] Si bien, parece oportuno señalar que este *problema* fue observado ya a finales de los 90 por Ferrajoli quien, aun con datos muy inferiores a los que nos llegan hoy, (tal y como se señaló en el capítulo 1), observaba con preocupación lo que calificó como «el problema más grave de la humanidad y el mayor desafío de la democracia, la política y, antes aun, la filosofía política». Afirmó: «sería hoy una triste quiebra de nuestros modelos de democracia y con ellos de los llamados valores de Occidente, que nuestro universalismo normativo fuera a ser negado precisamente en el momento mismo en que resulta puesto a prueba. (…) Esta antinomia entre igualdad y ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y sus confines estatalistas, por su carácter cada vez más insostenible y explosivo, tendrá que resolverse con la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades». FERRAJOLI, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta, 2001 P. 43

consideramos más afines culturalmente, observando su nacionalidad o su religión. La aprobación del Estatuto supondría, al fin, la incorporación de un estándar común y digno de derechos para los solicitantes de protección en todo el territorio de la Unión garante de la igualdad de derechos, al menos, entre los propios solicitantes. Se trata de un instrumento conveniente, oportuno y garantista frente a la preocupante orientación de las políticas migratorias naciones y las consecuencias de un SECA ineficaz. Y que, de ser aprobado, daría la oportunidad a la UE de posicionarse en el panorama del constitucionalismo multinivel donde le corresponde. En este sentido, la conveniencia de este nuevo instrumento normativo nos lleva a recordar las palabras de Montesquieu:

> *«En el estado natural, los hombres nacen todos en la igualdad (…). La sociedad les hace perderla, y no vuelven a recobrarla sino por las leyes»*[545].

3.2 La eficacia del estándar supranacional de derechos en la tutela multinivel.

En este punto del trabajo, sabemos que la situación de un solicitante de protección internacional en la Unión Europea se ve afectada por la normativa internacional, en especial por la Convención de Ginebra, así como por el estándar de protección del CEDH, interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este, a falta de incluir un potencial derecho a la protección internacional, reconduce la tutela de los solicitantes a otros preceptos, en especial, a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Por otra parte, las normas del Sistema Europeo Común de Asilo parten de las líneas marcadas por el Derecho Internacional y por el estándar del TEDH, pero se establecen con unos objetivos muy concretos, definidos en las propias Directivas y Reglamentos, así como en el TFUE, y para ello su interpretación está siendo continuamente concretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero, en último término, son los Estados miembros quienes aplican esa normativa europea de mínimos mediante sus propias reglas nacionales, conformando casi una treintena de sistemas de protección internacional en el territorio de la Unión que resultan muy difíciles de coordinar.

---

[545] MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes.* Ed. «Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana». 2018. P. 119.do

Lo que ocurre con el sistema de protección internacional es un ejemplo más de la complejidad que han alcanzado nuestros sistemas jurídicos actuales, puesto que las normas que lo conforman no emanan únicamente del poder estatal sino también de órganos externos (supranacionales o estrictamente internacionales), cuyas normas corresponden a ordenamientos diferentes, según competencia y ámbito de aplicación. De este modo logran coexistir un elevado número de normas de distintos niveles normativos que, con una lógica garantista, constituyen en sí, un sistema jurídico multinivel, integrador y unitario, formado por normas ordenadas y coherentes cuya finalidad es, simplemente, dar respuesta a unos problemas jurídicos que, de otro modo, escaparían de nuestro control. Sin embargo, en esta relación multinivel, que permite la existencia de un estándar particular para cada Estado dentro de los límites que marcan la CDFUE y, en último término, el CEDH, irrumpe la necesidad de elaborar un estándar común en determinados ámbitos. Lo que, sin duda, puede suponer una confrontación con los límites soberanos de cada Estado.

Así se evidencia en el caso de la política de protección internacional. Ocurre, que este complejo normativo no solo tiene que resultar coherente con los tres niveles verticales de tutela, sino que, al haberse construido un *Sistema Europeo Común*, debe guardar la máxima coherencia lógica con los sistemas nacionales aplicados en el territorio de la Unión. De este modo, las normativas de protección internacional alemana, francesa, italiana o húngara, por ejemplo, deben responder a las exigencias del Derecho comunitario, y del CEDH. Pero si no mantiene una coherencia con otros sistemas nacionales, el Sistema fracasa. Si Hungría deniega sistemáticamente las solicitudes de protección internacional es lógico que aumenten los movimientos secundarios hacia Austria o hacia Alemania, si las condiciones de acogida son más favorables que en el resto de Estados.

Es lo que ha ocurrido hasta ahora y los resultados, analizados en el Capítulo segundo, son de sobra conocidos: una gran disparidad en los porcentajes de reconocimiento de algún estatuto de protección internacional; disparidad de prestaciones sociales para los solicitantes; diversidad de garantías procedimentales y, en último término, un lógico incremento de los movimientos secundarios. Todo ello hace que la efectividad del Sistema Europeo Común de Asilo esté viciada desde sus inicios. Máxime, cuando todo el SECA se desarrolla sobre el sistema Dublín, construido a su vez sobre la presunción de

un estándar de protección equivalente en todo el territorio de la Unión, más que desmentida jurisprudencialmente, pero sin la que carece de legitimidad; así como del mutuo reconocimiento de las resoluciones negativas, aunque no de las positivas.

Son precisamente estas incoherencias las que impiden el funcionamiento del SECA pues, por definición, un sistema requiere que todos sus componentes se enlacen de manera racional. Las reformas llevadas a cabo hasta ahora, así como las propuestas planteadas, han sido meros parches que no han solventado sus deficiencias. Estas han omitido el necesario establecimiento de un estándar de derechos común para el solicitante de protección que solo podrá lograrse con la elaboración de un catálogo de derechos procesales y prestacionales de aplicación directa en todos los Estados. Su conveniencia como respuesta a los límites del SECA resulta evidente, ¿pero es posible?

3.2.1 El principio de efectividad y la construcción de un estándar COMÚN DE para la garantía de los derechos del solicitante de protección internacional.

En la emblemática sentencia del TJUE relativa a *N.S y otros*[546] el TJUE reconoció, «como razón de ser de la Unión y de la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia, y más concretamente del sistema europeo común de asilo (…), la confianza mutua y en una presunción del respeto, por parte de los demás Estados miembros, del Derecho de la Unión, en particular de los Derechos Fundamentales»[547]. Señaló entonces, que el sistema europeo común de asilo «ha sido concebido en un contexto que permite suponer que todos los Estados que participan en él, ya sean Estados miembros o terceros Estados, respetan los derechos fundamentales, incluidos los que se basan en la Convención de Ginebra y en el Protocolo de 1967, así como en el CEDH, y que los Estados miembros pueden otorgarse *confianza mutua* a este respecto»[548]. Y que «precisamente sobre la base de este principio

[546] (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011 C.- 411/10

[547] STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011 C.- 411/10 §83

[548] STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011 C.- 411/10 §78

de *confianza mutua*, el legislador de la Unión adoptó el Reglamento nº 343/2003 (Reglamento Dublín)»[549].

Si bien, el propio Tribunal matizó estas afirmaciones señalando que las graves dificultades de funcionamiento que puede entrañar el SECA pueden suponer un grave riesgo de que los solicitantes reciban un trato incompatible con sus derechos fundamentales si son trasladados a otro EEMM. De tal manera que la presunción de respeto no puede considerarse ya irrefutable[550].

Tras aquel asunto, y pese a las reformas legislativas que actualizaron los instrumentos del SECA, la jurisprudencia europea ha dado cuenta de las enormes deficiencias existentes en los sistemas nacionales de protección internacional, en especial, como se tuvo ocasión de comprobar, tras la afluencia migratoria de 2015. Así, se ha evidenciado que, aun cuando la normativa europea pueda respetar los estándares de protección europeos, la aplicación de la misma por los sistemas nacionales supone, en una gran cantidad de casos, sistemáticas violaciones de derechos para los solicitantes. Así, a modo de ejemplo, el TJUE ha tenido que señalar que es contraria al Derecho de la Unión una normativa nacional que, ante la falta de una entrevista personal previa a la adopción de una resolución de inadmisibilidad, no dé lugar a la anulación de tal resolución y a la devolución del asunto a la autoridad decisoria[551]. O una normativa nacional que impone al órgano jurisdiccional que resuelve el recurso frente a una resolución denegatoria de la protección internacional «un plazo de ocho días para resolver», cuando el órgano jurisdiccional no pueda garantizar en ese plazo la efectividad de las garantías procesales que el Derecho de la Unión reconoce al solicitante[552].

Fuera del ámbito estrictamente procesal, el TJUE también ha tenido que dar un toque de atención ante normativas nacionales que excluyen al solicitante de protección internacional del acceso al mercado de trabajo por el único motivo de que se haya dictado

---

[549] STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011 C.- 411/10 §79

[550] En el mismo sentido puede leerse la STJUE de 19 de marzo de 2019 C-163/17 *Abubacarr Jawo y Bundesrepulik Deutschland § 80-84.*

[551] STJUE de 16 de julio de 2020 c. 517/17

[552] STJUE de 19 de marzo de 2020, C.- 564/19:

respecto a él una decisión de traslado de acuerdo con el Reglamento Dublín[553]. O incluso, se ha señalado la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de normativas nacionales que, ante una violación de la normativa aplicable en un centro de acogida prevén como sanción la retirada, aunque sea temporal, de las condiciones materiales de acogida relativas al alojamiento, a la alimentación o al vestido. Y señalando que, aunque se trate de una sanción *grave,* no se puede privar al solicitante de la posibilidad de satisfacer sus necesidades más elementales[554]. Un pronunciamiento que, para mayor asombro, era relativo a las condiciones en que había quedado un menor al que, como consecuencia de tales sanciones, el centro de acogida expulsó obligándolo a dormir a la intemperie durante días. La lista de violaciones de derechos es interminable, y a sus consideraciones debemos añadir la igualmente extensa jurisprudencia del TEDH en su esfuerzo por hacer que los sistemas nacionales de protección y acogida sean respetuosos con el CEDH.

Años de aplicación de un SECA *de mínimos* no sirven para lograr una aplicación uniforme, respetuosa con los estándares europeos, y, ni mucho menos, coherente dentro del propio Sistema. Si a ello le sumamos los problemas inherentes al ELSJ y al principio de confianza mutua, junto con la incoherente configuración del reconocimiento mutuo solo de las resoluciones negativas, todo nos apunta a la conveniencia de incorporar un reglamento que catalogue como derechos las garantías sustantivas y procedimentales que derivan ya de la normativa existente y que han sido interpretadas por el TJUE. El principal problema que encontramos, sin embargo, es el lógico límite competencial de la Unión; el riesgo que una regulación de máximos puede suponer como atentado a las competencias de los Estados miembros. Sin embargo, no es este el único campo donde se ha venido exigiendo una mayor comunitarización, y donde, sin embargo, pese a las dificultades, los avances han sido posibles dentro de los límites competenciales. Así, en otros ámbitos como la protección de los consumidores ya se ha progresado, en virtud del principio de efectividad y sus logros merecen ser estudiados ante una conveniente analogía.

Al igual que en la política de protección internacional, la legislación europea en materia de consumidores nace de la premisa de condicionar la eficacia de estas normas a su

[553] STJUE de 14 de enero de 2021 C.- 322/19

[554] STJUE de 12 de noviembre de 2019 C-233/18, *Zubair Haqbin y Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoeker.*

armonización para la tutela de quien se encuentra en una situación de desventaja, de mayor vulnerabilidad. También en este ámbito se ha desplazado el foco de atención del terreno puramente sustantivo a la dimensión procesal del *derecho.* Y por supuesto, también aquí se plantean importantes límites competenciales que, en último término, prestan atención a la salvaguardia de la soberanía estatal, aunque sea en referencia a un principio de difícil concreción: la autonomía procesal[555] de los EEMM, frente a la efectividad del Derecho comunitario.

En relación a los consumidores, A. Carmona ha señalado como, a raíz de los Asuntos *Aziz*[556], *Sánchez Morcillo*[557] *y BBVA*[558], el Tribunal de Justicia de la Unión ha desarrollado una «constitucionalización oculta», a través de la relación entre el principio de efectividad y la tutela judicial efectiva. Así, señala la autora cómo, en el momento en que el TJUE encuentra fallos en los sistemas internos que merman la protección jurisdiccional de los consumidores, éste declara el incumplimiento de la genérica obligación contenida en el art. 7.1 de la Directiva 93/13, que impone a los EEMM el deber de velar por la existencia de medios adecuados y eficaces para que cesen las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. De tal manera que, a raíz de esta genérica obligación, se ha producido «un mandato de armonización en la esfera procesal de los Estados miembros, afectando al principio de autonomía procesal al condicionar el cumplimiento de la obligación, no solo la existencia de medios sino también su eficacia[559]. Y es que, como señala la autora, el principio de efectividad[560] es «un instrumento esencial al servicio de la adecuada

---

[555] Sobre este principio literatura es continua y extensa. Por citar algunos trabajos que evidencian la falta de consenso podemos referirnos a: BOBEK, M., «Why there is no principle of Procedural Autonomy of the Member States», en De Witte,B. y Micklitz H. (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States, Intersentia, Cambridge, 2012. P. 305-324.;* ARZOZ SANTISTEBAN X., «Autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros: Mito y Realidad», *Revista Española de Administración Pública*, 191, 2013. P. 159-197. O GALETTA, D.U., *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?,* Springer, Berlin-Heidelberg, 2011.

[556] STJUE de 14 de marzo 2013, Asunto C-415/2011, *Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya.*

[557] STJUE de 17 julio 2014, Asunto C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*

[558] STJUE de 29 de octubre de 2015, Asunto C-8/14, *BBVA.*

[559] CARMONA CONTRERAS, A.M.: «La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un estándard común de protección de derechos del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria». ~~*UNED*~~. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 39, 2017, pp. 307-332

[560] Sobre el mismo puede leerse: ACETTO, M. y ZLEPTNIG, S., «The Principie of Effectiveness: Rethinking its Rol in Community Law», *European Public Law, 11, 2005, p. 402,*

aplicación el Derecho de la Unión en los ordenamientos internos, garantizando su efecto directo». Que requiere, evidentemente, de un sistema jurisdiccional eficiente para garantizar a los titulares de los derechos emanados de la normativa europea, una tutela judicial efectiva para garantizarlos. «Lo contrario, como resulta obvio, condenaría a las normas europeas a la inoperancia y a una palmaria ausencia de efecto útil».

En palabras del TJUE, se trata de que «la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)» [561]

Volviendo al tema que nos ocupa, a los derechos de los solicitantes de protección internacional, la cuestión es: ¿los sistemas nacionales de protección internacional permiten el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión? Es decir, ¿son las legislaciones nacionales en materia de protección internacional compatibles con las exigencias derivadas del principio de efectividad de los derechos que la normativa del SECA atribuye a los solicitantes de protección internacional? La respuesta no puede ser otra que no.

Observando el Derecho originario de la Unión vemos que el artículo 78 del TFUE establece como objetivo el desarrollo de una política común en materia de protección internacional destinada a «ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución». Política que, además, debe ser respetuosa con la Convención de Ginebra y con otros tratados pertinentes (podemos pensar aquí en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o en la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros). A la vista de las circunstancias en las que se encuentran los solicitantes de protección en nuestro continente, y a las que se han visto sometidos cuando la presión migratoria era mayor, no parece oportuno considerar que se haya alcanzado este objetivo con la normativa actual.

[561] STJUE de 13 de marzo de 2007, Unibet/Justitiekanslern (C-432/05, EU:C:2007:163), § 42 y 43.

De tal modo que, o los estándares del SECA no son adecuados para poder ofrecer un estatuto apropiado a quien necesita protección internacional en las condiciones adecuadas; o es su aplicación por parte de los Estados miembros la que resulta deficiente. Y si la normativa es continuamente interpretada por el TJUE para encontrar una interpretación respetuosa con los estándares europeos, entonces son los sistemas nacionales los que fallan. Aun cuando la normativa, sin duda, ofrece un amplio margen de mejora.

Dentro del Derecho derivado que conforma el SECA podemos observar numerosas directrices que los EEMM incumplen sistemáticamente en sus normativas nacionales o en su aplicación, aun cuando, continuando con la analogía señalada previamente, podemos ver cómo la Directiva de procedimiento también contiene un mandato de armonización en el ámbito procesal. Entre otras garantías, la Directiva exige a los EEMM garantizar el acceso al procedimiento de protección; que las solicitudes no se rechacen por el único motivo de no haberse formulado lo antes posible; que la resolución se dicte por escrito; que la autoridad decisoria esté formada siguiendo los parámetros del artículo 4; que los solicitantes sean debidamente informados; que se garantice la posibilidad de ser entrevistado; que se garantice el derecho a un recurso efectivo, etc. Pero, a su vez, la normativa también deja un excesivo margen de apreciación a los EEMM al no concretar determinadas pautas. Por ejemplo, no se garantiza que el recurso deba tener efectos suspensivos, algo que es esencial para considerar el recurso *efectivo*[562]. En la misma línea, la directiva se refiere a *plazos razonables* que no concreta. Así, el artículo 46.4 dicta a los EEMM establecer «plazos razonables» para que los solicitantes puedan ejercer su derecho a un recurso efectivo. Pero, a consecuencia de esa imprecisión, los EEMM han señalado plazos que varían desde los tres a los 60 días, lo que, además de ser potenciamente lesivo para el derecho al recurso del solicitante, no parece coherente con el objetivo de la Directiva: el establecimiento de procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional[563] .

[562] STEDH de 5 de febrero de 2002 *Čonka c. Bélgica.*

[563] 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. Considerando 56.

La lista de sentencias del TJUE y del TEDH que consideran inadecuados los procedimientos de protección internacional es muy extensa, y continúa creciendo. Son muchos los aspectos indeterminados en la normativa que han sido incorrectamente desarrollados por los sistemas nacionales en detrimento del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a una buena administración y que vacían de contenido el derecho al acceso a un procedimiento de protección internacional, pudiéndose así concluir que los derechos emanados de la Directiva no resultan efectivos.

Por su parte, la Directiva de condiciones de acogida (Dir. 2013/33) exige a los Estados miembros, proporcionar a los solicitantes de protección unas condiciones de vida dignas para lo cual, entre otras garantías, deben velar «por que se proporcione a los solicitantes información sobre las organizaciones o grupos de personas que proporcionan asistencia jurídica específica y sobre las organizaciones que puedan ayudarles o informarles por lo que respecta a las condiciones de acogida disponibles, incluida la atención sanitaria» (art.5.1). Sin embargo, es sabido que, en muchas ocasiones, los solicitantes de asilo no conocen sus derechos y obligaciones.

En el informe elaborado por ACNUR, en 2016, a petición de la Comisión, para ayudar en la transposición y aplicación de la Directiva de condiciones de acogida[564], dicha organización no gubernamental se hace eco de esta realidad y recomienda que los EEMM garanticen la plena comprensión, proporcionando esa información en un idioma que los solicitantes entiendan realmente y atendiendo a las circunstancias personales de cada solicitante, en especial, a su edad.[565] Algo que, también, ha sido observado por el TEDH y por el TJUE, en relación con diferentes Estados. Así, en el emblemático asunto de *M.S.S*[566], el Tribunal Europeo señaló, en varias ocasiones, la insuficiencia de la información proporcionada al solicitante. Y en el apartado 257 de la sentencia, el Tribunal

---

[564] ACNUR, UNHCR Annotated Comments to Directive 2013/33/EU of the European Parliament and Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) [Observaciones del ACNUR sobre la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido)], 2015.

[565] ACNUR, Informe Op. Cit. 2016. P. 11: «Asylum-seekers often do not understand their rights and obligations in relation to reception conditions because they were not explained to them in a language and manner they understand or taking into account their individual circumstances in particular their age and gender. Providing information in a language that applicants ‘’are reasonably supposed to understand’’ may undermine this right and hamper access to rights granted under this Directive».

[566] STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S c. Bélgica y Grecia*.

aborda una controversia entre las partes sobre la entrega de un folleto informativo que concluye señalando que la controversia carece de relevancia puesto que el folleto «solo indica que los solicitantes de asilo tienen la oportunidad de informar a la policía que están sin hogar y no contiene información sobre alojamientos». Más adelante, el TEDH señaló que esa falta de acceso a la información relativa a los procedimientos a seguir es, en opinión del Tribunal de Estrasburgo, «un obstáculo para acceder a dichos procedimientos» [567] .

Por su parte, el artículo 12 relativo a la unidad familiar, impele a los EEMM a adoptar las medidas oportunas para el mantenimiento de la unidad familiar, tal como se encuentre presente en su territorio. Sin embargo, esa directriz impone otras obligaciones, vagamente definidas, para los EEMM, como, por ejemplo, que cuando los EEMM proporcionen las condiciones materiales de acogida en forma de asignación financiera, «esta deberá ser suficiente para mantener la unidad familiar», tal y como puntualizó el TJUE en el *Asunto Saciri*[568]. Además, la normativa actual deja un excesivo margen de apreciación a los EEMM para adoptar decisiones relativas a personas vulnerables con estrechos lazos familiares del solicitante, pero que no se consideran *miembros de la familia,* a efectos de la DCA. Así ocurre, por ejemplo, con menores casados, adultos dependientes o hermanos menores.

Y también, el artículo 19 de la DCA ordena a los EEMM velar «por que los solicitantes reciban la atención sanitaria necesaria, que incluirá, como mínimo, los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos graves». De nuevo, se trata de un mandato de mínimos, poco concretado, que no hace una mención específica al tratamiento de los menores y de mujeres embarazadas y que dista del derecho enunciado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental». Dejando, de nuevo, un excesivo margen de apreciación a los Estados, que no siempre respetará los estándares de la CDFUE.

En definitiva, parece que los derechos derivados del SECA no resultan efectivos. Si bien, debemos puntualizar que el problema que subyace de la DCA recae en una cuestión más

---

[567] STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S c. Bélgica y Grecia* § 304.

[568] STJUE de 27 de febrero de 2014. C-79/13, *Saciri y otros.* § 41

general: la indefinición acerca de lo que constituye un nivel de vida adecuado y cómo puede quedar garantizado ante la discrecionalidad de los diferentes EEMM. En este sentido, un informe de 2017 de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), relativo a las instalaciones de acogida de catorce Estados miembros señala «notables diferencias en las definiciones de las condiciones nacionales de acogida, en cuanto a su naturaleza jurídica, su calidad, el grado de detalle en que se definen las condiciones y el grado de cumplimiento de los derechos fundamentales descrito»[569]. Resulta evidente que a falta de una mayor concreción, los derechos que emanan de esta directiva no resultan efectivos por las prácticas nacionales, vulnerando, no solo la propia Directiva, sino, con demasiada frecuencia, el propio Derecho originario de la Unión ante sistemáticas vulneraciones a los derechos de la Carta.

Pero la falta de efectividad de la Directiva sobre condiciones de acogida no es un asunto menos relevante que el de las cuestiones procesales, pues, atendiendo a la naturaleza del procedimiento de protección internacional, las condiciones de acogida que se vayan a proporcionar al solicitante como persona vulnerable que se encuentra en situación de dependencia en un Estado extranjero son inseparables del correcto desarrollo del procedimiento y, por tanto, no solo constituyen una garantía para la dignidad e integridad de la persona, sino, también, del resto de derechos inherentes a la persona (libertad y seguridad; respeto a la vida privada y familiar; derecho a la educación; protección de la salud…) y, por supuesto, de la tutela judicial efectiva y del correcto desenlace del procedimiento que vela por la tutela de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes y de las libertades fundamentales que la persona no puede ejercer en el Estado del que huye. No en vano, los Estados que han desarrollado políticas disuasorias lo han hecho reduciendo al máximo esas condiciones de acogida, a niveles que, en muchas ocasiones, no constituyen un nivel de vida adecuado. Tal y como hizo Hungría, por ejemplo, al establecer un sistema de internamiento generalizado para los solicitantes de protección internacional; y por lo que fue condenada en la STJUE de 17 de diciembre de 2020.

En definitiva, la falta de efectividad de los derechos reconocidos en el SECA para los solicitantes de protección resulta tan evidente como desalentadora. Una falta de efectividad que conlleva, a su vez, una vulneración del Derecho originario de la Unión:

[569] FRA, Current Migration Situation in the EU: Oversight of reception facilities (Actual situación migratoria en la UE: Análisis de las instalaciones de acogida), septiembre de 2017, p. 4.

tanto del artículo 78 del TFUE, al fracasar en el objetivo de proporcionar un estatuto adecuado a quien necesita protección internacional; como de numerosos derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales, que los solicitantes de protección ven sistemáticamente vulnerados, como si el estándar de protección de su derecho a la vida privada y familiar; a la libertad personal; a la educación; a la integridad física; o a la tutela judicial efectiva (entre otros,) fuese menor, pese a reconocerse «a toda persona» .

Todo ello avala la necesidad de incorporar en el complejo normativo un nuevo reglamento que colme las lagunas existentes, concentrando en un único instrumento normativo esos derechos reconocidos de manera difusa en el SECA y en la jurisprudencia del TJUE para que, mediante su aplicación directa, sirva a los Estados miembros para adecuar sus sistemas nacionales. Este instrumento es imprescindible para que se produzca una reforma adecuada y uniforme de los sistemas nacionales que permitan el funcionamiento eficaz del SECA en su conjunto; es presupuesto indispensable para legitimar la incorporación del pretendido mecanismo de reubicación permanente; y es imperioso para alcanzar una tutela eficaz de los derechos de los solicitantes cuyo abandono más extremo, que se vivió en el punto álgido de la crisis migratoria, amenaza con repetirse a cada nueva oleada.

Es necesario puntualizar que el reglamento que se propone cumpliría con los requisitos de proporcionalidad y subsidiariedad, a la vista del desamparo que viven los solicitantes de protección en Europa, y de la consecuente inefectividad de la normativa vigente. Habiendo quedado más que demostrada la insuficiencia de las directivas de procedimiento y de condiciones de acogida para lograr sus objetivos. Es más, ni se cumplen sus objetivos, ni son eficaces los derechos reconocidos en las mismas, ni sirven para alcanzar el objetivo recogido en el artículo 78 del TFUE que es, a su vez, necesario para la construcción del ELSJ.

Pero, además de todos los argumentos señalados, este instrumento normativo se debe entender como una oportunidad para que la Unión desarrolle el papel de guardián que está destinado a desempeñar en el sistema multinivel de protección. Tal y como se ha evidenciado en los últimos años, la Unión debe continuar preservando las líneas rojas que conforman su *Constitución material* y entre las que se encuentra el Estado de Derecho, la democracia y el respeto a los derechos humanos. Manteniéndose firme ante las vulneraciones de derechos que permiten o incluso provocan sus Estados miembros. No en vano, esta es la dimensión constitucional que debe jugar el principio de primacía del

Derecho europeo[570]. Como afirmó tempranamente el TJUE en la emblemática Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*: «la salvaguardia de los derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad»[571].

3.3 Tres objetivos (necesarios) a alcanzar a través del nuevo reglamento

3.3.1 Un instrumento específico para la tutela de un colectivo especialmente vulnerable.

Uno de los grandes motivos que avala la petición de un instrumento normativo de estas características es que tiene como destinatario a un colectivo especialmente vulnerable, aun cuando esta noción de *vulnerabilidad* resulte, en palabras de Macioe, «débil en el plano teórico y peligrosa en el plano político»[572].

Así, debemos comenzar advirtiendo que diversos autores han señalado la inconveniencia del término *vulnerabilidad*. De tal modo, se ha criticado, entre otros motivos, que al referirnos a un colectivo como vulnerable, existe la posibilidad de que las vulnerabilidades del individuo particular se desvanezcan ante las del grupo[573]; o que su consideración puede acentuar su exclusión y discriminación, tanto en relación al *grupo*, como fuera del mismo, hacia otro tipo de vulnerabilidades ignoradas. Sin embargo, pese

---

[570] Para mayor profundidad se recomienda la brillante obra de AGUILAR CALAHORRO, A.: *La dimensión constitucional del principio de primacía.* Thomson-Reuters, 2015.

[571] STJUE de 17 de diciembre de 1970, C.- 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* §4.

[572] MACIOCE, F.: «El valor y la importancia política de los grupos vulnerables». *Revista de Estudios Políticos,* nº 195. 2022. P. 250.

[573] En este sentido, LUNA, F.: «Elucidating the concept of vulnerability: Layers not labels». *IJFAB: International Journal of Feminist Approaches to Bioethics, 2 (1),* 2009. P. 123. Considera que utilizar como una etiqueta fija la vulnerabilidad de un grupo sugiere una visión muy simplista de su vulnerabilidad que, además, puede suponer ignorar vulnerabilidades que se solapan. Por su parte, LEVINE, C. FADEN, R., GRADY, C., HAMMERSCHMIDT, D., ECKENWILER, L. y SUGARMAN, J. también han abordado las flaquezas de esta calificación en su artículo «The limitations of "vulnerability" as a protection for human research participants». *American Journal of Bioethics, 4 (3), 44-50. 2004.* Señalando que a veces, las políticas públicas deben designar grupos enteros para un trato especial porque la toma de decisiones individualizada no es posible. Pero que, aún así, los grupos deben ser lo más restringidos posible y tener en cuenta, que, en el momento de la investigación, un grupo puede considerarse vulnerable bajo determinadas circunstancias, pero no en otras. (P. 47 y 48). MACIOCE, F. Op. Cit. P. 250.

a las críticas, mantenemos la conveniencia de este término para referirnos al colectivo que nos ocupa atendiendo precisamente a la utilidad política del término; partiendo de la premisa de que la vulnerabilidad del grupo no se predica solo atendiendo a las condiciones individuales de sus miembros, sino que responde, como señala Macioe, al propio «funcionamiento de las estructuras de poder» y a los «sistemas de distribución de recursos» [574]. De este modo, abordar la vulnerabilidad de estas personas implica abordar, tanto el funcionamiento del Estado democrático, como del Estado social. Una idea que resuena con especial significación cuando nos referimos a un colectivo compuesto por extranjeros que no gozan de la cualidad de ciudadanos ni, por tanto, del derecho al sufragio en el Estado de acogida. Lo que, además, puede suponer, en la práctica, unos mayores límites para el ejercicio de otros derechos de participación política.

Así, se ha dicho que la exclusión, la discriminación o la violencia que sufren los miembros de un grupo por su pertenencia al mismo conlleva que estos individuos creen una forma de identidad colectiva cuya función no es aplacar la individualidad, sino que esa colectividad, esa «visión colectiva de la vulnerabilidad», ocupe el espacio público[575] reivindicando su posición en la distribución de unos recursos que son limitados. Por tanto, la percepción grupal de su vulnerabilidad ante a la posibilidad de sufrir algún tipo de violencia o exclusión facilita la reivindicación del grupo en el espacio público. Aunque sin duda, la pregunta que subyace a esas reivindicaciones es ¿acaso el *Estado social* debe circunscribirse a ciudadanos plenos?

El debate sobre la extensión de derechos sociales o de prestación a los solicitantes de protección internacional es, en último término, un debate sobre la vulnerabilidad, la ciudadanía social y las obligaciones del Estado social. Y es que el solicitante de protección no es *ciudadano* del Estado en que se encuentra, la condición de solicitante implica que aún no tiene siquiera una resolución sobre su petición de protección. La justificación de su extensión no puede venir en este punto de su concepción de ciudadano, sino más bien del *mínimo invulnerable* que el Estado debe garantizar a quien se encuentre bajo su jurisdicción, sumado a la consideración de su *especial* vulnerabilidad, que obliga al Estado a dejar de lado su pasividad y jugar un papel activo en la preservación de las condiciones de vida dignas de estas personas y de todo aquel que se encuentre bajo su

[574] MACIOCE, F. Op. Cit. P. 253.

[575] MACIOCE F. Op. Cit. P. 252-256.

jurisdicción. Precisamente porque la *vulnerabilidad* de estas personas responde, en gran medida, a las estructuras que impone el propio Estado, que los mantiene en un estatus diferenciado y menos amparado que a los nacionales (circunstancia a la que se puede sumar otras posibles vulnerabilidades según el caso).

Así, la consciencia de la propia vulnerabilidad que es inherente a todo ser humano, ha sido el fundamento del pacto social y la necesidad de incorporarnos a un sistema político que tutele los derechos humanos. Pero más allá de esa fragilidad intrínseca a la naturaleza humana, existen colectivos cuyas circunstancias propias, sumadas a las del contexto histórico, social o económico en que se encuentran, les hacen propicios a sufrir sistemáticas vulneraciones de derechos frente a las que se encuentran indefensos. De este modo, el miedo a una orden de expulsión situará a los inmigrantes en situación irregular como un colectivo vulnerable pues, junto a los posibles traumas acontecidos durante la travesía, la inestabilidad de su situación, a un posible desconocimiento del idioma y a la posible falta de un grupo social de apoyo; se suma su atracción para los trabajos más precarios al presumirse que acatarán peores condiciones laborales y serán más reacios a litigar debido a su necesidad de conseguir ingresos y al miedo a ser señalados por una Administración que desea expulsarles. Esta situación se replica en gran modo con los solicitantes de protección internacional que, además de estar privados del acceso al mercado laboral y de llegar en su inmensa mayoría irregularmente, deben revelar su situación ante la propia Administración, conscientes de que una resolución negativa les devolvería a aquel lugar del que han huido.

En orden a estas consideraciones, ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien ha hecho uso de la categoría de *vulnerabilidad* en su jurisprudencia; si bien, se trata de un concepto en construcción cuyo significado es difícil de concretar aún[576]. La primera vez que el Tribunal de Estrasburgo hizo uso del concepto de *vulnerabilidad* fue en 1996 en el caso *Buckley*[577], relativo a la minoría gitana. Tras aquel asunto, el TEDH ha

[576] Sobre la elaboración y uso de esta categoría por parte del TEDH puede leerse el interesante artículo de LA BARBERA, M.: «La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad». En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62. P. 235-257.

[577] STEDH de 29 de septiembre de 1996 *Buckley c. Reino Unido.* Voto parcialmente disidente del juez Repik*: «*El Tribunal, para cumplir su función de control, debería haber examinado por sí mismo si la injerencia era proporcionada al derecho en cuestión y a su importancia para el demandante, máxime cuando se trata de un derecho fundamental de un miembro de una minoría, especialmente de una minoría tan vulnerable como los gitanos, el Tribunal tiene la obligación de someter cualquier injerencia de este tipo a

identificado como vulnerables, entre otros: a personas con discapacidad intelectual, a presos, a mujeres víctimas de violencia de género, mujeres embarazadas; a menores no acompañados y a solicitantes de protección internacional.

Así, en el emblemático asunto *M.S.S c. Bélgica y Grecia,* el TEDH señaló la necesidad de tomar en consideración de la «vulnerabilidad específica del demandante, inherente a su condición de solicitante de asilo, del hecho de su recorrido migratorio y de las experiencias traumáticas que puede haber vivido en el transcurso» [578].

¿Pero qué implica identificar a un colectivo, en este caso a los demandantes de protección internacional, como un colectivo especialmente vulnerable? Resulta evidente que el TEDH no pretende con ello insinuar la mayor debilidad de un grupo. Precisamente la heterogeneidad de colectivos a los que el Tribunal se ha referido como *vulnerables* permite descartar esa homologación de *vulnerabilidad* como *debilidad.* El motivo con el que el Tribunal hace uso de este término es, sin duda, la identificación de grupos que encuentran más obstáculos al ejercicio de sus derechos o que los ven amenazados de una manera más frecuente y específica. Por ello, su identificación sirve al desarrollo de mecanismos que equilibren la situación de desprotección en que se encuentra ese colectivo. Pero el concepto de vulnerabilidad no puede limitarse a un mero calificativo; debe entenderse como un llamamiento a los poderes públicos para que, en sus ámbitos de actuación, actúen en favor de aquellos removiendo los obstáculos existentes para hacer efectiva la igualdad. En último término, el concepto de *vulnerabilidad* supone una herramienta de contrapeso ante situaciones de discriminación o de desigualdad social o institucional. Supone un llamamiento a los tribunales y a la Administración, para que en la interpretación y aplicación de la Ley atiendan a esa consideración y logren una igualdad material efectiva. Pero también debe entenderse como un llamamiento al legislador.

Si el legislador nacional y europeo ha atendido en los últimos años a muchos de estos colectivos calificados de vulnerables, también debe responder a la situación concreta de los solicitantes de protección. Una situación que, como la jurisprudencia ha revelado, responde a una sistemática vulneración de multitud de derechos fundamentales (libertad,

---

un escrutinio especialmente minucioso. En mi opinión, el Tribunal no ha cumplido plenamente con su deber (…)».

[578] STEDH de 21 de enero de 2011 *M.S.S c. Bélgica y Grecia.* § 232. E igualmente, en los apartados 233, 259 y 263.

integridad, intimidad, respeto a la vida familiar, tutela judicial efectiva, propiedad, educación, protección de la salud, etc.), en atención a legislaciones poco garantistas; y a una deficiente aplicación de la normativa que, bajo falsos pretextos securitarios, actúa en detrimento de los derechos de los demandantes de protección. Sin poder dejar de reiterar que, precisamente por la configuración de las política de migración y gestión de fronteras, la inmensa mayoría de solicitantes de protección alcanzan el territorio europeo de manera ilegal; lo que les expone a la trata de seres humanos y otras circunstancias que conllevan una acumulación de tipos de vulnerabilidad, por ejemplo: menor-mujer-no acompañado--víctima de trata- solicitante de protección internacional; y a las que la normativa no atiende correctamente.

No obstante, es necesario puntualizar que la Directiva de condiciones de acogida no ignora el concepto de vulnerabilidad, si bien en la actual propuesta de reforma de la DCA el término de vulnerabilidad se sustituiría por el de «personas con necesidades especiales de acogida». En la redacción actual, el artículo 21 de la DCA recoge una lista ejemplificativa de personas vulnerables y ordena a los EEMM que tengan en cuenta, en sus legislaciones nacionales, esas situaciones específicas: «(…) de las personas vulnerables tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina». Una lista que, al verse precedida por la expresión «tales como» deja la puerta abierta a la consideración de otras causas de vulnerabilidad; por lo que ACNUR ha exhortado a los EEMM a que incluyan en sus legislaciones nacionales otros grupos vulnerables que pueden encontrar dificultad para ejercer los derechos reconocidos en la DCA, como solicitantes analfabetos o con discapacidad auditiva o visual, entre otros[579]. En la propuesta de reforma, este elenco ejemplificativo parece desaparecer.

[579] UNHCR Annotated comments to Directive 2013/33/EU of the European Parliament and Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) 2015. P. 50

Por su parte, el artículo 22 de la DCA ordena una evaluación de las necesidades de acogida particulares que puedan tener las personas vulnerables a fin de garantizar una mejor adecuación del Sistema para estas personas[580]. Algo similar a lo que señala el artículo 24 sobre garantías procedimentales especiales y los considerando 29 y 30 de la Directiva de procedimiento (2013/32). Incluso, el artículo 25 de la referida Directiva, al abordar las garantías específicas para los menores no acompañados, ordena a los EEMM, entre otras garantías, que un funcionario, con suficientes conocimientos sobre las necesidades particulares de los menores, «prepare la resolución de la autoridad decisoria sobre la solicitud de un menor no acompañado». Aunque las referencias a las condiciones de vulnerabilidad de la Directiva de procedimiento no son demasiado exhaustivas.

Por razones obvias, la DCA muestra mayor interés por las condiciones de acogida de las personas vulnerables, incluyendo específicamente el Capítulo IV sobre «disposiciones para personas vulnerables». En él, junto al principio general del artículo 21 y al llamamiento para la evaluación de las necesidades de acogida particulares, aborda específicamente la situación de los menores, los menores no acompañados y las víctimas de tortura y de violencia. Pero con todo ello, el tratamiento que hace la Directiva de estas personas especialmente vulnerables es insuficiente al limitarse a recoger principios generales reconociendo expresamente un trato que, en cualquier caso, si no se diera, sería ya una vulneración a distintos derechos de esas personas. Por ejemplo, en relación a las víctimas de tortura y de violencia (art. 25), la Directiva exhorta a los EEMM a velar porque los solicitantes que hayan sufrido torturas u otro acto de violencia grave «reciban el tratamiento preciso para reparar los daños (…) y puedan acceder, en particular a la asistencia o tratamiento médico y psicológico adecuado». Una previsión que, aunque sin duda bienintencionada, debe considerarse reiterativa de la previsión general que ya hace el artículo 19 sobre atención sanitaria donde, con buen criterio, ya se garantizan los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos graves. Y algo similar ocurre con la previsión del artículo 11 sobre el internamiento de personas vulnerables, donde se indica que la salud de estos solicitantes vulnerables «deberá ser una prioridad de las autoridades nacionales». Como si la salud de cualquier

[580] El artículo 2, letra k) de la Directiva 2013/33 define al «solicitante con necesidades de acogida particulares» como: «una persona vulnerable, con arreglo al artículo 21, que requiera garantías particulares para poder disfrutar de los derechos y cumplir las obligaciones previstas en la presente Directiva».

persona internada bajo la supervisión de una autoridad pública no sea siempre una cuestión prioritaria.

Aun con estas previsiones, el principal problema para los sistemas de acogida continúa siendo la falta de plazas de acogida de para personas con necesidades especiales de acogida[581] y la difícil evaluación de esas necesidades a falta de un procedimiento estandarizado[582]. En este sentido, el Defensor del Pueblo señaló en su informe sobre el asilo en España, del año 2016, la conveniencia de incluir en la transposición de la DCA un procedimiento de evaluación donde se asigne además la competencia de dicha evaluación[583]. Ambos aspectos resultarían más convenientes si se regulasen de manera expresa en la propia normativa europea.

De la experiencia que dejan décadas de aplicación del SECA, y en especial, tras la experiencia de los últimos diez años, desde que se reformó el conjunto del SECA actualmente en vigor, resulta evidente que el marco normativo actual no está a la altura de atender a la vulnerabilidad intrínseca de los solicitantes de protección, ni mucho menos a las situaciones más complejas que conllevan multitud de factores de vulnerabilidad.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha tomado en cuenta, en una gran parte de su jurisprudencia, la condición de solicitante de protección internacional del demandante para interpretar el convenio adaptándolo a su especial vulnerabilidad[584]. Por ello, consideramos necesaria la incorporación de un instrumento normativo (un reglamento) que agrupe los derechos que asisten a este colectivo concreto y que atienda también a las especiales vulnerabilidades incluidas; porque estas particularidades deben servir para modular la interpretación y aplicación de la normativa general a fin de lograr

---

[581] BARRIO LEMA, C.I; CASTAÑO REYERO M.J; DIEZ VELASCO, I.: *Colectivos vulnerables en el sistema de asilo: una aproximación a las necesidades de la infancia, personas LGTBI+ y víctimas de trata.* Comillas. 2019. P. 48.

[582] SANTOS OLMEDA, B. (2019) «Las víctimas de trata en España: el sistema de acogida de protección internacional» *Anuario CIDOB de la Inmigración 2019 (noviembre de 2019), p. 158.*

[583] Informe DEFENSOR DEL PUEBLO: Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida». 2016. P. 85.

[584] MORGADES GIL, S.: «La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabildiad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo.* nº 37. Madrid. Septiembre/Diciembre (2010) pp. 801-482.

una tutela más efectiva de sus derechos. Una labor ante la que los órganos jurisdiccionales nacionales se encuentran sobrepasados y con resultados muy dispares entre ellos.

Así, hasta ahora, los derechos prestacionales y procesales que asisten a los solicitantes se encuentran recogidos, sin ninguna exhaustividad, en diversos instrumentos normativos, mayoritariamente directivas, que han dejado al legislador nacional un excesivo margen de acción, con las consecuencias que ello conlleva; y sin haber recogido las directrices que la larga jurisprudencia europea nos ha dejado con el transcurso de los años. Una recopilación de esos derechos en un único instrumento, de aplicación directa, y actualizado bajo los parámetros que han señalado, tanto el TJUE, como el TEDH, resulta más que conveniente para la garantía de los derechos de estas personas. Con la pretensión de que cesen las sistemáticas vulneraciones de derechos que este colectivo sufre como consecuencia de la mala aplicación del SECA y se reinstaure la efectividad de los derechos enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos también para estas personas que, sin ser ciudadanas europeas, acuden a los Estados miembros en busca protección. Se trata, en definitiva, de lograr una normativa a la altura; que permita responder a las necesidades de protección de un colectivo caracterizado por su inherente vulnerabilidad y no incrementar esa vulnerabilidad con una malograda normativa que los condena, con frecuencia, al internamiento, a la mendicidad, a la inseguridad y, en definitiva, a la exclusión, como ha ocurrido hasta la fecha.

3.3.2 Un reglamento que concrete y defina las condiciones de vida adecuadas para su aplicación uniforme.

Como se ha señalado previamente, la Directiva de condiciones de acogida prevé como objetivo, según su considerando número 31, el establecimiento de unas normas para la acogida de los solicitantes en los Estados miembros. Unas condiciones que, según el tenor literal del artículo 17, deberán proporcionar a los solicitantes «un nivel de vida adecuado que les garantice la subsistencia y la protección de su salud física y psíquica». Para ello la normativa prevé una serie de disposiciones acerca de la residencia, la libertad de circulación, el internamiento, el alojamiento, la escolarización, el acceso a empleo y a formación profesional, o el acceso a la atención sanitaria. Disposiciones que reconocen y concretan una serie de derechos recogidos, en términos generales, en la CDFUE para

todas las personas, y que en último término guarda una especial atención a la dignidad humana, tal y como se apunta en el considerando número 35 de la DCA[585], que señala como objetivo de la Directiva garantizar el pleno respeto a la dignidad humana; y, en el artículo 20.5, en el que se dispone que la retirada o reducción de las condiciones de acogida materiales «garantizarán condiciones de vida dignas para todos los solicitantes». Un concepto excesivamente ambiguo que sirve de incierto parámetro de aplicación de la norma.

Y aunque la Directiva tiene un trasfondo garantista, su estándar resulta insuficiente; y su aplicación ha evidenciado graves problemas en los sistemas nacionales y en la propia interpretación de la norma que han llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a interpretar determinados parámetros de la DCA y a pronunciarse sobre la incompatibilidad de numerosas normativas nacionales con el Derecho de la Unión; y al legislador a proponer una reforma de la Directiva de condiciones de acogida.

La que probablemente sea la Sentencia más emblemática acerca de las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional en Europa, la STEDH *M.S.S contra Bélgica y Grecia,* da muestras de las condiciones en que se vivía en los centros de internamiento griegos. La sentencia, relativa a un solicitante de asilo que fue trasladado de Bélgica a Grecia en aplicación del Reglamento Dublín, muestra las condiciones que el demandante tuvo que soportar al ser devuelto a Grecia y que van desde el internamiento en centros ruinosos hasta el abandono que le condenó a la mendicidad. Las condiciones que relataba el demandante fueron contrastadas por el CPT, ACNUR, Amnistía Internacional y Médicos sin fronteras entre otros, y conllevaron la condena de Grecia y de Bélgica por vulneración del artículo 3 del Convenio. Así, la STEDH describe unas condiciones inhumanas que fueron confirmadas por las organizaciones que visitaron el centro de internamiento anexo del aeropuerto:

> *«El sector destinado a los solicitantes de asilo raramente estaba abierto y los detenidos no tenían acceso a la fuente, situada en el exterior y tenían que beber el agua de los baños. En el sector destinado a las personas detenidas, había ciento cuarenta y cinco*

[585] 35.: «La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en especial por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En particular, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto de la dignidad humana, así como promover la aplicación de los artículos 1, 4, 6, 7, 18, 21, 24 y 47 de la Carta y debe aplicarse en consecuencia.

detenidos para una superficie de 110 m2. En algunas celdas había una cama para entre catorce y diecisiete personas. El número de colchones era insuficiente y varios detenidos dormían sobre el mismo suelo. Debido a la falta de espacio, los detenidos no podían estirarse y dormir todos al mismo tiempo. Debido a la masificación, la ventilación era insuficiente y el calor en las celdas era insoportable. Los detenidos sufrían graves restricciones de acceso a los cuartos de baño y se quejaban de que los policías les impedían moverse por los pasillos. Los policías admitieron que los detenidos debían orinar en las botellas de plástico que vaciaban cuando se les autorizaba a acudir al cuarto de baño. Se observó que no había ni jabón ni papel higiénico en ninguno de los sectores, que el conjunto de equipamiento y sanitarios estaban sucios, que las instalaciones carecían de puertas y que se tratara del sector que fuera, los detenidos no podían pasear al aire libre» [586].

Además de subrayar la crueldad de esas condiciones inhumanas, el Tribunal de Estrasburgo advirtió que, tanto por aplicación de la normativa comunitaria, como por su propia legislación nacional, que trasponía la Directiva 2003/9 (la DCA original) las autoridades griegas estaban obligadas a proporcionar «un alojamiento y condiciones materiales decentes a los solicitantes de asilo indigentes»[587]. Obligación que, como no podía ser de otro modo, continúa con la DCA actual.

El TEDH señaló que las autoridades tenían que saber que el demandante no tenía un hogar en Grecia puesto que, ante la falta de plazas disponibles era *vox populi* que un solicitante de protección, adulto y varón no tenía prácticamente posibilidades de disponer de una de las plazas de los centros de acogida. Y puntualizó además que, dadas las circunstancias, la obligación de las autoridades no puede limitarse a esperar que sea el solicitante quien reclame por iniciativa propia esas condiciones a las que tiene derecho, sino que es su obligación proporcionarlas[588]. Por ello el Tribunal concluyó que, ante la falta de atención

---

[586] STEDH de 21 de enero 2011 *M.S.S C. Bélgica y Grecia*, § 230.

[587] *Ibid*.§ 250.

[588] Si bien esa postura ha sido matizada en una jurisprudencia posterior más reticente. Véase en este sentido la STEDH de 15 de marzo de 2018 *A.E.A. c. Grecia* §91 donde el TEDH considera que el solicitante no solicitó al Ministerio de Solidaridad Social una estructura de acogida ni los beneficios e asistencia material y financiera. Sino que durante su primera entrevista el demandante (representado por un abogado debido a su condición de menor) afirmó no necesitar alojamiento. Por todo ello consideró el TEDH que el demandante no había logrado acreditar suficientemente su situación de indigencia. Aunque posteriormente, en el asunto *Khan c. Francia,* el Tribunal se muestra vacilante sobre la responsabilidad del menor de velar por su propia protección. Así en el apartado 90 señala el TEDH: «El Tribunal señalaría que se trataba de un niño de sólo doce años que, además, probablemente tenía un conocimiento limitado del idioma

a la vulnerabilidad del demandante como solicitante de asilo, las autoridades griegas «deben ser consideradas responsables, debido a su pasividad, de las condiciones en las que estuvo viviendo durante meses, en la calle, sin recursos, sin acceso a instalaciones sanitarias, sin forma de satisfacer necesidades básicas» [589].

En este emblemático asunto, y en los muchos que le han seguido, se pone de relieve la obligación que tienen los Estados miembros de tutelar a quienes, encontrándose bajo su jurisdicción, en situación de vulnerabilidad, corren el riesgo de verse expuestos a tratos inhumanos y degradantes. De ahí la importancia de entender el concepto de vulnerabilidad, las especiales vulnerabilidades y las obligaciones positivas del Estado.

En esa sentencia el Tribunal interpreta las obligaciones de las autoridades griegas «dada la precariedad y la vulnerabilidad específica y bien conocida de los solicitantes de asilo en Grecia»[590]. Y es que, aunque las obligaciones que derivan de la Directiva de condiciones de acogida hacen referencia a muchos derechos garantizados en la Carta y en el Convenio, resulta evidente que las obligaciones de los Estados pueden ir más allá, precisamente por la interpretación de las disposiciones del CEDH y de la CDFUE. Con particular atención en la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, por su carácter de norma imperativa y por su estrecha relación con el instituto de la protección internacional. De ahí que se exija a las autoridades un papel de garante activo para evitar que se vulnere la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

Esto se ha reiterado, entre otros, en el Asunto *Sh. D. y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del norte, Serbia y Eslovenia* de cuya lectura también se pone de manifiesto que la situación en Grecia no había mejorado casi 10 años después. En aquel asunto relativo a cinco menores de edad, se recogen declaraciones de diferentes

---

francés. Por lo tanto, no está convencido por la afirmación del Gobierno de que correspondía al propio demandante tomar las medidas necesarias para garantizar que se aplicaran sus medidas de protección». Asunto donde finalmente Francia es condenada.

[589]STEDH de 21 de enero 2011 *M.S.S C. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero 2011 § 263: «El Tribunal considera que el demandante ha sido víctima de un trato humillante demostrando una falta de respeto a su dignidad y que esta situación sin duda ha despertado en él sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de conducir a la desesperación. Considera que tales condiciones de existencia, junto con la prolongada incertidumbre en la que permaneció y la total ausencia de perspectivas de mejora de su situación, alcanzaron el umbral requerido por el artículo 3 del Convenio».

[590] *Ibid*.§ 259.

organizaciones como el CPT, el Representante especial para las migraciones y los refugiados del Consejo de Europa, ACNUR, Médicos sin Fronteras o la ONG Hllenic Action for Human Rights acerca de la situación en que se encontraban los solicitantes de protección en Grecia entre 2016 y 2019[591] en el campamento de Idomeni, un campamento improvisado para quienes trataban de cruzar de Grecia a Macedonia del Norte, gestionado por organizaciones no gubernamentales, que albergaba en marzo de 2016 a unas 13.000 personas, pese a que su aforo oficial era de 1.500. Según los testimonios de los que da cuenta la STEDH, no había suficientes alimentos, ni baños, ni agua potable ni alojamiento adecuado. Durmiendo en tiendas de campaña sin calefacción, los solicitantes quemaban madera, basura o plásticos para calentarse, sin seguridad y sin apenas asistencia, ni la presencia de autoridades nacionales que se limitaban, según *Helennic Action for Human Rights,* a vigilar la zona cercana a la frontera. Tal y como se detalla en la STEDH, al carecer de retretes, los alrededores del campamento estaban llenos de excrementos lo que, con las lluvias, provocaba «una ciénaga que a menudo inundaba las tiendas y refugios del campamento» [592]. Y con ello, la aparición de enfermedades como la hepatitis A.

En aquella sentencia de 2019, aunque el Tribunal observa la diferencia entre los demandantes que han estado *voluntariamente* en el campamento de refugiados, de aquellos que denuncian la situación vivida bajo arresto en detenciones policiales (que también analiza), concluye señalando: por un lado, la responsabilidad del Estado en el agravamiento de las condiciones de vida del campo de Idomeni por no haber puesto todos los medios necesarios para paliar la emergencia humanitaria que acontecía dentro del campamento; así como su lentitud para desmantelarlo. Y por ello concluyó que las autoridades griegas no habían hecho todo lo posible para proteger a los demandantes, en tanto que especialmente vulnerables por razón de su edad.

Y es que, teniendo en cuenta que se trataba de menores, el TEDH reiteró las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la propia jurisprudencia del TEDH; prevaleciendo, como no podría ser de otro modo, la situación de vulnerabilidad del niño sobre la de extranjero y sobre la de inmigrante *ilegal*. E insistió

[591] STEDH de 13 de junio de 2019 *Sh.D y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del norte, Serbia y Eslovenia* §28-34.

[592] *Ibídem* §54.

en la idea, ya señalada anteriormente en el Asunto *Rahimi*, de las obligaciones positivas que derivan del artículo 3 CEDH y que corresponden a Grecia, considerando que un menor no acompañado, en situación irregular, se encuentra dentro de «la categoría de las personas más vulnerables de la sociedad» (*STEDH Rahimi §74 y45*)[593].

El asunto *Rahimi c. Grecia*, relativo a un menor no acompañado, de nacionalidad afgana, que tenía 15 años en el momento de los hechos, fue el primer caso en que el TEDH consideró un trato contrario a los estándares del artículo 3 CEDH el desamparo de un menor. La sentencia recoge los principios esenciales de la jurisprudencia del Tribunal Europeo y nos permite observar cómo valora el TEDH si las condiciones de acogida suponen un trato inhumano o degradante a efectos del artículo 3 CEDH. Así, el Tribunal observa el nivel de gravedad de esos malos tratos en función de las circunstancias que los rodean y, en particular, de su duración y efectos (físicos y mentales), y en relación a las condiciones que rodean a la víctima: su estado de salud, su sexo y sobre todo su edad[594]. Habiendo calificando como trato *degradante* aquel que puede inspirar a sus víctimas sentimientos de miedo, ansiedad e inferioridad susceptibles de humillarlas y degradarlas[595].

En aquel caso, el menor fue detenido e internado en un centro de adultos durante dos días tras su llegada a Lesbos y posteriormente puesto en libertad, abandonado a su suerte. Precisamente por esa situación de abandono e indiferencia por parte de las autoridades griegas, el TEDH recordó las obligaciones positivas que conlleva el artículo 3 del Convenio, en conexión con el artículo 1, y la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades del CEDH a todas las personas bajo su jurisdicción. Una compromiso que puede requerir de la adopción de ciertas medidas para impedir que se vulnere la prohibición de tortura, tratos o penas inhumanas o degradantes. Y por ello, aun cuando se admite que los Estados detengan potenciales inmigrantes en el ejercicio de su legítima potestad de control de la entrada y estancia de extranjeros en su territorio, esta

---

[593] STEDH de 13 de junio de 2019. Asunto *Sh.D y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del norte, Serbia y Eslovenia* §56.

[594] STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, n. 8687/08. *§59* se remite en este punto al asunto *Van der Ven c. los Países Bajos § 47*.

[595] La STEDH *Rahimi c. Grecia §59:* «La Cour a ainsi jugé qu'un traitement était « dégradant » en ce qu'il était de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir (voir *Kudła c. Pologne* [GC], no 30210/96, § 92, CEDH 2000-XI)».

facultad debe ejercerse de conformidad con las disposiciones del CEDH[596]. Lo que conlleva una especial atención para el caso de menores.

En la misma línea se pronunció el TEDH en 2019 en el asunto *Khan c. Francia.* En aquel caso, el Tribunal de Estrasburgo condenó a Francia por considerar que las condiciones en que vivió el demandante, un menor extranjero no acompañado que tenía entre 11 y 12 años en el momento de los hechos, en un barrio de chabolas de Calais, entre septiembre de 2015 y febrero de 2016, constituía una vulneración del artículo 3 del CEDH, porque las autoridades no brindaron la atención necesaria al solicitante[597].

Aquella zona constituye un refugio frecuente para quienes desean alcanzar Reino Unido desde Francia. Según señalan los informes recogidos por la propia STEDH, Francia había llevado a cabo acciones de desalojo continuos desde 2002, cuando se cerró un centro de acogida cercano y empezaron a construirse campamentos improvisados. No obstante, en marzo de 2015, las autoridades abrieron un centro de acogida de día fuera de la ciudad que permitía dar unas 2.5000 comidas diarias y proporcionarles unas instalaciones para cubrir sus necesidades básicas. Con la apertura del centro, miles de inmigrantes se habían apiñado en la zona conocida como «*la lande*».

Informes como el del *Defensor des Droits* describían esta zona como un barrio de chabolas en condiciones inhumanas donde las personas dormían hacinadas en tiendas y refugios muy rudimentarios de tablones y lonas de plástico. Estos informes señalaban además la hostilidad de la zona, donde convivían unas 3.500 personas (hasta 6.000 personas en noviembre de 2015 según el apartado 81 de la sentencia) en una zona donde se distribuía comida para 2.500. Sin contar los grifos de las instalaciones del centro de acogida, que solo abría de 12 a 19 horas, la zona solo contaba con tres grifos de agua. Y por todo ello, la situación física y mental de estas personas era límite: «presentaban síntomas propios de personas en situaciones de inestabilidad muy grave, combinados con trastornos propios de los migrantes y padecían síndromes postraumáticos vinculados a la violencia o presión policial» [598].

---

[596] STEDH de 8 de diciembre de 2005 *Mahdid y Haddar c. Austria* (dec.), n.º 74762/01,

[597] STEDH de 28 de febrero de 2019 *Khan c. Francia §75.*

[598] STEDH de 28 de febrero de 2019 *Khan c. Francia §12.*

El informe del Defensor se hacía eco también de la situación extrema de los muchos menores que vivían allí: en condiciones materiales deplorables, expuestos al peligro, desprotegidos y con falta de una oferta educativa. Donde, además, los menores no acompañados y sin supervisión eran «dejados a su suerte»[599]. El Defensor mostraba preocupación por la violencia, el riesgo de tráfico de personas y de prostitución, el abuso de alcohol, los traumas a consecuencia de las vivencias que estaban suportando los menores y el propio riesgo inherente a la misión que les traía allí: cruzar el mar hacia Inglaterra[600].

Según el relato del solicitante, éste había salido de Afganistán con 11 años en agosto de 2015 y llegó a Francia en septiembre de ese mismo año tras haber sufrido abusos físicos por parte de traficantes de personas en Irán. Junto con un grupo de inmigrantes a los que había conocido durante la travesía, se dirigió a Calais a fin de alcanzar Reino Unido. En febrero de 2016 un juez ordenó que el menor fuera puesto temporalmente al cuidado del Departamento de Protección de la infancia de Calais, a fin de llevarlo a un albergue para reunificarlo con sus familiares que viven el Reino Unido en el plazo de un mes. Sin embargo, según el demandante, ninguna autoridad actuó para llevarlo a aquel refugio. De tal modo que, como otros muchos ocupantes de aquella zona, tras su derribo, tuvo que buscarse un refugio improvisado. Según la tesis del Gobierno, los servicios de protección de la infancia no habían podido llevar a cabo la medida por no poder contactar con el menor, ni con su abogado, ni con su tutor *ad hoc*. Finalmente el menor llegó a Inglaterra clandestinamente y fue acogido por los servicios sociales británicos desde marzo de 2016 hasta, al menos, el momento del fallo del TEDH.

En la STEDH, el Tribunal reitera que los Estados tienen como obligación positiva, derivada del artículo 3 CEDH, «proteger y cuidar a los menores extranjeros no acompañados». Que debe considerarse «como una obligación automática impuesta a las autoridades nacionales»[601], frente a quienes se encuentran, como ya había dicho en sentencias anteriores, «en la categoría de los individuos más vulnerables de la sociedad».

---

[599] STEDH de 28 de febrero de 2019 *Khan c. Francia §13 y §55-59.*

[600] Sobre las condiciones de vida de la zona de Calais pueden verse los apartados 64-66 y 51 de la sentencia así como el informe de *UNICEF «Neither safe nor sound; investigation into unaccompanied children in northern France». Junio 2016.*

[601] STEDH *Khan c. Francia* §44 Y 45.

Por ello, el TEDH consideró que las autoridades no hicieron todo lo que podía esperarse para cumplir con esa obligación; teniendo como consecuencia que el demandante viviera durante seis meses en un entorno indudablemente inadecuado para su condición. Hechos que alcanzan el umbral de gravedad para constituir una violación del artículo 3 del Convenio.

Con todo, la tesis sobre las obligaciones del Estado hacia los menores no acompañados queda clara y debe entenderse de máxima garantía, tutelando no solo las actuaciones dañinas, sino también la pasividad, pues son esas autoridades las garantes de su bienestar y quienes deben velar en todo momento, y de manera prioritaria, por su interés superior. Exactamente en los mismos términos en que haría con un menor nacional, pues no puede haber distinción en la tutela de los menores no acompañados por razón de nacionalidad al primar su condición de menor sobre cualquier otra. Superado este punto, al menos en la teoría, la principal duda que nos surge de esta jurisprudencia y de la lectura de la propia DCA es: ¿hasta dónde alcanza la obligación del Estado cuando no se trata de menores no acompañados?

Para responder a esta cuestión debemos observar la sentencia del TJUE en el asunto *Hanqbin*[602]. Pues si bien el asunto es relativo a un menor no acompañado, los argumentos del Tribunal, en tanto que interpretan la DCA, tienen una proyección mucho más general. En el asunto, el solicitante es un menor de nacionalidad afgana que llegó a Bélgica y solicitó protección el 23 de diciembre de 2015. Según los hechos de la sentencia, se le asignó un tutor y fue acogido en el centro de acogida de Sugny y posteriormente de Borechem. En este último centro se vio implicado en una reyerta el 18 de abril de 2016, que implicó la intervención policial y su detención durante unas horas. Tras su puesta en libertad al día siguiente, el director del centro de acogida decidió imponerle una sanción grave consistente en la retirada de la ayuda material del centro de acogida por un periodo de quince días. Decisión que fue ratificada por el director general de la Fedasil y que se adoptaba en virtud del artículo 57 de la Ley belga de Acogida. A consecuencia de esta sanción, el sr. Haqbin pasó las noches, del 19 al 21 de abril y del 24 de abril al 1 de mayo

[602] STJUE, sentencia de 12 de noviembre de 2019, *C-233/18 Zubair Haqbin/Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers.*

de 2016, durmiendo a la intemperie en un parque de Bruselas y el resto de noches alojándose en casa de amigos y conocidos.

El 25 de abril su tutor presentó ante el Tribunal de lo Laboral de Bruselas una demanda solicitando la anulación de las decisiones que habían adoptado el director del centro y del Fedasil y una indemnización por el perjuicio sufrido. La demanda fue desestimada 10 meses después, el 21 de febrero de 2017. Se interpuso un recurso de apelación frente al Tribunal Superior de lo Laboral de Bruselas que consideró que el artículo 20 de la DCA plantea un problema de interpretación relativo a cuándo pueden retirarse las condiciones materiales de acogida. Decisión sobre la que recae la legalidad o no de aquellas decisiones.

El TJUE señaló, entonces, que, en virtud del artículo 17 de la DCA, los EEMM deben velar por que los solicitantes puedan disponer de las condiciones materiales de acogida desde que presenten su solicitud de protección internacional. De manera, que a partir de ese momento los EEMM tienen la obligación de evitar que los solicitantes se encuentren en tal situación de privación que no puedan hacer frente a sus necesidades más elementales considerando que solo así se cumple el objetivo de la Directiva de garantizar el pleno respeto de la dignidad humana. Y, aunque «la obligación de los Estados miembros de velar por que los solicitantes puedan disponer de las condiciones materiales de acogida no es absoluta», y por ello el legislador de la UE previó circunstancias en las que puede reducirse o retirarse el beneficio de las mismas; se debe atender «al contexto, al sistema general y a la finalidad de la Directiva» [603] y, en este sentido, el considerando 35 recoge como finalidad de la Directiva garantizar el pleno respeto de la dignidad humana lo que, entiende el TJUE: «exige que la persona de que se trata no se encuentre en una situación de privación material extrema que no le permita hacer frente a sus necesidades más elementales, como alojarse, alimentarse, vestirse y lavarse, y que menoscabe por ello su salud física o mental o la coloque en una situación de degradación incompatible con tal dignidad» [604]. Por ello, una sanción consistente en retirar el beneficio de las condiciones de acogida relativas al alojamiento, alimentación o vestido, aunque sea

[603] STJUE *Zubair Haqbin* § 42.

[604] STJUE *Zubair Haqbin* § 46.

de forma temporal, sería incompatible con la obligación de garantizar al solicitante unas condiciones de vida dignas[605].

Aquí recae el interés de este pronunciamiento porque, si bien es cierto que se refiere a un menor no acompañado, el TJUE no fundamenta esa obligación en la consideración del menor. De hecho, en el apartado 55 el Tribunal deja claro que las fundamentaciones expuestas son generales[606] mientras que la consideración a la situación del menor solo intensifica las obligaciones de las autoridades. Tal y como se señala en el apartado 53, en este caso, las autoridades «deben tener más en cuenta» la situación del menor y el principio de proporcionalidad a la hora de adoptar sanciones. Y, en el mismo sentido, el Tribunal reitera la obligación de los Estados de observar el interés superior del menor como consideración básica en el momento de transposición de una Directiva.

En el mismo sentido se pronunció el TJUE en el asunto *Abubacarr Jawo*¸ donde el Tribunal fue preguntado expresamente por los criterios que deben observarse para evaluar las condiciones de vida de una persona a la que se ha concedido protección internacional en relación con los estándares de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. En aquella sentencia, también del año 2019, el Tribunal señala la necesaria observancia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en virtud del artículo 52 de la CDFUE. Y, en base a ello, reitera los criterios que el TEDH había señalado en su jurisprudencia y, en particular, en el emblemático asunto de *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*. Y concluye el TJUE que el umbral de gravedad se alcanza cuando «la indiferencia de las autoridades de un Estado miembro tuviese como consecuencia que una persona totalmente dependiente de la ayuda pública se encontrase, al margen de su voluntad y de sus decisiones personales, en una situación de privación material extrema que no le permitiese hacer frente a sus necesidades más elementales, como, entre otras, alimentarse, lavarse y alojarse, y que menoscabase su salud física o mental o la colocase en una situación de degradación incompatible con la dignidad humana» [607].

---

[605] STJUE *Zubair Haqbin* § 47.

[606] STJUE *Zubair Haqbin* §55: «En este contexto, al margen de las consideraciones generales expuestas en los apartados 47 a 52 de la presente sentencia, al adoptarse una sanción con arreglo al artículo 20, apartado 4, de la Directiva 2013/33, en relación con el apartado 5 de dicho artículo, debe prestarse especial atención, en cualquier circunstancia, a la situación del menor».

[607] STJUE de 19 de marzo de 2019 C- 163/17 *Abubacarr Jawo* §92.

Precisamente la referencia que hace el TJUE a la sentencia del TEDH en el asunto M.*S.S c. Bélgica y Grecia* permite asumir el mismo estándar de condiciones de vida dignas para el solicitante y el beneficiario de protección internacional.

En definitiva, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH nos remite a las obligaciones positivas del Estado para velar por que los solicitantes de protección, en tanto que colectivo especialmente vulnerable y potenciales beneficiarios de un estatuto de protección, gocen de unas condiciones de vida dignas, desde que presentan la solicitud de protección internacional hasta que se ésta se resuelve definitivamente[608]. Condiciones que deben permitir a los solicitantes hacer frente a sus necesidades más elementales, como, entre otras, alimentarse, lavarse y alojarse. Una obligación que, por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los solicitantes, no puede limitarse a una posición pasiva o de respuesta, sino que traslada a las autoridades nacionales la iniciativa para garantizar esas condiciones, sin poder esperar a que sea el propio solicitante el que exija los derechos contenidos en la DCA[609]. Y, puesto que el nivel de gravedad para considerar inadecuadas las condiciones dependerá de numerosas circunstancias en relación al sistema nacional de acogida y de las circunstancias del solicitante[610], se exigen otras obligaciones a los EEMM; en particular, que la solicitud de protección se resuelva con celeridad, sin dilaciones indebidas, para reducir el periodo de tiempo durante el que el solicitante se encuentra en una situación de incertidumbre y mayor dependencia del Estado, a fin de que esas condiciones de acogida potencialmente inadecuadas duren el menor tiempo posible[611], tal y como se señaló en la STEDH *Amadou c. Grecia*[612].

---

[608] La STJUE, sentencia de 19 de junio de 2018, *Sadikou Gnandi/État Belge* C-181/16, pone en relación la DCA y la Directiva de retorno y señala que durante el periodo del recurso el solicitante continúa beneficiándose de las condiciones de acogida de la DCA.

[609] STEDH, 2011, sentencia M.S.S., § 259.

[610] En este sentido la STJUE *C.K. c. Eslovenia* de 16 de febrero de 2017(C-578/16 PPU, § 43 y 44.

[611] STEDH, 2011, sentencia M.S.S., § 262.

[612] STEDH de 4 de febrero de 2016, *Amadou/Grecia* §61: «En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia considera que, en el caso de autos, habida cuenta de las obligaciones que incumben a las autoridades griegas en virtud de la Directiva sobre las condiciones de acogida (véase la sentencia M.S.S., antes citada, § 263), sólo un examen diligente de la solicitud de asilo del demandante habría puesto fin a la situación en la que se encontraba. Señala que la solicitud presentada el 22 de septiembre de 2010 seguía pendiente al menos hasta el 3 de diciembre de 2013, fecha en la que el demandante le presentó sus observaciones».

A pesar de la larga jurisprudencia europea, que deja clara la existencia de esas obligaciones por parte de los EEMM, la falta de concreción, el amplio margen de acción para los Estados y la falta de capacidad o voluntad política para hacer frente a los gastos inherentes a las condiciones de acogida suponen un grave problema que, en la práctica, deja desamparados a los solicitantes. Es necesaria una mayor concreción y una mayor uniformidad de estas condiciones de acogida bajo un estándar definido de protección, para lo que serviría el reglamento propuesto. Y que, siendo de aplicación directa, ayudaría a los Tribunales nacionales a llevar a cabo esa apreciación sobre las condiciones de vida. A su vez, parece más que oportuno reclamar un control de la ejecución de estas condiciones de acogida, en tanto que control sobre la efectividad del Derecho de la UE, que debería realizar la EASO.

Nada de esto parece haber sido solucionado por la propuesta de reforma de la DCA, ya que, en el pacto migratorio de 2020, se acoge la propuesta de 2016, reflejando una conciencia sobre la falta de concreción y uniformidad que, sin embargo, no se remedia. Así, resulta sorprendente que el paquete de reformas de asilo, presentado en el año 2020, no incluyera una nueva propuesta de reforma de la Directiva de condiciones de acogida. Pese a que este mostraba una clara inclinación hacia la transformación de las directivas del SECA en reglamentos, no incluyó una nueva propuesta de reglamento relativo a las condiciones de acogida. En su lugar, tal y como muestra la Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo[613], se decidió mantener los acuerdos alcanzados en 2016 con respecto a la Directiva sobre las condiciones de acogida[614]. Una propuesta, que si bien amplía las condiciones materiales de acogida a otros servicios básicos, mantiene sin definir el concepto jurídico indeterminado de «nivel de vida digno».

El reglamento propuesto aquí incluiría una previsión acerca del mantenimiento de un nivel de vida digno como aquel que permite a la persona satisfacer sus necesidades más elementales, como alojarse, alimentarse, vestirse y lavarse, sin menoscabar su salud física

[613] Bruselas, 23.9.2020. COM (2020) 609 final.

[614] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido). Bruselas, 13.7.2016 COM(2016) 465 final 2016/0222 (COD)

o mental y sin detrimento de otros derechos inherentes a su dignidad, como la intimidad y el derecho a la vida privada y familiar, tal y como exige la jurisprudencia del TJUE.

3.3.3 Un reglamento que desarrolle el artículo 18 de la CDFUE.

Finalmente, el último gran objetivo que persigue el pretendido reglamento sería una garantía para la efectividad del mal llamado *derecho al asilo* cuyo ejercicio resulta, en muchas ocasiones, ilusorio, a falta de un correcto desarrollo legislativo[615]. El reglamento constituiría el necesario desarrollo legal, y con ello la garantía de eficacia del artículo 18 de la CDFUE. Un precepto consagrado bajo el objetivo comunitario de desarrollar una política común en materia de protección internacional, destinada a ofrecer uno de los tres estatutos de protección contemplados por el Derecho comunitario (asilo, protección subsidiaria y protección temporal) «a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional», plasmado en el artículo 78 del TFUE.

Según el tenor literal del artículo 18 de la CDFUE, se garantiza el derecho de asilo «dentro del respeto de la Convención de Ginebra (…)», lo que supone un reconocimiento singular y meritorio. Y es que, al ser la protección internacional una materia íntimamente ligada al núcleo duro de la soberanía; generalmente los principales instrumentos de Derechos internacional no lo incluyen. Así, por ejemplo, no se recoge ni en el CEDH, ni en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Es más, la Convención de Ginebra, a la que se remite el propio artículo 18, no crea un derecho al asilo sino que instaura una norma de derecho imperativo que prohíbe la expulsión a un territorio donde la persona vaya a sufrir tratos inhumanos o degradantes, donde su libertad o su vida corran peligro: el principio de *non refoulement.* Pero no existe en el Derecho internacional un derecho exigible ante las autoridades de un Estado para que este reconozca el asilo. Tampoco en Derecho nacional existe un derecho directamente exigible a gozar de protección internacional. Las

[615] En este sentido, conviene recordar que el TJUE ha condicionado el efecto directo de la Carta a que la disposición alegada « se baste por sí sola y no (sea) preciso que sea desarrollada por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal». Véanse, entre otras, las SSTJUE de 17 de abril de 2018, *Egenberger*, C- 414/16. §78*;* de 29 de julio de 2019, *Torubarov. C 556/17 §56;* o de 14 de mayo de 2020 *FMS y otros*. C- 924/!9 y 925-19

Constituciones nacionales se remiten a su desarrollo legal, existiendo un consenso en la Comunidad internacional, que califica como prerrogativa estatal la concesión de protección internacional.

Por ello, no debemos caer en el error de interpretar que la CDFUE ha creado un derecho. Sería impensable a tenor del artículo 51.2 de la Carta[616] pensar que la Carta ha instaurado un derecho al asilo exigible ante las autoridades nacionales. La CDFUE contiene, en realidad, una «expectativa de Derecho»[617], que se desarrolla a través del Derecho derivado en base a las competencias atribuidas: el SECA y su desarrollo por los sistemas nacionales.

Esta falta de concreción hace que el contenido del artículo 18 resulte difícil de definir, porque se conforma por varios elementos. De un lado, el artículo 18 contiene una materialización del principio de *non refoulement.* Ello se deduce de la referencia expresa a la Convención de Ginebra que, como se ha señalado con anterioridad, no regula un posible derecho al asilo sino el principio de *non refoulement*, esto es, la prohibición de devolución a un lugar donde la persona pueda sufrir tratos inhumanos y degradantes.

Pero, si bien no deja de resultar obvio que el respeto a este principio derive del artículo 18, su contenido no puede limitarse a ello. Pues ya hay un artículo expresamente dedicado al mismo, el artículo 19, y otro del que la tradición europea lo ha deducido, el artículo 4 de la Carta. Y es que, es precisamente a través de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art 3 CEDH) hacia donde el TEDH ha reconducido su protección.

Encontramos así en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión la genérica prohibición que protege frente a los tratos inhumanos y degradantes del artículo 4; el artículo 19, que en desarrollo del principio de no devolución protege frente a las expulsiones colectivas y frente a aquellas que impliquen un grave riesgo de suponer una tortura o un trato inhumano o degradante. Y un artículo 18 que, con un contenido poco concretado, pretende garantizar el derecho de asilo en el territorio de la Unión. Tres

---

[616]Art. 51.2 de la CDFUE: «2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados».

[617] Así lo califica PORRAS RAMÍREZ, J. Mª, «El derecho de asilo en la Unión Europea», en PIZZOLO, C. (Coord.), *Integración Regional y Derechos Humanos. Puntos de Convergencia*, Buenos Aires, Astrea, págs. 305-326.

artículos con zonas convergentes de tutela que, sin embargo, no resultan completamente coincidentes.

Sin duda, estos preceptos guardan una estrecha relación. Pero no siempre se vulneran simultáneamente. Puede suceder que a una persona se le deniegue el asilo (u otro estatuto de protección internacional) porque, tras un procedimiento con todas las garantías, el Estado considere que no está sometida a un riesgo de persecución y el Estado, por tanto, no conceda esa protección. Pero puede ocurrir que ese solicitante de protección esté gravemente enfermo y que el traslado pueda suponerle un empeoramiento tan grave que se considere un trato inhumano; bien por las circunstancias del traslado o, en ocasiones, incluso por el nivel de asistencia sanitaria disponible en el país. En ese caso, el rechazo al asilo no vulnera el artículo 18 pero sí que puede dar lugar a la vulneración del art. 19 e incluso del 4 si se procede a su expulsión.

Así lo consideró el Tribunal de Justicia de la Unión en el caso *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contra Moussa Abdida*[618], al interpretar el alcance del artículo 19 en relación con la jurisprudencia del TEDH:

> «De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la que debe atenderse en aplicación del artículo 52, apartado 3, de la Carta para interpretar el artículo 19, apartado 2, de ésta, resulta que, si bien los no nacionales afectados por una decisión que permite su devolución no pueden en principio reclamar un derecho a permanecer en el territorio de un Estado para seguir beneficiándose de la asistencia y de los servicios médicos sociales u otros prestados por ese Estado, la decisión de devolver a un extranjero aquejado de una dolencia física o mental grave a un país en el que los medios para tratarla son inferiores a los disponibles en el referido Estado puede suscitar una cuestión a la luz del artículo 3 del CEDH, en casos muy excepcionales, cuando sean imperiosas las consideraciones humanitarias contrarias a esa devolución (véase en especial TEDH, sentencia *N. c. Reino Unido de 27 de mayo de 2008*, § 42).

[618] STJUE, de 18 de diciembre de 2014. C- 526/13, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* y *Moussa Abdida*, §47.

O al contrario, que a una persona se le someta a una devolución a un país seguro, y donde no corre ese riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes; pero que no se le haya permitido previamente acceder a la protección internacional. Como ocurre con frecuencia en las expulsiones en frontera y las conocidas expulsiones en caliente. En ese caso podemos considerar una vulneración del art. 18 CDFUE. Aunque, ¿cómo asegurar que ese país es seguro para la persona si no se le permite acceder al procedimiento de protección internacional para exponer sus motivos?

Con todo ello, podemos concluir que la otra parte fundamental del artículo 18 CDFUE se corresponde con el derecho de acceso al procedimiento de protección internacional y el derecho a un proceso con todas las garantías; estableciéndose un claro vínculo entre el mal llamado *derecho al asilo* y el derecho a la tutela judicial efectiva. De este modo, la eficacia del derecho dependerá de garantías procesales destacando, en primer lugar, el acceso efectivo al procedimiento; y de otro lado, el derecho a una resolución fundada en Derecho. Lo que, a su vez, nos obliga a plantear la necesidad de objetivar y comunitarizar la concesión de los diferentes estatutos de protección internacional bajo los límites competenciales actuales.

Por ello, el reglamento propuesto actuaría también en defensa de la prohibición de discriminación. Objetivando y armonizando los criterios de concesión, la tramitación del procedimiento y las condiciones de acogida, se frenaría la frecuente práctica de los Estados de vincular los estatutos de protección con determinadas nacionalidades de manera arbitraria.

Y es que resulta incomprensible que un derecho reconocido en la CDFUE tenga un margen de efectividad tan dispar en el territorio de la Unión. Así, En el año 2020, el porcentaje de resoluciones desfavorables de solicitudes de protección internacional en distintos estados de la Unión fue: en Grecia el 45%; en Alemania el 51%; en España el 60%; y en la República Checa el 90%[619]. Por su parte, Austria concedió el estatus de refugiado a casi el 50% de los solicitantes, mientras que en España no llegó al 5%. España,

[619] Según el informe realizado con datos de EUROSTAT por la organización Más que cifras, en colaboración con CEAR. Disponibles en https://masquecifras.org/ Última consulta 13 de abril de 2023.

sin embargo, reconoció a más del 30% de solicitudes un estatuto de protección por razones humanitarias.

Con todo ello, resulta evidente la necesidad de examinar y armonizar los motivos de concesión de cada estatuto de protección internacional en todo el territorio. El reglamento que se propone abordará estos criterios e incluirá garantías suficientes para el examen de la solicitud, acordes con los principios de tutela judicial efectiva que ha señalado la jurisprudencia europea, pero que el legislador ha desoído.

Y, de manera urgente, el presente reglamento debe armonizar y objetivar también las consecuencias derivadas de la concesión de cada estatuto de protección. Pues resulta alarmante que la actual propuesta de reforma de la Directiva de cualificación, que pasará a ser Reglamento[620] condicione el disfrute de ciertos derechos, como el acceso al empleo, o la asistencia social, a la expedición de un permiso de residencia. Un estatuto de derechos contenido en un reglamento objetivará la concesión del estatuto, y facilitará el reconocimiento y la garantía de derechos inherentes al mismo, dando una seguridad jurídica totalmente ausente en la regulación actual.

Y es que, tras un estudio de la normativa europea de protección internacional, resulta evidente la falta de un desarrollo legislativo comunitario mayor. Consecuencia, sin duda, de la deferencia mostrada hacia los Estados en sus inicios, y que aún, hoy, se percibe en muchas propuestas de reforma y que alejan la causa de la necesaria armonización. Pero precisamente debemos considerar que uno de los aspectos positivos de la inclusión del artículo 18 en la CDFUE es que supone, o debe suponer, un estímulo para que las instituciones comunitarias acepten desarrollar aún más esa competencia que le reconoce el art. 78 TFUE y que se diseñó con unos márgenes más amplios de lo que se ha concretado hasta ahora. Y es que sin ese mayor desarrollo parece imposible lograr su objetivo, un estatuto común. Y por otro, debe permitir elevar el canon de protección que muestran ciertos Estados miembros y cuyas políticas nacionales vacían de contenido este

[620] Comisión Europea. Bruelas 13 de julio 2016. COM (2016) 466 final 2016/0223 (COD= Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los erequisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo,d e 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

derecho. Todo ello nos lleva a señalar, de nuevo, la necesidad de incluir en el marco normativo del SECA un estatuto de derechos para los solicitantes de protección internacional que establezcan el estándar de protección en la materia, salvando con él, no solo la política de asilo, o incluso la más amplia política migratoria de la Unión; sino también el imprescindible principio de confianza mutua que, como demuestran los hechos enjuiciados por el TJUE y el TEDH, ha quedado desvirtuado a expensas del maltrato sistemático a los solicitantes de protección.

Capítulo 4: Derechos del solicitante de protección internacional durante el procedimiento. Valoración crítica de la normativa vigente.

> *«En este artículo se trata, como en los artículos anteriores, de derecho y no de filantropía, y hospitalidad significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado con hostilidad por el hecho de llegar al territorio de otro. (…) Esta pretensión no se basa en un derecho de hospitalidad (…), sino en un derecho de visita, derecho a ofrecerse como compañía que corresponde a todos los hombres, en virtud del derecho a poseer en común la superficie de la tierra, sobre la que los hombres no pueden dispersarse hasta el infinito, por ser una superficie esférica, sino que al final tienen que tolerarse los unos junto a los otros, sin que nadie tenga originariamente más derecho que los demás a estar en un lugar determinado de la tierra.»*[621]

4.1. La intolerable inseguridad jurídica en el estatuto jurídico del solicitante de protección internacional.

Cuando la Unión Europea asumió el objetivo de elaborar una política común de protección internacional, a fin de «ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que *necesite* protección internacional»[622] desnaturalizó el instituto de la protección internacional como la prerrogativa del Estado que ha considerado siempre el Derecho internacional; y lo convirtió en un derecho de configuración legal.

Mediante un conjunto de directivas y reglamentos, el SECA reguló qué Estado debía estudiar la solicitud de protección internacional; los motivos de concesión de la misma; el procedimiento a seguir en el estudio de la solicitud; las condiciones en que el solicitante sería acogido durante el tiempo que dura el procedimiento; los derechos derivados de un estatuto de protección internacional; las condiciones en que se ejercería el derecho de reubicación o incluso el retorno del solicitante. Limitando el derecho soberano de los Estados de controlar la entrada y estancia de la población extranjera en su territorio.

---

[621] KANT, I.: *La paz perpétua.* Alianza. Ed. 2016. P.98-99.

[622] Artículo 78 TFUE.

Sin embargo, ya sabemos las dificultades que encontró el proceso de integración por parte de aquellos Estados más reticentes a ceder soberanía en este ámbito. Y fruto de esas tensiones, el SECA se concibió como una normativa de mínimos, articulado mayoritariamente a través de directivas, con una redacción comedida, que deja a los Estados miembros un margen de actuación excesivamente amplio, como enseguida comprobaremos. Como consecuencia, hay casi una treintena de sistemas de protección internacional en el territorio de la Unión. Una característica que no se modificó en el SECA de segunda generación, y tampoco parece solucionarse con las actuales propuestas de reforma.

Como resultado, el estatuto jurídico del solicitante de protección internacional continúa rodeado de una intolerable inseguridad jurídica que, pese al grado de armonización alcanzado, permite a los Estados desarrollar sistemas nacionales poco garantistas; en muchos casos, incluso por debajo de los estándares de protección de la Carta. Con ello, y bajo un discurso alarmista y artificial sobre la inmigración, se han normalizado las violaciones de derechos que sufren los inmigrantes en situación irregular (incluidos los solicitantes de protección), justificando las mismas con argumentos de necesidad y temporalidad que, ni son adecuados ni, a la vista de su mantenimiento, excepcionales. Pero que han permitido a los EEMM sortear el necesario control de proporcionalidad.

En este punto, parece que la falta de garantías para el respeto de los derechos de los solicitantes de protección en la Unión Europea se debe a la falta de una mayor seguridad jurídica que permita a los aplicadores del Derecho prevenir o reaccionar ante las mismas, y a los solicitantes defenderse. Por ello, el estatuto de derechos que se propone bajo la forma de un Reglamento, constituiría una herramienta normativa contra esas sistemáticas vulneraciones sufridas por un colectivo especialmente vulnerable. Y, si bien nadie puede pensar que una compilación de derechos en un reglamento vaya a suponer el fin de las mismas, sin duda sería un paso notorio hacia su tutela.

Además, como se ha señalado, resulta un elemento esencial para el funcionamiento eficiente del Sistema, para su efectividad, y para el cumplimiento del objetivo marcado en el artículo 78 del TFUE. Pues con el establecimiento de un estándar común de derechos para este colectivo especialmente vulnerable en todo el territorio de la Unión, se dota al mismo de una mayor seguridad jurídica, evitando las interpretaciones restrictivas por parte de los EEMM; y eliminando incentivos y medidas disuasorias por parte de determinados Estados, lo que a su vez reduciría los movimientos secundarios; y

legitimaría el recurso de medidas de reubicación como las previstas en las propuestas de reforma de migración y asilo de 2020.

Con todo ello, el presente capítulo pretende aportar algo de luz en el confuso estatuto jurídico de los solicitantes abordando el reconocimiento y las condiciones de ejercicio de derechos inherentes a su dignidad y que son regulados por el SECA, aunque sin duda derivan de la CDFUE. Se abordan así los derechos procedimentales del solicitante durante el procedimiento de protección internacional; los derechos que derivan del reconocimiento de unas condiciones de acogida dignas; y los derechos del menor solicitante de protección internacional.

Y aunque una parte importante de este capítulo consiste en la aspiración de reunir en un único instrumento normativo todos estos derechos que asisten al solicitante, que hasta ahora se encuentran diluidos en una variedad de directivas y reglamentos; no se trata de una mera recopilación. Y es que, como se ha señalado, la finalidad del mismo es acabar con la inseguridad jurídica que provoca una regulación tan laxa. Por ello, el reglamento que se propone debe concretar las condiciones de ejercicio de estos derechos para dotar al estatuto jurídico del solicitante de mayor certeza e impedir interpretaciones poco garantistas por parte de los EEMM. En este punto del trabajo, resulta esencial observar la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en su labor por la defensa del estándar de protección. Y en particular, el TJUE, que ha llevado a cabo una enorme labor para que la interpretación de las disposiciones del SECA se adecúe con el estándar de la CDFUE. Habiendo superado en los últimos años el papel de garante de los derechos de los extranjeros no comunitarios, que hasta ahora se había atribuido al Tribunal de Estrasburgo.

Y es que, a la vez que los últimos pronunciamientos del TEDH han demostrado una decepcionante devaluación del estándar de protección del CEDH en materia migratoria, a favor de una interpretación permisiva con las prácticas securitarias de los Estados; el TJUE se ha pronunciado en múltiples asuntos en defensa de interpretaciones garantistas que lo sitúan, una vez más, como defensor de unos loables valores europeos que no deben perderse. Considerando una multitud de prácticas y normativas nacionales de desarrollo del SECA, incompatibles con el Derecho comunitario. Por ello, las lecciones aprendidas con toda esta jurisprudencia deben reflejarse en el estatuto propuesto, a fin de impedir que se reiteren las mismas vulneraciones y esclarecer cuestiones interpretativas.

En este sentido, recordemos la reflexión de Ferrajoli: «Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación» [623].

4.2 Derechos procedimentales.

Cuando en 2011 el TEDH tuvo que abordar el asunto *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, considerando contrarias al Convenio tanto las condiciones de acogida en Grecia para los solicitantes de protección internacional; como el traslado desde Bélgica a Grecia de un solicitante en aplicación del Reglamento Dublín III; se evidenció que el Sistema Europeo Común de Asilo era ineficiente, tanto en su planteamiento como en su ejecución por los Estados Miembros.

El Gobierno de Grecia, consciente de que su sistema de acogida estaba colapsado, incluso antes de la llamada «crisis de los refugiados», llegó a reconocer los fallos del sistema. Unos fallos tan graves que le valieron la condena por violación del artículo 3 y del artículo 13 del CEDH[624]. Pero sostuvo que «los eventuales defectos del procedimiento de asilo no afectaron a la situación personal del demandante»[625]. Sin embargo, esos defectos suponían, además de la detención en condiciones inhumanas[626], una imposibilidad práctica de acceder al procedimiento y al posterior recurso ante una falta de información y de asistencia jurídica; plazos excesivamente breves; entrevistas superficiales y que

---

[623] FERRAJOLI, L.: Op. Cit. 2001. P. 26.

[624] En este punto es necesario recordar que el TEDH considera como ámbito de aplicación del artículo 6 del Convenio, el derecho a un proceso equitativo, aquellos procedemos relativos a acusaciones penales y derechos civiles. Al no incluir entre estos los procedimientos relativos a la expulsión de extranjeros o la solicitud de protección internacional, como veremos, se ha reconducido su protección hacia el artículo 13 del Convenio.

[625] STEDH de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia*§ 303.

[626]STEDH de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia* § 206: «El demandante describe sus condiciones de detención como sigue: estaba encerrado en un pequeño local con otras veinte personas, solo había acceso a los servicios a voluntad de los guardias, no podía pasear al aire libre, no había comida, dormía sobre un colchón muy sucio o en el mismo suelo. Asimismo se queja de haber sido golpeado por los guardas en el segundo periodo de su detención».

muchas veces se desarrollaban en un idioma que el demandante no entendía; e incluso dificultades físicas para acceder a la Prefectura de policía[627]. Finalmente el TEDH condenó tanto a Bélgica como a Grecia por violación del artículo 3 y del artículo 13 del Convenio. Pero más allá de este asunto concreto, las deficiencias expuestas a raíz de este caso son lacras generalizadas del procedimiento de protección internacional que, como reconoció el Tribunal, merman la confianza en el sistema. Y sus consecuencias se manifestaron de modo evidente en las «extraordinariamente bajas tasas de reconocimiento por parte de las autoridades griegas del estatuto de refugiado o de la protección subsidiaria en comparación con otros países de la Unión Europea»[628].

Aquí reside la importancia que tiene el estudio de las garantías del procedimiento. Si bien, no podemos errar considerando todo defecto en el proceso como una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, la vulneración de las garantías procesales revisten de una especial gravedad en el procedimiento de protección internacional que, en la práctica, conlleva que este no se desarrolle de manera efectiva. En consecuencia, el número de solicitudes presentadas y el de solicitudes concedidas merman y, precisamente por las particularidades de este procedimiento, se deriva una grave desprotección de los derechos del solicitante, con especial incidencia en la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Sin poder dejar de señalar el daño que también supone para la inclusión del solicitante, por las repercusiones que esta desprotección tiene en la vida del solicitante. ¿Acaso puede integrarse el solicitante de protección internacional que espera durante años una resolución sobre su solicitud? ¿O quien, requiriendo protección, no se le reconozca por

---

[627] STEDH de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia* § 178 y ss: «Los servicios de policía hacen uso de "argucias" para desalentar la continuación del procedimiento. Según varios testimonios, policía ha trasmitido la información de que la declaración de la dirección era una condición *sine qua non* para la continuación del procedimiento. El período de tres días para acudir a la Prefectura de policía establecido para los solicitantes de asilo se convierte en la práctica en demasiado corto. Las oficinas de la Prefectura son físicamente inaccesibles debido al número de personas que esperan y el hecho de que la presentación de las solicitudes de asilo se realiza solo un día por semana. Además, los criterios de selección en la entrada de las oficinas son arbitrarios y no hay ningún sistema estándar para la admisión prioritaria de aquellos que quieran entrar al edificio para presentar una solicitud de asilo. Así, sucedió que ese día se presentaron varios miles de personas para 300 o 350 solicitudes que se registraban por semana. En la actualidad, se registran cada día cerca de 20 solicitudes, mientras que esperan en el exterior hasta 2.000 personas, para cualquier tipo de reclamación. Esto resulta en periodos de espera muy largos períodos antes de obtener una cita para una entrevista inicial».

[628] STEDH de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia* §313. Las estadísticas correspondientes a aquellos años se describen en los apartados 125 y 126 de la sentencia.

un formalismo en un plazo, por no contar con asistencia jurídica adecuada o incluso con un intérprete para entablar el procedimiento? ¿O cómo esperar que se integre una persona que, aunque haya ganado el recurso frente a una orden de expulsión, fue expulsada durante el tiempo que duró el procedimiento? Solo si atendemos a las particularidades que rodean a estos procesos comprenderemos la gravedad de la que revisten sus garantías procesales, a fin de velar por la seguridad jurídica en su estatus, en sus derechos y en sus obligaciones. De otra manera, podría ocurrir que a un solicitante de protección internacional se le mantenga durante más de doce años sin una resolución, y con una legislación nacional que le impide, hasta obtener una resolución favorable, sacarse el carné de conducir o matricularse en una universidad. Es decir, hacer su vida[629].

La problemática, sin embargo, no es tanto una cuestión de reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías; sino la garantía de este derecho ante unos sistemas ineficaces y desbordados. El panorama poco ha cambiado doce años después de la Sentencia de *M.S.S c. Bélgica y Grecia*. El SECA, a pesar de sus indudables logros, ha resultado ser un sistema ineficaz, insolidario y de desigual aplicación entre los Estados Miembros. Y entre las numerosas críticas que este sistema recibe[630], sin duda la más alarmante continúa siendo el desprecio a los derechos de los solicitantes durante el tiempo que dura el procedimiento. Y las perspectivas no permiten ser optimista.

La reforma del SECA continúa sin ser aprobada, casi tres años después de la presentación del Pacto de Migración y Asilo de 2020. Y aun cuando en el mejor de los casos, las legislaciones nacionales o las actuales normas europeas se consideraran suficientemente garantistas, la puesta en práctica condicionada por los fallos del sistema imposibilitan su correcto desarrollo en perjuicio del derecho a la tutela judicial de los requirentes, en primer lugar; y en segundo, de los derechos que el propio procedimiento está encaminado a garantizar, que pueden llegar a resultar ilusorios. Por tanto, velar para que se respeten todas las garantías procesales y los derechos incluidos en el más amplio derecho a la tutela

---

[629] STEDH de 13 de octubre de 2016. *Asunto B.A.C. c. Grecia.*

[630] Para un estudio en mayor profundidad sobre la situación actual del SECA, sus debilidades y las perspectivas de reforma véase: PORRAS RAMÍREZ, J.M.: «El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización». *Revista de estudios políticos*, Nº 175, 2017, Pp. 207-234. PORRAS RAMÍREZ, J.M: «Un pacto sobre inmigración y asilo en la Unión Europea». Porras Ramírez, J.M (coord.). *«Migraciones y asilo en la Unión Europea»*. Thompson Reuters Aranzadi 2020. Pp. 145-171.

judicial efectiva durante el procedimiento de solicitud de protección internacional garantiza, no solo el derecho a la tutela judicial efectiva; sino también otros derechos sustantivos como el *derecho al asilo* (artículo 18 CDFUE), o incluso el ejercicio de libertades legítimas por las que el solicitante es perseguido en su país de origen (como la libertad de expresión, la libertad ideológica o la libertad religiosa). Y, por supuesto, la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes cuyo respeto, como se concluirá, está fuertemente condicionado a la observancia de las garantías procesales durante el procedimiento de protección internacional y de expulsión.

4.2.1 El derecho de acceso al procedimiento.

Cronológicamente, y siguiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, «el primer contenido del derecho a obtener la tutela judicial efectiva es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas»[631].

Este derecho, que debe ser «concreto y efectivo», podemos observarlo desde diversas ópticas. De un lado, considerando como ilegítimas de aquellas normas o prácticas que hacen excesivamente difícil el acceso al procedimiento. Prácticas con un trasfondo disuasorio, a las que la realidad nos tiene cada vez más acostumbrados; pero que son contrarias a la Directiva 2013/32 pues, como recientemente recordó el TJUE: «el objetivo mismo de la Directiva 2013/32, en particular el de su artículo 6, apartado 1, (...) consiste en garantizar un acceso efectivo, sencillo y rápido al procedimiento de protección internacional»[632]. Por ello, el artículo 7 impone a los Estados garantizar que toda persona con capacidad jurídica pueda formular una solicitud de protección internacional por su cuenta, o a través del adulto a responsable.

Sin embargo, a pesar de ser una garantía lógica del derecho a la protección internacional, garantizado en el artículo 18 de la CDFUE, el Sistema Europeo Común de Asilo no prevé un sistema efectivo de vías legales y seguras para llegar a Europa. Esta realidad[633],

---

[631] STC de 9 de febrero 40/2009. Fj.4).
[632] STJUE de 25 de junio de 2020. C.-36/20 *Asunto VL*.

[633] Denunciada en infinidad de informes de organismos gubernamentales y no gubernamentales, ha sido reconocida incluso por la propia Comisión, que fijó como uno de los objetivos de la reforma del SECA

sumada a que la Directiva sobre procedimiento retrasa su aplicación hasta el momento en que el individuo ha llegado a la frontera, aguas territoriales o zonas de tránsito, conlleva que la inmensa mayoría de solicitudes de protección estudiadas y concedidas procedan de inmigrantes que llegaron irregularmente al territorio.

Sin duda, esta falta de vías que impide el acceso efectivo, sencillo y rápido a la jurisdicción supone una primera potencial vulneración del derecho a la tutela judicial y del propio derecho al asilo, garantizado en el artículo 18 de la Carta, por parte de un sistema de protección que articula como prioridad la gestión de fronteras. Un sistema que ha llegado a considerar conforme a Derecho las expulsiones en caliente en una polémica sentencia del TEDH[634]. Si bien es conveniente puntualizar a este respecto que la STS 3445/2020[635] ha reconocido, de manera insólita en el panorama comunitario, el Derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España precisamente en atención a los argumentos que el Gobierno español alegaba en la famosa STEDH de *N.D y N.T.* Y es que en aquel polémico asunto, que acabó con una permisiva interpretación de la práctica de las *devoluciones en caliente,* fue determinante el argumento del Gobierno sobre la existencia de vías legales para solicitar asilo que, a juicio del TEDH, deslegitimaba la acción de los demandantes de cruzar ilegalmente asaltando la valla[636].

La segunda perspectiva nos lleva a estudiar el acceso efectivo al procedimiento ante administraciones saturadas. Se trata de una cuestión que se ha generalizado en los últimos años para los trámites frente a la Administración Pública. En particular, a partir de la pandemia del Covid-19 y el mantenimiento de la obligación de solicitar cita previa. Un requisito que carece de suficiente justificación al haberse extinguido el motivo de salud pública que lo avaló, y supone un obstáculo para el acceso de la sociedad a los servicios públicos[637]. Para el acceso al procedimiento de protección internacional pueden pasar

---

reforzar las vías legales y seguras de acceso. Véase al respecto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de silo y una mejora de las vías legales hacia Europa, COM (2016) 197 final, de 6 de abril de 2016.

[634] STEDH de 14 de febrero de 2020, *Asunto N.D y N.T c. España.*

[635] Para mayor profundidad véase el comentario de SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)

[636]STEDH de 14 de febrero de 2020, *Asunto N.D y N.T c. España* § 222.

[637] En este sentido, el Defensor del Pueblo ha insistido en multiples informes en los problemas que acarrea la falta de citas previas para que los extranjeros lleven a cabo sus trámites ante la Administración. Así, en

meses hasta poder solicitar la cita pues, tal y como se ha comprobado en el momento de escribir estas líneas, la página web únicamente comunica que no hay citas disponibles[638], mientras grupos organizados se lucran vendiendo esas citas.

La saturación del sistema, y la falta de respuesta por parte de las instituciones que debían haber previsto y respondido al aumento de solicitudes, conllevan el bloqueo del procedimiento y sitúa en situación de limbo jurídico a aquellos que muestran el deseo de solicitar protección internacional, pero que no pueden formalizar su solicitud. Pues sin este trámite formal, son colocados en una situación aún más vulnerable donde con frecuencia se les niega el acceso a las condiciones de acogida que prescribe la Directiva de Condiciones de Acogida.

Y es que, el momento en que una persona adquiere el estatus de solicitante no es un asunto pacífico. El TJUE ha interpretado la Directiva de condiciones de acogida 2013/33 señalando que «los EEMM velarán por que los solicitantes puedan disponer de las condiciones materiales de acogida cuando presenten su solicitud de protección internacional» [639] Sin embargo, el concepto «momento en que presenten su solicitud de

---

el Informe Anual de 2021 reitera las numerosas quejas de extranjeros ante la imposibilidad de obtener una cita previa para acceder al procedimiento de protección internacional; así como «el incumplimiento sistemático del plazo establecido en la Directiva de procedimientos de 2013 para registrar la solicitud» señalado entre tres y seis días hábiles, dependiendo de la autoridad receptora. El Defensor señala que en 2020, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras ya había reconocido los graves retrasos existentes en la tramitación de solicitudes desde 2015, y que se había agravado tras la pandemia del Covid-19. Y que por ello, se adoptó una *Instrucción conjunta para la formalización de las solicitudes de protección internacional* el 30 de abril, y que entró en vigor el 19 de mayo donde se establece que «se entenderá que una solicitud de protección internacional ha sido formulada a partir del momento en que las personas manifiesten su voluntad de pedir esa protección ante el personal al que se dirige la instrucción». Añadiendo, además, que el acceso al procedimiento de protección internacional no puede condicionarse a la presentación de un documento acreditativo de condición alguna como pasaporte, documento de identidad, certificado de ONG, etc. (Véase el *Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales. Volumen I. Defensor del Pueblo. P. 151-152*). Sin embargo, el Informe anual de 2022 reiteraba un número significativo de quejas en relación a la demora para la cita previa en el acceso a los trámites de extranjería, no solo para los solicitantes de protección, sino también para el resto de extranjeros, dando cuenta de las graves repercusiones que tienen tales retrasos para su vida « que van desde la pérdida del empleo y el bloqueo de cuentas bancarias, hasta la imposibilidad de acceso a prestaciones sociales o ayudas públicas a las que tienen derecho». *Informe anual 2022. Volumen I. Defensor del Pueblo*. P. 174.

[638] Durante varios días se accedió a la página web https://icp.administracionelectronica.gob.es/icpplus/acOpcDirect para solicitar cita en extranjería. Se seleccionaron aleatoriamente provincias (Barcelona, Zaragoza, Córdoba, Granada, Ceuta y Madrid) y en ninguna había citas disponibles. En todos los casos el mensaje era: «En breve, la Oficina pondrá a su disposición nuevas citas».

[639] STJUE de 12 de noviembre de 2019, C-233/18 *Zubair Haqbin Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers* § 33.

protección internacional» no está correctamente definido y, a este respecto, resulta oportuno observar el considerando 27 de la Directiva 2013/32 que señala la obligación para los EEMM de inscribir a las personas que hayan expresado «su deseo de solicitar protección internacional» como solicitantes de protección cuanto antes[640]. Por lo que la interpretación más garantista sería aquella que otorgase ese estatus a quien exprese el deseo de solicitar protección cuando la falta de formalización de su solicitud sea imputable a la propia Administración. Y en este sentido, aplaudimos que la propuesta de reforma de 2020 de un Reglamento de procedimiento adelante a este momento el inicio del procedimiento. Así, según el artículo 25 del referido Reglamento: : «Una solicitud de protección internacional se considerará realizada cuando un nacional de un tercer país o apátrida exprese el deseo de protección internacional a los funcionarios de la autoridad decisoria u otras autoridades recogidas en el artículo 5, apartados 3 y 4»[641]

Por último, abordar el acceso al procedimiento también exige hablar del acceso a la justicia gratuita como auténtica garantía de este derecho de acceso. El derecho a la asistencia jurídica, hartamente reconocido, e inherente a la tutela judicial efectiva, se encuentra así garantizado no solo en los ordenamientos nacionales sino, a nivel Europeo tanto por el Convenio como por la Carta. Pues el limitado ámbito de aplicación del artículo 6 del Convenio no ha impedido al Tribunal considerar esta garantía procesal inherente al artículo 13 del CEDH[642]. Y es que los remedios previstos en el artículo 13 deben ser efectivos, y para ello deben resultar accesibles en la práctica y no solo de forma

[640] «Dado que los nacionales de terceros países y las personas apátridas que hayan expresado su deseo de solicitar protección internacional son solicitantes de protección internacional, deben cumplir las obligaciones y gozar de los derechos contemplados en la presente Directiva y en la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (1). Para ello, los Estados miembros deben inscribir cuanto antes el hecho de que estas personas son solicitantes de protección internacional.puede dar lugar a confusión.

[641] Véase la Véase la Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del consejo por el que se establece un procedimiento común en materia deprotección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM/2020/611 final, que acoge muchas de las propuestas presentadas en 2016, entre ellas la redacción de este artículo 25. Véase: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacionalen la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM/2016/0467 fi nal - 2016/0224 (COD)

[642] A este respecto resultan muy interesantes las reflesiones de S. Morgades que señala como, aunque durante años se consideró que la tutela que emanaba del artículo 13 CEDH era subsidiaria a la del artículo 6, a partir de los años noventa el Tribunal de Estrasburgo llevó a cabo una *regeneración* del artículo 13 cuyos principales benficiarios fueron los solicitantes de protección. MORGADES GIL, S. Op. Cit. 2010. P. 834-835.

teórica, lo que puede implicar la gratuidad de la asistencia jurídica o la exención de tasas. Y así lo consideró, entre otros, en el famoso asunto *M.S.S contra Bélgica y Grecia*[643].

Por su parte, el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión dispone que «toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia». Y como derecho reconocido en la Carta, es de aplicación cuando los Estados miembros aplican Derecho de la Unión y, por tanto, también en los procedimientos de protección internacional, en los procedimientos para impugnar las condiciones de acogida y en los procedimientos de retorno. No obstante, la Directiva parece ajena a este reconocimiento que hace la Carta y lo limita excesivamente. Pero para comprender el tratamiento que hace la Directiva de este derecho primero debemos diferenciar el derecho a recibir información jurídica gratuita del más amplio derecho a la asistencia jurídica gratuita, que es al que aquí nos referimos ahora. Esta distinción es esencial porque, a pesar del reconocimiento en la CDFUE y en CEDH, la actual Directiva sobre procedimientos limita el derecho a la asistencia jurídica gratuita a la fase del primer nivel de apelación. Garantizando en todas las fases del procedimiento, únicamente, información jurídica y procesal gratuita.

Así, el artículo 20 de la referida Directiva, bajo el título: «Asistencia jurídica y representación legal gratuitas en los procedimientos de recurso» garantiza la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de recurso contemplados en el título V de la norma. Mientras que el artículo 19, que si es de aplicación en todas las fases del procedimiento, únicamente prevé la puesta a disposición de información jurídica y procedimental.

La norma contempla la posibilidad de que los Estados reconozcan esta asistencia jurídica en todas las fases, pero no como obligación. Y es que, si leemos detenidamente la Directiva de Procedimiento, esta desprende *a priori* una apariencia garantista que se

---

[643] STEDH de 21 de enero de 2011, *Asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia* §319: «Además, el demandante, que es evidente que carece de medios para pagar a un abogado, no recibió ninguna información sobre las organizaciones que ofrecen asesoramiento y orientación legal. A esto se añade la escasez de abogados en la lista establecida bajo el sistema de ayuda legal (apartados 191 y 281 arriba) que en la práctica hace ineficaz el sistema. Contrariamente a lo que mantiene el Gobierno, el Tribunal considera que esta situación puede ser un obstáculo de hecho capaz de impedir el acceso al recurso y depende del artículo 13, en particular en el caso de los solicitantes de asilo».

desvanece cuando nos detenemos a observar estas deliberadas distinciones que sirven para flexibilizar el resto de obligaciones impuestas a los Estados. Y más evidente resulta cuando, el artículo 21 sobre «Condiciones para la puesta a disposición gratuita de información jurídica y procedimental y la prestación de asistencia y representación legal gratuitas» restringe aún más el derecho al prever la posibilidad de que los Estados no la concedan, incluso en la fase de recurso, cuando el solicitante no se encuentre ya en el territorio. Una medida draconiana para castigar los «temidos» movimientos secundarios. De este modo, se restringe aún más un derecho ya excesivamente limitado, incluso en la única fase que la norma había considerado *mínimum invulnerable*. Lo que resulta un riesgo para la tutela judicial efectiva del solicitante que, por falta de medios, puede no lograr una adecuada asistencia jurídica desde el inicio del procedimiento. Aun cuando, evidentemente, la falta de una auténtica asistencia desde la primera fase puede conllevar que la persona no alcance la fase de recurso.

Esta medida se entiende únicamente como herramienta configurada para disuadir, en la medida de lo posible, del acceso al procedimiento o de un procedimiento exitoso. Consciente de estas graves vulneraciones, la actual propuesta de reforma plantea una nueva configuración de este derecho: la Directiva de Procedimiento será sustituida por el Reglamento de Procedimiento que prevé la asistencia jurídica gratuita en todas las fases del procedimiento[644]. Esta propuesta ha sido justificada por la Comisión alegando que: «la práctica (…) demuestra que la prestación de asistencia jurídica y representación gratuitas es útil para garantizar una asistencia de buena calidad, lo cual contribuye a

[644] Art 15.1 de la Propuesta de Reglamento de Procedimiento de 13 de julio de 2016: «1.Los Estados miembros proporcionarán, a petición del solicitante, asistencia jurídica y representación en el procedimiento administrativo previsto en el capítulo III y en el procedimiento de recurso previsto en el capítulo V. 2.A efectos del procedimiento administrativo, la asistencia jurídica y la representación gratuitas incluirán, como mínimo: a)información sobre el procedimiento, a la luz de las circunstancias personales del solicitante; b)asistencia en la preparación de la solicitud y de la entrevista personal, incluida la participación en la entrevista personal según sea necesario; c)explicación de las razones y consecuencias de una resolución que deniegue la concesión de protección internacional, así como información acerca de cómo impugnar dicha resolución. 3. Podrá excluirse la provisión de asistencia jurídica y representación en el procedimiento administrativo en los casos en que: a) el solicitante tenga suficientes recursos; b) se considere que la solicitud no tiene ninguna perspectiva tangible de éxito; c) se trate de una solicitud posterior. 4. A efectos del procedimiento de recurso, la asistencia jurídica y la representación gratuitas incluirán, como mínimo, la preparación de la documentación procesal necesaria, la preparación del recurso y la participación en la audiencia ante un tribunal en nombre del solicitante. (…) Si la resolución de no conceder asistencia jurídica y representación legal gratuitas es dictada por una autoridad que no sea un tribunal, por considerar que el recurso no tiene ninguna posibilidad tangible de éxito, el solicitante tendrá derecho a un recurso efectivo ante un tribunal contra dicha resolución y, para ello, tendrá derecho a solicitar asistencia jurídica y representación gratuitas.

mejorar la calidad de las resoluciones administrativas y, posiblemente, a reducir el número de apelaciones[645]». Esta propuesta, sin embargo, es del año 2016. Y en el momento en que se escribe este trabajo se encuentra completamente paralizada. Es el precio a pagar por una regulación más rigurosa (el reglamento) y algo más garantista, que sustituiría una norma transigente con las políticas antiinmigración de algunos Estados miembros, y que tienen como objetivo limitar al máximo el acceso al procedimiento de protección.

4.2.2 Las garantías generales del artículo 12 de la Directiva sobre procedimiento:

En atención a esa relación entre tutela judicial efectiva y protección internacional, la actual Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (en adelante Directiva de procedimiento), contempla una serie de garantías procesales. Esa vinculación con el propio derecho sustantivo a la protección internacional se reconoce en el considerando 25 de la actual Directiva 2013/32 al afirmar que: «en aras del adecuado reconocimiento de las personas necesitadas de protección como refugiados a efectos del artículo 1 de la Convención de Ginebra o como personas con derecho a protección subsidiaria todo solicitante debe tener acceso efectivo a los procedimientos, la oportunidad de cooperar y comunicarse realmente con las autoridades competentes para poder presentar los hechos pertinentes para su caso, así como las garantías procedimentales suficientes para estar en condiciones de proseguir el procedimiento en todas sus fases» . Y con este espíritu, la norma prevé una serie de garantías tanto en fases concretas del procedimiento, como la entrevista o el recurso; como otras más genéricas que deben asegurarse durante todo el proceso.

En estas últimas se centra el artículo 12 de la Directiva, según el cual en los procedimientos en primera instancia recogidos en el Capítulo III de la norma, esto es: procedimiento de inadmisión de la demanda; de examen; de solicitud posterior; y en los procedimientos fronterizos, los solicitantes de protección disfrutarán de las siguientes garantías:

[645] Exposición de motivos de Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE

A) Recibir información sobre el procedimiento en un idioma comprensible por el requirente[646]. La misma debe advertir al solicitante acerca de sus derechos y obligaciones durante el procedimiento; de los plazos y medios a su disposición para aportar pruebas; así como de las consecuencias derivadas del incumplimiento de sus obligaciones, de la falta de cooperación con las autoridades, o de la retirada de su solicitud. Información que, según el tenor literal de la norma, se proporcionará «con tiempo suficiente para que puedan ejercer los derechos garantizados en la presente Directiva y cumplir con las obligaciones descritas en el artículo 13». Sin llegar a concretar un plazo en el que proporcionar esa información.

Pero además, el deber de los Estados de proporcionar información a los solicitantes debe leerse junto a lo dispuesto en el artículo 5 de la DCA, que recoge la obligación de los Estados miembros de proporcionar, al menos, información sobre los beneficios establecidos y de las obligaciones que deben cumplir en relación a las condiciones de acogida; y que se deberá proporcionar en «un plazo razonable, que no supere los quince días» desde la presentación de la solicitud.

Sorprende que el legislador no prevea la obligación de proporcionar esta información de manera inmediata al solicitante. Y aún más, que diferencie en plazos e intensidad de la imposición al Estado según el tipo de información. Pues el artículo 5 de la DCA continúa exhortando a los EEMM a *velar* porque se proporcione información a los solicitantes «sobre las organizaciones o grupos de personas que proporcionan asistencia jurídica específica y sobre las organizaciones que puedan ayudarles o informarles por lo que respecta a las condiciones de acogida disponibles, incluida la atención sanitaria.» Evidenciándose un menor compromiso con este tipo de información para el que, además, no se prevé plazo alguno.

[646]Según el tenor literal de la norma: un idioma «que sea razonable suponer que comprenden». Aunque al respecto conviene recordar la jurisprudencia del TEDH según la cual*: «i tribunali interni sono gli ultimi garanti dell'equità del procedimento, ivi compreso per quanto attiene all'eventuale assenza di traduzione o di interpretazione in favore di un imputato straniero»*. STEDH *Hermi c. Italia* de 18 de octubre de 2006 § 62.

La importancia de esta garantía ha sido reiterada por el TEDH[647]; y es lógica en tanto que es presumible que el solicitante no conozca el funcionamiento del procedimiento. Ante quién entablarlo, con qué plazos cuenta, cuáles son sus derechos y cuáles sus obligaciones… La importancia de la adecuación de la información es tal, que el desconocimiento de las obligaciones del solicitante puede dar lugar a la retirada de determinadas condiciones materiales de acogida o, incluso, a que la Administración presuma su desistimiento. Por tanto, no solo el éxito de la solicitud, sino el propio desarrollo normal del procedimiento dependerá de la información que se proporcione a quien expresa su deseo de solicitar protección. Sin embargo, se ha demostrado que difiere considerablemente entre un Estado miembro y otro. En el estudio realizado para la elaboración de la propuesta de reforma del Reglamento Dublín[648], la mayoría de Estados miembros señalaron que la información aportada es «información general», que puede resultar insuficiente respecto de lo establecido en la normativa europea y, en concreto, respecto al artículo 4 del reglamento Dublín. Y es más, en ciertos Estados es posible incluso que no se proporcione información o esté obsoleta.

B) Contar con los servicios de un intérprete financiado a través de fondos públicos, al menos, cuando la comunicación en las entrevistas sobre el fondo o sobre la admisibilidad de la demanda no sea posible. Una garantía procesal que ha sido abordada por el TEDH como contenido del artículo 6 del CEDH, pero que como sabemos, deja fuera de su ámbito de aplicación el procedimiento de protección internacional. No obstante, además de su reconocimiento expreso en la Directiva, este derecho se encontraría dentro de las garantías del artículo 13 del CEDH, que sí resulta aplicable. Y amparado por el artículo 47 de la CDFUE.

---

[647] El TEDH ha insistido en que ofrecer al solicitante presentar una solicitud implica también el acceso a información e nterpretación adecuadas. Véase, entre otras muchas, SSTEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*; y de 11 de diciembre de 2018, *M.A. y otros c. Lituania* § 108.

[648] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido) COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD): «Resultados de las evaluaciones ex post, las consultas con las partes interesadas y evaluaciones de impacto: Garantías procesales».

C) Aunque la norma no obliga a los Estados a contactar con ACNUR, prohíbe a estos que nieguen al solicitante el contacto con el Alto Comisionado o con cualquier otra organización que preste asesoramiento a los solicitantes, de conformidad con el Derecho estatal.

D) Se prohíbe además que los Estados nieguen a los solicitantes, a sus abogados o a sus asesores jurídicos el acceso a la información a la que se refiere el artículo 10 de la Directiva. En concreto, a la información proporcionada preceptivamente por la EASO y ACNUR, u otras organizaciones internacionales pertinentes, respecto a la situación general del país de origen del solicitante. Y, de haber sido solicitado por el personal que examine la solicitud[649], al informe emitido por un experto relativo a aspectos médicos, culturales, religiosos, de menores, o de género.

E) Otra garantía de vital importancia es la notificación, en un plazo razonable, de la resolución sobre su solicitud. Y es que, si la garantía de unos plazos razonables está presente en todos los procedimientos en tanto que derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, es fácilmente comprensible su importancia en este procedimiento y, como se señaló *supra*, su incidencia en la integración del solicitante. Debiendo además recordar que, tal y como recordó el TEDH en *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, la obligación de examinar la solicitud con celeridad tiene por objeto reducir el período durante el cual el solicitante está sometido a unas condiciones de acogida potencialmente inadecuadas[650]

Para considerar que un plazo es razonable, debería implicar que estos no fueran excesivamente breves como para impedir *de facto* la actuación. Esto ha ocurrido en la práctica, como veremos, en los plazos fijados por las distintas legislaciones nacionales para entablar un recurso, o en los procedimientos acelerados.

---

[649] En este punto, el tenor literal del artículo 12 apartado 1, letra) D, especifica «cuando la autoridad decisoria haya tenido en cuenta dicha información para tomar una decisión sobre su solicitud». No obstante, resultaría difícil de entender que se pudiera negar el acceso a un informe relativo al demandante de protección simplemente alegando que no se ha tenido en cuenta para la resolución.

[650] STEDH *M.S.S c. Bélgica y Grecia. §262.* Y, en el mismo sentido también se pronuncia en la Sentencia de 4 de febrero de 2016 *Amadou c. Grecia* en relación a los más de tres años que tardaron las autoridades griegas en resolver la solicitud de protección internacional del solicitante, pese a las condiciones en que se encontraba.

Asimismo, la otra cara de esta garantía implica el deber de la autoridad decisoria de no demorar excesivamente el procedimiento.

Para nuestros tribunales nacionales el problema de la dilación indebida tampoco resulta ajeno. Como tampoco lo es para el Tribunal de Estrasburgo, quien además se ha pronunciado en el marco del procedimiento de protección subrayando la prolongada situación de incertidumbre en la que se encuentra el requirente de protección debido a la pasividad de la Administración, y las consecuencias jurídicas que devienen de su estatus temporal. El TEDH consideró, tanto en el asunto *M.S.S contra Bélgica y Grecia* como en *B.A.C. contra. Grecia*, que en las obligaciones de los Estados se incluye el deber de examinar la solicitud de asilo para que la situación de inseguridad jurídica sea lo más breve posible[651]. En este segundo caso, el Tribunal encontró injustificado que las autoridades prolongaran la incertidumbre de una solicitante de protección sobre su estatus jurídico durante más de doce años. Una situación, que impidió a la demandante matricularse en la Universidad, abrirse una cuenta bancaria, u obtener el permiso de conducir, entre otras cosas. En este caso, resulta además reseñable que la condena del Tribunal no fuera por violación del derecho a un proceso equitativo, puesto que la propia línea jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo excluye del ámbito de aplicación del artículo 6 del Convenio a la materia migratoria, reservando su ámbito de aplicación a derechos y obligaciones de carácter civil y acusaciones penales. Por ello, el TEDH trasladó el estándar de protección a la esfera protegida de otro derecho, en concreto, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, condenando finalmente a Grecia por violación del artículo 8 y del artículo 13 en conexión. Una argumentación que ha seguido en otros procedimientos relativos a temas migratorios, más allá de la protección internacional, como por ejemplo en

[651] STEDH de 13 de octubre de 2016, *Asunto B.A.C. c. Grecia:* «Estas obligaciones positivas también incluyen el deber de las autoridades competentes de examinar rápidamente la solicitud de asilo de la persona, con el fin de garantizar que su situación de inseguridad e incertidumbre sea lo más breve posible.»§37. «Por consiguiente, el Tribunal de Justicia considera que, en las circunstancias del presente asunto, las autoridades competentes incumplieron la obligación positiva que les incumbe en virtud del artículo 8 del Convenio de establecer un procedimiento eficaz y accesible para proteger el derecho a la vida privada mediante una normativa adecuada que garantice que la solicitud de asilo del demandante sea examinada en un plazo razonable a fin de que su situación de inseguridad sea lo más breve posible (véase también el apartado 37 supra). Por lo tanto, se ha producido una violación del artículo 8»§46.

el asunto *Aristimuo Mendizabal c. Francia*, de 17 de enero de 2006, donde la tardanza de catorce años para expedir un permiso de residencia se consideró vulnerador del artículo 8, al provocar una situación de precariedad e inseguridad que afectó a su vida privada y familiar.

Consciente de la afectación que suponen los plazos en la vida privada y familiar del solicitante; pero sobre todo, la necesidad de agilizar los trámites en un sistema ineficiente y colapsado, la actual propuesta de reforma del SECA mantiene el plazo de seis meses para una primera resolución[652], aunque prevé plazos más breves para la tramitación de solicitudes manifiestamente infundadas.

Tras un repaso de las garantías generales previstas en el artículo 12 debemos pasar a examinar algunas otras garantías procesales que deben estar presentes, en distintas y concretas fases del procedimiento, cuya importancia las configura como derechos y las vincula íntimamente con el derecho a la tutela judicial efectiva.

4.2.3 El derecho a una entrevista personal: el derecho a ser oído.

Otra garantía procesal que resulta esencial para que el procedimiento de protección internacional resulte efectivo es la entrevista personal. Esta consiste en una conversación entre el solicitante de protección internacional y la autoridad competente y desempeña un papel fundamental en varios momentos claves del procedimiento de protección. Así, el Reglamento Dublín III prevé su celebración en un momento inicial del procedimiento, previo a la adopción de cualquier decisión de traslado, con dos objetivos: determinar el Estado miembro responsable de la solicitud, y asegurar la correcta comprensión por parte de solicitante de la información que se le debe haber proporcionado. Y concretando de un modo más detallado las circunstancias en las que debe celebrarse el acto de la entrevista, los artículos 14, 15 y 16 de la Directiva sobre procedimiento prevén el derecho del solicitante a ser convocado a una entrevista personal antes de que la autoridad adopte una

[652] La actual propuesta de Reglamento prevé, en su artículo 34 un plazo máximo de seis meses, prorrogable por un máximo de otros tres meses cuando determinadas circunstancias hagan imposible a la autoridad cumplir con el plazo de seis meses. Y como plazo máximo, previsto en circunstancias excepcionales en las que la autoridad decisoria tenga que aplazar el procedimiento de examen, la norma establece la obligación de concluir el procedimiento en un máximo de quince meses desde la presentación de la solicitud.

resolución, por una persona competente para ello con arreglo al Derecho nacional, y con especiales cautelas cuando la entrevista verse sobre el fondo de la solicitud o sobre su inadmisibilidad.

Lejos de ser una mera formalidad, la entrevista personal en el procedimiento de protección internacional ha sido considerada por el TJUE como una manifestación del derecho a ser oído en todo procedimiento. Es decir, una concreción del derecho de defensa (consagrado en el artículo 47 CDFUE), del derecho a un proceso equitativo (artículo 48 CDFUE), y del derecho a una buena Administración (artículo 41.2 CDFUE).

Así lo consideró el Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto *M.M contra Minister for Justice, Equiality and Law Reform, Ireland y Attorney General* que, si bien es anterior a la actual Directiva de procedimiento, le permitió pronunciarse, en el marco de una cuestión prejudicial, sobre la importancia de garantizar el derecho del solicitante a ser oído. Incluso cuando, como en aquel caso, el procedimiento sea consecuencia de otro procedimiento anterior en el que ya se hubiera realizado la audiencia con el solicitante. El TJUE rechazó entonces la tesis planteada por el Tribunal remitente y defendida por el gobierno de Irlanda y concluyó que «cuando un Estado miembro haya optado por establecer dos procedimientos distintos y sucesivos para el examen de la solicitud de asilo y la solicitud de protección subsidiaria, es necesario que, con arreglo al carácter fundamental que reviste, se garantice plenamente el derecho del interesado a ser oído en ambos procedimientos»[653].

En este sentido, el TJUE expuso de manera contundente los motivos de su inexcusable aplicación: «Por lo que respecta, más concretamente, al derecho a ser oído en todo procedimiento, (…) dicho derecho está consagrado hoy no sólo en los artículos 47 y 48 de la Carta, que garantizan el respeto del derecho de defensa y del derecho a un proceso equitativo en el marco de cualquier procedimiento jurisdiccional, sino también en el artículo 41 de la misma, que garantiza el derecho a una buena administración. El apartado 2 de dicho artículo 41 establece que este derecho a una buena administración incluye, en particular, el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder

[653] STJUE de 22 de noviembre de 2012. *Asunto M.M contra Minister for Justice, Equiality and Law Reform, Ireland y Attorney General*. §91.

al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Hay que señalar que, como resulta de su propio tenor literal, este precepto es de aplicación general. Además, el Tribunal de Justicia ha destacado reiteradamente la importancia del derecho a ser oído y su muy amplio alcance en el ordenamiento jurídico de la Unión, y ha considerado que este derecho debe aplicarse a cualquier procedimiento que pueda terminar en un acto lesivo (véanse, en particular, las sentencias de 23 de octubre de 1974, *Transocean Marine Paint Association/Comisión*, 17/74, apartado 15; *Krombach*, apartado 42, y *Sopropé*, apartado 36). (…) El respeto a dicho derecho se impone incluso cuando la normativa aplicable no establezca expresamente tal formalidad (véase la sentencia *Sopropé*, antes citada, apartado 38)»[654].

La importancia de la entrevista es tal, que la Directiva sobre procedimientos no solo impone a los Estados la obligación de brindar al solicitante la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal sino que, yendo más allá, fija ciertos parámetros sobre las condiciones en que se debe llevar a cabo. Normas que velan por el adecuado desarrollo de la entrevista, en particular, y las garantías del procedimiento de protección internacional, en general. Y están orientadas a la observancia de las particularidades de cada solicitante atendiendo a su potencial vulnerabilidad, y la especial sensibilidad de la información que puede recabarse durante la misma. Por ello, el artículo 15 de la Directiva prevé que la entrevista se lleve a cabo, por norma general, salvo que la autoridad decisoria estime lo contrario, sin la presencia de miembros de la familia del solicitante y en condiciones que garanticen la confidencialidad. Asimismo, la norma contempla directrices sobre la persona que debe llevar a cabo la entrevista, especificando que cuando se trate de una entrevista sobre el fondo de la solicitud deberá ser celebrada por una persona que «forme parte del personal de la autoridad decisoria» y que «no lleve uniforme militar ni de las fuerzas del orden».

La norma insiste también en la formación del entrevistador, que deberá tener conocimiento tanto del procedimiento como de los problemas que puedan afectar a la capacidad del solicitante para mantener una entrevista, con especial consideración a la posibilidad de que el solicitante haya sido torturado en el pasado. Y deberá ser capaz de

---

[654] STJUE de 22 de noviembre de 2012. *Asunto M.M contra Minister for Justice, Equiality and Law Reform, Ireland y Attorney General*. §82-86.

tener en cuenta las circunstancias tanto personales como generales que rodean a la solicitud, entre otras: las raíces culturales, la orientación sexual, la identidad de género o condiciones que puedan implicar una especial vulnerabilidad. Además, el considerando 32 de la Directiva sobre procedimientos ordena que se tenga en cuenta el factor género para lograr una igualdad sustantiva entre los solicitantes en base a lo cual, el artículo 15 prevé que, siempre que sea posible, y cuando así se requiera, el entrevistador y el intérprete serán del mismo sexo que el solicitante.

Sin embargo, a pesar de la reconocida importancia de esta fase, que se desprende del detalle con el que ha sido regulado por la Directiva y de la propia jurisprudencia del TJUE, la normativa permite omitirla bajo determinadas circunstancias. Incluso, el artículo 15.3 dicta: «La ausencia de entrevista personal de conformidad con el presente artículo no impedirá que la autoridad decisoria dicte una resolución sobre una solicitud de protección internacional».

En este sentido, recientemente el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que volver a pronunciarse en respuesta a una cuestión prejudicial en la que se le planteaba si, existiendo la obligación para el Estado de convocar al solicitante a una entrevista personal antes de adoptar la decisión de inadmisibilidad sobre su solicitud, cuáles serían las consecuencias de este incumplimiento, teniendo en cuenta que el solicitante podría aún, en ese punto, presentar todos sus argumentos durante el procedimiento de recurso. Se trata del asunto *Milkiyas Addis contra Bundesrepublik Deutschland*[655]

En el caso concreto que se enjuiciaba, la solicitud había sido considerada inadmisible en base al artículo 33 de la Directiva de procedimiento, por haber sido ya concedida la protección internacional por otro Estado miembro, Italia. No obstante, el órgano remitente consideró que el procedimiento seguido había podido incumplir la obligación de conceder una entrevista al solicitante. Pues, aunque el caso concreto se prevé en el artículo 33 de la Directiva sobre procedimiento, y por ello podía considerarse inadmisible la solicitud, esta excepción no es una de las causas previstas para omitir la entrevista personal. Pues incluso entonces, la entrevista cumple una importante misión.

Precisamente lo que el procedimiento nacional seguido en Alemania obviaba es que el interés de la entrevista en ese punto del procedimiento permite, como recordó el Tribunal,

---

[655] STJUE de 16 de julio de 2020. *Asunto Milkiyas Addis contra Bundesrepublik Deutschland*.

«no solo brindar al solicitante la oportunidad de expresarse acerca de si otro Estado miembro le ha concedido efectivamente la protección internacional, sino, especialmente, sobre la posibilidad de presentar todos los datos que caracterizan sus circunstancias concretas a fin de que dicha autoridad pueda descartar que, en caso de traslado a ese otro Estado miembro, el citado solicitante correría un grave riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 4 CDFUE» [656]. Demostrando, una vez más, la indudable conexión entre las garantías del proceso y la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Y es que el TJUE ya se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la grave vulneración de derechos que puede conllevar la aplicación automatizada de la normativa sobre protección internacional, y en concreto sobre el Reglamento Dublín III relativo a la determinación del Estado miembro responsable. En este sentido, la facultad que confiere el artículo 33 de la Directiva sobre procedimientos de inadmitir una solicitud porque otro Estado miembro ya la haya concedido sería contraria a la jurisprudencia del Tribunal cuando las «condiciones de vida que dicho solicitante encontrará previsiblemente en ese otro Estado miembro como beneficiario de la mencionada protección lo expongan a un grave riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 4 de la Carta»[657].

Pero lo cierto es que ese grave riesgo solo puede apreciarse si se ofrece al solicitante la posibilidad de que aporte previamente toda la información posible. Y es en ese momento procesal, durante la entrevista, donde el solicitante puede proporcionarla más fácilmente, y donde la autoridad puede asegurarse de que efectivamente requirió al solicitante para que presentase toda la información concerniente a las consecuencias de llevar a cabo el traslado, así como evaluar las circunstancias concretas del solicitante y su vulnerabilidad. Por tanto, siendo evidente la importancia de la entrevista, y no estando avalada su omisión dentro de las exhaustivas excepciones de la Directiva sobre procedimiento, el Tribunal tuvo que responder a la gran pregunta, omitida en la Directiva: ¿cuáles son las consecuencias de su incumplimiento?

---

[656] STJUE de 16 de julio de 2020. *Asunto Milkiyas Addis contra Bundesrepublik Deutschland*§49.

[657] STJUE de 16 de julio de 2020. *Asunto Milkiyas Addis contra Bundesrepublik Deutschland*§50.

El TJUE recordó su doctrina sobre cómo, para que la vulneración del derecho de defensa conlleve la anulación de la decisión adoptada, es necesario demostrar que su correcto ejercicio hubiera llevado a un resultado distinto. Pero no la consideró extrapolable al derecho a la entrevista durante el procedimiento de protección internacional. Y ello porque el legislador europeo ha considerado este trámite tan esencial que ha establecido un régimen para asegurar su correcto desarrollo y garantizar que la Administración requiera al solicitante toda la información pertinente para considerar la admisibilidad y procedencia de su solicitud. Y en línea con esta argumentación, el TJUE consideró que no bastaba para suplir este derecho ni la posibilidad de que el solicitante exponga en un recurso escrito los motivos para anular la resolución de inadmisibilidad ya adoptada; ni una disposición nacional que obligue a la autoridad decisoria a investigar de oficio.

Y concluyó el Tribunal interpretando que la normativa europea se opone a que, en caso de incumplimiento de la obligación de brindar al solicitante de protección internacional la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal antes de adoptar una resolución de inadmisibilidad, el Derecho nacional pueda prever que esta omisión no cause la anulación de tal resolución y la devolución del asunto a la autoridad decisoria. Salvo, cuando la normativa permita al solicitante presentar en persona todos sus argumentos ante el órgano jurisdiccional que conozca del recurso contra la decisión de inadmisibilidad adoptada, cumpliendo todas las garantías previstas en el artículo 15 de la Directiva de Procedimiento. Y trasladó al órgano remitente la función de comprobar si al demandante, al que ya se había privado de la entrevista en primera instancia, se le brindaba aún la posibilidad de ser oído conforme a todos los requisitos del artículo 15. De tal modo, que si no quedaba garantizada la posibilidad de una entrevista para el requirente en el procedimiento de recurso, debía anular la resolución denegatoria y devolver el asunto a la autoridad decisoria.

Pero a pesar de la reconocida importancia, nos encontramos, de nuevo, con un océano entre el ser y el deber ser. En el estudio citado anteriormente, que se llevó a cabo para la elaboración de la propuesta de reforma del Reglamento Dublín[658], donde se llevaron a

[658] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido) COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD): «Resultados De Las Evaluaciones Ex Post, Las Consultas Con Las Partes Interesadas Y Evaluaciones De Impacto: Garantías procesales.

cabo consultas con las partes interesadas se hizo eco de como «la falta de capacidad en algunos de los países sobrecargados han impedido a las autoridades llevar a cabo entrevistas de forma sistemática», y en otros Estados se han visto retrasadas considerablemente por la elevada afluencia. Por todo ello la propuesta de reforma ha tratado de blindar el derecho a la entrevista personal suprimiendo el artículo 5 del Reglamento Dublín, apartado segundo[659], entorno a cuando es posible omitir la entrevista. Pero sigue existiendo un problema esencial, la falta de medios y personal para llevar a cabo esta fase dentro de un procedimiento eficiente y comprometido con los plazos pueden hacer de esta garantía, un derecho teórico.

4.2.4 Garantías procesales durante el examen de la solicitud: la prueba, el beneficio de la duda, y los formalismos excluyentes.

Durante el examen de la solicitud los requirentes pueden y deben aportar cuanta información sea necesaria. Se trata de un derecho inherente a la tutela judicial efectiva, y la otra cara de un deber reflejado en el artículo 4 de la Directiva 2011/95 sobre requisitos de reconocimiento como beneficiarios de protección internacional. Sin embargo, que la carga de la prueba pese sobre el solicitante conlleva serios problemas prácticos.

Atendiendo a las peculiaridades de este procedimiento, en concreto, a la historia personal de quien solicita protección internacional, debemos advertir de que quien huye de su hogar, no siempre va a poder llevar consigo toda la documentación oficial que las autoridades exigen, y que podría simplificar la decisión despejando las dudas. Más cuando, como sabemos, la mayoría de solicitantes de protección recurren a vías clandestinas altamente peligrosas. Por ello, el TEDH ha señalado que esa imposibilidad material para aportar pruebas documentales no puede considerarse concluyente[660].

---

[659] Artículo 5.2 del Reglamento Dublín (Reglamento (UE) No. 604/2013 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 26 de junio de 2013. «La entrevista personal podrá omitirse, si: a).el solicitante se ha dado a la fuga, o b). si tras haber recibido la información a la que se refiere el artículo 4, el solicitante ya hubiera proporcionado por otros medios la información necesaria para determinar el Estado miembro responsable. El Estado miembro que omita la entrevista ofrecerá al solicitante la oportunidad de presentar toda la información pertinente adicional para determinar correctamente el Estado miembro responsable, antes de adoptar una decisión para trasladar al solicitante al Estado miembro responsable conforme al artículo 26, apartado 1.

[660] STEDH de 23 de agosto de 2016. *Asunto J.K c. Suecia*. §92: « No obstante, el Tribunal reconoce el hecho de que, por lo que respecta a las solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado, puede

El Tribunal es consciente que en esta fase del procedimiento, el examen de la solicitud, es cuando verdaderamente el derecho a la protección internacional, y por ende todos los derechos que se verían vulnerados si el demandante volviera a su país, están en juego. Es decir, durante el estudio y la posterior estimación o desestimación de una solicitud se decide sobre el reconocimiento de la protección internacional. Pero esa decisión repercutirá en otros derechos fundamentales como puede ser en la propia vida, en la salud, en la vida privada y familiar, en la libertad en cualquiera de sus formas o en la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Esta es la principal diferencia entre el procedimiento de protección internacional y otros procedimientos ordinarios. Por ello, el TJUE ha insistido en recordar que, aunque es obligación del solicitante presentar los elementos necesarios que fundamenten su solicitud, los Estados miembros tienen la obligación de cooperar activamente con el solicitante para recabarlos[661].

Más drástico resulta el planteamiento del Tribunal de Estrasburgo con una doctrina nada pacífica sobre la aplicación del principio del beneficio de la duda cuando, tras el relato de hechos, y con las pruebas que haya podido aportar el solicitante, la autoridad competente albergue dudas[662]. El TEDH lo justificó expresamente en el caso *J.K. c. Suecia*

> *«Sin embargo, las normas relativas a la carga de la prueba no deben hacer ineficaces los derechos de los solicitantes protegidos por el artículo 3 del Convenio. También es importante tener en cuenta todas las dificultades que un solicitante de asilo puede encontrar en el extranjero a la hora de reunir pruebas. Tanto las normas desarrolladas por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como el artículo 4. 5 de la Directiva sobre los requisitos reconocen, explícita o implícitamente, que debe concederse el beneficio de la duda a favor de una persona que solicita protección internacional»*[663].

---

resultar difícil, si no imposible, que el interesado aporte pruebas en un plazo breve, especialmente si dichas pruebas deben obtenerse en el país del que afirma haber huido. Así pues, la falta de pruebas documentales directas no puede ser decisiva *per se* (véase *Bahaddar v. the Países Bajos*, 19 febrero 1998, § 45, *Reports* 1998-I, and, *mutatis mutandis, Said*§ 49)».

661 STJUE de 22 de noviembre de 2012. *M. contra Minister for Justice, Equality and Law Reform* y otros §65-66.

662 FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: «La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la expulsión de solicitantes de protección internacional». En: PORRAS RAMÍREZ, J.Mª. Op. Cit. P. 295-321.

663 STEDH de 23 de agosto de 2016. *Asunto J.K c. Suecia*. § 97.

No obstante, la aplicación de este principio puede implicar trasladar la carga de la prueba al Estado, obligación con la que discreparon los jueces Jäderblom, Griţco, Dedov, Kjølbro, Kucsko-Stadlmayer y Poláčková en su opinión discrepante en la referida sentencia *J.K. c. Suecia*[664]. Pero aunque sea un planteamiento arriesgado, el razonamiento que sigue el TEDH atiende a la protección absoluta que brinda el artículo 3 del Convenio, al deber de garante de los Estados, y a la mejor posición que tienen estos respecto de los particulares para recabar pruebas. En este sentido se pronunció de modo contundente el juez Bianku en su opinión concurrente en el mismo asunto:

> *«Cuando están en juego derechos absolutos protegidos por el Convenio, las autoridades nacionales no pueden cumplir sus obligaciones concluyendo que es probable que estos derechos no sean violados en el país de destino. La rigurosa prueba exige que, en su evaluación, las autoridades comprueben si existen razones fundadas para creer que no habría un riesgo real para los derechos de los solicitantes en caso de que regresaran a Iraq»*[665].

Esta lógica garantista es la misma que impide que un Estado aplique sanciones draconianas al empleo de documentación o pruebas falsas que pudieran conllevar la automática desestimación de la solicitud.

La normativa europea vela por garantizar, incluso en esa situación, un examen suficientemente riguroso de la solicitud. En este sentido, aun cuando el artículo 31.8 de la Directiva de procedimiento prevé que se pueda recurrir en estas situaciones a un procedimiento acelerado, o que se lleve a cabo en frontera o en zonas de tránsito, se debe leer junto al considerando 21 de la Directiva. Deduciendo entonces, que el uso de documentación falsa no puede conllevar *per se* el empleo de un procedimiento acelerado, pues la norma requiere de la existencia de otros factores que, en conjunto, puedan llevar a considerar la solicitud infundada. Y de modo similar ocurre cuando el Estado comprueba que se empleó documentación o pruebas falsas una vez finalizado el procedimiento. En este caso, aunque la Directiva 2011/95 sobre requisitos para el reconocimiento permite al Estado retirar el estatuto de protección concedido por la

---

[664] Opinión discrepante de los jueces Jäderblom, Griţco, Dedov, Kjølbro, Kucsko-Stadlmayer And Poláčková en la STEDH de 23 de agosto de 2016. *Asunto J.K c. Suecia*. § 5-7: *«(…) no están de acuerdo en que la carga de la prueba se haya trasladado al Gobierno para disipar cualquier duda sobre el riesgo de tal persecución en el futuro ».*

[665] STEDH de 23 de agosto de 2016. *Asunto J.K c. Suecia*. Opinión Concurrente Juez Bianku.

«tergiversación u omisión de hechos por su parte, incluido el uso de documentos falsos» especifica que hayan sido «decisivos para la concesión del estatuto de refugiado»[666]. Pero el rumbo de la reforma se torna más restrictivo respecto al uso de información falsa proponiendo ahora que sea obligatorio, en tal caso, tramitar la solicitud mediante el procedimiento de examen acelerado[667].

A pesar de todo, es indiscutible que los estándares para la concesión del estatuto de protección internacional son altamente restrictivos, con tasas de reconocimiento muy bajas en la mayoría de estados europeos y que, además, difieren entre unos y otros[668]. No pudiendo más que dudar de que efectivamente la carga de la prueba se haya visto alterada en la práctica en las instancias nacionales como apuntaba el TEDH, o que se dé siquiera una cooperación activa por parte de la Administración.

El otro gran problema inherente a esta fase del procedimiento de protección internacional, y que puede suponer un atentado al derecho a una tutela judicial efectiva para los demandantes de protección internacional, son los formalismos. Estos han dado lugar a prácticas dispares en los Estados miembros, e incluso han primado sobre auténticos derechos sustantivos y sobre normas de *ius cogens* como la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Sea en lo referente a los plazos de presentación o en la procedencia de los documentos, estos formalismos han llevado en numerosas ocasiones a la autoridad competente a ignorar pruebas, precisamente en contra del principio del beneficio de la duda y de la doctrina del Tribunal. Pues la línea jurisprudencial marcada por Estrasburgo en lo referente al estudio de las pruebas insiste en que del artículo 13 del Convenio emana el deber de realizar un examen detallado y riguroso de la solicitud. Así se pronunció en el

---

[666] Artículo 14.3 de la Directiva 2011/9 5por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

[667] Así se establece en el artículo 40 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido) COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD)

[668] En el año 2020, el porcentaje de resoluciones desfavorables de solicitudes de protección internacional en distintos estados de la Unión fue: en Grecia el 45%; en Alemania el 51%; en España el 60%; y en Francia el 78%. Según el informe realizado con datos de EUROSTAT por la organización Más que cifras, en colaboración con CEAR. Disponibles en https://masquecifras.org/ Última consulta 16 de abril de 2021.

asunto *Singh y otros c. Bélgica*[669] condenando al Estado al no considerar la documentación aportada por los solicitantes de asilo suficientemente convincente, aun cuando se trataba de copias de documentos expedidos por ACNUR pero, de los cuales no se había comprobado siquiera la autenticidad. Y en el mismo sentido, en el asunto *M.D y M.A c. Bélgica*[670] el TEDH consideró que rechazar unos documentos sobre los que se fundamentaba la solicitud solo por ser anteriores a la primera solicitud, y no observar por ello el riesgo al que se exponían los solicitantes con la expulsión, no satisfacía las exigencias de un examen riguroso frente a un riesgo de violación del art. 3CEDH. El Tribunal consideró, de nuevo, que Bélgica había fallado en su deber de realizar un examen exhaustivo.

Y es que ante interpretaciones excesivamente formalistas se han planteado dudas sobre si se pueden rechazar como pruebas, sin entrar a valorar su autenticidad y pertinencia, documentos no certificados, o documentos calificados como *nuevas pruebas*[671]. Y sobre este punto era necesaria una interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión.

Estas cuestiones han surgido en el asunto *LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*[672]: ¿puede una autoridad decisoria de un Estado miembro determinar que un documento original nunca puede ser constitutivo de nuevas circunstancias o datos si no ha podido comprobarse su autenticidad? ¿Supone alguna diferencia el hecho de que, en una solicitud posterior el solicitante aporte copias de documentos o documentos procedentes de una fuente no verificable objetivamente? ¿Debe interpretarse la normativa europea en el sentido de que, al examinar documentos y atribuir valor probatorio a los mismos, la autoridad decisoria de un Estado miembro puede distinguir entre si un documento se ha presentado en una primera solicitud o en una solicitud posterior? ¿Se permite que, en el marco de una solicitud posterior, un Estado miembro deje de cumplir

---

669 STEDH de 2 de octubre de 2012. *Asunto Singh y otros c. Bélgica.*

670 STEDH de 19 de enero de 2016, *M.D y M.A c. Bélgica.*

671 El artículo 40.2 de la Directiva2013/32 establece: «A los efectos de adoptar una resolución sobre la admisibilidad de una solicitud de protección internacional de conformidad con el artículo 33, apartado 2, letra d), una solicitud de protección internacional posterior será objeto en primer lugar de un examen inicial que determine si han surgido o el solicitante ha aportado nuevas circunstancias o datos relativos al examen de su derecho a ser beneficiario de protección internacional en virtud de la Directiva 2011/95/UE».

672 STJUE de 10 de junio de 2021. C.- 921/19 Asunto *LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*.

su obligación de cooperación, si no puede comprobarse la autenticidad de los documentos?

Todos estos interrogantes resultan de máximo interés para la tutela judicial efectiva de los solicitantes de protección internacional. Y en este punto, las conclusiones del Abogado General parecen la única interpretación posible que respete coherentemente la línea jurisprudencial anterior y los principios señalados *supra* encaminados a dotar de efectividad este procedimiento. En este sentido, el A.G señaló que: «No hay diferencia entre las copias de documentos y los documentos procedentes de una fuente no comprobable objetivamente, presentados por un solicitante en una solicitud posterior, en el sentido de que todos los documentos han de ser considerados de manera individual, minuciosa y rigurosa para determinar si aumentan significativamente la probabilidad de que el solicitante tenga derecho a ser beneficiario de protección internacional y para evitar que una persona sea expulsada si ello la expondría a un riesgo cierto de ser sometida a tratos contrarios al artículo 19.2 de la CDFUE». Y, por ello, en atención a la finalidad del procedimiento de protección, «que el artículo 40.2 de la Directiva 2013/32, en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 2011/95, no puede ser interpretado en el sentido de que, al examinar documentos y atribuir valor probatorio a los mismos, la autoridad decisoria de un Estado miembro pueda distinguir entre si un documento se ha presentado en una primera solicitud o en una solicitud posterior. Cuando valore documentos en relación con una solicitud posterior, el estado miembro está obligado a cooperar con el solicitante en la misma medida que en el procedimiento inicial».

La sentencia, de 10 de junio de 2021, confirma ese planteamiento y estima contrario al Derecho europeo la normativa nacional que considera automáticamente que todo documento presentado en apoyo de una solicitud posterior, del que no puede comprobarse la autenticidad o su procedencia, no constituye *circunstancia o dato nuevo*. Y señala además, que un Estado no puede apreciar las pruebas de modo distinto en función de si se trata de primera solicitud o solicitud posterior. Reiterando, además, la obligación del Estado de cooperar con el solicitante para valorar los elementos pertinentes de su solicitud cuando se aporten datos cuya autenticidad no pueda comprobarse.

La única interpretación garantista que, por otro lado, parece la única compatible con la jurisprudencia anterior y que evitaría que, una vez más, los formalismos se impusieran a derechos sustantivos. Sobre todo, cuando esos derechos sustantivos que se deben tutelar

con el procedimiento son absolutos como la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

Y es que esta interpretación es la única conforme con el procedimiento de protección internacional y con el derecho a un procedimiento de asilo (art. 18 CDFUE), a la buena administración (art. 41CDFUE), y a la tutela judicial efectiva (Art. 47 CDFUE). Y la sentencia *XY* del TJUE nos aporta más luz sobre esta compleja cuestión. En ella, el TJUE reitera la línea adoptada en la sentencia *LH* y concluye de manera clara, que la finalidad que tienen las normas sobre el procedimiento de *solicitud posterior* es respetar el principio de fuerza de cosa juzgada inherente a la resolución previa. Y por ello, el examen de una solicitud posterior debe limitarse a verificar si existen esas circunstancias o datos que apoyan la nueva solicitud y que no pudieron examinarse en la solicitud anterior. Lo que no puede implicar una interpretación formalista sobre lo que constituye *nuevas pruebas* o *nuevas circunstancias.* De tal modo que como tal deben entenderse las circunstancias o datos que han acaecido tras la solicitud anterior, o que existiendo antes, no fueron invocados por el solicitante[673]. Aunque, atendiendo a la finalidad del procedimiento, parece injustificable que, cuando esos *nuevos datos* pudieran haber sido invocados en el procedimiento anterior, y no se hiciera, el Estado pueda prever su inadmisión[674]. Pues, ¿qué ocurriría si se inadmite la solicitud por este motivo pero, en base al mismo, el solicitante demuestra que no puede regresar a su país?

Como critica C. Pizzolo: «Podemos discutir (…) márgenes de proporcionalidad o razonabilidad de la tutela conforme a las circunstancias que presenta cada caso. Lo que no podemos hacer, sin negar al mismo tiempo su existencia, es obstaculizar la vigencia de un derecho invocando trabas rituales o formales que terminan disolviendo su

[673] STJUE de 9 de septiembre de 2021 C.- 18/20 *XY y Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl §41-44.* Y STJUE de 10 de junio de 2021. C.- 921/19 Asunto *LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid §459-50.*

[674] Artículo 40.4 Directiva de Procedimiento 2013/323: «Los Estados miembros podrán prever que se siga examinando la solicitud solo si el solicitante en cuestión no hubiere podido, sin que le sea imputable, hacer valer las situaciones mencionadas en el presente artículo, apartados 2 y 3, en el procedimiento anterior, en particular, mediante el ejercicio de su derecho a un recurso efectivo, de conformidad con el artículo 46».

contenido. Es decir, que conciben al derecho como un enunciado meramente declarativo, sin pensar al mismo tiempo en herramientas que lo garanticen»[675].

4.2.5 Garantías en procedimientos acelerados.

El Considerando nº 20 de la actual Directiva de procedimientos recoge el recurso a procedimientos acelerados como un derecho de los EEMM ante determinadas circunstancias: por motivos graves de seguridad nacional o de orden público, y cuando sea probable que una solicitud resulte *infundada*.

En desarrollo de este *derecho* de los EEMM, el artículo 31.8 dispone que los Estados podrán acelerar el procedimiento de examen, o disponer que el mismo se lleve a cabo en la frontera o en zonas de tránsito, en determinadas circunstancias:

a. El solicitante, al plantear su solicitud, solo expuso unos hechos que no guardan relación con los requisitos para ser beneficiario de un estatuto de protección internacional.
b. El solicitante procede de un país de origen seguro.
c. El solicitante ha engañado a las autoridades presentado información o documentación falsa u ocultando información relevante sobre su identidad o nacionalidad cuando esta podría haber tenido un efecto negativo en su desarrollo.
d. Cuando sea probable que el solicitante se haya deshecho de su documento de identidad de mala fe.
e. Cuando el solicitante formule alegaciones incoherentes, falsas o inverosímiles, evidenciando la poca credibilidad de su solicitud respeto al cumplimiento de requisitos para ser beneficiario de un estatuto de protección internacional.
f. Cuando el solicitante presente una solicitud de protección posterior que no sea directamente inadmisible de conformidad con el artículo 40 apartado 5.
g. Cuando la presentación de la solicitud responda al único fin de retrasar o frustrar la aplicación de una resolución anterior o inminente que diera lugar a su expulsión.
h. El solicitante hubiese entrado ilegalmente o prolongado su estancia ilegalmente en el territorio de un EEMM sin haberse presentado ante las autoridades ni formulado una solicitud de protección a la mayor brevedad, sin justificación.

---

[675] PIZZOLO, C.: «El Recurso efectivo como derecho de los solicitantes de asilo». En: PORRAS RAMÍREZ, J.Mª (coord.). *«Migraciones y asilo en la Unión Europea»*. Thompson Reuters Aranzadi, 2020.P. 263.

i. Cuando el solicitante se niegue a cumplir con la obligación impuesta por el Reglamento Eurodac[676], y no permita por tanto que le sean tomadas las impresiones dactilares.
j. El solicitante podría ser considerado un peligro para la seguridad nacional o el orden público; o hubiese sido expulsado con arreglo al Derecho nacional.

Así, ante estas circunstancias, la Directiva de procedimiento permite a los Estados establecer plazos más breves en su Derecho interno, siempre que se considere que respetan las garantías generales previstas en el Capítulo II de la Directiva. Sin embargo, no concreta esos plazos, ni las consecuencias de la asunción de este tipo de procedimiento que, por otra parte, queda al arbitrio del Derecho Nacional. Derivando, como se viene diciendo de tantas otras cuestiones relativas al estatuto de los solicitantes, en una inseguridad jurídica incomprensible.

La actual propuesta de reforma, presentada en 2016 y posteriormente modificada en algunos términos por la propuesta de 2020, parece dotar de una mayor seguridad jurídica estos procedimientos al recortar el margen de actuación de los EEMM estableciendo unos parámetros comunes. Sin embargo, lejos de resultar más garantista, confirma una vez más la tendencia securitaria de la reforma.

Así, se establece un plazo común para la tramitación de estos procedimientos: la autoridad decisoria debe finalizar el examen de la solicitud en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud, con carácter general. Y ocho días cuando se recurra a este procedimiento porque «el solicitante realice la solicitud con la única intención de retrasar o frustrar la pronta o inminente aplicación de una resolución que dé lugar a su expulsión del territorio de un Estado miembro». Pero, además, la tramitación a través de estos procedimientos acelerados pasa a ser preceptiva en determinadas circunstancias: las

[676] Reglamento (UE) nº 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) nº 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

mismas bajo las cuales se posibilita en la normativa actual (señaladas *supra*) y además, en los casos en que el solicitante tiene una nacionalidad -o como apátrida, ha sido residente habitual- relativa a un tercer país del cual, el porcentaje de resoluciones de concesión de algún estatuto de protección internacional por parte de la autoridad decisoria según los datos de Eurostat es inferior o igual al 20%. Salvo que se haya producido un cambio en las circunstancias de ese Estado o el solicitante pertenezca a una categoría de personas para las que no resulte representativo ese porcentaje de concesión. Una medida que normaliza un trato discriminatorio por *nacionalidad* y que resulta contrario a los principios de la Convención de Ginebra.

Algo positivo es que la reforma limita los supuestos en que se puede llevar a cabo un examen acelerado en caso de menores. Que, siendo algo discutible puesto que nunca va a ser en beneficio de su interés superior, es una mayor garantía en comparación con la directiva actual que no limita el recurso a este tipo de procedimientos según la edad del solicitante. La actual propuesta de reforma exige que para aplicar un procedimiento de examen acelerado se trate:

a. De un menor que provenga de un país de origen considerado seguro con arreglo a las consideraciones del artículo 47 del nuevo Reglamento de Procedimiento.
b. Que sea considerado, por razones graves, un peligro para la seguridad nacional o el orden público del Estado miembro, o ha sido expulsado con carácter ejecutorio por motivos graves de seguridad o de orden público.
c. Es nacional de un tercer país del cual, el porcentaje de resoluciones de concesión de algún estatuto de protección internacional por parte de la autoridad decisoria según los datos de Eurostat es inferior o igual al 20%. Salvo que se haya producido un cambio en las circunstancias de ese Estado o el solicitante pertenezca a una categoría de personas para las que no resulte representativo ese porcentaje de concesión.

A pesar de todo, hay que señalar que quedan demasiadas cuestiones sin resolver en torno a las garantías de los procedimientos acelerados que quedan reguladas por el Derecho interno, dejando un margen de acción excesivamente amplio a los EEMM, que no siempre respetan el estándar de protección europeo[677], e impidiendo al solicitante tener seguridad

[677] En este sentido, el asunto *I.M .c Francia* resulta esclarecedor. Un asunto que se tramitó por un procedimiento *prioritario*, por considerar que la solicitud se basaba en un abuso del procedimiento de asilo.

jurídica sobre su solicitud. Así, por ejemplo, una cuestión de suma importancia es si cabe un recurso frente a la decisión de examinar la solicitud a través de un procedimiento acelerado. Y es que, aunque no se regula por el Derecho europeo, el TJUE ha señalado que este «no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, con arreglo a la cual no cabe ningún recurso autónomo contra la resolución de la autoridad administrativa competente por la que ésta decide tramitar una solicitud de asilo por el procedimiento acelerado, habida cuenta de que las razones que condujeron a dicha autoridad a examinar el carácter fundado de la referida demanda por tal procedimiento pueden estar efectivamente sujetas a control jurisdiccional en el marco de un recurso que tenga por objeto la resolución denegatoria final, extremo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente»[678]. Concluyendo por tanto, que mientras quede garantizado el recurso de manera efectiva, no es necesario que pueda recurrirse la decisión de adoptar un procedimiento acelerado. Lo que supone examinar las condiciones en que se podrá ejercer ese derecho al recurso, y en particular, en estos casos de procedimientos acelerados que el plazo para interponerlo no sea excesivamente breve. Aunque, aun así, resulta cuestionable que, dadas las consecuencias

4.2.6 El derecho al recurso efectivo.

Según Sánchez Gil, el derecho a un recurso efectivo consiste en «la facultad que tienen las personas de recurrir a los órganos jurisdiccionales para obtener de ellos la tutela de sus derechos y no quedar desprotegidos ante su violación»[679]. Esta es, probablemente, la

---

Como consecuencia de esa tramitación acelerada, el TEDH observó que el procedimiento no cumplía las salvaguardias suficientes: el plazo de presentación se redujo de veintiún días, a cinco. So pena de que, en caso de incumplimiento, fuera rechazada por extemporaneidad (§144), además el solicitante contó con una sistencia muy limitada y grandes barreras para preparar su solicitud, sobre todo lingüísticas. El TEDH concluyo que, en un plazo tan breve, resulta muy complicado reunir todos los elementos susceptibles de sustentar y documentar una solicitud de protección (§146). Y, aunque según el Gobierno francés, el recurso a un procedimiento prioritario solo suponía una excepción a la regla de orden cronológico de las soclitudes, pero que contaba con las mismas garantías; el TEDH concluyó que la calificación de la solicitud de asilo del solicitante como un procedimiento prioritario supuso un procedimiento extremadamente rápido. Y por ello, era dudoso que el demandante pudiera haber hecho valer efectivamente sus quejas en virtud del artículo 3 del CEDH a través de ese procedimiento. El asunto, concluyó que Francia había violado el artículo 13 del Convenio, en relación con el artículo 3. STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*.

[678] STJUE de 28 de julio de 2011 C.- 69/10 *Brahim Samba Diouf y Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration.*

[679] SÁNCHEZ GIL, R.: «El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano» en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Construcción,* año V, núm. 4, julio-diciembre, México, 2005, pág. 240.

manifestación más evidente y reconocida del derecho a la tutela judicial efectiva en el procedimiento de protección internacional, y de la que más se ha escrito[680]. Considerado un pilar básico del Estado de Derecho, se encuentra garantizado en el artículo 13 del Convenio Europeo y 47 de la CDFUE[681].

En el ámbito del procedimiento de protección internacional, este derecho se recoge de modo expreso en el artículo 27 del Reglamento Dublín III relativo a la determinación del Estado miembro responsable; y en el extenso artículo 46 de la Directiva sobre procedimiento. Y es que, el reconocimiento del derecho a un recurso en los procedimientos de asilo es una cuestión consensuada, como demuestra el hecho de que el TEDH no niegue su ámbito de aplicación a esta materia como si hace con el artículo 6 CEDH. En el ámbito del procedimiento de protección internacional, la verdadera problemática ha sido determinar si los procedimientos de recurso, tal y como han sido configurados en las distintas legislaciones nacionales, eran realmente efectivos.

En este punto, el papel de los Tribunales ha sido clave al concretar una serie de exigencias en torno a su accesibilidad, rapidez y su eventual carácter suspensivo[682]. Exigencias que se desprenden de una larga jurisprudencia, y se resumen de modo muy conciso en el ya referido asunto *M.S.S c. Bélgica y Grecia*[683]:

> «La efectividad de un recurso en el sentido del artículo 13 reclama de manera imperativa un control exhaustivo por una autoridad nacional (*Chamaïev y otros contra Georgia y Rusia,* §448,), un examen independiente y riguroso de cualquier queja en cuyos términos existan motivos para creer que existe un riesgo de trato contrario al artículo (*Jabari*, §50) así como una celeridad particular *(Batı y otros*

[680] Para un análisis más en profundidad sobre este procedimiento véase: PIZZOLO, C.: «El recurso efectivo como derecho de los solicitantes de asilo». En: PORRAS RAMÍREZ, J.Mª (coord.). *«Migraciones y asilo en la Unión Europea»*. Thompson Reuters Aranzadi 2020. P. 255-294.

[681] La principal diferencia, más allá del ámbito de aplicación de ambos instrumentos es que, mientras que el artículo 47 de la Carta establece que el recurso sea ante un tribunal, el Convenio se limita a prever un recurso ante una instancia nacional.

[682] DÍAZ CREGO, M.: «Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011- 2012)» en, *Anuario CIDOB de la Inmigración 2012: «Inmigración y Crisis: Entre la Continuidad y el Cambio»*. P.255-299.

[683] STEDH de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia* §293.

contra Turquía, §136); requiere asimismo que los interesados dispongan de un derecho suspensivo de pleno derecho (*Čonka contra Bélgica*, § 81-83)» .

Sin olvidar, que la accesibilidad en la práctica a un recurso es también un carácter determinante para valorar su efectividad[684].

Estas bases han servido al Tribunal Europeo para observar la efectividad del recurso condicionada por «unas exigencias en términos de calidad, de rapidez y de efecto suspensivo» [685] también en procedimientos de expulsión donde la vulneración del derecho a un recurso efectivo está íntimamente ligada a la potencial vulneración de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Por otra parte, de un modo más genérico resulta muy interesante detenerse a observar la evolución que ha tenido el artículo 13 en la jurisprudencia de Estrasburgo pues, como señala S. Morgades[686], este artículo fue, durante décadas, considerado como una protección subsidiaria la que ya proporcionaba el artículo 6 del Convenio así como a la dimensión procedimental de los artículos 2 (derecho a la vida); 3(prohibición de tortura); y 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) entre otros. Por este motivo, a menudo, no se examinaban las quejas basadas en el artículo 13. Fue a partir de finales de los años noventa cuando el Tribunal Europeo cambió su línea jurisprudencial y llevó a cabo una regeneración[687] del derecho a un recurso efectivo. Regeneración, cuyos principales beneficiarios fueron los demandantes de asilo puesto que, al estar reservada la aplicación del artículo 6 CEDH (derecho a un justo proceso) a litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil y acusaciones penales, los asuntos relativos a la admisión en el territorio o procedimientos de asilo son excluidos.

Este giro jurisprudencial se plasmó en las sentencia *Jabari c. Turquí*a, del año 2000, donde el TEDH estimó la violación del artículo 3 del Convenio por motivos procedimentales. Señaló que el Tribunal administrativo de Ankara, al rechazar la petición

---

[684] STEDH de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia* §318.

[685] STEDH de 22 de abril de 2014. *Asunto A.C y otros c. España* §87.

[686]MORGADES GIL, S.: «La protección de los demandantes de asilo por razones de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo.* Núm. 37. Madrid. Sept/dic. 2010 p. 801-842.

[687] MORGADES GIL, S. Op. Cit. 2010 P. 833.

de asilo de la recurrente por no haberla entregado en el plazo de cinco días desde su llegada, impidió que fueran examinados los riesgos de violación del artículo 3 que conllevaba su expulsión. Limitándose a la «legalidad formal de la deportación de la demandante en lugar de las más acuciante cuestión de la fundamentación de los temores»[688]. Sin embargo, la novedad fue que, una vez analizada la dimensión procedimental del artículo 3, el Tribunal podría no haber examinado la violación del artículo 13, como venía haciendo hasta entonces, pero lo hizo. Señaló que el artículo 13 del Convenio garantiza el derecho a un recurso que debe contemplar un examen de fondo de la petición:

«Debe reconocerse que la demandante podía impugnar la legalidad de su deportación en procedimientos de revisión judicial. Ello no obstante, este tipo de acción nunca le permitió suspender su aplicación ni obtener un examen de los fundamentos de su alegación de estar en riesgo. El Tribunal administrativo de Ankara consideró que la deportación de la demandante se adecuaba completamente a los requisitos del derecho interno. (…) Habiendo llegado a esta conclusión, el tribunal consideró innecesario apreciar el fondo de la petición de la demandante, incluso cuando ésta era razonable a la vista de la decisión del ACNUR de reconocerla como refugiada en el sentido de la Convención de Ginebra». Y continuó señalando qué debe conllevar ese recurso, considerando los daños irreversibles que podría ocasionar la materialización del riesgo de tortura o tratos inhumanos: «el artículo 13 requiere un escrutinio independiente y riguroso de la solicitud para esclarecer si existen razones para temer un verdadero riesgo de tratamientos contrarios al artículo 3 y la posibilidad de suspender la ejecución de la medida impuesta»[689].

Precisamente en torno al carácter suspensivo se ha pronunciado en repetidas ocasiones, insistiendo en que el recurso de un extranjero sobre un procedimiento de expulsión no puede considerarse efectivo, si no se garantiza que las medidas potencialmente

---

[688] STEDH de 11 de julio 2000. *Asunto Jabari c. Turquía*. Párrafo 40. La recurrente, Hoda Jarabi era una mujer iraní que en 1997 fue arrestada sospechosa de cometer adulterio con un hombre casado. Entro ilegalmente en Turquía para realizar una ruta Turquía-Francia-Canadá. Sin embargo, en Francia se comprobó que su pasaporte era falso, por lo que fue devuelta a Turquía. Una vez allí, sabiendo que iba a ser expulsada solicitó asilo porque temía ser sometida a lapidación por adulterio si regresaba. Su solicitud no llegó a examinarse pese a que ACNUR le reconoció la condición de refugiada. Se consideró inadmisible por presentarse fuera del plazo de 5 días establecido para ello.

[689] STEDH 11 de julio 2000, *asunto Jabari c. Turquía* §49 y 50.

irreversibles sean examinadas antes de que se ejecuten a la luz del Convenio por autoridades nacionales. Fue en el asunto *Conka contra Bélgica* en el año 2002[690]. Y en el mismo pronunciamiento, el Tribunal consideró necesario otorgar un tiempo suficiente para que el particular pudiera plantear una solicitud de asilo antes de que se ejecute el procedimiento de expulsión. Y apreció como insuficiente, y por tanto como violación del artículo 13CEDH, el plazo de cinco días previsto por la normativa belga.

Así, los plazos y los efectos del recurso son las cuestiones que más problemáticas han suscitado a la hora de examinar las legislaciones internas. Y es que, aunque todos los Estados miembros han introducido plazos en el procedimiento para que el solicitante pueda ejercer su derecho a un recurso efectivo, se dan distintas interpretaciones de lo que constituye un *período de tiempo razonable* que varía actualmente, según el Estado miembro, desde los tres a los 60 días[691].

Sin embargo, el papel del TJUE ha sido, de nuevo, excesivamente indulgente con los Estados miembros. Así, ante una cuestión prejudicial que planteaba si una normativa belga que preveía un plazo de diez días naturales para la interposición de un recurso sobre la inadmisibilidad de una solicitud de protección posterior¸ a contar desde que se notifica la desestimación, y que prevé que, en caso de que el solicitante no haya designado un domicilio en Bélgica la notificación se realice a la sede de la autoridad nacional competente para examinar tales solicitudes, era compatible con las previsiones del artículo 46 de la Directiva de Procedimiento, y el artículo 47 de la CDFUE; el TJUE contestó derivando la decisión a la valoración del juez nacional en cada caso[692].

En aquella sentencia, el TJUE reconoció que la fijación de plazos preclusivos en esta materia garantiza una tramitación más rápida de las solicitudes inadmisibles, y más eficaz

---

690 STEDH de 5 de mayo de 2002. *Asunto Conka c. Bélgica*. §79. «El Tribunal considera que la noción de recurso efectivo del artículo 13 exige que el recurso pueda impedir la ejecución de medidas contrarias al Convenio y cuyos efectos sean potencialmente irreversibles. Por consiguiente, es incompatible con el artículo 13 que tales medidas se ejecuten antes de que las autoridades nacionales hayan examinado si son compatibles con el Convenio, aunque los Estados contratantes gozan de cierta discrecionalidad en cuanto a la forma de cumplir sus obligaciones en virtud de esta disposición».

691 En este sentido, el Tribunal Constitucional austriaco consideró que el plazo de dos días para presentar un recurso ante la desestimación de la solicitud de protección internacional era insuficiente (Sentencia del Tribunal Constitucional de Austria nº G31/98, G79/98, G82/98 Y G108/98 de 24 de junio de 1998. Y en 2005, el Tribunal Constitucional de Eslovenia se pronunció en el mismo sentido sobre el plazo previsto de 3 días (Sentencia de 26 de mayo de 2005 338/05-11U-176/05).

692 STJUE de 9 de septiembre de 2020, C.- 6511/19 *J.P. y Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.*

para quienes están legitimados a beneficiarse del estatuto de protección, y que por tanto contribuyen al buen desarrollo del procedimiento de examen de las solicitudes de protección internacional. Pero, sin embargo, puntualizó que en aras del principio efectividad, dicho plazo debe ser materialmente suficiente para la interposición del recurso[693]. Y, puesto que la Directiva de procedimiento 2013/32 garantiza una serie de derechos procesales para los recurrentes, «solamente puede considerarse que un plazo para presentar recurso es materialmente suficiente (...) si se garantiza el acceso del solicitante a las garantías procesales mencionadas (...) dentro de ese plazo»[694],

Sin embargo, el TJUE no se pronuncia al respecto y delega en el órgano jurisdiccional remitente el deber de comprobar que el solicitante haya tenido esas garantías. Lo que no resulta coherente con los principios de efectividad y de seguridad jurídica. A todas luces parece más conveniente que, con la reforma de la Directiva de procedimiento en un Reglamento, se fijen plazos comunes en aras de garantizar el principio de efectividad, que justifica la limitación del principio de autonomía procesal[695].

El Tribunal de Justicia también se ha tenido que pronunciar sobre la fijación de plazos para resolver. Y ha reiterado que la efectividad del derecho al recurso efectivo garantizado por el artículo 46.3 de la Directiva de procedimiento, exige a los EEMM garantizar que se lleve a cabo un examen completo y *ex nunc*, tanto de los hechos, como de los fundamentos de derecho, cuando se interponga un recurso frente a una resolución relativa a una solicitud de protección internacional[696]. También, cuando el recurso se interponga frente a la inadmisibilidad de tal resolución. E incluso, que si el órgano jurisdiccional considera necesario oír al solicitante para llevar a cabo ese examen *completo y ex nunc*, entonces estará obligado a celebrar una audiencia con el solicitante contando con un intérprete si es necesario[697].

---

[693] STJUE de 9 de septiembre de 2020, C.- 6511/19 *J.P. y Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides. §55-56*

[694] STJUE de 9 de septiembre de 2020, C.- 6511/19 *J.P. y Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides. § 63.*

[695] STJUE de 19 de marzo de 2020 C.- 406/18 *PG y Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* §26

[696] STJUE de 19 de marzo de 2020 C.-564/18 *LH y Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* §65; y STJUE de 19 de marzo de 2020 C.- 406/18 *PG y Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* §28.

[697] STJUE de 19 de marzo de 2020 C.-564/18 §71; y STJUE de 25 de juliode 2018 C.- 585/16 *Alheto* §126 y 128. Aunque al respecto, también conviene recordar que el TJUE ha señalado que no es imperativo conceder audiencia a un solicitante en un recurso frente a una resolución denegatoria por considerar la

Por todo ello, el TJUE concluyó que, aunque la fijación de un plazo de ocho días para que la autoridad resuelva puede ser un plazo adecuado en los casos más evidentes; puede resultar insuficiente para llevar a cabo un examen completo y *ex nunc* y garantizar a los solicitantes todas las garantías previstas en la Directiva de Procedimiento. En estos casos, el principio de efectividad del Derecho de la Unión «obliga a dicho órgano jurisdiccional a dejar sin aplicación la normativa nacional que considere imperativo tal plazo»[698]. Lo cual, matiza el TJUE, no exime al órgano jurisdiccional de toda obligación de celeridad, en tanto que la propia Directiva de Procedimiento considera como un objetivo que las solicitudes se resuelvan lo antes posible[699]. Pero si a considerar «indicativo el plazo que se le ha concedido, incumbiéndole resolver lo más rápidamente posible cuando expire ese plazo»[700].

Y en aras de garantizar el efecto útil del artículo 46.3 de la Directiva de procedimiento, derivada del artículo 47 de la CDFUE, el TJUE también ha señalado que todos los Estados miembros deben establecer en su Derecho nacional que, «tras la anulación de la decisión inicial, y en caso de devolución del expediente al órgano *cuasijudicial* o administrativo (...) la nueva decisión se adopte en el menor tiempo posible y sea conforme a la apreciación contenida en la resolución que anuló la decisión inicial»[701]. Incluso, llegando a señalar la obligación del Tribunal de «modificar la resolución administrativa controvertida, que no resulte conforme con su sentencia dictada anteriormente, y sustituir tal resolución administrativa por su propia decisión sobre la protección internacional (...)

---

solicitud manifiestamente infundada, cuando «las circunstnacias fácticas no dejan lugar a dudas en cuanto a la fundamentación de dicha resolución, a condición de que, por un lado, el el procedimiento en primera instnacia, se haya brindado al solicitante la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal sobre su solicitud de protección internacional, conforme al artículo 14 de Deicha Directiva, y que el informe o la transcripción de dicha entrevista, si se realizó, se haya incorporado al expediente(...) y por otro lado, el órgnao jurisdiccional que conoce del recurso pueda cacordar tal audiencia si lo considera necesario a efectos del examen completo y *ex nunc* (...)». STJUE de 26 de julio de 2017 C.- 348/16 *Moussa Sacko y Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano.*

[698] STJUE de 19 de marzo de 2020 C.-564/18 *LH y Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* §73-75; STJUE de 19 de marzo de 2020 C.- 406/18 *PG y Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* §34.

[699] Considerando nº 18 de la Directiva de Procedimiento 2013/32: «En interés tanto de los Estados miembros como de los solicitantes de protección internacional, debe tomarse cuanto antes una decisión sobre las solicitudes de protección internacional, sin perjuicio de que se efectúe un examen suficiente y completo».

[700] STJUE de 19 de marzo de 2020 C.-564/18 *LH y Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* §76; STJUE de 19 de marzo de 2020 C.- 406/18 *PG y Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* §35-36.

[701] STJUE de 25 de julio de 2018 C.- 585/16 *Serin Alheto y Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite* §148.

dejando inaplicada al mismo tiempo la normativa nacional que le prohíbe en principio proceder de esa manera»[702] siempre que no hayan surgido nuevos elementos que amparen la decisión del órgano administrativo y que, en ese caso, harían necesaria un nuevo examen. Pues de otra manera, «el derecho a la tutela judicial efectiva sería ilusorio» y «el artículo 46.3 de la Dir. 2013/32 quedaría privado de todo efecto útil»[703].

Con todo ello, la actual propuesta de reforma concreta los plazos que deben introducir los EEMM en sus legislaciones nacionales dentro de los cuales, los solicitantes deben interponer un recurso[704]: un mínimo de una semana en el caso de que se trate de un recurso frente a una resolución denegatoria que inadmita la solicitud, por su retirada implícita o por infundada, si en el momento de la resolución concurre alguna de las circunstancias que habilitan, según el nuevo artículo 40, un examen acelerado. Y plazos de entre dos semanas y dos meses en los demás casos. Además, estos deberán empezar a correr a partir de la fecha en que la resolución fue notificada, dejando el procedimiento de notificación a las legislaciones nacionales.

---

[702] STJUE de 29 de julio de 2019 C.- 556/17 *Alekszij Torubarov y Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal §77.*

[703]STJUE de 29 de julio de 2019. *Asunto Alezkszij Torubarov contra Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*. §57-59: «(…) el derecho a la tutela judicial efectiva sería ilusorio si el ordenamiento jurídico de un Estado miembro permitiera que una resolución judicial firme y obligatoria careciera de eficacia en detrimento de una parte (…). Es precisamente en este contexto en el que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32 quedaría privado de todo efecto útil si se admitiera que, después de que el órgano judicial de primera instancia haya dictado una sentencia mediante la que lleve a cabo, de conformidad con la citada disposición, una apreciación completa y *ex nunc* de la necesidad de protección internacional del solicitante en virtud de la Directiva 2011/95, el órgano cuasi-judicial o administrativo, previsto en el artículo 2, letra f), de la Directiva 2013/32, pudiera adoptar una resolución contraria a la apreciación del mencionado órgano judicial. Por consiguiente, si bien la Directiva 2013/32 no tiene por objeto uniformar de un modo preciso y exhaustivo las normas procedimentales que han de aplicar los Estados miembros cuando se trata de adoptar una nueva decisión sobre la solicitud de protección internacional tras la anulación de la resolución administrativa inicial que deniegue tal solicitud, del objetivo de aquella Directiva consistente en lograr una tramitación lo más rápida posible de las solicitudes de esta naturaleza y de la obligación de garantizar el efecto útil del artículo 46, apartado 3, así como del imperativo —derivado del artículo 47 de la Carta— de que se respete la tutela judicial efectiva, se desprende, sin embargo, que todos los Estados miembros vinculados por la Directiva en cuestión deben establecer en su Derecho nacional la obligación de que, tras la anulación de la resolución administrativa inicial y en caso de devolución del expediente al mencionado órgano cuasi-judicial o administrativo, la nueva resolución administrativa se adopte en el menor tiempo posible y se atenga a la apreciación contenida en la sentencia que anuló la resolución administrativa inicial (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Alheto, C-585/16§148)».

[704] Artículo 53 Propuesta modifi cada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia deprotección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE

Por su parte, la propuesta de reforma también aborda el efecto suspensivo del recurso, excluyendo su efecto suspensivo automático en los casos de denegación en el marco de un procedimiento acelerado, en los supuestos de inadmisión por primer país de asilo o solicitud posterior y denegación por renuncia implícita o explícita. Lo que ha levantado críticas que cuestionan la efectividad del recurso en estos casos[705]. Y es que, como veremos, cuando concurre alguna circunstancia que habilita que el examen de la solicitud se tramite por un procedimiento acelerado, las garantías disminuyen desproporcionadamente bajo una presunción de fraude que hace peligrar, incluso, el respeto al principio de *non refoulement.*

4.2.7 Garantías tras la desestimación de la solicitud: el procedimiento de expulsión.

Continuando con los fallos y vulneraciones que se pueden producir en el marco del procedimiento de protección internacional debemos analizar cuándo un rechazo, una expulsión o una devolución pueden suponer la violación de derechos fundamentales. Y es que, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado en numerosas ocasiones que el Estado tiene el derecho soberano de controlar las entradas en su territorio, y por tanto también de rechazar y expulsar al extranjero[706]. Una práctica que, como sabemos, está sometida a límites en el caso de que dicha medida ponga en riesgo la tutela del derecho a la vida (art. 2 CEDH); no garantice la prohibición de tortura (art.3 CEDH); no asegure el respeto a la vida privada y familiar (art.8 CEDH); y el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH). De esta manera, aunque el derecho al asilo, el derecho a no ser rechazado en la frontera o el derecho a no ser expulsado, no se encuentran directamente reconocidos en el CEDH, este proporciona una protección indirecta a los

[705] En este sentido puede verse el *Informe del Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo: Retos y oportunidades.* Elaborado por CEAR. 2022. P. 17

[706] Entre otras muchas: SSTEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica* §172; de 23 de febrero de 2012 *Hirsi Jamaa y otros c. Italia §113;* de 28 de mayo de 1985 *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. el Reino Unido §67.*

ciudadanos extranjeros en general, y a los solicitantes de protección internacional en particular[707].

En este mismo sentido, H. Labayle nos recuerda que, si bien el CEDH no garantiza el derecho de acceso de los extranjeros o el derecho de quedarse en el territorio de un Estado parte, si prohíbe que un derecho garantizado por el Convenio sea afectado *par riochet* en el momento de ejecutar una medida de alejamiento[708]. Por ello, a través del artículo 2 CEDH[709] y, en especial, del artículo 3 CEDH[710], el Tribunal ha podido elaborar una jurisprudencia donde ha fijado los límites a esa facultad del Estado para rechazar y expulsar con respeto al principio de *non-refoulement*[711]. Pues los términos del artículo 3

---

[707]SCUTO, F.: Op. Cit. 2012 p. 154 en referencia a NASCIMBENE, B. «Protocollo 4-art. 3 e 4» *En: Bartole, S. Conforti, B. e aimondi, L.: Comentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti Del´Uomo e delle Libertà Fondamentali. Padova. 2001. P. 891 y ss.*

[708] LABAYLE, H., "L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 13, nº 5, 1997, p. 977.

[709] En este sentido podemos ver el caso *Bader y Kanbor c. Suecia,* donde el TEDH consideró que la extraidición a Siria de un hombre condenado en rebeldía a la pena de muerte violaba los artículos 2 y 3 del CEDH. STEDH de 8 de noviembre de 2005. O también, el asunto *Öcalan,* relativo al líder del partido curdo PKK, que pidió asilo en Italia. Italia no extraditó a este ciudadano turco ante el riesgo de que fuese condenado a muerte. Aunque, como señala Scuto, el recurso a este artículo no ha producido una jurisprudencia significativa siendo el asunto *F.G c. Suecia* uno de los raros casos donde el TEDH ha observado el riesgo de violación del CEDH ante una medida de expulsión, no solo bajo la óptica del artículo 3, sino también del artículo 2. En el asunto, el TEDH intervino con una medida cautelar de suspensión de la expulsión en base al artículo 39 de su Reglamento. TEDH de 23 de marzo de 2016 *F.G c. Suecia.* Véase al respecto SCUTO, F.: «Immigrazione irregolare e diritti fondamentali nella lente di Strasburgo» en PORRAS RAMÍREZ, J.Mª. *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos.* Thomson Reuters Aranzadi. 2021. P. 443-464.

[710] En este punto es necesario señalar cuándo estamos ante tortura y ante tratos inhumanos o degradantes. Una explicación concisa nos la da BOZA MARTÍNEZ, D.: en su obra: *Los Extranjeros Ante el CEDH* de la Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812. 2007. p. 111 y ss. En ella el autor nos recuerda que en la jurisprudencia de Estrasburgo la tortura es una forma agravada de trato inhumano caracterizado por tener una finalidad: bien obtención de una confesión, o bien la mera causación de daño.(STEDH de 18 de enero de 1978. C. *Irlanda c. Reino Unido).* Mientras que el *trato inhumano* requiere que la conducta cause deliberadamente un sufrimiento grave (físico o psicológico) y que resulte injustificable. (Decisión de 5 de octubre de 1981 en el caso *Guzzardi c. Italia).* Y *trato degradante* aquel en que, no siendo necesario un elemento físico en la humillación (Informe de la Com. EDH en el caso *Asiáticos del Este Africano c. Reino Unido)* la conducta interfiere notablemente en la dignidad de la persona. Así, en la citada STEDH *Irlanda contra el Reino Unido* de 18 de enero de 1978 se considera un trato degradante aquel que "por su naturaleza creaba en sus víctimas sentimientos de miedo, de angustia y de inferioridad que podían humillarlas, rebajándolas y quebrantando en su caso su resistencia corporal o moral". Ahora bien, insistió el Tribunal en recordar en el asunto *Söering,* citando entre otras la STEDH *Tyrer,* que para que la pena o el trato que la acompaña sean *inhumanos* o *degradantes,* deberá observarse el conjunto de las circunstancias del caso. Especialmente el carácter y el contexto del trato o de la pena, así como sus modos de ejecución, duración, efectos físicos y mentales.

[711]Sobre las obligaciones que conlleva este principio resulta muy ilustrativa *la Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el*

son «escuetos y absolutos»[712], y no están sujetos a limitación alguna pues «consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas»[713], tal y como afirmó el TEDH en el caso *Söering;* primer precedente de protección indirecta del extranjero sobre la base de normas del CEDH[714]. Un asunto que supuso un punto de inflexión en la configuración del Convenio como instrumento de protección de los extranjeros ante medidas de expulsión[715], al aplicar el principio de alcance extraterritorial del citado precepto.

Y es que, pese a que el artículo 1 del Convenio limita su eficacia a la jurisdicción de los Estados firmantes, el Tribunal de Estrasburgo señaló que un Estado parte que lleva a cabo una extradición de un sujeto a un Estado donde puedan verse vulnerados sus derechos

---

Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Elaborada por ACNUR: «El principio de no devolución es de particular importancia para los solicitantes de asilo. En el tanto en que tales personas pueden ser refugiadas, es un principio establecido en el derecho internacional de los refugiados que no deben ser devueltos o expulsados estando pendiente de una determinación final de su estatuto». «La prohibición de no devolución ante un peligro de persecución según el derecho internacional de los refugiados es aplicable a toda forma de expulsión forzosa, incluyendo la deportación, expulsión, extradición, traslado informal o "entrega", y la no admisión en la frontera en las circunstancias descritas más abajo (…) El principio de no devolución según se encuentra previsto en el artículo 33 (1) de la Convención de 1951, como tal, no implica el derecho del individuo a que se le reconozca el asilo en un determinado Estado. No obstante, sí implica que cuando los Estados no se encuentren preparados para reconocer el asilo a personas que están solicitando protección internacional en su territorio, deben adoptar acciones que no den como resultado la deportación, directa o indirectamente, a un lugar donde la vida o la libertad de la persona estaría en peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas».

[712] Opinión de la Comisión Europea De Derechos Humanos (Formulada en el informe de la Comisión de 19 de enero de 1989). *A*sunto *Söering c. Reino Unido §103.*

[713] STEDH de 7 de julio de 1989 *Söering c. Reino Unido. Párrafo. 88:* «El artículo 3 no establece ninguna excepción y el artículo 15 no permite derogarlo en tiempo de guerra o de otro peligro nacional. Esta absoluta prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes demuestra que el artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa. Se incluye también en parecidos términos en otros textos internacionales; por ejemplo, en el Acuerdo internacional de 1966 obre los derechos civiles y políticos y en el Convenio Americano de Derechos Humanos de 1969; y por lo general se la considera como una norma internacionalmente aceptada». Una idea que se ha reiterado en una extensa jurisprudencia.

[714] SCUTO, F.: Op. Cit. 2012 p. 155 y ss. Y SCUTO F.: «Inmigrazione irregolare e diritti fondamentali nella lente di Strasburgo» En: PORRAS RAMÍREZ, J. Mª, *La inclusión de los migrantes ne la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos.* Thompson Reuters Aranzadi, 2021. P. 443-464.

[715] MORGADES GIL, S.: Op. Cit. Aunque, como nos recuerda la autora, la Comisión Europea de los Derechos Humanos (órgano competente en funciones hasta el 31 de octubre de 1999) ya había adoptado decisiones en las que admitió las alegaciones de demandantes de asilo en relación con el artículo 3 por expulsiones ya realizadas a países donde los demandantes podían ser sometidos a tortura o tratos inhumanos. Así, *Amekrane et autres c. Royaume Uni. Nº 5961/72; Harabi v. Netherlands nº 10798/84*

supone una violación del Convenio por parte del Estado extraditante. Y el mismo principio sirvió para que, poco después, en 1991, el TEDH extendiera la protección a las expulsiones de inmigrantes que se encuentren irregularmente en el Estado.

Fue en el asunto *Cruz Varas*[716], relativo a una familia chilena que solicitó asilo en Suecia alegando que el padre estaba siendo perseguido por su actividad política durante la dictadura de Pinochet. En 1988 las autoridades suecas rechazaron otorgarles el estatuto de refugiado, y se aprobó una orden de expulsión. La familia recurrió al Tribunal de Estrasburgo alegando que la ejecución de tal orden supondría una violación del artículo 3CEDH. En aquel caso, el TEDH consideró que no quedaba suficientemente probada la posibilidad de sufrir torturas o tratos inhumanos y desestimó la demanda. Pero lo emblemático de esta sentencia es que el Tribunal dio un paso más de *Söering*, y optó por ampliar la tutela del artículo 3, más allá de la extradición, a las expulsiones, devoluciones y denegaciones de entrada a extranjeros:

> *«Aunque el presente caso atañe a una expulsión, una cuestión distinta a la decisión de extraditar, la Corte considera que los principios arriba enunciados (la responsabilidad del Estado origen por la posible vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 3 en el Estado destino) se aplican igualmente a las decisiones de expulsión y a fortiori a los concretos casos de expulsión».*[717]

Lógicamente, el TEDH observa el riesgo, y no necesariamente el daño. Así, en el caso *Söering*, el Tribunal consideró que se había vulnerado el Convenio, a pesar de no haberse llevado a cabo la extradición. Y así lo afirmó en el párrafo 90: «En principio, no corresponde a los órganos del Convenio resolver sobre las violaciones futuras. Sin embargo, hay que hacer una excepción a esta regla general cuando un fugitivo alega que la ejecución de la resolución de extradición infringirá el artículo 3 por las consecuencias

---

[716] STEDH de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas c. Suecia.* Esta sentencia abrió la puerta a otros pronunciamientos similares como *Chahan c. Reino Unido; Labari c. Turquia; o Hilal c. Reino Unido.* En esta última resulta necesario advertir que el Tribunal Europeo señaló que había que tener en cuenta que el hecho de ser, o haber sido demandante de asilo, puede suponer una especial vulnerabilidad que se debe tener en cuenta. Una apreciación que comparte el Comité de Derechos Humanos en asuntos como *Mehrez Ben Abde Hamida c. Canadá.* Pero frente a la que se ha posicionado en contra el Comité contra la Tortura, que considera que no le incumbe la "condición jurídica" de la persona en el país en que se encuentra. (Comunicación Nº 104/1998, decisión del Comité contra la tortura de 5 de mayo de 1999).

[717] STEDH de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas c. Suecia. § 70.*

que se teme se produzcan en el país de destino. Está en juego la eficacia de la garantía que establece el precepto, a la vista de la gravedad y del carácter irreparable del posible sufrimiento del interesado».

Aunque poco después, el TEDH cambió de criterio en el asunto *Vijayanathan y Pusparajah c. Francia*[718]. Donde consideró que no existía violación del Convenio hasta el momento en que se conduzca a los solicitantes a la frontera, por lo que el Tribunal no entró a valorar las razones esgrimidas por lo recurrentes y señaló que no podían considerarse aún victimas de ninguna violación[719]. Un razonamiento que contradice el espíritu del Convenio al impedir a una persona denunciar una inminente violación de sus derechos, obligándola a sufrirla primero sin garantía alguna de su resarcimiento. Por ello, el Tribunal volvió a recuperar la línea jurisprudencial marcada por *Söering* en el ya citado asunto *Chahal c. Reino Unido.* Reiterando la posibilidad de apreciar potenciales violaciones del Convenio ante futuras expulsiones[720].

4.2.7 a) La evaluación del riesgo y el concepto de país seguro.

Por todo ello, y conscientes de que un procedimiento de protección internacional deficiente puede finalizar con una denegación de la protección y una expulsión, resulta interesante plantearnos cuándo se produce esa violación del Convenio por una orden de expulsión o extradición. Y es que la observancia de los riesgos existentes en el país de origen deben observarse desde dos ópticas. Por un lado, como motivo de concesión de la protección internacional, en el momento de examen. Pero también, a efectos de la expulsión. Por ello, el SECA ha definido una serie de conceptos esenciales:

El concepto de *país de origen seguro,* definido en el artículo 36 de la Directiva de procedimiento[721], referido al país de origen de un solicitante, puede dar lugar a la

---

[718] STEDH de 27 de agosto de 1992 *Vijayanathan y Pusparajah c. Francia.*

[719] BOZA MARTÍNEZ, D.: Op. Cit. 2007 p. 116.

[720] BOZA MARTÍNEZ, D.: Op. Cit.2007 p. 117

[721] Art. 36 Directiva de Procedimiento 2013/32: «1. Un tercer país designado como país de origen seguro de conformidad con la presente Directiva podrá, tras un examen individual de la solicitud, ser considerado país de origen seguro para un solicitante concreto solo si: a) el solicitante posee la nacionalidad de dicho país, o b) es apátrida y anteriormente tuvo su residencia habitual en dicho país, y no ha aducido motivo grave alguno para que el país no se considere país de origen seguro en sus circunstancias particulares a los

tramitación de su solicitud a través de un procedimiento acelerado, en frontera o en una zona de tránsito (art. 31.8 letra b). Lo que, como se ha señalado anteriormente, conlleva una reducción de las garantías del procedimiento. Además, el artículo 37 de la Directiva permite que los EEMM elaboren un listado con los países de origen seguros, a efectos del examen de las solicitudes de protección. Un listado que deberá cumplir con los parámetros señalados en el Anexo I de la Directiva[722].

Por otra parte, la Directiva de procedimiento también define el concepto de *tercer país seguro,* en su artículo 38 en base a una serie de elementos que deben darse a fin de garantizar que en ese tercer país -del cual el solicitante no es nacional ni residente habitual en caso de ser apátrida- el solicitante recibirá un trato conforme a los siguientes principios:

a) Su vida o libertad no están amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política.
b) No hay riesgo de daños graves[723].
c) Se respeta el principio de no devolución.
d) Se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

---

efectos de su derecho a ser beneficiario de protección internacional de conformidad con la Directiva 2011/95/UE. 2. Los Estados miembros establecerán en su Derecho interno normas y procedimientos para la aplicación del concepto de país de origen seguro.

[722] Según el anexo I: «Se considerará que un país es un país de origen seguro cuando, atendiendo a la situación jurídica, a la aplicación del Derecho dentro de un sistema democrático y a las circunstancias políticas generales, pueda demostrarse que de manera general y sistemática no existen persecución en la acepción del artículo 9 de la Directiva 2011/95/UE, tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno. Al realizarse esta valoración se tendrá en cuenta, entre otras cosas, el grado de protección que se ofrece contra la persecución o los malos tratos mediante: a) las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país y la manera en que se aplican; b) la observancia de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, en particular aquellos que, con arreglo al artículo 15, apartado 2, del referido Convenio Europeo, no son susceptibles de excepciones; c) el respeto del principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) la existencia de un sistema de vías de recurso eficaces contra las violaciones de dichos derechos y libertades».

[723] El concepto de *daños graves* lo define el artículo 15 la Directiva de Requisitos 2011/95 como: «a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno».

e) Existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra.

Cuando concurren estas circunstancias y se considera que ese tercer país es *seguro*, las consecuencias van, desde la posible inadmisión de la solicitud[724], a su devolución a ese país a tenor del artículo 3.3 del Reglamento Dublín III[725]. Y precisamente por estas consecuencias, resulta esencial no solo observar que el tercer país sea *seguro*, también, la relación que el solicitante tiene con el mismo. Partiendo de la base de que no se trata de su país de origen, el artículo 38, apartado 2, dispone que los Estados establezcan normas relativas a la relación existente entre el solicitante y ese tercer país, que justifiquen de manera razonable, que el solicitante fuera al mismo. Y el TJUE ha tenido que precisar que resulta incompatible con el Derecho de la Unión una norma nacional que considere existente la *relación* entre el solicitante y un *tercer país seguro* solo por el mero tránsito[726]. Y, por ello, consideró contraria al Derecho de la Unión la normativa húngara que permitía rechazar por inadmisibles las solicitudes de protección internacional de aquellos solicitantes que habían entrado en Hungría a través de Serbia.

Por último, la Directiva también define *"tercer país seguro europeo"* en el artículo 39 de la Directiva de Procedimiento, que hace referencia a Estados europeos, que no forman parte de la Unión[727], que han ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y el CEDH, y «cumple sus disposiciones»; y que cuenta además con un

---

[724] Art. 33.2, letra c) de la Directiva de Procedimiento 2013/32.

[725] Art. 3.3 del Reglamento 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido)Todo Estado miembro conservará la posibilidad de enviar a un solicitante a un tercer país seguro, de conformidad con las normas y garantías establecidas en la Directiva 2013/32/UE.

[726] STJUE de 19 de marzo de 2020 C.- 564/18 *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal §45-49.* Y la STJUE de 14 de mayo de 2020 C.- 924/19 y C.- 925/19 *FMS, FNZ, SA, SA Junior y Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, §158: «las posibilidades de que dicho solicitante impugne la existencia de la relación con ese tercer país, no tendría razón de ser si el mero tránsito del solicitante de protección internacional por el tercer país de que se trate constituyera una relación suficiente o significativa a tal efecto».

[727] Sobre la particular situación de los solicitantes de asilo de nacionales de la UE y el protocolo que lo regula puede leerse a RIDAURA MARTINEZ, Mª J.: «Las solicitudesd e asilo de nacionales de Estados miembro de la Unión Europea». En: PORRAS RAMÍREZ, J. Mª *Migraciones y asilo en la Unión Europea.* Thomson Reuters Aranzadi. 2020. P. 229-254.

procedimiento de asilo legalmente establecido. Y, como consecuencia, cuando el solicitante haya entrado a través de un *tercer país seguro europeo*, el EEMM podrá no examinar (o no completamente) su solicitud de protección o las cuestiones sobre la seguridad del solicitante en sus circunstancias particulares.

En definitiva, del estudio de la normativa podemos concluir que el principal problema que conlleva la asunción de estos términos es que derivan en una disminución de las garantías procesales, por ejemplo, mediante su tramitación por el procedimiento acelerado; o directamente dando lugar a un examen sobre la admisibilidad de la solicitud que, en caso de negativa, ni siquiera llega a estudiar el fondo. Y a la vez, suponen una discriminación, prejuzgando una solicitud en función del país de origen, aun cuando puede no tener relación con las circunstancias personales que alegue la persona interesada. Y, en la práctica, supone además una inversión de la carga de la prueba donde el solicitante tiene que demostrar que ese país no le resulta *seguro*[728]. A pesar de ello, la propuesta de reforma parece encaminada a una mayor armonización de estos conceptos y su uso para agilizar los procedimientos[729]. Y, aunque consideramos más garantista la supresión de estos conceptos, esta opción no parece probable. Y por ello, la opción de una mayor armonización resulta más garantista y aporta mayor seguridad jurídica sobre el procedimiento de protección, y mayor efectividad de sus garantías. Algo que, observando los Estados que se consideran *seguros* por los EEMM, no sucede[730].

---

[728] Esto parece deducirse de los considerandos 40: « Cuando un tercer país puede considerarse como país de origen seguro, los Estados miembros deben estar en condiciones de considerarlo seguro y presuponer que es seguro para un solicitante concreto a menos que este último presente indicaciones en contra». Y 42: «es importante que, cuando un solicitante demuestre que existen motivos válidos para que no se considere a un país como seguro en sus circunstancias particulares, la designación del país como seguro ya no puede considerarse en cuanto a lo que dicho solicitante se refiere». Y en el mismo sentido lo considera SOLER GARCÍA, C: « ¿La noción de "país seguro" es segura? Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66. 2020 P.566: «Por tanto, la carga de la prueba recae sobre el solicitante, quien debe probar el temor fundado de persecución o riesgo grave y, además, demostrar que su país de procedencia no es seguro para él debido a las circunstancias particulares que tendrá que demostrar».

[729] Recordemos que, como se ha señalado previamente, el artículo 40 de la propuesta de Reglamento de procedimiento prevé la obligación para los EEMM de tramitar mediante un procedimiento acelerado las solicitudes que provengan de nacionales de estados seguros o de terceros estados seguros, y además, cuando provengan de un Estado cun un porcentaje de concesión de estatutos de protección internacional igual o inferior al 20% en la UE.

[730] A modo de ejemplo, a 25 de marzo de 2023, el listado de *países seguros* según Italia, tras la supresión de Ucrania del mismo el 11 de marzo de 2022 queda así: Albania, Argelia, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Costa de Marfil, Gambia, Georgia, Ghana, Kosovo, Macedonia del Norte, Marruecos, Montenegro,

Sin embargo, cuando la Comisión presentó en 2015 una propuesta de un listado común de *países seguros* se incluía, por ejemplo, a Turquía. Por lo que, a la vista de la deriva securitaria que ha alcanzado en los últimos años, estrechando los lazos con Estados como Marruecos o Libia, tampoco supone una garantía[731].

En cualquier caso, con listado o sin él, las obligaciones de los Estados respecto a la garantía del principio de *non refoulement* y de otras disposiciones del CEDH no se extinguen. El EEMM tiene la obligación de cerciorarse de que la expulsión no atenta contra las disposiciones del CEDH y, en particular, de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Y, en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha venido interpretando la tutela al extranjero frente a su expulsión de manera extensiva[732], de modo que, para observar el riesgo de vulneración del artículo 3 CEDH, los actos contrarios pueden provenir de una autoridad pública de un país tercero; pero también de facciones políticas[733] ; o por individuos.[734] En estos casos, el Tribunal debe verificar si se somete al expulsado a un riesgo real; y si el Estado de destino es capaz de asegurar una protección adecuada. En este sentido, la Directiva de Cualificación 2011/95 contempla en su artículo 6, como *agentes de persecución o causantes de daños graves:* el Estado; partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio; y «agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a y

---

Nigeria, Senegal, Serbia y Túnez.Mientras que para Grecia son países seguros: Ghana, Senegal, Togo, Gambia, Marruecos, Argelia, Túnez, Albania, Georgia, India, Armenia, Pakistán, Bangladesh, Benín, Nepal y Egipto. Datos disponibles para consulta en: https://asylumineurope.org/reports/ últ. Consulta el 21 de junio de 2023. Y es que, como señala C. Soler, los listados son de lo más heterogéneos y algunos Estados, como España, no cuentan con un listado pero recurre *de facto* a estos conceptos para referirse e inadmitir las solicitudes procedentes de Marruecos y Argelia. SOLER GARCÍA, C. Op. Cit. 2020. P. 576-577. La autora, además, se remite a la SAN 1441/2018, donde la Audiencia Nacional se refiere a Marruecos afirmando que «esta Sección (lo) ha considerado en reiteradas sentencias un tercer país seguro».

[731] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una lista común a la UE de países de origen seguros a efectos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, y por el que se modifica la Directiva 2013/32/UE. Bruselas, 9 de septiembre de 2015. COM(2015) 452 final. La propuesta fue retirada el 21 de junio de 2019. Y sobre la misma se recomienda leer el trabajo ya citado de SOLER GARCÍA, C. Op. Cit. 2020 p. 571-574.

[732]SCUTO, F.: Op. Cit. 2012 p. 155 y ss.

[733] Como ocurre en la STEDH de 17 de diciembre de 1996 *Ahmed c. Austria.*

[734] STEDH de 27 de julio de 2005. *N c. Finlandia*

b, incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves definida en el artículo 7».

Aunque no basta con alegar que la inestabilidad política del país no garantiza el orden público[735]. En este punto, resulta muy interesante observar el criterio del TEDH a la hora de apreciar una violación del artículo 3 CEDH cuando se da una situación de violencia generalizada; puesto que son cada vez más habituales las solicitudes de protección que se producen de manera masiva por esta causa. Y, recordamos, que mientras que el artículo 38 de la Directiva de Procedimiento rechaza que un Estado pueda considerarse *seguro* cuando «hay riesgo de daños graves», el artículo 15 de la Directiva de Requisitos define como daño grave, entre otros, «las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno».

En este punto, observamos que la jurisprudencia del TEDH ha evolucionado a la hora de exigir una individualización del riesgo para estimarla violación del artículo 3CEDH. Pues si bien exigía la personalización del riesgo, el Tribunal ha ido admitiendo progresivamente la necesidad de atender, junto a estas, las circunstancias generales del país de origen.

Desde que en el caso *Vilvarajah c. Reino Unido*, al que ya nos hemos referido, el Tribunal afirmó que «las pruebas proporcionadas al Tribunal por lo que se refiere a los antecedentes de los demandantes y al contexto general en Sri Lanka no establecen que la situación personal de los interesados sería peor que la de la generalidad de los miembros de la comunidad Tamil o de otros jóvenes Tamil de sexo masculino que vuelven a su país».[736] Esa apreciación de una situación general de violencia le sirvió al Tribunal para desestimar la violación del artículo 3 del Convenio, pese a que el asunto fue juzgado cuando los demandantes ya habían sido retornados y donde tres de los cinco recurrentes habían sido efectivamente maltratados a su regreso a Sri Lanka[737]. Pero en el año 2005, a

---

[735] STEDH de 30 de octubre de 1991 *Vilvaraja y otros c. Reino Unido.*

[736] STEDH de *30 de octubre de 1991. Vilvarajah y otros c. Reino Unido.Párrafo 111.*

[737] MORGADES GIL, S.: Op. Cit. 2010 p. 816

partir del asunto *N. contra Finlandia*[738] el Tribunal cambió su restrictiva doctrina; y aunque mantenía un análisis comparativo, comenzó a considerar que en los casos en que la violencia es generalizada las exigencias de individualización del riesgo deben ser menos estrictas. Un cambio desarrollado en una extensa jurisprudencia durante un período del TEDH considerado por algunos autores como *activista*[739].

En definitiva, el Tribunal de Estrasburgo ha sostenido que para apreciar la violación del artículo 3 del Convenio, el riesgo debe ser personal, previsible y suficientemente grave. Y para observar cuáles son las consecuencias previsibles del retorno del demandante a un determinado país debe atenderse a la situación general del país, así como sus circunstancias personales. Y es más, el Tribunal ha llegado a considerar la violencia generalizada en un país tan extrema que el retorno implique *per se* una violación del artículo 3 CEDH. Pues, en los casos más graves, exigir «más circunstancias especiales distintivas» podría hacer «ilusoria la protección ofrecida por el artículo 3»[740]. Pudiendo concluir que cuantas más pruebas pueda aportar una persona sobe la existencia de un riesgo personalizado que le individualice, menor será el nivel de violencia generalizada exigido en el país de destino.

Una posición muy similar a la del TJUE y a la del Comité contra la tortura que, si bien ha afirmado que se debe tener en cuenta la existencia de un «cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos», ello no es suficiente. Debiendo demostrar que existe un riesgo previsible, real y personal[741] de ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes tras la expulsión. Un criterio que, sin embargo, no impidió que, en 2010, el Comité considerara la situación de violencia

---

[738] STEDH *de 26 de julio de 2005 N. contra Finlandia*.

[739] MORGADES GIL, S.: Op. Cit. 2010. P. 818 En referencia a: BOSSUYT, M. K «Strasbourg et les demanderus d´asile: des juges sur un terain glissant», B*ruylant. Bruselas. 2010. P. 139.* La autora señala así como representativas del cambio jurisprudencial en dicho período "activista" las SSTEDH: *Salah Sheekh c. Países bajos, de 11 de enero de 2007; Saadi c. Italia, de 28 de febrero de 2008; NA c.Reino Unido, de 17 de julio de 2008; Abdolkhani y Karminia c. Truquia de 22 de septiembre de 2009; Baysakov y otros c. Ucrania, de 18 de febrero de 2010; y Mawaka c. Países Bajos, de 1 de junio de 2010.*

[740] MORGADES GIL, S.: Op. Cit.2010 P. 819. En referencia a *STEDH Abdolkhani y Karimnia c. Turquía. de 22 de septiembre de 2009.*

[741] Decisión del Comité contra la Tortura de 30 de abril de 2009. *M.X c. Suiza. Comunicación Nº 324/2007.*

sexual contra las mujeres de tal gravedad, como para estimar que la devolución de una madre y su hija hacia la República Democrática del Congo constituiría una violación del artículo 3; pese a no haber aportado ningún factor que las individualizara[742].

Pero, sin duda, el principal problema que, en la práctica, limita el análisis del riesgo que conlleva una expulsión es la consideración preconcebida de determinados territorios como *seguros.* Y es que, no olvidemos que a tenor de la Directiva de Procedimiento, si la solicitud proviene de un nacional de un Estado seguro, puede conllevar la tramitación de su solicitud a través de un procedimiento acelerado[743], Y, a tal fin, el artículo 37 también prevé la posibilidad de que los EEMM incluyan en sus legislaciones internas listados de países considerados seguros, con arreglo a los criterios establecidos en el anexo I de la directiva[744]. Los cuales pueden dar lugar, incluso, a que se inadmita la solicitud[745]. Una cuestión que se enreda con cuestiones geopolíticas cuando ese país es socio preferente de la Unión o del Estado miembro, en particular; y centinela de una determinada frontera. ¿Cómo no se va a considerar seguro a Marruecos[746], o a Turquía si son ellos quienes deben contener la inmigración y readmitir a quienes Europa *devuelve?*

---

[742] MORGADES GIL. S. Op. Cit. en referencia al asunto *Eveline Njamba y Kathy Balikosa c. Suecia.* Comunicación N 322/2007. Decisión del Comité contra la tortura de 14 de mayo de 2010.

[743] Artículo 31.8, letra b de la Directiva de Procedimiento 2013/32.

[744] Según el anexo I: «Se considerará que un país es un país de origen seguro cuando, atendiendo a la situación jurídica, a la aplicación del Derecho dentro de un sistema democrático y a las circunstancias políticas generales, pueda demostrarse que de manera general y sistemática no existen persecución en la acepción del artículo 9 de la Directiva 2011/95/UE, tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno. Al realizarse esta valoración se tendrá en cuenta, entre otras cosas, el grado de protección que se ofrece contra la persecución o los malos tratos mediante: a) las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país y la manera en que se aplican; b) la observancia de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, en particular aquellos que, con arreglo al artículo 15, apartado 2, del referido Convenio Europeo, no son susceptibles de excepciones; c) el respeto del principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) la existencia de un sistema de vías de recurso eficaces contra las violaciones de dichos derechos y libertades».

[745] Artículo 33.2, letra c de la Directiva de Procedimiento 2013/32.

[746] Como se ha evidenció en el caso de *A.C c. España* (STEDH de 22 de abril de 2014 *A.C. c. España)* Y, una vez más, en junio de 2023 ante la negativa de Francia de conceder asilo a los raperos marroquíes Dounia y Adnane Filali, perseguidos por sus críticas al régimen de Mohamedi VI. Los raperos, en huelga de hambre en el momento que se escriben estas líneas, han denunciado que no se haya seguido un procedimiento con

4.2.7 b) Expulsiones *colectivas.*

Por otra parte, debemos también observar el propio procedimiento de expulsión. Pues resulta inútil prever un sistema de evaluación del riesgo al que se expone a un solicitante con una medida de expulsión, si esta se ejecuta sin realizar un examen de las circunstancias particulares o, incluso, sin identificar a quien es directamente *expulsado*, *devuelto* o *rechazado*.

Y es que, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, las políticas europeas que recaen en materia migratoria, se han centrado tanto en la seguridad, que han hecho extremadamente difícil (y poco probable) que los solicitantes de asilo puedan acceder al espacio *Schengen* sin la previa autorización vía visado. Por lo que se han hecho merecedoras del nombre «políticas de *non-entrée»*[747]. En este sentido, siendo el principio fundamental del sistema *Dublín* la regla del Estado de entrada, algunos autores han señalado que la estrategia que subyace de ello no es otra que la de incentivar la diligencia en las labores de defensa de la integridad del espacio Schengen[748]. Por este motivo, la Unión y los Estados, sobre todo aquellos periféricos, han llevado a cabo diversas medidas con el fin de proteger sus fronteras, y las del resto de la Unión, de la inmigración ilegal: desde complejas estructuras y sistemas de vigilancia, a una serie de prácticas llevadas a cabo por los Estados miembros cuya finalidad es desarrollar expulsiones sumarias. Nos referimos aquí a la política italiana de *rispingimento*[749], o la española de *devoluciones en caliente* que, bien en tierra como práctica de rechazo en frontera; o bien en el mar a modo

---

todas las garantías en el examen de su solicitud y que, al contrario, se difundiera entre las comisarías la orden de no protección a estas personas.

[747] Esta expresión, formulada en términos antitéticos respecto de los deberes de *non-refoulement* es de HATAWAY, J.C «The Emerging Politics of Non-Entrée» *Refugees, vol. 91. 0992. Pp. 40-41.* Y una versión actualizada la encontramos en HATHAWAY, J.C, y GAMMELTOFT-HANSEN, T. «Non- Refoulement in a World of Cooperative Deterrence». *En: Law ansd Economics Working Papers. Art106. 2014. Pp.1-10.*

[748] SÁNCHEZ LEGIDO. Op. Cit. 2017. p. 443.

[749] Destaca aquí la STEDH del 21 de octubre 2014. *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* Donde el TEDH estima la violación de los artículos 3, 13 y 4 del CEDH de 32 ciudadanos afganos, dos sudaneses y un eritreo que fueron devueltos a Grecia de manera automática, sin posibilidad de acceder al procedimiento de asilo, Se trata de una aplicación automática del Reglamento Dublín que, como hemos visto al inicio del trabajo es contraria a la jurisprudencia del Tribunal que insiste, una vez más, en que se debían haber observado y tenido en consideración las graves ineficiencias del sistema de asilo griego.

de «muro de Berlín flotante»[750], pretenden evitar la llegada a suelo europeo de inmigrantes irregulares dejando al margen ciertas garantías exigidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[751].

Las garantías procesales que deben estar presentes en el procedimiento de expulsión a raíz de la jurisprudencia europea tienen como pilar fundamental la obligación de llevar a cabo un examen riguroso de la situación personal del extranjero antes de proceder a dictar y a ejecutar la orden. De esta premisa emanan todas las demás garantías procesales, que tienen como finalidad, en último término, evitar que la orden de expulsión conlleve la violación de los derechos del expulsado.

Esa garantía de un examen individual se *blinda* con la prohibición de las expulsiones colectivas[752], que implica que todo procedimiento de expulsión debe tener una naturaleza individual. Prohibiendo así toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país salvo cuando esa medida se ha tomado en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que componen el grupo. Así se ha definido por una larga jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo[753] que ha insistido en que el carácter determinante de una expulsión colectiva no es el número de extranjeros receptores de la medida, sino la ausencia de ese examen razonable y objetivo. De tal forma que, incluso cuando la expulsión afecta a dos personas,

---

[750]SÁNCHEZ LEGIDO, A.: Op. Cit.2017 en referencia a: Hongju Koh, H. «Closed-Door Policy for Refugees». *Legal Times, núm. 36.1993. p. 414*

[751] Sobre esta materia se recomienda la lectura de la obra de ABRISKETA URIARTE, J.: *Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea. Limites del Reglamento de Dublín III.* Thompson Reuters Aranzadi. 2020.

[752] Las expulsiones colectivas se encuentran prohibidas por el artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH; y en el ámbito del Derecho de la Unión se prohíben implícitamente por el artículo 78 del TFUE que ordena que la política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, sea coherente con la Convención de Ginebra, el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados «así como a los demás tratados pertinentes». Y de un modo explícito, por el artículo 19 de la CDFUE.

[753] Entre otras: en el asunto de 23 de febrero de 1999 *Andric c. Suecia*: STEDH de 15 de diciembre de 2016 *Khlaifia y otros c. Italia*; de 5 de febrero de 2002 *Conka c. Bélgica*; de 31 de mayo de 2005 *Davydov v. Estonia; de* 20 de septiembre de 2007 *Sultani c. Francia;* de 7 de abril de 2009 *Ghulami v. France;* o las más recientes sentencias del 2020, *Moustahi c. Francia* de 25 de junio de 2020 *y N.D y N.T c. España,* de 13 de febrero de 2020.

puede considerarse colectiva si estas no han tenido la oportunidad de exponer sus circunstancias personales individualmente[754].

Esta prohibición se fundamenta, como se ha señalado, en asegurar un examen razonable de las circunstancias individuales de cada extranjero a fin de respetar los límites que deslegitimarían la expulsión. Y es precisamente el riesgo de vulnerar una norma de *ius cogens*, lo que justifica la obligación para las autoridades de llevar a cabo un estudio individual y, en definitiva, un proceso de expulsión con todas las garantías, independientemente de la situación administrativa de los expulsados. Aunque no se considerara así en la polémica sentencia de *N.D y N.T c. España*[755].

Y es que, durante el examen individual, la autoridad debe ponderar los derechos de la persona en juego y su afectación si se lleva a cabo la orden de expulsión. Y por eso resulta aplicable todo lo dicho anteriormente sobre el eventual carácter suspensivo del recurso en consideración de las consecuencias que tendría la materialización del riesgo. Aunque esto conlleva, de manera lógica, que tras el estudio de la situación que finaliza permitiendo tal expulsión, la misma se lleve a cabo en un plazo breve para evitar que la situación pueda cambiar y el estudio haya resultado en vano; así como para limitar las medidas restrictivas de libertad que generalmente acompañan estas medidas de expulsión[756].

---

[754] No podemos dejar de comentar en este punto, siquiera brevemente, el valor de la STEDH ND y NT. C. España del año 2020 donde el TEDH, en un giro de 180 grados respecto a su jurisprudencia anterior, avaló las expulsiones sumarias de los demandantes justificándolas por la propia conducta de estos. En concreto, por su llegada por vías irregulares al territorio español. Con esta polémica sentencia, la Gran Sala revocó la condena que se había impuesto a España en el año 2017 cuando se consideró esta práctica, comúnmente conocida como *devoluciones en caliente*, en la que no se llegó ni a identificar a los demandantes antes de expulsarlos, contraria al CEDH. En el polémico fallo la Gran Sala dio un giro de 180 grados respecto de la primera sentencia del 2017 y rebajó alarmantemente el canon de protección.

[755] En la STEDH de 14 de febrero de 2020. *Asunto N.D y N.T c. España*, la Gran Sala justificó la ausencia de un procedimiento, donde ni siquiera fueron identificados, por la conducta de los demandantes. Y si bien, esta es una de las causas que justifican en la jurisprudencia del TEDH las expulsiones colectivas, que sean atribuibles a la conducta de los expulsados, en este caso esa conducta se refería únicamente a su entrada ilegal. Reduciendo notablemente las garantías para los extranjeros en situación administrativa irregular.

[756] Resulta muy interesante señalar lo ocurrido durante la vigencia del primer Estado de Alarma del año 2020. Y es que, el artículo 15.4 de la Directiva 2008/115 establece que el internamiento dejará de estar justificado cuando no haya perspectiva razonable de expulsión. Y atendiendo a esta obligación, así como a la situación sanitaria que exigía reducir las situaciones de hacinamiento, el Juzgado de Instrucción nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria dictó el 30 de marzo de 2020 un auto por el que se ordenaba que, de la manera más ágil posible, se remitiera a los migrantes internos en un Centro de Internamiento de las Palmas de Gran Canaria, a centros de carácter social: «Teniendo en cuenta que el único derecho que le está limitado a los internos en el referido Centro de Internamiento es la libertad ambulatoria porque los mismos son

En concreto, la jurisprudencia del TEDH y del TJUE obliga a considerar los límites absolutos y los no absolutos. Como límites no absolutos, la jurisprudencia obliga a observar antes de proceder a una expulsión la salud del expulsado[757]; la vida privada y familiar[758]; y el derecho a un proceso equitativo, observando si en el país de retorno el expulsado podrá ser objeto, por ejemplo, de una detención arbitraria o de una sanción grave que derive de un proceso sin garantías[759]. Y como límites absolutos, observar el interés superior del niño, y la referida prohibición absoluta del artículo 3 del CEDH. Mediante esta prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes[760], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha podido elaborar una jurisprudencia donde ha fijado

---

susceptibles de ser expulsados del territorio nacional, y que tales expulsiones no van a ser posibles por el estado de alarma establecido en el Decreto del día 14 de Marzo del presente año, prorrogado el día 27 de Marzo, toda vez que tales vuelos han sido prohibidos, y teniendo en cuenta el prioritario derecho a la salud de que gozan los internos y los servidores públicos…».

[757] A lo largo de una jurisprudencia muy restrictiva, el TEDH ha insistido en que no se trata de pailar las desigualdades médicas existentes entre los Estados (STEDH de 27 de mayo de 2008. *N. c. Reino Unido)*. Y aunque la jurisprudencia ha evolucionado podemos deducir que, a partir de la STEDH de 2 de mayo de 1997. *D. c. Reino Unido*, el elemento decisorio no es la atención médica que vaya a recibir en el otro Estado sino el estado de salud en el momento en que se produciría la expulsión. Concluyendo de tal modo que sólo cuando la misma sea inviable, es decir, que su estado de salud vaya a empeorar considerablemente por el mero traslado, se estimaría como violación del artículo 3 CEDH.

[758] Al respecto, el TEDH señaló en la STEDH *Moustaquin c. Bélgica*: «que la exclusión de una persona de un país donde residen sus familiares cercanos puede suponer una violación del derecho a la vida familiar tal y como se encuentra garantizado por el artículo 8.1 del Convenio». Y así se ha considerado, entre otros muchos asuntos tanto por medidas de expulsión como de deportación o por la prohibición temporal de residencia. Un análisis muy interesante sobre este derecho y su incidencia como límite en las expulsiones puede observarse en D. Boza Martínez, D.: «Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812.2007*.

[759] Como se consideró en la STEDH *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido, de 17 de enero de 2012* donde el Tribunal consideró que la expulsión del demandante a Jordania vulneraría el artículo 6 del Convenio por el riesgo real de que se admitieran en un nuevo juicio, elementos de prueba obtenidos mediante tortura a terceros.

[760] En este punto es interesante señalar cuándo estamos ante tortura y ante tratos inhumanos o degradantes. Una explicación concisa nos la da D. Boza Martínez en su obra «Los Extranjeros Ante el CEDH» *de la Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812. 2007. p. 111 y ss*. En ella el autor nos recuerda que en la jurisprudencia de Estrasburgo la tortura es una forma agravada de trato inhumano caracterizado por tener una finalidad: bien obtención de una confesión, o bien la mera causación de daño. (STEDH de 18 de enero de 1978. C. *Irlanda c. Reino Unido).* Mientras que el «trato inhumano» requiere que la conducta cause deliberadamente un sufrimiento grave (físico o psicológico) y que resulte injustificable. (Decisión de 5 de octubre de 1981 en el caso *Guzzardi c. Italia).* Y «trato degradante» aquel en que, no siendo necesario un elemento físico en la humillación (Informe de la Com. EDH en el caso *Asiáticos del Este Africano c. Reino Unido)* la conducta interfiere notablemente en la dignidad de la persona. Así, en la citada STEDH *Irlanda contra el Reino Unido* de 18 de enero de 1978 se considera un trato degradante aquel que «por su naturaleza creaba en sus víctimas sentimientos de miedo, de angustia y de inferioridad que podían humillarlas, rebajándolas y quebrantando en su caso su resistencia corporal o moral».

los límites a la facultad del Estado de rechazar y expulsar con respeto al principio de *non-refoulement.* Pues, como afirmó el TEDH, y como se ha señalado *supra,* los términos del artículo 3 son «escuetos y absolutos»[761]. Y no están sujetos a limitación alguna pues «consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas»[762]. Lo que también, debido al *sistema Dublín,* también obliga a cuestionar el principio de confianza mutua dentro de los EEMM.

Un sistema que se sustenta sobre una presunción de que todos los Estados-parte son *Estados seguros.* Pero se trata de una presunción frágil, basada en criterios formales. Porque, como está tratando de evidenciar en este trabajo, ni todos los sistemas son equivalentes ni resultan siempre respetuosos con el estándar de protección de derechos europeo. Es entonces cuando, como oportunamente señala S. Morgades, la cláusula de soberanía deja de ser de aplicación enteramente discrecional para ser una garantía de la legitimidad del Sistema *Dublín*. Lo que ha llevado a Morgades a señalar una importante deficiencia del Sistema Dublín. Y es que, a pesar de que el Reglamento prevé la obligación de trasladar al Estado responsable toda la información necesaria para la protección de los derechos y necesidades especiales, no contempla una obligación equivalente para que el Estado de destino proporcione información sobre las condiciones de acogida. Con lo que las garantías de que el pretendido traslado no exponga al solicitante trato inhumano o degradante y vulnere la absoluta prohibición de *refoulement,* disminuyen[763].

---

[761] Opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Formulada en el informe de la Comisión de 19 de enero de 1989) *A*sunto *Söering c. Reino Unido Párrafo103.*

[762] STEDH *Söering c. Reino Unido. Párrafo. 88:* «El artículo 3 no establece ninguna excepción y el artículo 15 no permite derogarlo en tiempo de guerra o de otro peligro nacional. Esta absoluta prohibición (…) demuestra que el artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa».

[763] MORGADES GIL, S.: *De refugiados a rechazados. El Sistema de Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, 2021.

4.3 Derechos que derivan del reconocimiento de unas condiciones de acogida dignas:

La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, conocida como Directiva de Condiciones de Acogida (DCA), tiene como objetivo el establecimiento de unas normas mínimas que *garanticen «un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros»*[764] durante el tiempo que dura el procedimiento de protección internacional. Aunque, como sabemos, no se ha logrado alcanzar la suficiente armonización en las condiciones de acogida de los distintos Estados miembros. Cuestión que puede deberse a la falta de consenso en la interpretación de ese *nivel de vida digno* o *nivel de vida adecuado,* al que la Directiva se refiere en múltiples ocasiones; así como a la falta de capacidad de Estados saturados que no pueden, o no desean, dedicar más recursos económicos a la asistencia social de quienes no son ciudadanos.

El principal problema que plantea la ejecución de la DCA es, como se ha señalado previamente, la aplicación del estándar mínimo que supone ese *nivel de vida adecuado*, dentro de los amplios márgenes con los que cuenta cada EEMM. Por ello, la propuesta normativa que se presenta en forma de reglamento relativo a un estatuto de derechos para el solicitante de protección debe partir de la interpretación del TJUE de ese estándar que supone el *nivel de vida adecuado* y que concretó en el asunto *Zubair Haqbin* como aquel que permite a una persona hacer frente a sus necesidades más elementales como alojarse, alimentarse, vestirse y lavarse, sin menoscabar su salud física o mental, ni colocarla en una situación de degradación que atente a su dignidad[765].

Una vez aclarado ese estándar mínimo que debe quedar garantizado, los problemas que plantea la extensión de unas condiciones de acogida dignas no distan de los clásicos problemas que plantea la tutela de los derechos sociales dentro de los límites presupuestarios de cada Estado. Si bien, a ellos se añaden las particularidades propias de la política de protección internacional: su condición de colectivo especialmente vulnerable en atención no solo al peligro del que huyen, sino también a las circunstancias

[764] Considerando 11 de la Directiva 2013/33/UE.

[765] STJUE *Zubair Haqbin* § 46.

en que ha huido de su país de origen; a los riesgos sufridos en su peligrosa travesía, frecuentemente a manos de traficantes de personas; así como otras posibles vulnerabilidades añadidas; el hecho de que la inmensa mayoría de solicitantes dependen directamente de la asistencia del Estado; su llegada clandestina, que los sitúa bajo políticas securitarias de lucha contra la inmigración ilegal; así como la frecuente discusión sobre el Estado miembro responsable del estudio de la solicitud y, por tanto, de los costes de su acogida, en un sistema desproporcionado e insolidario.

Pese a los muchos problemas que plantea la garantía de unas condiciones de acogida adecuadas para este colectivo, el TJUE ha jugado un papel esencial juzgando la compatibilidad de los sistemas de acogida internos con el Derecho de la Unión, y en particular, con la DCA y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Y lo ha hecho, en líneas generales, con interpretaciones garantistas en atención a la finalidad de la norma que, en el caso de la DCA, no es otra que la de garantizar «el pleno respeto de la dignidad humana», y «promover la aplicación de los artículos 1, 4, 6, 7, 18, 21, 24 y 47 de la Carta»[766]. Insistiendo en múltiples ocasiones en la obligación de los Estados miembros de asegurar un sistema de acogida adecuado durante todo el procedimiento. Así lo proclamó, entre otras, en la sentencia *Cimade y GISTI*[767] del año 2012, en la que afirmó que esa obligación de garantizar unas condiciones de acogida mínimas cesa solo cuando se produce el traslado efectivo del solicitante al Estado miembro responsable de su solicitud; que será quien deba asumir la carga económica de la acogida.

Y de un modo más contundente reiteró tal obligación en el asunto *Saciri* de 2014[768], al decretar que la ayuda económica otorgada en virtud de la DCA debía ser suficiente para garantizar la atención sanitaria y un nivel de vida digno. Puntualizando incluso, que si el alojamiento no se proporciona en especie, la asignación financiera debe ser suficiente para permitir al solicitante disponer de un alojamiento en el mercado privado de alquiler.

---

[766] Considierando 35º de la Directiva 2013/33/UE.

[767] STJUE de 27 de septiembre de 2012. C-179/11. Asunto *Cimade y Groupe d'information et soutien des immigrés (GISTI) contra Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territorales et de l'Immigration.*

[768] STJUE de 27 de febrero de 2014. C-79/13 Asunto *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers / Selver Saciri y otros.*

Pero no solo se ha pronunciado en este sentido el TJUE, también el TEDH ha señalado las obligaciones que deben asumir los Estados en la acogida de los solicitantes para la garantía de los derechos recogidos en el CEDH. Así lo hizo en la emblemática sentencia de *M.S.S c. Bélgica y Grecia*[769] subrayando, como se señaló previamente, la especial vulnerabilidad de los solicitantes que los hace merecedores de una especial protección. Y años antes, en el asunto *Budina c. Rusia,* el Tribunal subrayó la posibilidad de que el Estado sea responsable del *trato* contrario al artículo 3 CEDH reprochado por el demandante, cuando este depende completamente de ayudas públicas y el Estado se mantiene indiferente frente a una situación de privación tan grave como para considerarse incompatible con la dignidad humana[770].

En definitiva, ambos Tribunales se han pronunciado sobre las obligaciones de los Estados miembros para la acogida de quienes se encuentran bajo su jurisdicción como solicitantes de protección internacional. Y esta jurisprudencia ha sido reveladora del estado en que se encuentran los sistemas nacionales de acogida y de las consecuencias de los muchos fallos detectados. Fallos que pueden deberse a erróneos planteamientos legislativos, o bien a la descuidada ejecución de unas políticas mal planteadas; pero que se han normalizado, habituándonos a un *derecho de excepción permanente* en el ámbito de la política de protección internacional. Sobre todo, tras la grave afluencia migratoria del 2015 (la mal llamada *crisis de los refugiados),* justificando la pésima acogida de solicitantes por el colapso de unos sistemas que, como demuestra la jurisprudencia previa a la *crisis*, nunca funcionaron correctamente; pero que siguen sin enmendarse. No olvidemos que los terribles hechos descritos en el asunto *M.S.S c. Bélgica y Grecia* ocurrieron entre 2008 y 2009.

Por todo ello, observando la normalización de un sistema de acogida deficiente, y tras haber abordado ya las lacras del procedimiento de protección internacional, creemos conveniente abordar ahora la frágil situación en que se encuentran los derechos de los solicitantes durante el proceso de examen de su solicitud. Advertidos ya, además, de que

[769]STEDH de 21 de enero de 2011. *M.S.S v. Bélgica y Grecia*.

[770] STEDH de 18 de junio de 2009. *Budina c. Rusia*.

los procedimientos se alargan indebidamente, y carecen con frecuencia de suficientes garantías; el estado en que los solicitantes deben aguardar una resolución tan trascendental para sus vidas es completamente reprochable.

Ignorando que los solicitantes constituyen un colectivo especialmente vulnerable y dependiente, en su mayoría, del Estado de acogida; la situación en que se encuentran evidencia el descrédito mostrado por los Estados miembros hacia el instituto de la protección internacional. Lo que confirma, una vez más, que la aplicación (y la reforma) del SECA se ha visto subsumida en la política securitaria, y, en muchos casos, incluso, xenófoba, que evocan los peores episodios de nuestra historia, e intenta legitimar auténticos desprecios a la dignidad humana a costa de la libertad de los solicitantes; de su salud; de su integridad; o de su vida privada y familiar. En definitiva, a costa de derechos inherentes a la dignidad humana que, por su condición mayoritaria de derechos prestacionales, suscitan la tentación de modularlos.

4.3. 1 Derecho a unas *condiciones materiales dignas*: Alojamiento, vestido y alimentación.

Se ha señalado, en las páginas precedentes, que la finalidad de la DCA es el establecimiento de unas nomas para la acogida adecuada de los solicitantes, que garantice la dignidad humana. Unas condiciones materiales que, según el tenor literal del artículo 17, deberán proporcionar a los solicitantes «un nivel de vida adecuado que les garantice la subsistencia y la protección de su salud física y psíquica». Lo que, a raíz de la jurisprudencia del TJUE, y en coherencia con la definición contenida en la propia DCA[771], entendemos que debe significar que permitan satisfacer sus necesidades más elementales de alojamiento, alimento y vestido[772].

Estas condiciones materiales deben garantizarse, a tenor del artículo 17 de la DCA, desde el momento en que presenten su solicitud de protección internacional. Lo que, sin duda, debe entenderse desde el momento en que el solicitante exprese el deseo de solicitar la

[771] El artículo 2, letra g de la DCA define *condiciones materiales de acogida* como: «las condiciones de acogida que incluyen alojamiento, alimentación y vestido, proporcionados en especie o en forma de asignaciones financieras o de vales, o una combinación de las tres, y una asignación para gastos diarios»

[772] STJUE de 12 de noviembre de 2019 C-233/18, *Zubair Haqbin y Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoeker §47.*

protección, cuando la Administración sea responsable de no poder tramitar la misma[773]. Y esta obligación positiva para el Estado se mantiene, incluso, cuando el solicitante esté inmerso en un procedimiento de traslado conforme al Reglamento Dublín, hasta que se lleve a cabo el traslado efectivo del solicitante[774].

Ese mismo precepto da a los EEMM la posibilidad de proporcionar las condiciones de acogida en especie, o mediante asignaciones financieras[775]. Aunque en ese caso, la jurisprudencia del TJUE ha dejado claro que tal asignación financiera debe ser suficiente para que los solicitantes puedan disponer, en caso de que sea necesario, de un alojamiento en el mercado privado de alquiler[776]. Aunque la DCA permite que los EEMM limiten su concesión a aquellos solicitantes que carezcan de medios suficientes para proporcionárselas ellos mismos[777], o exigir que contribuyan a sufragar los costes cuando tengan recursos suficientes[778].

Es evidente que la trascendencia de estas condiciones materiales de acogida reviste en su vinculación con una vida digna en el Estado de acogida. Por ello, la DCA recoge un

---

[773] En este sentido, en coherencia con las dificultades presentes en muchos Estado para formalizar esa solicitud, tal y como se ha expresado en páginas anteriores al abordar las dificultades existentes para acceder al procedimiento de protección internacional, la Propuesta de reforma de un Reglamento de procedimiento establece en su artículo 25: «Una solicitud de protección internacional se considerará realizada cuando un nacional de un tercer país o apátrida exprese el deseo de protección internacional a los funcionarios de la autoridad decisoria u otras autoridades recogidas en el artículo 5, apartados 3 y 4». Véase la Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del consejo por el que se establece un procedimiento común en materia deprotección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM/2020/611 final, que acoge muchas de las propuestas presentadas en 2016, entre ellas la redacción de este artículo 25. Véase: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacionalen la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM/2016/0467 fi nal - 2016/0224 (COD)

[774] STJUE de 27 de septiembre de 2012 C.- 179/11 *Asunto Cimade, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) y Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration.*

[775] Artículo 17.5 Directiva de Condiciones de acogida 2013/33: «Cuando los Estados miembros proporcionen las prestaciones inherentes a las condiciones materiales de acogida en forma de asignaciones financieras o de vales, la cuantía de las mismas se fijará de conformidad con los niveles que el Estado miembro de que se trate haya establecido, por ley o en la práctica, para garantizar un nivel de vida adecuado a los nacionales. A este respecto, los Estados miembros podrán dispensar a los solicitantes un trato menos favorable que a los nacionales, en particular, cuando la ayuda material se preste parcialmente en especie o cuando dichos niveles, aplicados a los nacionales, tengan por objeto garantizar un nivel de vida superior al previsto para los solicitantes con arreglo a la presente Directiva».

[776] STJUE de 27 de febrero de 2014. C-79/13, *Saciri y otros.* §42.

[777] Artículo 17.3 DCA.

[778] Artículo 17.4 DCA.

elenco exhaustivo de los motivos que pueden dar lugar a su retirada o reducción en su artículo 20, a fin de garantizar su efectividad frente a posibles arbitrariedades.

1. El apartado primero (20.1) prevé como motivos que justifican una reducción o, en casos excepcionales y debidamente argumentados, la retirada por:

   a) El abandono de la instalación de alojamiento determinado por la autoridad competente sin informar a las autoridades o sin su consentimiento.
      Sin embargo la DCA no define en qué consiste el *abandono* de las instalaciones y las prácticas nacionales revelan la falta de consenso en su interpretación. Así, por ejemplo, mientras que para Italia se entiende como abandono la ausencia durante una noche sin previo aviso, otros Estados como Francia lo consideran a partir del séptimo, y Hungría a partir de 15 días[779]. Se requiere por tanto un mayor consenso en la interpretación y, sobre todo, informar al solicitante de la imposibilidad de ausentarse del centro sin previo aviso y las consecuencias de su comportamiento. Aunque sin perder de vista la garantía de la libertad de los solicitantes.
   b) Por incumplimiento de las obligaciones relativas a la comunicación de datos o de respuesta a las peticiones de información o de comparecencia a las entrevistas personales.
   c) Por la presentación de una solicitud posterior. Lo que resulta desproporcionado y, cuando supone una retirada automática, contraria a los principios de la Directiva.

2. El apartado segundo permite la reducción de las condiciones cuando el solicitante no ha presentado la solicitud de protección internacional lo antes posible tras la entrada en el Estado miembro, sin que el retraso esté justificado.

---

[779] Véase el Informe elaborado por AIDA (Asylum Information Database) y ECRE (European Council on Refugees and Exilies: *Withdrawal of reception conditions of asylum seekers. An appropiate, effective or legan sanction? 2018. P. 8* Según el informe, en Bélgica se prevé que el abandono del centro constituya un motivo para la retirada de las condiciones de acogida, pero no se define la duración. En Italia, el informe da cuenta de la nueva normativa adoptada el 16 de junio por la Prefectura de Napoles para los Centros de Acogida Temporal, donde se prevé que en el caso de salida no autorizada aunque solo sea por un día, puede dar lugar a la retirada de las condiciones de acogida. Y se entiende por salida no autorizada, el mero regreso después del toque de queda fijado a las 22:00 o a las 21:00 según la época del año. Lo que, a todas luces, resulta desproporcionado.

3. El apartado tercero, permite la reducción o retirada cuando se entienda que el solicitante se ha «beneficiado indebidamente de las condiciones de acogida» por haber ocultado sus recursos económicos. Sin embargo, la DCA contempla en el artículo 17.4, la posibilidad de que los solicitantes sufraguen o contribuyan a sufragas los costes de su acogida cuando tengan recursos suficientes, y el derecho de los Estados a exigir su reembolso en caso de que «resulte que un solicitante tenía medios suficientes». Ni en este artículo ni en el artículo 9.9 se contempla la posible retirada o reducción de condiciones materiales de acogida por el hecho de que el solicitante tenga recursos económicos suficientes. Por lo que la única diferencia en la redacción de estos tres preceptos parece ser la *ocultación* por parte del solicitante de sus recursos. Del tenor literal de estas previsiones podría deducirse que solo cuando haya *mala fe* por parte del solicitante, al ocultar sus recursos, podría dar lugar a una retirada o reducción de sus condiciones materiales de acogida. Mientras que si no ha habido *ocultación*, el Estado solo podría exigir su reembolso.

4. El apartado cuarto, permite a los Estados fijar sanciones graves en caso de que se vulnere de forma grave la normativa de los centros de acogida. Y, aunque la normativa no señala en qué consiste esa sanción, si en la retirada o en la reducción, el TJUE se ha pronunciado al respecto en un caso relativo a un menor afgano que fue expulsado del centro de acogida por enzarzarse en una disputa violenta. En aquel asunto, al que nos hemos referido en páginas anteriores, el TJUE señaló que una sanción consistente en retirar el beneficio de las condiciones de acogida relativas al alojamiento, alimentación o vestido, aun siendo como medida temporal, resultaría incompatible con la obligación de garantizar al solicitante unas condiciones de vida dignas[780].

5. Por su parte, el apartado quinto exige que las decisiones sobre la retirada o reducción de las condiciones materiales de acogida se adopten de manera individual, objetiva, imparcial, motivadas, y bajo el principio de proporcionalidad.

[780] STJUE de 12 de noviembre de 2019 C-233/18, *Zubair Haqbin y Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoeker*.

> Atendiendo siempre a las circunstancias personales del solicitante, y en especial, si pertenecen a algún colectivo especialmente vulnerable. Lo que, sin duda, es una garantía que limita su aplicación automática en los casos de solicitudes posteriores, o de retraso en la solicitud.

Debiendo señalar que el artículo 26 prevé el recurso ante las decisiones relativas a la retirada o reducción de las condiciones de acogida. Previendo la posibilidad de disponer de representación y asistencia jurídica en los recursos ante una autoridad judicial, por personas debidamente cualificadas, cuando sea necesario para garantizar la tutela judicial efectiva. Aunque el apartado tercero permite a los EEMM reducir esta garantía, inherente a la tutela judicial efectiva, a «servicios prestados por asesores u otros consejeros jurídicos expresamente previstos por el Derecho nacional para asistir y representar a los solicitantes»[781]

La trascendencia que tienen estas condiciones de acogida, así como su retirada o reducción, hacen esencial que el solicitante sea correctamente informado sobre las mismas. A ello se refiere el artículo 5, previendo una nueva obligación positiva a los EEMM: el deber de informar a los solicitantes, por escrito, en una lengua que comprendan y en un plazo razonable que no supere los quince días desde la presentación de la solicitud, de los beneficios establecidos y de las obligaciones que deben cumplir en relación con las condiciones de acogida.

Por último, conviene reiterar la importancia de las condiciones de acogida, cuya omisión puede dar lugar a una situación contraria al artículo 4 de la CDFUE y, por tanto, ser motivo suficiente, conforme al principio de *non refoulement,* para impedir que se lleve a cabo el traslado, aunque sea en aplicación del Reglamento Dublín. Tal y como señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto

> «El TJUE ya ha precisado que el umbral particularmente elevado de gravedad exigido por el artículo 4 de la Carta se alcanzaría cuando la indiferencia de las autoridades de un Estado Miembro tuviese como consecuencia que una persona totalmente dependiente de la ayuda pública se encontrase, al margen de su voluntad y de sus decisiones personales, en una situación de privación material extrema que no le permitiese hacer frente a sus necesidades más elementales, como, entre otras, alimentarse, lavarse y alojarse, y que

[781] Artículo 26.3 DCA.

menoscabase su salud física o mental o la colocase en una situación de degradación incompatible con la dignidad humana»[782]

4.3.2. A La garantía de alojamiento:

El alojamiento es una de las condiciones materiales que deben garantizar los EEMM a los solicitantes de protección internacional. Y es, con toda probabilidad, las más compleja y costosa.

El artículo 18 de la DCA contempla las posibles formas de proporcionar alojamiento, permitiendo a los EEMM optar por una de estas modalidades, o una combinación de las mismas: «a) en locales empleados para alojar a los solicitantes durante el examen de una solicitud de protección internacional formulada en una frontera o en zonas de tránsito; b) en centros de acogida[783] que garanticen un nivel de vida adecuado; c) en casas privadas, apartamentos, hoteles u otros locales adaptados para alojar a los solicitantes» .

Y, además de cumplir con los principios de unidad familiar y de interés superior del menor, y de mostrar atención a los colectivos especialmente vulnerables; los Estados deben observar unas cautelas para que el alojamiento proporcionado en especie sea adecuado. En este sentido, la guía de la EASO sobre condiciones de acogida proporciona una información muy valiosa acerca de los estándares que deben orientar la asignación de esas condiciones; señalando que deben mantener la unidad familiar, atender a las necesidades particulares; tener luz natural y aire fresco, entre otras muchas garantías[784]. En lo referente a las instalaciones proporcionadas señala, quizás olvidando que no se trata de presos sino de solicitantes, que cada solicitante debe disponer de un espacio de, al menos, 4 m^2, con una altura mínima de 2, 10 m^2, y con espacio para una cama y un armario por solicitante[785]. Además debe garantizar una infraestructura sanitaria adecuada que, según la EASO, debería estar separada por sexos, y contar con, al menos, un cuarto de baño con cerradura y en buen estado para cada 10 solicitantes y disponible las 24 horas,

---

[782] STJUE de 16 de julio de 2020 C.- 517/71 *Milkiyas Addis contra Bundesrepublik Deutschland*§51. Así como en la STJUE de 19 de marzo de 2019, *Ibrahim y otros.*

[783] La propia DCA define en el artículo 2, letra i el *centro de acogida* como: «cualquier lugar utilizado para el alojamiento colectivo de los solicitantes».

[784] EASO: *Guía acerca de las condiciones de acogida: estándares opreativos e indicadores.* 2016.

[785] Aunque la propia Guía se remite al margen de apreciación de la legislación nacional para modular ese espacio en función de si se comparte la estancia con familiares o niños pequeños. EASO 2016. Op. Cit. P. 16 y 17.

y al menos una ducha para cada 12 solicitantes disponible un mínimo de 8 horas al día con agua fría y caliente, separadas entre sí en el caso de que haya varias duchas en la misma estancia[786].

Sin embargo, las imágenes de como malviven miles de solicitantes en los *campos de refugiados* o en centros de acogida, que se asemejan más a cárceles que a otro tipo de alojamiento, se han difundido durante años y hacen evidente que no siempre se respetan estos parámetros, dando lugar a graves situaciones de abandono que condenan a la indigencia a los solicitantes, incluso a menores de edad. Se demuestran con ello las debilidades del Estado social.

La jurisprudencia que condena esas condiciones de acogida es extensa. Y a lo largo del trabajo se han citado una multitud de pronunciamientos en este sentido. Como el asunto *Khan c. Francia*[787], relativo a las condiciones existentes en la conocida «*junta de Calais*», o el caso de *Sh. D. y otros*[788], relativo a las condiciones de acogida de unos menores no acompañados en Grecia; ambos enjuiciados por el Tribunal de Estrasburgo. El asunto más reciente, hasta el momento se trata de la recentísima sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *HA y otros v. Grecia,* donde el TEDH considera que las condiciones en que vivieron los demandantes en el campamento de Moria, en Grecia, vulneraron el artículo 3 del CEDH[789]. En la Sentencia, el Tribunal se remite a diversos informes que describían la situación en Moria como *crítica*, en particular el informe de la Comisionada de Derechos Humanos del Consejo de Europa en su visita a Grecia entre el 25 y el 29 de junio de 2018. En ese momento, la capacidad de acogida del campamento de Moria era de entre 2.100 y 3.100 personas (según el Prefecto del Mar Egeo del Norte o según el Ministro de Política migratoria, respectivamente). Sin embargo, en junio de 2017 el campamento albergaba a 7.214 personas, y en septiembre de 2018, a 9.000[790].

---

[786] *Ibid. P. 20*

[787] *STEDH* de 28 de febrero de 2019.

[788] STEDH de 13 de junio de 2019. Asunto *Sh.D y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del norte, Serbia y Eslovenia*.

[789] STEDH de 13 de junio de 2013. Asunto *HA y otros v. Grecia.*

[790] STEDH de 13 de junio de 2013. Asunto *HA y otros v. Grecia, §21-22.* En referencia al informe: (COMM DH(2018)24).

En aquel caso los demandantes describieron las condiciones en que fueron acogidos de la siguiente manera:

> *«Los demandantes afirmaron en particular que los que llegaban al centro de Moria eran colocados en una especie de "jaula" al aire libre donde esperaban antes de ser registrados. Unas cien personas se ubicaron en un espacio de 40 m². Recibieron un bocadillo y una botella de agua al día y durmieron en el suelo sin manta. Solo había un inodoro que despedía un olor pestilente y no había ducha. En cuanto a todo el campo, las condiciones eran inhumanas y degradantes. Había un hedor a basura y el aire estaba cargado de humo espeso y acre. El suelo estaba embarrado e inundado por la lluvia y las filtraciones del sistema de tuberías del inodoro, que no era adecuado para la población alojada en el campamento. Había un número limitado de retretes y duchas, y había agua corriente disponible durante 30 a 40 minutos al día. La comida era horrible y poco hecha. Los residentes vivían en tiendas de campaña de verano de 40 m², que no ofrecían protección en caso de mal tiempo»*[791]

Y es que, el problema de proporcionar un alojamiento digno se debe, con frecuencia, a la falta de medios disponibles en los Estados de mayor recepción. Y, en este sentido, el TJUE ya ha señalado que, en caso de saturación de las estructuras de acogida dedicadas a los solicitantes de asilo, los Estados miembros puedan dirigirlos «hacia organismos dependientes del sistema público de asistencia social, siempre que dicho sistema garantice a los solicitantes de asilo la observancia de las normas mínimas establecidas en la citada Directiva»[792]; correspondiendo a los EEMM la obligación de velar porque tales organismos cumplan con ese estándar. Aunque resulta más que cuestionable que se justifique un estándar inferior como un respuesta a un problema coyuntural, pero que no se remedie hasta el punto de convertir esa situación excepcional en un déficit estructural del sistema.

Si bien, el Tribunal de Justicia ha tenido que advertir, sorprendentemente, que aunque se permita cubrir la necesidad de alojamiento mediante otros organismos públicos, no puede servir para justificar el internamiento de los solicitantes[793]. Y es que, el artículo 18.9

---

[791] STEDH de 13 de junio de 2013. Asunto *HA y otros v. Grecia, §41.*

[792] STJUE de 27 de febrero de 2014. C.- 79/13. Asunto *Saciri.*

[793] STJUE de 25 de junio de 2020 C.- 36/20 *VL c. Ministerio Fiscal* §106-107: « Pues bien, el motivo esgrimido en el procedimiento principal para justificar el internamiento de VL, a saber, el hecho de que resultó imposible encontrarle plaza en un centro de acogida humanitaria, no corresponde a ninguno de los seis motivos de internamiento mencionados en el artículo 8, apartado 3, párrafo primero, de la Directiva

parece una cláusula abierta para los Estados, previendo la posibilidad de que los EEMM fijen condiciones materiales de acogida diferentes a las previstas en la Directiva de Condiciones de acogida, de forma excepcional y por el menor tiempo posible, cuando por ejemplo, las capacidades de alojamiento normalmente existentes estén temporalmente agotadas[794]. Sin embargo, dada la grave restricción que supone el internamiento para la libertad del solicitante, no puede interpretarse este precepto una cláusula abierta, sino que en cualquier caso la adopción de la medida de internamiento deberá estar rodeada de suficientes garantías para ser lícita.

4. 3.2 La libertad personal de los solicitantes: Internamiento y otras restricciones a su libertad ambulatoria.

Hannah Arendt describió con contundencia la realidad de su tiempo al escribir: «El infierno ya no es una creencia religiosa ni una fantasía, sino algo tan real como las casas, las piedras y los árboles. (…) La historia contemporánea ha creado una nueva clase de seres humanos: la de los que son confinados en campos de concentración por sus enemigos y en campos de internamiento por sus amigos"[795].

Hoy la detención de inmigrantes continúa siendo uno de los temas más controvertidos en el ámbito de la política migratoria, especialmente cuando los afectados son solicitantes de protección internacional[796]. Y es que esta práctica supone una excepción al derecho

2013/33. Por consiguiente, tal motivo de internamiento es contrario a lo dispuesto en el artículo 8, apartados 1 a 3, de esta Directiva, por cuanto vulnera el contenido esencial de las condiciones materiales de acogida que deben reconocerse al solicitante de protección internacional durante el examen de su solicitud de protección internacional y no respeta ni los principios ni el objetivo de dicha Directiva

[794] La otra causa que puede dar lugar a la adopción de unas condiciones de acogida distintas a tenor del artículo 18.9 letra a es que «sea necesaria una evaluación de las necesidades específicas del solicitante, de conformidad con el artículo 22».

[795] ARENDT, H. «Escritos judíos. (Nosotros, los refugiados)». Barcelona: Paidós, 2009. P. 354.

[796] Pues, aunque resulta cierto que la inmensa mayoría de solicitantes de protección internacional alcanzan suelo europeo de manera irregular, el artículo 31 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe a los Estados contratantes imponer sanciones penales por la entrada o presencia ilegal de los solicitantes. En este sentido, El considerando 15 de la DCA, plasma las obligaciones derivadas de la Convención y señala: «El internamiento de solicitantes debe regirse por el principio de que nadie puede ser internado por el único motivo de solicitar protección internacional, y especialmente, de conformidad con las obligaciones jurídicas de carácter internacional de los Estados miembros y con el artículo 31 de la Convención de Ginebra. Los solicitantes solo podrán ser internados en circunstancias excepcionales

fundamental a la libertad, justificada como respuesta ante una infracción administrativa, y no de un delito; lo que altera el delicado equilibrio logrado por las constituciones modernas entre poder político y libertad personal[797].

A pesar de ello, e ignorando el principio de excepcionalidad que debe regir el ejercicio del poder punitivo del Estado, se ha observado una clara tendencia por parte de los principales Estados de tránsito y destino a incorporar estas medidas punitivas en sus leyes de inmigración[798], como medida disuasoria, y como garantía para la efectividad de los procedimientos de expulsión. Sin duda, consecuencia de la *securitización* de la política migratoria.

Pero la controversia en torno a la detención de inmigrantes alcanza incluso a su denominación, hasta el punto de no existir un consenso en los conceptos empleados para referirnos a la *detención* de inmigrantes; lo que, en la práctica, puede plantear graves dudas para la aplicación de los estándares de Derecho relativos a las detenciones. Por ello, se ha dicho que este fenómeno ha sufrido un intento de «edulcoración semántica»[799] por parte de numerosos Estados, que han recurrido a un determinado léxico como retención, reclusión, confinamiento o internamiento; para no alterar la opinión pública, y eludir la aplicación de determinadas directrices propias de las detenciones. Planteando serias dudas sobre si una determinada práctica constituye o no una *detención* de inmigrantes.

Ante esta pregunta, las *Directrices de ACNUR sobre los criterios y normas aplicables a las detenciones de solicitantes de asilo,* definen la *detención* de los solicitantes como

---

claramente definidas y establecidas en la presente Directiva, de acuerdo con el principio de necesidad y proporcionalidad en lo que se refiere tanto a la forma como a la finalidad de dicho internamiento. Cuando el solicitante esté internado debe disfrutar efectivamente de las garantías procesales pertinentes, tales como las vías de recurso ante las autoridades judiciales nacionales».

[797] CAMPESI, G.: «La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, política». *Democrazia e Diritto, 3-4, 2011, pp. 177.*

[798] Aunque la tendencia que ya alarmaba al Relator Especial de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas migrantes en el año 2010. En su informe sobre los derechos humanos de los migrantes, N.U. Asamblea General. A/65/222. 3 agosto 2010, lamentó: «que en muchos países los procedimientos de inmigración incluyan de ordinario la detención como la medida provisional principal, o incluso la única, para asegurar la eficacia del control de la migración. La detención se utiliza también como medida de disuasión para impedir la llegada de nuevos migrantes o personas que solicitan asilo. A su juicio, esos objetivos no pueden justificar el uso difundido y creciente de la detención de inmigrantes y los Estados, por el contrario, deberían abolirla progresivamente» (p.9).

[799] CAMPESI, G. 2011 Op. Cit. P. 3

«privación de la libertad o al confinamiento dentro de un lugar cerrado donde al solicitante de asilo no se le permite salir a su voluntad, incluso, aunque sin limitarse, prisiones o instalaciones de detención, centros de recepción cerrados, instalaciones o centros de retención»[800]. Puntualizando, a continuación, que otras restricciones más leves a la libertad de circulación en el ámbito migratorio, aun cuando no lleguen a suponer una privación (*detención*), suponen una mera variación de la intensidad de la restricción, pero no de su naturaleza; por lo que son de aplicación las mismas normas de Derecho internacional[801]. Una observación que ya hizo tempranamente el TEDH en el asunto *Guzzardi c. Italia*[802], de 1980, y más recientemente, en el asunto *De Tommaso c. Italia*[803]. Y que comparte la CIDH, quien ha señalado que, independientemente de cómo denominemos a la detención migratoria, si se trata de una medida que impide al migrante disponer de su libertad ambulatoria se trata de una detención y, por tanto, debe respetar las garantías derivadas del derecho a la libertad personal del artículo 7 del CIDH[804].

Con todo ello, el Convenio Europeo de Derechos Humanos permite, bajo determinadas cautelas, el internamiento de los inmigrantes, incluso de los solicitantes de protección internacional, al contemplarlo dentro de los motivos enumerados en el artículo 5.1 del CEDH que permiten adoptar una medida de privación de libertad personal para impedir la entrada ilegal en el territorio o para proceder a su expulsión[805]; considerada por el TEDH una facultad inherente a su derecho soberano a controlar la entrada y estancia de

---

[800] *Directrices del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) sobre los criterios y normas aplicables a las detenciones de solicitantes de asilo* 2012 Apdo.5.

[801] *Ibídem Apdo.6*

[802] STEDH de 6 de noviembre de 1980 *Guzzardi c. Italia. §92*-93: « (…) Para determinar si un individuo ha sido `privado de su libertad´ en el sentido del artículo 5, se debe partir de la situación concreta, teniendo en cuenta un conjunto de criterios, como la naturaleza, duración, efectos y modo de ejecución de la medida en cuestión (ver sentencia *Engel* y otros de 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22, página 24, parágrafos 58-59). 93. Entre privación y restricción de libertad hay una diferencia de grado o intensidad más que de naturaleza o esencia. Con todo, el proceso de calificación como una y otra categoría no es frecuentemente tarea fácil, y en casos fronterizos se convierte en una pura cuestión de opinión, a pesar de la cual el Tribunal no puede eludir el elegir entre una y otra cuando de ello depende la aplicación o no del artículo 5 ».

[803] STEDH de 23 de febrero de 2017, asunto *De Tommaso c. Italia. §80.*

[804] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos». 2015, P. 196

[805] En concreto, la letra f. del artículo 5.1 CEDH contempla la posible privación de libertad: « Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición».

extranjeros[806]. En este sentido lo señaló en el Asunto *Saadi c. Reino Unido*, donde el Tribunal tuvo que interpretar por primera vez la primera parte del artículo 5.1. (f)*:*

> *«Si bien la norma general consagrada en el artículo 5.1 es que toda persona toda persona tiene derecho a la libertad, el art. 5.1 (f) prevé una excepción a esta regla general, permitiendo a los Estados limitar la libertad de los extranjeros en el contexto del control de la inmigración. Como ya ha observado el Tribunal sin perjuicio de sus obligaciones en virtud del Convenio, los Estados gozan de un "innegable derecho soberano a controlar la entrada de extranjeros y su residencia en su territorio" (véase supra Amuur, § 41; Chahal, § 73; y Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido, sentencia de 28 de mayo de 1985, Serie A nº 94, §§ 67-68). Es un elemento indispensable de este derecho que se permita a los Estados detener a posibles inmigrantes que hayan solicitado permiso para entrar, ya sea en concepto de asilo o no. Del tenor de la sentencia en el asunto Amuur se desprende que la detención de inmigrantes potenciales, incluidos los solicitantes de asilo, puede ser compatible con el artículo 5. 1 (f)»*[807].

Según la jurisprudencia del Tribunal, la legalidad de la detención administrativa de inmigrantes y solicitantes de protección dependerá de los motivos que la justifican, y de su previsión legal. Habiendo reiterado que la ley que prevea los casos de internamiento de extranjeros debe ser suficientemente precisa para cumplir con el principio de *legalidad* exigido por el tenor literal del art. 5 CEDH y satisfacer el principio de seguridad jurídica[808].

> *«De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH es esencial que las condiciones para la privación de libertad en el derecho interno estén claramente definidas y que la propia " ley " sea previsible en su aplicación, para cumplir con el estándar de 'legalidad' fijado por el Convenio .Esto exige que toda ley sea lo suficientemente precisa para permitir que el ciudadano, obteniendo asesoramiento informado si es necesario, prevea, en un grado razonable dadas las circunstancias del caso, las consecuencias de un acto determinado».*[809]

---

[806] Y en esta misma línea lo han confirmado los Tribunales constitucionales como la Corte Constitucional italiana, que justificó la medida de internamiento en la sentencia 105/2001 por su finalidad: asegurar *«la pacifica convivenza civile che potrebbe essere inacciata da un ingresso indiscriminato e incontrollato di stranieri sul territorio, rendendo in pratica impossibile garantire ai soggetti (cittadini e stranieri) legalmente presenti sul territorio il godimento di dirriti altrettanto fondamentali: dal diritto alla vita ed alla sicurezza personale, alla libertà di associazione, all´acceso ai servizi pubblici, al diritto al lavoro ecc».*

[807] STEDH de 29 de enero de 2008, asunto *Saadi c. Reino Unido* §64 y jurisprudencia allí citada.

[808] STEDH de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev y otros c. Francia §80.*

[809] STEDH de 24 de abril de 2012, *Mathloom c. Grecia §68.* En este asunto, el demandante había sido puesto en libertad condicional tras cumplir tres quintas partes de una condena. Sin embargo, en la práctica fue mantenido en prisión con vistas a su deportación. El TEDH consideró que la ley no fijaba la duración máxima de la detención de personas sujetas a una expulsión judicial y que, por tanto, no cumplían con el requisito del artículo 5.1 CEDH. Y añadió, que la detención de este extranjero por más de dos años y tres

En este sentido, en cuanto a la posible detención de solicitantes de protección internacional, el Sistema Europeo Común de Asilo prevé expresamente la posibilidad de *detener* a los solicitantes de protección en la DCA y en el Reglamento Dublín III. Si bien, debemos advertir que el legislador europeo se decantó por el término *internamiento*, en lugar de *detención*; sin duda fruto de esa «edulcoración semántica» a la que nos referimos *supra*. Así, la versión en español de la Directiva sobre condiciones de acogida (2013/33/UE) emplea el término *internamiento* 42 veces; mientras que el término *detención* aparece una sola vez, en el Considerando nº 17, en lo que parece un intento del legislador por distanciar ambos conceptos, desplazando la *detención* al ámbito penal[810]. No obstante, si leemos la definición de *internamiento* que recoge el artículo 2.h de la DCA veremos que equivale a una detención[811]. Y en este sentido el TJUE ha afirmado que el término *internamiento* empleado por la DCA es el mismo que el empleado por la Directiva de retorno 2008/115/CE[812].

Aclaradas estas precisiones terminológicas, resulta oportuno señalar el grado de exhaustividad alcanzado por la DCA en aras de evitar detenciones arbitrarias. De modo que, aunque será la normativa interna de cada Estado la que deberá enjuiciarse bajo los estándares de *legalidad* y de *seguridad jurídica* del CEDH; podemos destacar como un avance positivo que Directiva 2013/33 incorpore un listado exhaustivo de seis motivos que pueden que justificar el internamiento. Mientras que su predecesora, la DCA de 2003,

---

meses, a la espera de su deportación había excedido el tiempo razonable para el objetivo perseguido (la expulsión). Además, recordó que la privación de libertad amparada bajo el artículo 5.1 debe justificarse en el curso de un procedimiento de expulsión, y «si el procedimiento no se lleva a cabo con la diligencia requerida, la detención deja de estar justificada» §70.

[810] Considerando nº 17 Directiva 2013/33/UE: « Los motivos de internamiento establecidos en la presente Directiva no prejuzgarán los demás motivos de internamiento, incluidos los de detención en el ámbito de un proceso penal, aplicables en virtud del Derecho nacional sin vinculación con las solicitudes de protección internacional de personas de terceros países o de apátridas».

[811] Artículo 2.h Directiva de Condiciones de Acogida 2013/33/UE: «Internamiento: el confinamiento de un solicitante por un Estado miembro en un lugar determinado donde se priva al solicitante de la libertad de circulación».

[812] Es oportuno señalar que en la versión en italiano de la Directiva 2013/33 no distingue entre *internamiento* y *detención.* En su lugar, emplea el término «*trattenimento*» indistintamente. Que, según el referido fallo del TJUE, equivale al «*trattenimento*» contemplado en la Directiva 2008/115/CE. La redacción del considerando nº 17 queda entonces así: « I motivi di trattenimento stabiliti nella presente direttiva lasciano impregiudicati altri motivi di trattenimento, compresi quelli che rientrano nell'ambito dei procedimenti penali, applicabili conformemente alla legislazione nazionale, non correlati alla domanda di protezione internazionale presentata dal cittadino di un paese terzo o dall'apolide».

abordaba la justificación en términos excesivamente vagos, remitiéndose a «motivos jurídicos o de orden público».

4.3.1. A Motivos que podrían justificar el internamiento de un solicitante de protección internacional.

Como se ha señalado, la DCA 2013/33 delimita de manera más precisa que su predecesora las situaciones que pueden justificar la adopción de una medida de internamiento; y lo hace a través de un listado exhaustivo de causas. Si bien, no basta con que concurran las circunstancias catalogadas en el apartado 3; por ello la Directiva, de acuerdo con los estándares de protección del derecho a la libertad emanados del TJUE y del TEDH, matiza –como no podría ser de otro modo- que la medida de internamiento deberá adoptarse sobre la base de una evaluación individual de cada caso y siempre que no sea posible recurrir a otra medida menos lesiva.

Precisado esto, los seis motivos previstos en la DCA que podrían justificar el internamiento de solicitantes de protección son[813]:

1. La determinación o verificación de su identidad o nacionalidad.

El TJUE se pronunció sobre la validez de este motivo y bajo el estándar de protección del artículo 6 de la CDFUE en la Sentencia de 14 de septiembre de 2017, C.- 18/16 *K. y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.* Y justificó la inclusión de este motivos en la

[813] Artículo 8.3 de la Directiva 2013/33: «Un solicitante solo podrá ser internado: a) para determinar o verificar su identidad o nacionalidad; b) para determinar los elementos en que se basa la solicitud de protección internacional que no podrían obtenerse sin el internamiento, en particular cuando exista riesgo de fuga del solicitante; c) para decidir, en el marco de un procedimiento, sobre el derecho del solicitante a entrar en el territorio; d) cuando la persona internada esté sometida a un procedimiento de retorno con arreglo a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (2), para preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión, y el Estado miembro pueda demostrar sobre la base de criterios objetivos, que, en particular, el interesado ya ha tenido la oportunidad de acceder al procedimiento de asilo, por lo que hay motivos razonables para pensar que únicamente presenta la solicitud de protección internacional para retrasar o frustrar la ejecución de la decisión de retorno; e) cuando así lo exija la protección de la seguridad nacional y el orden público; f) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento (UE) n o 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (3)».

DCA considerándolos necesarios para garantizar «el correcto funcionamiento del sistema europeo común de asilo» y, por tanto, del espacio de libertad, seguridad y justicia (§36).

2. Para determinar los elementos en que se basa la solicitud de protección y que no puedan obtenerse sin el internamiento. En particular, cuando existe riesgo de fuga.

Resulta digno de mención que la DCA prevea la posibilidad de internar al solicitante para determinar los elementos en que se basa la solicitud y añada «en particular cuando existe un riesgo de fuga del solicitante» sin más calificativos respecto a este riesgo. Mientras que el sexto motivo, que prevé el internamiento para llevar acabo un traslado de acuerdo con el Reglamento Dublín III, añade el calificativo «riesgo *significativo* de fuga».

3. Para adoptar una decisión, en el marco de un procedimiento sobre el derecho de un solicitante a entrar en el territorio.

La redacción de este apartado ha sido criticada, planteándose si puede inferirse de su redacción un derecho del solicitante a entrar en el territorio. Ninguna disposición de Derecho comunitario reconoce tal derecho, por lo que debemos interpretarlo en el sentido de permitir el internamiento durante un procedimiento, dentro del cual se decide si el interesado tiene o no ese derecho de entrada. Una interpretación que, como ha señalado la guía *de Análisis judicial sobre el internamiento de los solicitantes de protección internacional en el contexto del Sistema Europeo Común de Asilo,* elaborada por la EASO en 2019, puede entenderse mejor si se recuerdan las conclusiones alcanzadas en el Consejo Europeo de Tampere. Allí se recordó el nexo tan estrecho entre el proceso de integración europea, y la libertad. Pero se señala que esta libertad no debe considerarse exclusiva de los ciudadanos de la Unión. Pues la UE ejerce «un poder de atracción para muchos otros ciudadanos de todo el mundo que no pueden gozar de la libertad que los ciudadanos de la Unión dan por descontada». Y añade, que sería «contrario a las tradiciones europeas negar esta libertad a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio». Concluyendo la necesidad de desarrollar políticas de inmigración y asilo comunes que, atendiendo al necesario control de las fronteras exteriores, permitan construir una Unión Europea abierta y segura, que cumpla con las obligaciones internacionales en materia de derechos

humanos y, en particular, con la Convención de Ginebra. (Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 §1, 3 y 4).

4. Cuando la persona internada esté inmersa en un procedimiento de retorno de acuerdo con la Directiva 2008/115/CE y las circunstancias del caso presenten motivos suficientes para interpretar que el interesado, al presentar ahora una solicitud de protección internacional, solo desea retrasar o frustrar el retorno; debiendo observar, en particular, que el interesado haya tenido oportunidad para acceder al procedimiento de protección antes.

La posibilidad de mantener internado a quien solicita protección internacional es uno de los motivos más controvertidos pues, en líneas generales, internar a un solicitante durante el tiempo que dura el procedimiento resulta ilegal al no haber una perspectiva de expulsión que justifique la privación de libertad. Más allá de los casos donde resulta necesario el internamiento para examinar los motivos; donde lo exige el orden público; o donde se va a someter a un traslado de acuerdo con el Reglamento Dublín III; la posibilidad de mantener internado a un solicitante cuya solicitud se está estudiando resulta difícilmente justificable. Y en este sentido, la STJUE de 25 de junio ha reiterado que cuando un nacional de un tercer país en situación irregular manifiesta su deseo de solicitar protección internacional, solo podrá ser internado por los motivos del artículo 8.3 DCA, aunque hasta ese momento su detención se rigiera por la Directiva 2008/115[814].

Sin embargo, la práctica no siempre resulta tan evidente, y las dudas se plantean en casos donde ya ha habido una primera decisión denegatoria y está en marcha un procedimiento de recurso; o cuando la solicitud se presenta por una persona que ya está detenida con vistas a su expulsión. En estos casos, la puesta en libertad puede suponer la ineficacia del sistema de expulsiones; mientras que mantener la detención podría vulnerar el estándar del CEDH al no estar ya justificada la medida por no haber una perspectiva clara de expulsión. En este sentido, el TJUE afirmó que si desaparecen las perspectivas razonables

[814] STJUE de 25 de junio de 2020 C.- 36/20. Asunto *VL§99-113*.

de expulsión, el internamiento deja de estar justificado y la persona debe ser puesta en libertad inmediatamente[815].

Esta problemática se planteó en el asunto *Arslan, (*STJUE de 30 de mayo de 2013, C.-534/11 *Mehmet Arslan c. Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie.)* donde la DCA vigente era la Directiva 2003/9/CE que no preveía expresamente los motivos para la detención de un solicitante, el TJUE tuvo que responder si el hecho de que un extranjero internado a efectos de retorno presentara una solicitud de protección internacional debía conllevar el fin de la medida de internamiento. Y el TJUE concluyó que el internamiento podría continuar si, tras examinar todas las circunstancias, se determina que la solicitud ha sido presentada únicamente para retrasar o frustrar el retorno; pues en esos casos, el internamiento sería una garantía para la efectividad de la Directiva de Retorno. Si bien, el Tribunal precisó que el mero hecho de que el solicitante se encuentre internado para su retorno en el momento en que presenta la solicitud no permite presumir *per se*, que la solicitud se haya presentado solo para retrasar el traslado (§62).

5. Por motivos de seguridad nacional y orden público.

El TJUE se pronunció sobre la validez de este motivo bajo el estándar de protección del artículo 6 de la CDFUE en la Sentencia de 15 de febrero de 2016, C-601/15 *J.N. c. Staatsecretariat van Veiligheid en Justitie* §59-61. E insistió en que esa disposición no es una cláusula abierta para justificar el internamiento generalizado. Por el contrario, las autoridades nacionales deben examinar en cada caso concreto, si el comportamiento individual del solicitante supone una «amenaza real, actual y suficientemente grave» para la seguridad o el interés fundamental de la sociedad. Debiendo ponderar bajo el principio de proporcionalidad si el peligro que supone el solicitante para la seguridad o el orden público se corresponde con la gravedad de aplicar una medida de internamiento habida cuenta de la grave injerencia que supone en la libertad del solicitante (§67-69).

[815] STJUE de 30 de noviembre de 2009 C.- 357/09 *Asunto Kadzoev §63.*

Resulta conveniente señalar que, en cualquier caso, la detención por motivos de seguridad nacional no permite una detención prolongada en el tiempo indefinidamente. En este sentido, el TEDH ha reiterado, en una larga jurisprudencia, que las detenciones amparadas bajo el supuesto del artículo 5.1.f) CEDH se justifican solo mientras esté en curso el procedimiento de deportación. Y cuando ese procedimiento no se desarrolla con la debida diligencia, la detención deja de estar justificada bajo el artículo 5.1.f) CEDH. Y esta misma idea la reiteró en el asunto *Al Husin c. Bosnia y Herzegovina,* considerando contraria al artículo 5.1.f) del Convenio la detención de un solicitante sirio por motivos de seguridad nacional, por la falta de una perspectiva realista de expulsión[816].

6. Por los motivos señalados en el artículo 28 del Reglamento Dublín III, esto es: para garantizar el traslado cuando exista un riesgo considerable de fuga.

El artículo 28 del Reglamento Dublín III, que aborda el internamiento para fines de traslado, comienza su redacción prohibiendo el internamiento de una persona «por el único motivo de que se encuentre sometida al procedimiento establecido en el presente Reglamento». Y dispone a continuación, que el internamiento será posible para garantizar el traslado y, con ello, la efectividad del Reglamento Dublín III: tras una evaluación individual, constatando que existe «un riesgo considerable de fuga», y siempre que se trate de una medida proporcional y que no sea posible aplicar otra medida menos coercitiva. El propio Reglamento Dublín III define el *riesgo de fuga* en el artículo 2, letra n como: «la existencia de razones basadas en criterios objetivos definidos por ley que, en un caso concreto, permitan pensar que un solicitante, un nacional de un tercer país o un apátrida sujeto a un procedimiento de traslado pueda fugarse». Definición que pone el foco de atención en unos criterios objetivos definidos legalmente; lo que según la jurisprudencia del TEDH, constituye una garantía frente a las detenciones arbitrarias. Sin embargo, a falta de una mayor concreción de estos criterios en el propio Reglamento, son los Estados miembros quienes deben establecerlos en la ley. En este sentido, el TJUE ha tenido que pronunciarse sobre la legalidad del internamiento de un solicitante inmerso en un procedimiento de traslado en el marco del Reglamento Dublín III cuando la legislación nacional no ha cumplido ese mandato y no ha concretado tales criterios. Se trata de la STJUE de 15 de marzo de 2017, C.- 528/15 asunto *Al Chodor* En el asunto, donde además

[816] STEDH de 25 de junio de 2019 *Al Husin c. Bosnia y Herzegovina §99-109.*

se planteaba una necesaria interpretación del término *ley* frente al término *Derecho*, empleado dentro del artículo 2,n en otras versiones lingüísticas del Reglamento Dublín III; el TJUE recordó la jurisprudencia del TEDH sobre la legalidad de las detenciones reiterando, no solo la necesaria base legal de la media, sino también «la calidad de la ley» que debe ser «suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad» (§38). Siendo precisamente ese el fin de las garantías consagradas en el artículo 6 de la Carta, la protección frente a detenciones arbitrarias. Y por todo ello, concluyó el TJUE que los artículos 2, letra n) y 28.2 del Reglamento Dublín III deben interpretarse en el sentido «de que exigen que los criterios objetivos en los que se basan las razones que permitan pensar que un solicitante pueda fugarse se establezcan en una disposición obligatoria de alcance general». Concretando además, que «no basta una jurisprudencia consolidada que sanciona una práctica reiterada de la policía de extranjería(…) A falta de la plasmación de los aludidos criterios en una disposición de ese rango (…) debe concluirse que el internamiento es ilegal y que, en consecuencia, no puede aplicarse el artículo 28, apartado 2, del Reglamento Dublín III. Sin duda, el fallo resulta una garantía para los derechos de los solicitantes. Sin embargo, no para la efectividad del Reglamento Dublín III sobre el que descansa, pese a sus muchos defectos, el Sistema Europeo de Asilo. La imposibilidad de poder efectuar una orden de traslado de acuerdo con los criterios del Reglamento suponen una lacra para la efectividad del SECA y, por tanto, para la coordinación de todos los EEMM. Resultando así evidente la necesidad de que estos criterios se concreten y definan en la propia normativa comunitaria. Si bien, previendo en todo caso, la naturaleza excepcional del internamiento al que solo se podrá acudir a falta de otra medida alternativa menos lesiva.

4.3.1. B Condiciones del internamiento.

Tan importante resulta que la media de internamiento se adopte dentro de la legalidad, sin arbitrariedad; como que se desarrolle en condiciones adecuadas; pues de la observancia de unos determinados estándares dependerá, no solo el respeto al derecho a la libertad de los internados, sino también el respeto a otros derechos afectados y, en especial a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Por ello, los artículos 9 y 10 de la DCA, así como el artículo 28 del Reglamento Dublín III recogen las garantías generales en las que debe desarrollarse el internamiento. Sin embargo, de acuerdo con los estándares de protección desarrollados por el TJUE y el

TEDH, las condiciones en que se lleve a cabo la medida de internamiento exigen observar las circunstancias concretas de cada caso.

Así, respecto a la duración, el criterio general, es que el internamiento se mantendrá solo mientras duren los motivos del artículo 8.3 DCA y siempre, por el periodo de tiempo más breve posible. Sin embargo, la DCA no fija un periodo de tiempo máximo como límite. Lo que si hace, por ejemplo, la Directiva de Retorno en su artículo 15, que aunque supedita el internamiento al periodo de tiempo estrictamente necesario para garantizar la expulsión, delega en los Estados la obligación de fijar un período de tiempo máximo para el internamiento que «no podrá superar los seis meses»[817]. Por ello, a falta de un parámetro objetivo, la duración del internamiento deberá enjuiciarse caso por caso, tomando en consideración el resto de circunstancias que rodean la medida y bajo los principios de proporcionalidad y necesidad. Siendo legal el internamiento solo cuando persista el motivó que lo habilitó *ex* art.8 DCA y debiendo observar además, que esos procedimientos administrativos que se correspondan con los motivos de internamiento enumerados en el artículo 8 se desarrollen con la debida diligencia, tal y como prevé el artículo 9.1 DCA[818]. En este sentido, el TJUE ha interpretado el artículo 9 de la DCA concluyendo que: «el artículo 9 de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que no obliga a los Estados miembros a establecer una duración máxima para el mantenimiento del internamiento, siempre que su Derecho nacional garantice que el internamiento solo dure mientras el motivo que lo justifica siga siendo aplicable y que los

[817] Plazo prorrogable por un tiempo máximo de otros 12 meses cuando así lo prevea la legislación nacional y, pese a la diligencia de las autoridades nacionales, la expulsión no haya podido llevarse a cabo todavía por falta de cooperación del extranjero, o demoras en la obtención de documentación por parte de terceros países. Artículo 15.6 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular

[818] En este sentido, la falta de diligencia ha sido observada por el TEDH, entre otros, en la STEDH de 22 de septiembre de 2015 *Nabil y otros c. Hungría*, donde el Tribunal reiteró que la medida de internamiento solo encuentra justificación mientras esté en curso el proceso de deportación o extradición. Pero, «si tales procedimientos no se llevan a cabo con la debida diligencia, la detención dejará de estar permitida en virtud del artículo 5.1» (§113). En el mismo sentido, pueden verse las SSTEDH de 15 de noviembre de 1996 *Chahal c. Reino Unido (§113); de 25 de enero de 2005 Singh c. República Checa*; y de 11 de octubre de 2011 *Auad c. Bulgaria (§128).* Además, la falta de diligencia también se observó en el asunto *Abdi Mahamud c. Malta*, en el cual el Tribunal observó las incongruencias alegadas por el Gobierno de Malta para justificar la detención durante meses de un extranjero con vistas a su expulsión, pero del que no pudo averiguarse su nacionalidad. Entre las incoherencias observadas por el TEDH se encontraba la respuesta de las autoridades a su solicitud de asilo, de la que se deduce que para Malta el demandante era somalí. STEDH de 3 de mayo de 2016, *Abdi Mahmud c. Malta* §138. En la STEDH de 4 de abril de 2017 *Thimothawes c. Bélgica;* o la STEDH de 2 de marzo de 2017 *Ahmed c. Reino Unido,* entre otras.

procedimientos administrativos relacionados con ese motivo se tramiten con diligencia»[819].

Por su parte, el Reglamento Dublín III establece unos plazos concretos para llevar a cabo el traslado de solicitantes internados. Según el artículo 28.3, en el caso de que un solicitante sea internado para proceder a su traslado al Estado miembro responsable, el plazo para que el Estado que ha adoptado la medida de internamiento presente la petición de toma a cargo o de readmisión es de un mes; debiendo pedir en estos casos una respuesta urgente al Estado miembro considerado responsable. Aquel Estado tendrá que responder en el plazo de dos semanas, interpretando el silencio como una aceptación. Implica la obligación de readmitir al solicitante y disponer su llegada. El traslado deberá efectuarse lo antes posible, y dentro en un plazo máximo de seis semanas desde la aceptación (expresa o tácita) de la toma a cargo; o cuando la revisión de acuerdo con el artículo 27.3 del Reglamento Dublín III no tenga efectos suspensivos. Además, el Reglamento prevé que cuando estos plazos no se cumplan, la persona no continuará internada.

Estos plazos fueron interpretados por el TJUE en el asunto *Khir Amayry y. Migrationsverket*¸ donde el Tribunal distinguió la aplicación del plazo máximo de internamiento de seis semanas según los casos en que el solicitante estuviera ya internado en el momento en que el Estado responsable acepta la petición de toma a cargo o readmisión, frente a los casos en que el solicitante es internado después. En el segundo caso, ese plazo máximo de seis semanas debe interpretarse más flexiblemente, no debiendo superar *ampliamente* las seis semanas, en atención al objetivo de la norma que es garantizar el traslado de los solicitantes al Estado miembro responsable.

> *«Dicho internamiento puede mantenerse durante dos meses como máximo, siempre que, por un lado, la duración del internamiento no supere el tiempo necesario a efectos del procedimiento de traslado, apreciado teniendo en cuenta las exigencias concretas de dicho procedimiento en cada caso particular, y, por otro lado, no se prolongue más de seis semanas a partir de la fecha en que el recurso o la revisión ya no tenga efecto suspensivo»*[820].

---

[819] STJUE de 14 de mayo de 2020 C.- 924/19 Y 925/19, *asunto FMS y otros c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság y Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság.*

[820] STJUE de 13 de septiembre de 2017, C.- 60/16. *asunto Khhir Amayry/ Migrationsverket §49.*

Aunque consideró que una norma que previera la posibilidad de internar al solicitante de tres a doce meses para efectuar el traslado excedía el tiempo razonablemente necesario para tramitar el traslado diligentemente y, por tanto, era contraria al artículo 28 del Reglamento Dublín y al artículo 6 CDFUE[821].

Además de pautas sobre la duración del internamiento, la DCA dispone otras garantías inherentes a cualquier detención; como que el internamiento sea ordenado por la autoridad judicial o administrativa, o que se informe al solicitante por escrito, y de manera comprensible de los motivos de su detención[822]. Una garantía que se corresponde con lo dispuesto en el artículo 5.2 del CEDH. Y atendiendo a la finalidad de esta garantía, el Tribunal de Estrasburgo ha precisado que la información debe proporcionarse de manera que el interesado pueda entenderla, esto es, en un idioma comprensible y con un lenguaje sencillo, a fin de que puedan impugnar su legalidad. Habiendo esclarecido el TEDH que una información genérica aportada en un folleto informativo puede no cumplir el estándar de claridad y accesibilidad que permita al solicitante entender los motivos de su detención y recurrir tales condiciones ante un Tribunal.[823].

Además, esa información simple y accesible que recoja los motivos de la detención, debe transmitirse con celeridad. Y aunque el TEDH ha señalado que esa obligación no implica necesariamente que el agente que lleva a cabo la medida aporte toda la información en el momento de la detención[824] ; esta debe aportarse «en el menor tiempo posible»[825]. En base a estos criterios el TEDH ha considerado que la tardanza de 76 horas en informar al

---

[821] STJUE de 13 de septiembre de 2017, C.- 60/16. *asunto Khhir Amayry/ Migrationsverket §47.*

[822] Art 9.2 DCA: «El internamiento de los solicitantes será ordenado por escrito por las autoridades judiciales o administrativas. La orden de internamiento reflejará los motivos de hecho y de derecho en que se base". Y art. 9.4 DCA: « Se informará inmediatamente al solicitante por escrito, en una lengua que comprenda o cuya comprensión sea razonable suponerle, de las razones en las que se basa el internamiento y de los procedimientos establecidos en el Derecho nacional para impugnar la orden de internamiento, así como de la posibilidad de solicitar representación legal y asistencia jurídica gratuitas».

[823] Así se consideró en la STEDH de 25 de enero de 2018, *J.R.y otros c. Grecia* §119-124.

[824] En este sentido pueden verse, entre otras, la STEDH de 5 de mayo de 2002 *Conka c. Bélgica. §*50; o la STEDH de 15 de diciembre de 2016 *Khlaifia y otros c. Italia*

[825] STEDH de 15 de diciembre de 2016 *Khlaifia y otros c. Italia §120.* En el asunto, el Tribunal de Estrasburgo consideró que Italia había vulnerado la garantía del artículo 5.2 del CEDH al proporcionar esa información unos diez días después del

solicitante de los motivos de su detención era incompatible con el estándar del art. 5.2 CEDH[826].

En tercer lugar, el artículo 9.3 de la DCA prevé como garantía del internamiento un control judicial que se efectuará con celeridad, de oficio y/o a instancia de parte[827]. Aunque la norma delega en los EEMM la determinación, en su Derecho interno, del plazo de tiempo en el que se deberá llevar a cabo tal control; debiendo prever en caso de que se concluya la ilegalidad del internamiento, la inmediata liberación del solicitante[828].

Se trata de una garantía cuyo contenido se corresponde con el artículo 5.4 del CEDH. Y, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, habida cuenta de que está en juego la libertad del detenido, el Estado debe procurar que el procedimiento se desarrolle con celeridad. Sin embargo, enjuiciar si el solicitante detenido ha obtenido una decisión judicial sobre la regularidad de su detención «*al più presto*» requiere de un juicio, no en abstracto, sino global de todas las circunstancias del caso y, en particular, de la complejidad de la causa y del comportamiento del interesado. (STEDH de 15 de diciembre de 2016 *Khlaifia y otros c. Italia §131).*

Esta garantía se complementa por los apartados 5 y 6 del artículo 9[829], que impone un control judicial de la detención a intervalos, con el fin de asegurar que la media sigue

---

[826] STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido.* El Tribunal señaló que, aun en el caso de que la comunicación oral al representante cumpliera con los estándares del artículo 5.2 del Convenio, el retraso de 76 horas era incompatible con tal disposición cuya finalidad es que tal información se proporcione lo antes posible (§84).

[827] Artículo 9.3 DCA: «Cuando las autoridades administrativas ordenen el internamiento, los Estados miembros someterán a un control judicial rápido la legalidad del internamiento, el cual se efectuará de oficio y/o a instancia del solicitante. Cuando se efectúe de oficio, dicho control se resolverá lo más rápidamente posible desde el inicio del internamiento. Cuando se efectúe a instancia del solicitante, se decidirá lo más rápidamente posible tras el inicio de los procedimientos correspondientes. A este efecto, los Estados miembros definirán en el Derecho nacional el período dentro del cual el control judicial de oficio y/o el control judicial a instancia del solicitante debe ser llevado a cabo. Cuando, como resultado del control judicial, el internamiento se considere ilegal, el solicitante de que se trate deberá ser liberado inmediatamente».

[828] Además, cabe recordar al respecto que el art. 5.5 del CEDH recoge el derecho a la reparación del daño para quien haya sido víctima de una detención contraria a las disposiciones del artículo 5CEDH.

[829] Artículo 9.5 DCA: « El internamiento será objeto de control por la autoridad judicial a intervalos de tiempo razonables, de oficio y/o a instancia del solicitante interesado, especialmente si es de larga duración, si surgen circunstancias pertinentes o si se dispone de nueva información que pueda afectar a la legalidad del internamiento». Artículo 9.6: « En los casos de revisión judicial de la orden de internamiento, contemplada en el apartado 3, los Estados miembros se asegurarán de que los solicitantes tengan acceso a la representación legal y la asistencia jurídica gratuitas. Ello incluirá, como mínimo, la preparación de la

siendo acorde a Derecho ante un posible cambio en las circunstancias, y siempre de acuerdo a los principios de necesidad, proporcionalidad, e idoneidad. Y garantiza que los solicitantes tengan acceso a la representación legal y asistencia jurídica gratuitas en el proceso de revisión judicial (y, de acuerdo con el artículo 26.2 DCA, también ante un recurso[830]). Si bien, los Estados pueden limitar la gratuidad de esta medida a solicitantes que no dispongan de recursos suficientes; o prever que esos servicios sean prestados por asesores jurídicos u otros consejeros previstos en el Derecho nacional[831]. Lo que, atendiendo a la importancia que revista la revisión judicial ante una medida de internamiento para un extranjero que no ha cometido un delito; que como solicitante de protección internacional forma parte de un colectivo especialmente vulnerable; y que lo más probable es que desconozca el sistema legal del Estado de acogida, resulta más que cuestionable. Sin duda, el hecho de que la DCA delegue en los distintos EEMM el establecimiento de los procedimientos para el acceso a la asistencia jurídica y a la representación legal[832] de los solicitantes de protección internacional es un error, consecuencia del erróneo planteamiento del SECA. La auténtica garantía de este derecho, como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y que en este caso concreto supone una garantía frente a las detenciones arbitrarias, pasa por un

documentación procesal requerida y la participación en la vista ante las autoridades judiciales, en nombre del solicitante. La representación legal y la asistencia jurídica gratuitas las ejercerán personas adecuadamente cualificadas, admitidas o habilitadas en virtud del Derecho nacional y cuyos intereses no estén en conflicto o pudieran entrar en conflicto con los intereses del solicitante.

[830] Aunque a tenor del artículo 26.3 DCA *in fine*, los Estados pueden negar la asistencia jurídica y la representación legal gratuitas cuando una autoridad competente estime que el recurso tiene pocas probabilidades de prosperar.

[831] Artículo 9.7 DCA: «Los Estados miembros también podrán establecer que se concedan la representación legal y la asistencia jurídica gratuitas: a) únicamente a aquellos que no dispongan de recursos suficientes; y/o b) únicamente mediante servicios prestados por asesores jurídicos u otros consejeros especialmente previstos en el Derecho nacional para asistir y representar a los solicitantes». Artículo 9.8 DCA: «Los Estados miembros también podrán: a) imponer límites económicos y temporales a la representación legal y a la asistencia jurídica gratuitas, siempre que dichos límites no restrinjan arbitrariamente el acceso a la representación legal y a la asistencia jurídica; b) disponer que, por lo que respecta a las tasas y costes, el trato a los solicitantes no sea más favorable que el trato que se depara generalmente a sus nacionales en lo que se refiere a la asistencia jurídica». Artículo 9.9 DCA: «Los Estados miembros podrán exigir el reembolso total o parcial de cualquier gasto sufragado, cuando la situación financiera del solicitante haya mejorado considerablemente o si la decisión de conceder tales beneficios se hubiese adoptado sobre la base de información falsa facilitada por el solicitante».

[832] Artículo 9.10 DCA: «Los procedimientos de acceso a la asistencia jurídica y a la representación legal quedarán establecidos en el Derecho nacional».

reconocimiento uniforme en todos los EEMM, de acuerdo con los estándares de la Carta[833].

Por su parte, el artículo 10 de la DCA aborda las condiciones los centros donde se lleve a cabo el internamiento. Siendo la primera garantía el mandato imperativo de separar a los solicitantes de protección de los «presos comunes». Debiendo llevarse a cabo, siempre que sea posible, en centros especializados. Y cuando no sea posible, en el caso de que se deba recurrir a centros penitenciarios, los solicitantes deberán mantenerse separados de los presos, aplicándoles las disposiciones de la DCA.

La DCA prevé además como garantías del internamiento, el acceso a espacios al aire libre (Art 10.2DCA), la posibilidad de contactar con ACNUR y con otras organizaciones que trabajen en nombre de ACNUR según los acuerdos con el Estado correspondiente; y la garantía de poder contactar con familiares, asesores y representantes. Cabe restringir estos contactos solo cuando, de acuerdo con el Derecho interno, los límites impuestos sean necesarios para la seguridad, el orden público o la gestión administrativa del centro de internamiento (art. 10.4 DCA).

Sin embargo, la DCA guarda silencio sobre aspectos materiales del internamiento sobre los que se han tenido que pronunciar en múltiples ocasiones los Tribunales europeos, y en especial, el TEDH. Este, en una extensa jurisprudencia, ha subrayado la incompatibilidad con el CEDH de internamientos desarrollados en condiciones de superpoblación; enclaustramiento; o insalubres. Una cuantiosa jurisprudencia que confirma la normalización de un desprecio a la dignidad, a la integridad y a la vida de los solicitantes de protección. En este sentido, no podemos dejar de señalar que la finalidad de la Directiva es, de acuerdo con una lectura conjunta de los considerandos 31 y 11, el establecimiento de unas normas para la acogida de los solicitantes que garantice a estos un «nivel de vida digno». Lo que no siempre casa con las medidas de internamiento adoptadas por las autoridades que, como ha quedado reflejado en la jurisprudencia europea, pueden atentar contra los artículos 3, 5 y 8 del CEDH. Sobre todo, ante sistemas saturados.

[833] En este ámbito nos remitimos a la publicación del European Law Institute: «Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law: Checklists and European Standards». 2017.

Por ello, el Tribunal debe examinar las condiciones de la detención. Lo que, según el *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración* elaborado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa en 2020[834], exige observar el lugar donde se lleva a cabo la detención[835]; su ventilación; el tamaño de la zona donde se encuentra detenida la persona[836]; si ese espacio se comparte con otros detenidos; el acceso a espacios al aire libre[837] y a instalaciones sanitarias; y por supuesto, las circunstancias personales del detenido, en especial si concurre alguna causa de vulnerabilidad añadida (si es menor de edad, víctima de trata, víctima de torturas, si tiene alguna enfermedad...). Parámetros básicos que resultan frecuentemente ignorados.

Resulta importante advertir que para el TEDH, en el examen de estas condiciones, no rige una aplicación rigurosa del principio *afirmanti incumbit probatio* porque los solicitantes pueden encontrar grandes obstáculos para la obtención de pruebas, siendo el Gobierno quien está en mejor posición de acceder a la información necesaria para confirmar o refutar los hechos alegados por los solicitantes[838]. Por ello, aunque se espera que los solicitantes presenten una descripción minuciosa, los informes elaborados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) han resultado muy útiles al Tribunal de Estrasburgo para corroborar las denuncias de los solicitantes.

Y es que el CPT ha mostrado una continua y notable preocupación por las condiciones de los inmigrantes irregulares (incluidos los solicitantes de protección) en Europa. El último informe publicado en el momento en que se escriben estas líneas, de marzo de

---

[834] FRA y Consejo de Europa: *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración.* Luxemburgo. 2020. P. 247.

[835] La STEDH 27 de julio de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*.

[836] Sobre la falta de espacio físico y su evaluación sobre el estándar del artículo 3 del CEDH, resulta muy esclarecedor el criterio plasmado por el TEDH en el asunto *Aden Ahmed c. Malta: «El Tribunal debe tener en cuenta los tres elementos siguientes: (a) cada detenido debe disponer de un lugar individual para dormir en la celda; (b) cada detenido debe disponer de al menos tres metros cuadrados de espacio en el suelo; y (c) la superficie total de la celda debe permitir a los detenidos moverse libremente entre los elementos del mobiliario. La ausencia de cualquiera de los elementos anteriores crea en sí misma una fuerte presunción de que las condiciones de detención equivalían a un trato degradante e infringían el artículo 3».* STEDH de 9 de diciembre de 2013 *Aden Ahmed c. Malta §87.*

[837] STEDH *S.D. c. Grecia (§49-54)*, consideró contrario al artículo 3 del CEDH el internamiento durante seis días en un centro de extranjeros con prohibición de salir a un espacio abierto para pasear, sin suficientes zonas de aseo y durmiendo en condiciones insalubres sobre colchones sucios

[838] STEDH de 9 de diciembre de 2013 *Aden Ahmed c. Malta* §89.

2023, contiene una sección relativa a *«la prevención de malos tratos a extranjeros privados de su libertad en el contexto de las fronteras»*[839]. En ella, el CPT ha señalado que la prevención de los malos tratos a refugiados, solicitantes de asilo y migrantes privados de libertad en el territorio del Consejo de Europa continua siendo una cuestión prioritaria. Y añade que, desde 2009, ha recibido numerosas denuncias de malos tratos a extranjeros por parte de funcionarios del Estado, y ha visitado centros de detención de inmigrantes «en condiciones terribles»[840].

Es difícil imaginarnos las condiciones que han soportado miles de inmigrantes y solicitantes de protección en nuestro continente, aunque un repaso a la extensa jurisprudencia del TEDH en la materia puede darnos una idea. En estas páginas solo podemos traer a colación algunas de esas sentencias, pues no es el objeto final del trabajo; pero sin duda esa imagen nos conduce a afirmar el deterioro de la política migratoria, del sistema de acogida, y de las garantías jurisdiccionales que han permitido que, en Estados de la Unión (democráticos, sociales y de Derecho, sustentados sobre el valor de respeto a la dignidad y a los derechos humanos), se normalice la dispensa de tratos inhumanos y degradantes por parte de las autoridades. En este sentido, resultan muy ilustrativas las penosas condiciones descritas en el emblemático asunto de *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, corroboradas por los informes de CPT, ACNUR, Amnistía Internacional y Médicos sin Fronteras-Grecia, reveladoras del mal funcionamiento sistemático de los sistemas de acogida griegos, años antes de la afluencia migratoria del 2015. En este sentido, la sentencia da credibilidad a las condiciones descritas por el demandante por ser coherentes con los reiterados informes de CPT, ACNUR, Amnistía Internacional y Médicos sin Fronteras-Grecia:

> *«(...) según las constataciones presentadas por las organizaciones que visitaron el centro de internamiento anexo al aeropuerto, el sector destinado a los solicitantes de asilo raramente estaba abierto y los detenidos no tenían acceso a la fuente, situada en el exterior y tenían que beber el agua de los baños. En el sector destinado a las personas detenidas, había ciento cuarenta y cinco detenidos para una superficie de 110 m2. En algunas celdas había una cama para entre catorce y diecisiete personas. El número de colchones era insuficiente y varios detenidos dormían sobre el mismo suelo. Debido a la falta de espacio, los*

[839]CPT: «32nd General Report of the CPT: 1 Januari-31 December 2022». *Consejo de Europa*, marzo 2023.P. 23-34.

[840] *Ibídem P.24:*

detenidos no podían estirarse y dormir todos al mismo tiempo. Debido a la masificación, la ventilación era insuficiente y el calor en las celdas era insoportable. Los detenidos sufrían graves restricciones de acceso a los cuartos de baño y se quejaban de que los policías les impedían moverse por los pasillos. Los policías admitieron que los detenidos debían orinar en las botellas de plástico que vaciaban cuando se les autorizaba a acudir al cuarto de baño. Se observó que no había ni jabón ni papel higiénico en ninguno de los sectores, que el conjunto de equipamiento y sanitarios estaban sucios, que las instalaciones carecían de puertas y que se tratara del sector que fuera, los detenidos no podían pasear al aire libre[841]*».*

Como se ha señalado *supra,* todas estas condiciones de habitabilidad que deben observarse para enjuiciar la legalidad de la detención deben poner especial atención en las circunstancias personales del detenido. Y, en particular, en las posibles vulnerabilidades añadidas que pueda presentar, no solo como solicitante de protección internacional, sino también en relación a su edad, a su estado de salud o a determinadas experiencias pasadas traumáticas, lo que, atendiendo a las circunstancias que rodean al procedimiento de protección internacional, no resulta infrecuente. Por ello, en ciertas circunstancias, el TEDH ha considerado contraria al artículo 3 la detención de menores de corta edad en centros que se consideraban con condiciones apropiadas[842]; o contrario al artículo 3 del CEDH la detención para su expulsión de una mujer infectada con VIH, por no haber mostrado las autoridades suficiente atención a la preservación de su estado de salud.[843] Y de manera más novedosa, el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado sobre la diligencia necesaria al internar a un solicitante de protección perteneciente a una minoría sexual en su país de origen, con otros ciudadanos de su país; a fin de evitar que se reproduzcan las situaciones que lo han obligado a huir[844].

---

[841] STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S contra Bélgica y Grecia. § 230.*

[842] STEDH de 12 de julio de 2016; *A.M. y otros c. Francia.*

[843] STEDH de 20 de diciembre de 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica §98: «* En opinión del Tribunal, esta situación menoscabó la dignidad de la demandante y, combinada con el estado de angustia resultante de la perspectiva de deportación, constituyó para ella un calvario particularmente difícil que fue más allá del nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y a la condición que padecía y equivalió a un trato inhumano y degradante».

[844] STEDH de 5 de julio de 2016, *O.M c. Hungría. §53: «*Por último, la Corte considera que, en el curso del acogimiento de un solicitante de asilo que alegue ser parte de un grupo vulnerable en el país del que tuvo que salir, las autoridades deben tener especial cuidado para evitar situaciones que puedan reproducir el difícil situación que obligó a estas personas a huir en primer lugar. En el presente caso, las autoridades no lo hicieron cuando ordenaron la detención del solicitante sin considerar hasta qué punto las personas vulnerables, por ejemplo, personas LGBT como el solicitante, estaban seguras o inseguras bajo custodia entre otras personas detenidas, muchos de los cuales procedían de países con prejuicios culturales o

Sin embargo, hay que advertir que, de la lectura de la DCA se infiere que las garantías previstas para la *tutela* de los solicitantes especialmente vulnerables internados son el reconocimiento expreso de un estándar de protección básico. En este sentido, el artículo 11.1 DCA indica expresamente que la salud (física y psíquica) de los solicitantes vulnerables es una cuestión prioritaria. Aunque no sería posible pensar que la salud de los solicitantes no vulnerables no deba ser, del mismo modo, una prioridad. O en la misma línea, el artículo 11.4 DCA prevé que se facilite a las familias internadas un alojamiento separado que garantice una adecuada intimidad. Lo que, dejando a un lado los posibles matices para el caso de menores internados por ser objeto de estudio más adelante, supone una garantía básica para el respecto del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, art. 7 CDFUE.

Por ello, parece que la intención del legislador al reconocer estas garantías no ha sido para velar por su cumplimiento sino, para prever que en determinados casos «debidamente justificados y por un periodo de tiempo razonable que será lo más breve posible» se puedan excepcionar. Así el artículo 11.6 prevé la posibilidad de excepcionar la obligación de que las familias internadas cuenten con un alojamiento separado; la obligación de los Estados de velar por que las mujeres tengan un alojamiento separados de los hombres, salvo que sean miembros de la misma familia y así lo consientan; o incluso la garantía de que los menores internados puedan participar en actividades de ocio y recreo propias de su edad. Siendo difícilmente justificable que se pueda justificar tanto el internamiento como la excepción de esta garantía, cuando el interés superior del menor es debe ser una prioridad a tenor del artículo 24 CDFUE.

Fuese con esta intención, o simplemente para asegurar el cumplimiento de las mismas, lo cierto es que las garantías que rodean el posible internamiento de solicitantes de protección internacional especialmente vulnerables resultan insuficientes. Los parámetros fijados quedan lejos de cumplir la función garantista que podría esperarse de una norma concebida para regular las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional y olvida, bajo una lógica securitaria, que a quien se interna no

religiosos generalizados contra esas personas. Nuevamente, las decisiones de las autoridades no reflejaron adecuadamente las circunstancias individuales del solicitante, miembro de un grupo vulnerable por pertenecer a una minoría sexual en Irán».

está siendo juzgado por ningún crimen. Por ello, el debate no debería ser si estas garantías mínimas, que deberían observarse en todos los internamientos de inmigrantes y solicitantes de protección, son suficientes para la tutela que requieren los solicitantes especialmente vulnerables. Si no, más bien, bajo qué circunstancias puede justificarse el internamiento de «menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual»[845]; esto es, de los solicitantes que la propia directiva reconoce como vulnerables.

4.3.1. C Restricciones de libertad y zonas grises: las zonas de tránsito.

En este punto, resulta evidente que el TEDH ha desarrollado una larga jurisprudencia en relación a las garantías que deben observarse cuando se restringe la libertad física de una persona en general, y de un inmigrante o solicitante de protección, en particular. Garantáis que, en gran medida, coinciden con las contempladas por la DCA e interpretadas por el TJUE en consonancia con la CDFUE.

Por ello, los Estados han desarrollado estrategias que tratan de eludir la aplicación de los estándares de protección del derecho a la libertad física, a través de esa *edulcoración semántica* a la que nos referíamos *supra*, y mediante la cual resuenan términos ambiguos como retención; estancia; internamiento; confinamiento; centros de identificación; centros de internamiento... Ante los cuales, el TEDH y el TJUE, han extendido la aplicación de esas mismas garantías siguiendo el principio jurídico de *irrelevancia del nomen iuris*, y de primacía de la realidad; debido a que, independiente de su

[845] Artículo 21 DCA: « En la legislación nacional por la que se apliquen las disposiciones de la presente Directiva, los Estados miembros tendrán en cuenta la situación específica de las personas vulnerables tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina».

denominación, todos ellos consisten en restricciones -de mayor o menor intensidad- a la libertad ambulatoria[846].

Sin embargo, no siempre resulta tan sencilla la analogía; como ha ocurrido en España con los Centros de Internamiento de Extranjeros (*CIES)* o las *salas de solicitantes de asilo* de algunos aeropuertos[847]. O las polémicas *zonas de tránsito* de Hungría, después de que la Gran Sala del TEDH, rectificando la sentencia de la Sala asunto *Ilias y Ahmed. C. Hungría*[848], considerara que a los solicitantes retenidos en la zona de tránsito de Röske no les era de aplicación el artículo 5 CEDH porque no estaban privados de su libertad al poder dirigirse a Serbia[849].

Según los hechos descritos en la Sentencia, los solicitantes se encontraban «retenidos» en la zona de tránsito de Röske, que era un recinto compuesto por contenedores móviles instalados en una zona al aire libre rodeada de una valla de unos cuatro metros de altura con alambre de espino en la parte superior y vigilada continuamente por agentes de policía y seguridad armados. Y sobre la restricción a su libertad añade: «Los demandantes tenían restringida la salida de la zona de tránsito en dirección hacia el resto del territorio húngaro. Según parece, sí tenían derecho a abandonarla para dirigirse a Serbia, pero las partes están en desacuerdo sobre las consecuencias jurídicas y prácticas que hubiera tenido tal decisión»[850].

En el fallo, la Gran Sala del TEDH toma en consideración la labor de las autoridades nacionales para controlar las fronteras, de modo similar a como lo hizo, apenas tres meses

---

[846] A este respecto, puede verse el informe elaborado por el *European Council on Refugees and Exiles*, *Boundaries of liberty. Asylum and de facto detention in Europe 2018.*

[847] RUIZ RAMOS, J.: «El derecho a la libertad de circulación y residencia de los migrantes». En: PORRAS RAMÍREZ, J. Mª (Dir.) *La inclusión de los migrantes en la Unión Europa y España. Estudio de sus derechos.* P. 359-391.

[848] STEDH de 14 de marzo de 2017, *Ilias y Ahmed c. Hungría*.

[849] STEDH (Gran Sala) de 21 de noviembre de 2019, *Ilias y Ahmed c. Hungría*. Puede verse un comentario crítico de esta sentencia en RUIZ RAMOS, J. (2020). «The Right to Liberty of Asylum-Seekers and the European Court of Human Rights in the Aftermath of the 2015 Refugee Crisis». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 39, P. 1-46.

[850] STEDH de 21 de noviembre de 2018 *Ilias y Ahmed c. Hungría §15.*

después, en el asunto *N.D. y N.T.* [851]. Además, considera pertinente, aunque no definitivo, que los solicitantes entraran en la zona de tránsito de Röszke *por iniciativa propia;* y especialmente, que los solicitantes tuvieran la posibilidad *real* de salir de esa zona de tránsito, caminar hasta la frontera y cruzar a Serbia considerado un país seguro y vinculado por la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

En este sentido, la sentencia se aleja radicalmente de su razonamiento en el caso *Amuur*, donde afirmó que: «el mero hecho de que los solicitantes de asilo puedan abandonar voluntariamente el país en el que desean refugiarse no puede excluir una restricción de la libertad»[852] y que la posibilidad de salir «se convierte en algo teórico si ningún otro país que ofrezca una protección comparable a la que esperan encontrar en el país en el que solicitan asilo está dispuesto o preparado para acogerlos»[853]. Para el TEDH la diferencia estriba en que la en el caso *Amuur* la posibilidad de salir de la zona del aeropuerto donde estaban retenidos no era ni teórica ni práctica pues requería de autorización para embarcar en un avión y garantías diplomáticas para entrar en Siria. Mientras que en el asunto *Ilias y Ahmed c. Hungría* los demandantes pueden andar hasta la frontera y cruzar a Serbia, lo que hace la posibilidad de abandonar la zona de tránsito donde estaban retenidos, una posibilidad real y no meramente teórica. Y teniendo posibilidad de abandonar la zona, aunque solo fuese en esa dirección, excluye el caso del ámbito del artículo 5 CEDH[854].

El fallo del Tribunal de Estrasburgo resultó sorprendente por ceder una vez más ante la postura de un Gobierno, en este caso el Gobierno húngaro, mediante una argumentación inconsistente que, con expreso reconocimiento a las dificultades que encuentran los Estados para afrontar la afluencia masiva de inmigrantes y solicitantes de protección, amplió el margen de apreciación[855] sobreprotegiendo, como hizo en el asunto *N.D y N.T*, la soberanía de los Estados a costa de rebajar el estándar de protección.

---

[851] *Ibídem §228.* «En el presente caso, el Tribunal observa que las autoridades húngaras trabajaban en condiciones de afluencia masiva de solicitantes de asilo y de migrantes en la frontera, lo que exigía la rápida puesta en marcha de medidas para hacer frente a lo que era claramente una situación de crisis».

[852] STEDH de 25 de junio de 1996 *Amuur c. Francia. §48.*

[853] *Ibidem.*

[854] STEDH de 21 de noviembre de 2018 *Ilias y Ahmed c. Hungría §248.*

[855] RUIZ RAMOS, J. Op. Cit. 2020. P. 42.

Y aunque resulta decepcionante ver ese cambio de postura por quien antes fue el principal defensor de los derechos de los inmigrantes en Europa, celebramos que al menos el Tribunal de Justicia se haya mantenido firme defendiendo un concepto autónomo de la privación de libertad de acuerdo con el Derecho de la Unión[856]. Concepto que definió en la STJUE *FMS y otros* como «toda medida coercitiva que lo priva de la libertad de circulación y lo aísla del resto de la población, obligándolo a permanecer sin solución de continuidad en un perímetro restringido y cerrado»[857]; y que le valió para considerar que los solicitantes retenidos en las zonas de tránsito de Hungría estaban privados de libertad:

> *« (...) desde la fecha en que entraron en el territorio de Hungría, los demandantes en el litigio principal están obligados a permanecer sin solución de continuidad en la zona de tránsito de Röszke, que está rodeada de una valla de gran altura y alambre de espino. Según el órgano jurisdiccional remitente, estos demandantes están alojados en contenedores de una superficie que no supera los 13 m². No pueden, sin autorización previa, recibir visitas de personas de fuera de esa zona y sus movimientos dentro de la misma están limitados y vigilados por los miembros de los servicios de seguridad presentes en todo momento en dicha zona y en sus inmediaciones. Como señala, en síntesis, el Abogado General en el punto 167 de sus conclusiones, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que la permanencia de los demandantes en los litigios principales en esa zona de tránsito no se distingue de un régimen de internamiento».*[858]

No es este el único caso donde el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo una interpretación más garantista para los inmigrantes y solicitantes que el propio Tribunal de Estrasburgo. Aunque supone un cambio en los papeles que, hasta ahora, ambos tribunales habían desarrollado en el *sistema de protección multinivel.* En cualquier caso, a la vista de una deriva regresiva por parte del Tribunal de Estrasburgo, y de las tendencias securitarias de los Estados miembros de la Unión, la propuesta normativa de reglamento que conforme un estatuto común de derechos para los solicitantes en la UE resulta de lo más conveniente

[856] FERRER LLORET, J. Op. Cit. 2021 P. 38

[857] STJUE de 14 de mayo de 2020, *FMS y otros*, C-924/19 PPV y C-925/19 PPV §223.

[858] Ibid. §226-227..

para dotar de seguridad jurídica el estatuto jurídico de los solicitantes y evitar interpretaciones contrarias a los estándares internacionales.

4.3.1. D Libertad de circulación:

En este punto, se ha abordado el derecho a un alojamiento digno de los solicitantes, y las condiciones en que pueden ser internados como medida restrictiva de su libertad. Sin embargo, queda una cuestión pendiente de gran importancia: ¿puede el solicitante circular libremente por el territorio del Estado de acogida? ¿Y determinar su residencia?

Y es que la libertad de circulación es un derecho de carácter personal, inherente a la dignidad humana. Se reconoce para quienes se hallen legalmente en el territorio de un Estado en el artículo 12.1 del PIDCP[859]; en el artículo 2.1 del Protocolo nº 4 del CEDH[860]; no así en la CDFUE que restringe este derecho a los ciudadanos o a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro[861]. Aunque sí se contempla en el artículo 26 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951[862] que, a tenor del artículo 78 del TFUE, debe ser respetada por la política de protección internacional de la UE.

Por su parte, el SECA contempla algunas cautelas sobre esta libertad. Así, el artículo 9 de la Directiva de procedimiento recoge el derecho de los solicitantes a permanecer en el Estado miembro durante el examen de su solicitud. Sin distinción entre los solicitantes que accedan regular o irregularmente, como no podía ser de otro modo de acuerdo con la Convención de Ginebra y con la Directiva de Retorno, que señala que los solicitantes de asilo no pueden considerarse en situación irregular hasta que se desestime su solicitud.

---

[859] Artículo 12.1 PIDCP: «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia».

[860] Artículo 2.1 del Protocolo nº 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fudnametnales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo nº 11: «Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia».

[861] Art. 45 CDFUE.

[862] Art. 26 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951: «Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general».

De lo que se deduce, que los solicitantes de protección internacional se encuentran, durante el estudio de la solicitud, en situación administrativa regular.

Por su parte el artículo 7.1 de la DCA, en consonancia con las previsiones internacionales, reconoce expresamente el derecho a circular libremente por el territorio del Estado miembro de acogida, si bien deja un amplio margen a los Estados que pueden, incluso, limitar esa libre circulación a una zona determinada, siempre que permita al solicitante alcanzar todos los servicios previstos en la DCA. Sin embargo, pese a que la redacción de este apartado parece tener como finalidad la preservación de las condiciones *mínimas* cuando el Estado miembro decida restringir la libre circulación de los solicitantes a una zona concreta, no ha contemplado la mayor garantía: prever en qué supuestos podrá el Estado adoptar esta decisión que, en tanto que restrictiva de un derecho fundamental, entendemos que debe estar sujeta a la legalidad, al principio de proporcionalidad y al de excepcionalidad. Sin embargo nada de esto cambia en la propuesta de reforma.

Los demás apartados del artículo 7 abordan la residencia del solicitante. Así, el apartado quinto dispone una obligación para solicitantes y para los EEMM, pues deben exigir a los solicitantes que informen de su domicilio y notifiquen cualquier cambio. Y en el apartado segundo permite a los Estados asignar un lugar de residencia a los solicitantes cuando sea necesario por razones de interés público o de orden público o cuando «así lo requieran la tramitación rápida y la supervisión eficaz de su solicitud de protección internacional». Pudiendo incluso condicionar el disfrute de las condiciones de acogida a la residencia en una determinada zona (art. 7.3 y art´. 20.1, letra a DCA).

Sin embargo, de nuevo se echan en falta previsiones acerca de la adopción de una medida restrictiva de la libertad de residencia. Es más, el apartado cuarto permite a los EEMM conceder un permiso temporal a los solicitantes para abandonar el lugar de residencia o la zona asignada. E incluye como garantías que la adopción de tales permisos se realice forma individual, objetiva, imparcial y, en caso de negativa, motivada. ¿No habría sido conveniente añadir esas mismas consideraciones a la mera decisión de asignar un lugar determinado a la circulación o a la residencia? Del mismo modo, tampoco se entiende la falta de mención a los principios de unidad familiar e interés superior del menor. ¿Acaso no debe facilitar la DCA la inclusión del solicitante?

Debemos celebrar que la actual propuesta de reforma prevé la inclusión de ciertas garantías al establecer que tales decisiones se deban basar en el comportamiento

individual y en las circunstancias concretas del solicitante atendiendo a las posibles necesidades de acogida particulares y al principio de proporcionalidad. Y señalando que las decisiones deberán estar argumentadas conforme a Derecho y que los solicitantes deberán ser informados inmediatamente, por escrito y en una lengua que comprendan, de las consecuencias de esta decisión y las posibilidades de su impugnación[863]. Aunque la propuesta también amplía las causas por las que un Estado podrá asignar un lugar de residencia específico, incluyendo la tramitación rápida de un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable, conforme al Reglamento Dublín (o al actualmente propuesto *Reglamento de gestión),* así como para prevenir «de forma efectiva, la fuga del solicitante». Enumerando a continuación una serie de parámetros para promover la asignación de una residencia a determinados solicitantes que, bien no hayan presentad la solicitud en el primer Estado miembro de entrada, o bien se encuentren inmersos en un procedimiento Dublín[864], especificando además que en estos casos la oferta de las condiciones materiales de acogida estará condicionada a la efectiva residencia de los solicitantes en ese lugar determinado. Previsiones cuya única finalidad es disuadir, o directamente penalizar, los movimientos secundarios.

La cuestión resulta aún más compleja para los Estados que se componen, tanto de islas, como territorio continental, o como sucede en España, debido a la existencia de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, donde, además de las dificultades para acceder a los puestos fronterizos, desde el año 2010 se comenzó a impedir por parte de las autoridades españolas que los solicitantes de protección pudieran trasladarse desde una de estas ciudades a la península. Las autoridades basaban la restricción en el Acuerdo de adhesión al Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, firmado en 1990, conforme al cual se reservaba el derecho a mantener los controles documentales entre las ciudades

---

[863] Artículo 7 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional Bruselas 13.7.2016. COM (2016) 465 final. 2016/0222 (COD).

[864] Artículo 7 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional Bruselas 13.7.2016. COM (2016) 465 final. 2016/0222 (COD): « Los Estados miembros asignarán, en su caso, residencia a un solicitnate en un lugar específico por alguna de las siguientes razones: (...) Para prevenir de forma efectiva la fuga del solicitante, en particular: para los solicitantes que no hayan cumplido con la obligación de presentar una solicitud en el primer Estado miembro de entrada (...) Si se exige a los solicitantes que estén presentes en otro Estado miembro de conformidad con el Reglamento (...) Para los solicitantes que hayan sido devueltos al Estado miembro donde deban estar presentes de conformidad con el Reglamento (...)

autónomas y la península. Sin embargo, tanto ACNUR como el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el racismo expresaron en 2013 su disconformidad al suponer una medida disuasoria de las solicitudes de protección internacional.

En este sentido, los tribunales españoles han reconocido la libertad de circulación de los solicitantes de protección en multitud de ocasiones. Pudiendo destacar, entre todas ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo 173/2021[865], donde, por tercera vez[866], esta corte de justicia reconoce el derecho a todo extranjero a solicitar protección internacional en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, al encontrarse en situación regular, por estar inmersos en un procedimiento de protección internacional, y así, a la libertad de movimiento y a fijar su residencia en cualquier otra ciudad del territorio nacional, mas siempre con la obligación de comunicar a la Administración dicho cambio de domicilio. Y no solo en España, una resolución del Consejo de Estado heleno[867] reconoció a los solicitantes de protección su derecho a trasladarse a la parte continental de Grecia, en virtud de su derecho a la libertad de circulación. La decisión reiteraba la efectividad del artículo 31.2 de la Convención de Ginebra que exige que las restricciones de circulación impuestas a los refugiados sean estrictamente las necesarias y solo hasta que se haya regularizado su situación[868]. Así como los artículos 6 y 18 de la CDFUE, relativos al derecho a la libertad y al *asilo* respectivamente, y el artículo 52.1 de la CDFUE que establece como principio que cualquier limitación al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente CDFUE deberá estar prevista en la ley, respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades, y solo adoptarse en base a los principios de proporcionalidad y necesidad.

La decisión del Consejo de Estado señaló que la dirección del Servicio de Asilo no podía imponer de manera generalizada y sin suficiente fundamentación, una restricción a la libertad de circulación de los solicitantes que entraran a Grecia por las islas griegas. Sin

---

[865] STS de 10 de febrero de 2021 nº 173/2021

[866] Véase las STS de 29 de julio de 2020 nº 1130/2020 y nº 1128/2020.

[867] Greece - Council of State, Fourth Section, Decision 805/2018, 17 April 2018.

[868] Artículo 31.2 de la Convención de Ginebra sobre derechos de los refugiados de 1951: « 2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país».

embargo, su efectividad fue muy limitada; pues no solo no tuvo efectos retroactivos, sino que además, solo tres días después, una nueva decisión de la Dirección del Servicio de Asilo, Decisión 8269/2018 de 20 de abril de 2018 reestablecía tal restricción de movimiento en base a la Declaración UE- Turquía y a motivos de interés público.

Y así, los últimos informes elaborados por el Consejo griego para los refugiados reiteran que los solicitantes sujetos a la Declaración UE-Turquía, es decir, aquellos que llegan a Europa a través de las islas griegas, continúan sometidos a una limitación geográfica que les impide abandonar la isla hasta la finalización del procedimiento de protección. Una medida restrictiva que, según recoge el Informe, se aplica *en masa* y sin evaluación individual[869]. Confirmando, de nuevo, el estado de *excepción* que se ha permitido en materia migratoria justificada, siempre, en motivos securitarios.

4.3.3 El derecho a la asistencia sanitaria.

La protección de la salud es un derecho inherente a la dignidad humana; razón por la cual numerosas constituciones y textos internacionales lo consideran un derecho universal. Así ocurre de manera expresa, en Europa, con la Constitución Italiana (art. 32); la Constitución Griega (art. 5); la Constitución polaca (art. 68) o la Constitución húngara (art 20), entre otras[870]. Mientras que en el panorama internacional encontramos referencias en el artículo 25 de la DUDH, que recoge el derecho de *toda persona* a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar; o el artículo 12 del PIDESC, que afirma el derecho *de toda persona* al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

En el ámbito del Consejo de Europa, a falta de una referencia expresa en el CEDH, debemos remitirnos al artículo 11 de la Carta Social Europea, que recoge el compromiso de los Estados para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud mediante la adopción de unas medidas concretas. Y aunque sorprenda la ausencia de este derecho en el articulado del propio CEDH, la tutela de la salud se refleja en diversos apartados al integrarse dentro del concepto de orden público que actúa como límite de

[869] *Country Report: Greece.* Elaborado por Greek Council for Refugees, Asylum Information Database (aida) y European Council on Refugees and Exiles (ecre). 2021 p. 22.

otros derechos y libertades. Además de la evidente vinculación de la salud con el derecho a la vida y a la integridad.

Por último, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 35 de la CDFUE reconoce el derecho *de toda persona* a la protección de la salud, aunque delimita el disfrute de la atención sanitaria a «las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales» a falta de un sistema sanitario europeo. Lo que ha permitido que, en la práctica, sean avaladas ciertas limitaciones al ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria. Y es que, pese a su evidente vinculación con la dignidad humana y su reconocimiento internacional y constitucional, la mayoría de Estados han introducido diferencias en el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria entre ciudadanos y extranjeros. Habiéndose extendido la diferencia entre *universalidad* del acceso a la atención sanitaria y su *gratuidad*¸ el estándar de derechos europeo ha puesto el foco de atención en la garantía del contenido esencial del derecho a la salud por su vínculo con la dignidad humana. En este sentido, la *Corte Costituzionale* italiana afirmó en la Sentencia 252/2001:

> «Secondo un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di "un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto (cfr., ex plurimis, le sentenze n. 509 del 2000, n. 309 del 1999 e n. 267 del 1998). Questo "nucleo irriducibile" di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso»[871].

Aunque la inminente cuestión es qué contenido conforma ese núcleo irreductible.

Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Constitucional[872] español en el año 2016, a consecuencia un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Navarra

[871] Sentenza de la Corte Costituzionale Italiana 252/2001 F.J.2.

[872] STC 139/2016.

frente a la reforma llevada a cabo por el *Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad el sistema español de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*; que, ante la grave crisis económica que estábamos atravesando, retiró la condición de *asegurado* a los extranjeros no comunitarios que no contaran con permiso de residencia. Para estos inmigrantes en situación administrativa irregular la asistencia sanitaria gratuita quedaba limitada a tratamiento de urgencia o enfermedad grave hasta la situación de alta médica y la asistencia al embarazo, parto y posparto; y a los menores extranjeros de 18 años el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los españoles.

Con un fallo nada pacífico (que contó con 2 votos particulares y recibió numerosas críticas por parte de la doctrina[873]), el Tribunal declaró constitucional esta medida argumentando que, si bien hay una clara relación entre el derecho a la vida y a la integridad física y la asistencia sanitaria, el contenido mínimo de estos derechos queda salvaguardado al garantizar la asistencia médica de urgencias. E insistió en la distinción entre *universalidad* y *gratuidad:*

> *La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes (…). Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente sobre los condicionantes económicos y, en concreto, respecto del modelo de la Seguridad Social (…). Además, ha señalado que «la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente*

[873] Puede leerse, entre otros, DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: *El derecho la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales,* Valencia, Tirant Lo Blanch. 2019; y BALAGUER PÉREZ, A.: «El derecho a la salud de los migrantes», en PORRAS RAMÍREZ, J. Mª, *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos.* Thomson Reuters Aranzadi. 2021. P. 411-422.

los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema» (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6)[874].

En su fundamentación, el Tribunal Constitucional se remitió a la jurisprudencia del TJUE y afirmó que el artículo 35 de la CDFUE recoge el derecho de toda persona a la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y las prácticas nacionales; lo cual, según el Tribunal de Justicia, conlleva aceptar la práctica, de observar la regularidad de la residencia de los inmigrantes para delimitar el acceso a ciertas prestaciones sociales ante la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado de acogida (STJUE, Sala Primera, de 14 junio de 2016, y doctrina allí citada).

Sin embargo, no todos los magistrados consideraron que esta exclusión fuera constitucional. Así lo señaló en su voto particular el Magistrado Valdés Dal- Ré, quien consideró que pudiendo introducirse límites al ejercicio de los derechos, es preciso que los mismos estén previstos en ley, sean necesarios en una sociedad democrática y sean proporcionales al fin que persiguen. Pero es precisamente esta proporcionalidad la que no queda completamente justificada en la sentencia por no resultar coherente con la finalidad perseguida, y por dirigirse hacia a un colectivo especialmente vulnerable.

Respecto a la falta de coherencia en la medida basta señalar que numerosos estudios, como el de la Agencia Europea de Derechos han concluido que los Estados miembros "gastan menos en la atención sanitaria de los migrantes, si se tratan antes en vez de esperar a que necesiten un tratamiento en urgencias". Pues si deben esperar a estar peor para que el tratamiento sea por urgencias, no solo va a ser más costoso por la gravedad sino también por el tiempo que requerirá para el alta. Un gasto que, en muchos casos, sería ahorrable con asistencia y adecuadas medidas de prevención a tiempo.

Por no hablar, de cómo esa espera puede afectar e incluso arriesgar la vida de los inmigrantes poniendo en riesgo su salud e integridad. Un riesgo que se intensifica al recaer sobre un colectivo vulnerable que, en su mayoría, no cuenta con medios económicos para acceder a la asistencia sanitaria de otro modo. Tal y como afirmó el magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré "quizá el riesgo no sea grave, porque en esos casos pueden acudir a la asistencia de urgencia; pero esta valoración sólo puede

[874] STC 136/2016 FJ.8

contrastarse a posteriori, cuando el daño en la salud ya se haya producido, daño éste que, en muchas ocasiones, puede ser ya irreversible"[875].

El debate resulta muy interesante si lo trasladamos a las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional. Y es que, ese núcleo irreductible parece coincidir, a juicio del legislador europeo, con el contenido de aquel Real Decreto del 2012. Pues la DCA únicamente tutela los tratamientos de enfermedades graves y de urgencias. Junto a las cuestiones de embarazo y menores. Según el artículo 17.2 de la DCA los Estados deben velar por proporcionar unas condiciones de acogida que garanticen la subsistencia y la protección de la salud física y psíquica de los solicitantes de protección internacional. Una obligación que el artículo 19 recoge con más detalle al especificar que esa atención sanitaria deberá incluir, como mínimo, «los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos graves»[876]. Aunque la pregunta lógica es qué ocurre cuando esos tratamientos mínimos de urgencia no garanticen «la protección de la salud física y psíquica de los solicitantes» o, en términos generales, las « condiciones de vida dignas», a las que se refiere el artículo 20.

Sin embargo, pese a la vinculación que refleja la DCA entre condiciones de acogida y dignidad, este precepto relativo a la retirada de condiciones de acogida diferencia expresamente entre la atención sanitaria y el resto de condiciones de acogida al señalar que: «En cualquier caso, los Estados miembros asegurarán el acceso a la atención sanitaria de conformidad con el artículo 19 y garantizarán condiciones de vida dignas para todos los solicitantes». Diferenciando, objetivando y rebajando el estándar de protección en relación a la salud.

Lo que parece ignorar el Tribunal Constitucional en la STC 139/2016, y el legislador europeo en la Directiva 2013/33, es que este derecho de prestación, inspirado en los principios de igualdad material y de justicia distributiva (art 9.2 CE), en tanto que

---

[875] STC 136/2016. Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita. Apdo.3.

[876] Artículo 19 de la DCA: « 1. Los Estados miembros velarán por que los solicitantes reciban la atención sanitaria necesaria, que incluirá, como mínimo, los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos graves. 2. Los Estados miembros proporcionarán la atención necesaria, médica o de otro tipo, a los solicitantes con necesidades de acogida particulares, incluida una atención sanitaria psíquica adecuada, cuando sea preciso».

componentes esenciales de un Estado que se autocalifica como social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), responde al fin constitucional de asegurar a todos una digna calidad de vida. Algo que una persona con una enfermedad no siempre puede asumir.

De ahí que el Estado se dote de las competencias e instrumentos necesarios para satisfacerlos, en beneficio especial de aquéllos que inicialmente no se encuentran en situación de acceder por sí mismos a los bienes y servicios que presuponen. Por ejemplo, aquellos que no puedan pagarse un seguro médico. Razón por la cual corresponde al Estado intervenir adoptando cuantas medidas estime necesarias para asegurar, a los que las precisen, las "oportunidades de libertad", esto es, las condiciones necesarias de existencia digna que no pueden alcanzar por sí mismos. Esta es la principal utilidad del principio de dignidad humana; dotar de pleno reconocimiento a los derechos de prestación, muchas veces desprotegidos[877]; en tanto que, desde que apelamos a la dignidad humana no puede existir discriminación alguna entre seres humanos, sea por motivos de nacionalidad, condición social o por situación administrativa irregular.

Y es que, además, resulta incoherente reconocer otros derechos fundamentales a los extranjeros, como el derecho de reunión, de asociación, si la imposibilidad de acceder al sistema sanitario merma sus capacidades físicas y psíquicas para acceder a tales derechos. En esa línea argumentativa, el Magistrado Valdés Dal-Re realiza una comparativa en su voto particular entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia jurídica gratuita; cuya titularidad se reconoció a los extranjeros con independencia de su situación jurídica en base a esa conexión instrumental (STC 90/2015). Por tanto, y en el mismo sentido, también el derecho a la salud del artículo 43 CE desarrolla una relación instrumental con un derecho fundamental, el derecho a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 CE, y garantizado tanto por la CDFUE como por el CEDH.

La salud se configura así como una condición para el ejercicio de sus libertades; de tal modo que el establecimiento de un sistema público y de acceso universal se configuraría como una garantía para la salvaguarda de la dignidad humana pues, en palabras del Tribunal Constitucional la dignidad es el "Mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de

[877]PORRAS RAMÍREZ, J.M. «Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona» *Anuario de derecho eclesiástico del Estado Nº 34. 2018. P. 201-223.*

derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona" (STC 57/1994 de 28 de febrero, FJ.3º).

La inherente vinculación de la salud con la dignidad humana obliga a los Estados a garantizar el acceso a la atención sanitaria de quienes se hayan bajo su jurisdicción y, por tanto, también de los solicitantes de protección internacional. Pero además, obliga a las autoridades a garantizar que, quienes se encuentren bajo su tutela, lo hagan en condiciones adecuadas para su salud. Algo que se ha incumplido en las zonas de mayor presión migratoria.

4.3.3. A La salud como límite para la ejecución de órdenes de expulsión.

Otra cuestión, que resulta especialmente interesante consiste en saber, si la salud física y mental de una persona que se encuentra irregularmente en el territorio de un Estado, puede suponer motivo suficiente para suspender la ejecución de una orden de expulsión o devolución.

Una cuestión muy interesante sobre el que se han pronunciado en diversas ocasiones tanto el TJUE como, sobre todo, el TEDH y cuyas líneas jurisprudenciales marcadas por el diálogo entre ambos, parte de la premisa de que los Estados no tienen obligación de paliar las desigualdades médicas que los extranjeros sufran ante el retorno a otro territorio. De tal manera, que solo en situaciones muy excepcionales en las que la expulsión implica un grave riesgo de sufrir, en atención a la salud del inmigrante, un trato inhumano y degradante prohibido por el artículo 3 del CEDH la expulsión o devolución se ha detenido.

A este respecto hay que recordar que la prohibición de torturas y tratos degradantes supone una norma de *ius cogens* en el Derecho internacional y de la cual deriva el principio de *non refoulement*. Esta premisa es sencilla, y así se recogió en el caso *D. c. Reino Unido* del año 1997, el primer *leading case* en la materia.

En este asunto D. era un inmigrante de San Cristóbal que llegó a Londres en 1993 solicitando un visado turístico. Fue detenido y se le diagnosticó que era VIH positivo y sufría de SIDA. En 1995 los informes médicos revelaron que la enfermedad estaba en estado avanzado y en 1996 se le puso en libertad condicional y fue retenido para su devolución a San Cristóbal. Ante lo cual, sus abogados solicitaron un permiso de estancia en Reino Unido por razones humanitarias atendiendo al hecho de que su expulsión a San Cristóbal suponía el cese del tratamiento médico y la consiguiente reducción de su

esperanza de vida. Según constaba en los informes, en la isla existían 2 hospitales para pacientes de SIDA que asistían de forma temporal hasta que los pacientes podían ser atendidos por sus familias. El demandante no tenía ni familia y domicilio en San Cristóbal.

D. acudió al TEDH Mientras que el Gobierno declaró que la expulsión no suponía ninguna violación del art. 3 porque este no sería expulsado hasta que su salud lo permitiera.

En su argumentación el TEDH recordó el derecho soberano de los Estados de controlar la entrada, salida y la estancia de los extranjeros en su territorio. Pero debía examinar si había o no un *riesgo real* de que la expulsión de D, en consideración a su estado de salud, vulnerara el art.3 CEDH. Y así lo concluyó «en vista de estas condiciones excepcionales y manteniendo en mente el estado crítico que ha alcanzado la mortal enfermedad del peticionario, la implementación de la decisión de enviarlo a San Cristóbal constituiría un tratamiento inhumano (…) El Estado demandado asume la responsabilidad del tratamiento del demandante desde agosto de 1994. Éste depende de la asistencia médica y de los cuidados paliativos que recibe actualmente y, sin duda alguna, está preparado psicológicamente para afrontar la muerte en un entorno familia y humano. Aunque no puede decirse que las condiciones que le esperan en el país receptor sean en sí una violación a los estándares del artículo 3, su envío lo expondría a `un riesgo real´ de muerte en condiciones particularmente dolorosas y constituiría, por tanto, un trato inhumano». (§. 53).

Este emblemático caso ha servido de fundamentación de numerosas solicitudes ante casos similares donde pesaban órdenes de expulsión sobre extranjeros con enfermedades físicas o psíquicas graves. De tal modo que se ha configurado como el estándar a imitar, incluso en la Comisión Interamericana de DDHH donde sirvió de canon de interpretación en el asunto *Andrea Mortlock c. EEUU*, de 25 de julio de 2008 y que dio la razón al demandante. En ese asunto la Comisión, recordando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de DDHH, consideró que enviar conscientemente a Andrea Mortlock a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH, constituiría una condena *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura, vulnerando la prohibición de tratos crueles e inhumanos.

Pero con el paso de los años, esta tesis defendida entonces por el TEDH, y acogida después por el TJUE, se ha demostrado excepcional. Y es que el estándar se ha visto tan restringido, que su interpretación como límite a la facultad de expulsión de los Estados ha permanecido como una apreciación marginal.

En este sentido, los Tribunales han reiterado en una vasta jurisprudencia que las deficiencias médicas de un país no son motivo ni responsabilidad de otro Estado; de tal manera que el mero traslado a un país donde la asistencia sanitaria sea peor no implica un riesgo de tratos inhumanos. Por lo que, por sí solo, no es motivo suficiente para suspender una orden de expulsión ni para conceder protección internacional.

Así lo plasmó el TEDH en el mismo año 1998 en *B.B. c. Reino Unido*; en el asunto *S.C.C c. Suecia* del año 2000; en el asunto *Bessaid C. Reino Unido* en 2001*;* en el 2003, en *Arcila Henao c. Países Bajos*; en *Ndangoya c. Suecia* y en *Amegnigan c. Países Bajos*, en 2004; en *Audmi c. Francia* de 2006; y en el 2008, en el asunto *N. c. Reino Unido* (STEDH de 27 de mayo de 2008), que se convirtió en el segundo *leading case* de la materia, al ser un asunto muy similar al de D.c Reino Unido, con un resultado opuesto.

Y es que, lo que resulta realmente complejo y nada pacífico, para los Tribunales es esclarecer en qué circunstancias existe este riesgo. La gran pregunta entonces es si la diferencia entre el bienestar relativo en el que se encuentra una persona enferma en un país que no es el suyo, y en el que no está autorizada a permanecer y las dificultades y miserias que afrontaría de ser expulsada a su país de origen, es suficiente *per se* para suponer una obligación legal a los Estados de conceder un permiso de residencia. ¿Cuándo surge esta obligación?

En el caso de N. c. Reino Unido, los hechos tratan de una mujer de Uganda que llegó a Reino Unido con 24 años. Estando ya gravemente enferma, fue hospitalizada y diagnosticada con VIH y otras enfermedades graves ligadas al virus que empeoraron con en el transcurso del procedimiento.

Su solicitud de asilo fue desestimada, pero se le concedió un permiso de residencia excepcional por los motivos de salud basándose en la jurisprudencia de *D. c. Reino Unido*, así como en el informe médico pericial en que se declaraba que si la interesada dejaba de recibir el tratamiento su esperanza de vida sería inferior a un año. Y que, si bien el tratamiento médico requerido estaba disponible en Uganda, este tenía un coste extremadamente elevado y que según informes de la OMS, en aquel entonces solo la

mitad de las personas que necesitan esos medicamentos sin recursos logran acceder a ellos.

El ministro de Reino Unido presentó un recurso, el procedimiento fue largo y el estado de salud de D. empeoró si bien, permanecía estable con el tratamiento médico que estaba recibiendo. En este sentido, los informes médicos afirmaban que, a pesar de la gravedad, «si continúa con el tratamiento su estado debería seguir siendo bueno durante varias decenas de años. Pero sin estos medicamentos y servicios el pronóstico es espantoso, su salud se deteriorará, sufrirá y morirá en un plazo de uno o dos años (…) la cruel realidad es que si la demandante regresa a Uganda, no es seguro que pueda obtener los medicamentos necesarios». E incluso que «hacerle regresar a este país, si no puede conseguir la asistencia sanitaria que requiere para controlar su enfermedad, es como desconectar un aparato que mantiene las funciones vitales».

Pero Reino Unido consideró que su estado de salud en aquel entonces le permitía viajar, y que permanecería estable si pudiera obtener el tratamiento que requiere en Uganda. Precisando que, aunque el coste fuese extremadamente elevado, el tratamiento estaba disponible en Uganda, por lo que la expulsión no sería contraria al art 3 del CEDH. Y es más:

> *Toda aplicación de los principios que se desprenden de D. c. Reino Unido tendría como efecto conferir a todas las personas que se hallan en el mismo estado que la demandante un derecho de asilo en este país hasta que el nivel de los servicios sanitarios disponibles en su país de origen para el tratamiento de la infección por VIH del sida haya alcanzado al existente en Europa. Ello conllevaría el riesgo de atraer al Reino Unido a un gran número de personas que ya son seropositivas, esperando ellas también quedarse aquí indefinidamente al objeto de beneficiarse de los servicios sanitarios disponibles, lo que absorbería unos recursos muy importantes y seguramente imposibles de cuantificar y se pueden albergar serias dudas de que los Estados partes en el Convenio aceptasen tal cosa.*

Cuando el asunto llegó ante el TEDH, este reiteró el derecho soberano de los Estados de controlar la entrada, estancia y expulsión de los no nacionales, y las circunstancias tan excepcionales del Asunto *D. c. Reino Unido;* recordando, incluso, que desde aquella sentencia «el Tribunal nunca ha concluido, en un caso de impugnación de la decisión de un Estado de expulsar a un extranjero, que la ejecución de tal decisión violaría el artículo

3 debido a la mala salud del interesado». Y, tras repasar todos los casos similares que le habían llegado desde entonces y los motivos de su desestimación, concluyó:

> *Si bien el Tribunal, habida cuenta de la importancia fundamental del art. 3 en el sistema del Convenio, ha de continuar haciendo uso de cierta flexibilidad al objeto de impedir la expulsión en casos muy excepcionales, el artículo 3 no impone al Estado contratante la obligación de paliar tal disparidad proporcionando asistencia sanitaria gratuita e ilimitada a todos los extranjeros que carecen del derecho a permanecer en su territorio. Concluir lo contrario imponía una carga demasiado pesada a los Estados contratantes.*

Finalmente, el TEDH reconoció que aunque la esperanza y la calidad de vida de la demandante padecerían por su expulsión a Uganda; su estado no era crítico en ese momento. Por lo que este asunto no se diferenciaría de los anteriores, y las circunstancias no constituían un caso tan excepcional como el asunto *D. c. Reino Unido*, por lo que no habría vulneración del artículo 3.

Desde el asunto *N c. Reino Unido* del 2008, la línea marcada por Estrasburgo situó en el punto de mira no tanto a los servicios sanitarios que vaya a recibir el enfermo en su país de origen, ni la perspectiva de futuro del mismo; sino el estado de salud en el momento en que deba llevarse a cabo la medida de expulsión[878]. De tal modo, que sólo cuando la misma sea inviable, es decir, que su estado de salud vaya a empeorar considerablemente por el mero traslado, se estimaría como violación del artículo 3 CEDH.

Una interpretación del concepto de tortura o trato degradante muy criticada que somete a ponderación, bajo el principio de proporcionalidad, la medida a ejecutar (expulsión), con derechos fundamentales como son la vida o la integridad. Proporcionalidad que, con los criterios marcados por el Tribunal, no parece suficientemente garantizada; en especial, en aquellos asuntos de grave menoscabo de la esperanza de vida. De lo que da muestra que

[878] Una interpretación expresamente descartada por el TJUE en la reciente sentencia de 22 de noviembre de 2022 C.- 69/21. En ella, una de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal es si la Directiva 2008/115 «debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la autoridad nacional competente tenga en cuenta las consecuencias de la medida de expulsión propieamente dicha en el Estado de salud del nacional del tercer país solo a efectos de examinar si está en condiciones de viajar (…)» (§77). A lo que el TJUE responte afirmativante, oponiéndose a una posible interpretación que limite el deber del Estado a las condiciones del viaje. Por el contrario, insiste en que la autoridad nacional competente debe disipar cualquier duda seria sobre el riesgo de agravamiento rápido, significativo e irreparable de una enfermedad o del dolor provocado por la misma, provocado por una medida de retorno; agravamiento que podría suceder durante el trayecto o posteriormente. No pudiendo dictar una decisión de retorno ni proceder a la expulsión mientras no haya disipado esas dudas.

en los todos los pronunciamientos de este tipo se hayan dado opiniones disidentes de jueces del Tribual.

No fue hasta 2016, con la sentencia *Paposhvili c. Bélgica*, cuando el TEDH concretó algo más ese estándar indeterminado de casos muy excepcionales que tanta inseguridad jurídica causaba. Según el Tribunal de Estrasburgo:

> *«Debe entenderse que se refiere a las situaciones de expulsión de una persona gravemente enferma en las que se han demostrado razones fundadas para creer que, aunque no corra un riesgo inminente de muerte, se enfrentaría a un riesgo real, debido a la ausencia de un tratamiento adecuado en el país de acogida o a la falta de acceso a dicho tratamiento, de verse expuesta a un empeoramiento grave, rápido e irreversible de su estado de salud que dé lugar a un sufrimiento intenso o a una reducción significativa de su esperanza de vida. El Tribunal señala que estas situaciones corresponden a un umbral elevado para la aplicación del artículo 3 del Convenio en los casos de expulsión de extranjeros que padecen enfermedades graves»*[879].

4.3.3. B La salud como causa para la concesión de protección internacional.

Otra cuestión muy interesante y sobre la que se pronunció el TJUE en el 2014 en el asunto *M´Bodj*[880], es si es posible que un Estado miembro lleve a cabo una interpretación más amplia de la Directiva de cualificación que incluyera la salud entre los motivos de concesión de un estatuto de protección internacional.

Así, aunque no constituye una de las causas para conceder asilo, resulta más dudoso si puede constituir un *daño grave,* que de acuerdo con el artículo 15 de la Directiva 2004/89/CE (hoy sustituida por la Dir. 2011/95), y del artículo 2 letra f), podría dar lugar a la concesión del estatuto de protección subsidiaria cuando el daño a la salud constituya un trato inhumano o degradante. Este precepto fue interpretado por el TJUE en el referido asunto *M´Bodj*, concluyendo que: «los riesgos a los que en general se ven expuestos la

---

[879] STEDH, Asunto *Paposhvili c. Bélgica* de 13 de diciembre de 2016. §183: « The Court considers that the `other very exceptional cases´ within the meaning of the judgment in *N. v. the United Kingdom* (§ 43) which may raise an issue under Article 3 should be understood to refer to situations involving the removal of a seriously ill person in which substantial grounds have been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy. The Court points out that these situations correspond to a high threshold for the application of Article 3 of the Convention in cases concerning the removal of aliens suffering from serious illness».

[880] STJUE de 18 de diciembre de 2014. C- 542/13 *Mohamed M´Bodj y E. Belga.*

población de un país o un sector de la población no suelen suponer en sí mismos una amenaza individual que pueda calificarse como daño grave. De ello se sigue que el riesgo de deterioro del estado de salud de un nacional de un tercer país aquejado de una grave enfermedad, derivado de la inexistencia de tratamientos adecuados en su país de origen, sin que concurra una privación de asistencia denegada intencionalmente a ese nacional de un tercer país, no es suficiente para concederle la protección subsidiaria»[881]. Y, además, el Tribunal de Justicia puntualizó que para poder considerar este motivo suficiente para la concesión de un estatuto de protección internacional: «esos daños deben nacer de la conducta de un tercero, y por tanto no pueden derivar sólo de las insuficiencias generales del sistema sanitario del país de origen»[882].

La cuestión llegó al TJUE debido a que el artículo 3 de la Directiva de cualificación permite a los Estados miembros introducir normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para la concesión del estatuto de protección subsidiaria, siempre que tales normas sean compatibles con la Directiva. Sin embargo, el TJUE fue claro en este matiz advirtiendo que la Directiva se opone a que un Estado miembro establezca una disposición que conceda el estatuto de protección subsidiaria a un nacional de un tercer país aquejado de una enfermedad grave a causa del riesgo de deterioro de su estado de salud derivado de la inexistencia de tratamientos adecuados en el país de origen por ser incompatible con el sistema general, y con los objetivos de la Directiva al ser una situación carentes «de nexo alguno con la lógica de protección internacional»[883].

El TJUE, en el fallo, hace referencia a la jurisprudencia del TEDH como demostración del diálogo entre Tribunales en nuestro sistema de protección multinivel. Y lo hace advirtiendo que este fallo no contradice la línea marcada por Estrasburgo, pues: "La decisión de devolver a un extranjero aquejado de una dolencia física o mental grave a un país en el que los medios para tratarla son inferiores a los disponibles en el referido Estado puede suscitar una cuestión acerca del art. 3 CEDH, en casos muy excepcionales, cuando sean imperiosas las consideraciones humanitarias contrarias a esa devolución", tal y como

---

[881] STJUE *Ibídem §36.*

[882] STJUE *Ibídem §35.* A raíz de esto el A.G en el Apdo. 59 afirmó «falta necesariamente uno de los criterios esenciales para el reconocimiento del beneficio de protección subsidiaria que se prevé en el art 6 de la Directiva, a saber, la responsabilidad directa o indirecta de las autoridades públicas del país de origen en la comisión de los daños graves y frente a las cuales se requiere protección».

[883] STJUE *Ibídem §43 y 44.*

se desprende del TEDH. "Sin embargo, el hecho de que, en virtud del art. 3 del CEDH según su interpretación por el TEDH, en casos muy excepcionales un nacional de un tercer país aquejado de una enfermedad grave no pueda ser devuelto a un país en el que no existan los tratamientos adecuados no implica que deba ser autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de la protección subsidiaria"[884]. Interpretando que el artículo 15 letra b de la Directiva de cualificación, que define *el daño grave* como presupuesto para la concesión del estatuto de protección subsidiaria, no abarca una situación en la que los tratos inhumanos o degradantes sean resultado de la inexistencia de tratamientos adecuados en ese país. Sino que, para constituir una causa de protección internacional, ese daño grave debe ser consecuencia de una privación de asistencia denegada intencionadamente a ese solicitante por la autoridad.

Sin embargo, esta línea jurisprudencial se ha visto rectificada tras el giro que supuso el asunto *Paposhvili* en la jurisprudencia del TEDH, a raíz del referido diálogo entre Tribunales. Así se evidencia en el asunto *MP y Secretary of State for the Home Department*[885], en la que el TJUE asume conceptos empleados por el Tribunal de Estrasburgo en aquel asunto como *deterioro significativo del estado de salud* y *sufrimiento intenso* para concluir una interpretación alejada a la de *M´Bodj:*

> *«El artículo 4 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que la expulsión de un nacional de un tercer país que padezca una enfermedad mental o física particularmente grave constituye un trato inhumano o degradante, en el sentido de dicho artículo, si esa expulsión implica un riesgo real y cierto de deterioro significativo e irremediable de su estado de salud (véase, por analogía, la sentencia de 16 de febrero de 2017, C.K. y otros, C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, apartado 74). La misma conclusión puede extraerse a efectos de la aplicación del artículo 19, apartado 2, de la Carta, en virtud del cual nadie puede ser devuelto a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes»*[886].

Concluyendo el Tribunal de Justicia que, el nacional de un tercer país que ha sufrido torturas en el pasado por las autoridades de su país de origen tiene derecho al estatuto de protección subsidiaria si se estima que, aunque ya no esté expuesto al riesgo de tortura en

---

[884] STJUE *Ibídem §40.*

[885] STJUE de 24 de abril de 2018, C.- 353/16. *MP y Secretary of State for the Home Department.*

[886] STJUE *Ibídem §41.*

dicho país, su estado de salud física y psicológica podría deteriorarse profundamente en caso de devolución al mismo. Y traslada al órgano jurisdiccional remitente el deber de observar si existe ese riesgo, ante la constatada probabilidad de que ese nacional se suicidase en caso de volver, como consecuencia del trauma que mantiene por los actos de tortura a los que fue sometido; y el riesgo real de que se vea privado de los cuidados adecuados para el tratamiento de las secuelas (físicas o mentales) de esos actos de tortura, que sí fueron impuesta deliberadamente al citado nacional.

Una orientación garantista que, sin embargo, plantea numerosas dudas sobre el papel del Estado de origen pues, aunque la respuesta sea radicalmente opuesta a la del Asunto *M´Bodj*, en este caso perdura un cierto vínculo con la responsabilidad del Estado de origen al ser responsable de las torturas que han conllevado los daños alegados. ¿La interpretación sería la misma si la afectación a la salud no hubiese sido consecuencia de la actuación de las autoridades?

Una interpretación garantista de esta doctrina se ha mantenido en la C.-69/21[887] relativa a un ciudadano ruso que era tratado en los Países Bajos por un tipo inusual de leucemia mediante un tratamiento médico consistente en flebotomía y en un tratamiento analgésico de cannabis medicinal que no está permitido en Rusia. En el marco del referido asunto, el TJUE debía decidir si, de acuerdo con los artículos 19.2, 1 y 4 de la CDFUE, un *aumento considerable de la intensidad del dolor debido a la interrupción de un tratamiento*, debía suponer un motivo suficiente para impedir la ejecución de una medida de expulsión. Y así lo consideró el TJUE que precisó que no bastaría cualquier dolor, sino que debe tratarse de un peligro real y serio de que el dolor «aumentara de modo rápido, considerable e irreparable»[888]. Pues se trataría de un dolor tan intenso, que debe considerarse contrario a la dignidad humana.

Si bien, el TJUE matizó que ese aumento *rápido* no puede interpretarse de modo estricto. Por el contrario, subrayó que el aumento provocado por el retorno a un país donde no está disponible el tratamiento puede ser progresivo y requerir de un cierto tiempo para que

[887] STJUE de 22 de noviembre de 2022. C.- 69/21. *X y Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*

[888] STJUE *Ibídem*§70.

pase a considerarse irreparable. De tal modo, que si los Estados fijan en su normativa interna un plazo dentro del cual deba materializarse ese agravamiento del dolor (como así ocurría con una Circular de Extranjería neerlandesa que fijaba un plazo de tres meses), este debe considerarse meramente indicativo; sin que dispense a la autoridad de la obligación de llevar a cabo un examen completo de circunstancias en que se desarrollaría esa expulsión[889]. Pese a la argumentación garantista del TJUE, la sentencia no arroja suficiente luz sobre el estatuto jurídico en que queda el nacional de un tercer país en esa situación; pues únicamente se refiere a que la Directiva 2008/115 de la que no puede deducirse una obligación para un Estado miembro de conceder un permiso de residencia en estas circunstancias.

Así, la cuestión de la salud como causa para acceder a un estatuto de protección es tan interesante como incierta en una jurisprudencia que aún no se ha consolidado. En el momento en que se escriben estas líneas, el TJUE tiene una nueva oportunidad para mantener esta línea jurisprudencial en un asunto[890] relativo a un apátrida palestino que, estando registrado ante el OOPS (Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente), éste no puede proporcionarle el acceso a la atención sanitaria que requiere por su enfermedad; por lo que abandona la zona de operaciones de tal organismo (el Líbano) y se dirige a Francia, donde solicita asilo. La cuestión ha llegado al TJUE tras el planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del Consejo de Estado francés que requiere la interpretación del artículo 12 de la Directiva 2011/95, que excluye del estatuto de refugiado a quienes ya reciben protección o asistencia de algún organismo de las Naciones Unidas distintas del ACNUR, en los mismos términos del artículo 1.d de la Convención de Ginebra. Exclusión que, tanto la Directiva como la Convención prevén que finalice en el momento en que cese la protección de ese organismo, sin que «la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas». Si esto ocurre, esas personas podrán acogerse a los beneficios de la Convención de Ginebra y de la Directiva 2011/95. Pero, ¿puede entenderse que esa protección o asistencia ha cesado, cuando el organismo se muestra

[889] STJUE *Ibídem §72-75.*

[890] C.-294/22

incapaz de proporcionarle los cuidados médicos especializados que la persona requiere y sin los cuales, la vida e integridad de la persona se encuentra en grave riesgo? Y, en caso afirmativo, ¿qué criterios relativos a la gravedad y a la naturaleza del tratamiento deben observarse para identificar esta situación?

Hasta el momento solo contamos con las Conclusiones del Abogado General[891] que siguiendo la (breve) línea jurisprudencial en la materia, recomienda al TJUE interpretar el artículo 12, apartado 1, letra a de la Directiva 2011/95 en el sentido de que la seguridad de una persona se encuentra en grave riesgo si el organismo que le presta asistencia (en este caso, OOPS) no puede asegurarle unas condiciones de vida adecuadas al no poder brindarle el tratamiento médico requerido. Debiendo acreditar que tal organismo (OOPS) no puede «satisfacer sus necesidades básicas en materia médica o de salud»; y que el riesgo al que se enfrenta la persona es un riesgo grave de sufrir daños intensos. Requisitos que se confirman si se demuestra que, de continuar bajo el amparo de tal organismo, la persona se expone a un riesgo inminente de muerte o de experimentar «un deterioro grave, rápido e irreversible de su estado de salud que conllevase dolores intensos, o bien una reducción significativa de su esperanza de vida».

Si esta línea se confirma con la sentencia del TJUE será una muestra del papel tan relevante que ha alcanzado la protección de la salud en su lógica vinculación con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Conexión que, como no puede ser de otra forma, enlaza la protección de la salud con la protección internacional por compartir el objetivo de tutelar el mismo bien jurídico: la protección frente a un concepto de *daños graves* que se corresponde con el contenido del artículo 3 del CEDH[892].

[891] Conclusiones del Abogado General Sr. Nicholas Emiliou presentadas el 4 de mayo de 2023. Asunto C.- 294/22.

[892] A este respecto resulta interesante el pronunciamiento del TJUE en el asunto *Elgafaji* donde el Tribunal se pronuncia sobre la relación entre el artículo 15 de la DCA, en concreto, al apartado c, y el artículo 3 del CEDH. Y conlcuye el TJUE que, aunque el artículo 3 del CEDH fomra parte de los principios generales del Derecho comunitario, y aunque el artículo 15, letra b se corresponde, en esencia, con el artículo 3 CEDH; la letra c del artículo 15 tiene un contenido que debe interpretarse de forma autónoma, aunque dentro del respeto a los derechos garantizados por el CEDH. STJUE de 17 de febrero de 2009 §28.

4.3.4 El derecho a la vida familiar.

El artículo 23 del PIDCP define la familia como «elemento natural y fundamental de la sociedad» y la protege frente a cualquier injerencia en su artículo 17. En la misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño, fiel al principio del respeto de la vida familiar, señala en su preámbulo que el niño, «para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión». Una idea que trata de proteger su artículo 9, que ordena a los Estados velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos; salvo que las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables. Y el artículo 10, que recoge el derecho a la reunificación familiar como un derecho de los menores y de sus progenitores al mantenimiento de la relación cuando entren o salgan de algún Estado parte[893].

En el ámbito del Consejo de Europa, tanto el artículo 8 del CEDH como los artículos 16 y 19 de la CSE se ocupan de los derechos de la familia, considerada como «célula fundamental de la sociedad». Y, en el marco de la Unión Europea, son principalmente los artículos 7 y 24 los que velan por la protección de la familia.

A pesar de ello, la jurisprudencia europea y la propia normativa del SECA demuestran que, cuando se trata de inmigrantes, su tutela no siempre queda garantizada al confrontarse con el derecho soberano de los Estados a controlar la entrada, la residencia y la expulsión de extranjeros. Lo que ocurre en los casos de solicitudes de reagrupación

[893] Artículo 10 Convención de derechos del niño: « 1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención».

y ante procedimientos de expulsión. Y resulta aún más problemático cuando un miembro de la familia goza de un estatuto de protección internacional, pues en ese caso el propio Estado ha reconocido, con la concesión del estatuto de protección, que esa persona no puede volver a su país ni, por tanto, mantener su vida familiar allí. En este punto, se intentará aportar algo de claridad en las condiciones de ejercicio y tutela del derecho a la a vida familiar respondiendo a las siguientes preguntas: ¿el SECA tutela a la familia? ¿En qué condiciones puede ejercer el derecho de reunificación familiar un extranjero que goza de un estatuto de protección internacional? ¿A qué personas alcanza el concepto *miembro de la familia* a estos efectos? ¿La protección de la vida familiar puede suponer un límite ante medidas de expulsión?

4.3.4 A. La familia en el SECA

Debemos comenzar señalando que el principio de unidad familiar se encuentra presente en la normativa del SECA. Tanto en la Directiva de condiciones de acogida[894] como en la Directiva de cualificación[895], en el Reglamento Dublín III[896] y, si bien no de manera expresa, en la Directiva de protección temporal[897]. Y no podía ser de otro modo en atención a su reconocimiento en el panorama internacional y en la propia CDFUE.

---

[894] Artículo 12 Directiva 2013/33/UE: «En la medida de lo posible, los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para mantener la unidad familiar tal como se encuentre presente en su territorio, en caso de que el Estado miembro de que se trate facilite alojamiento a los solicitantes. Las medidas previstas en el presente artículo se aplicarán con el acuerdo de los solicitantes».

[895] Artículo 23.1 Directiva 2011/95/UE: «1. Los Estados miembros velarán por que pueda mantenerse la unidad familiar».

[896] El Considerando 16 del Reglamento 604/2013 menciona expresamente el principio de unidad familiar: «Para garantizar el pleno respecto del principio de unidad familiar y del interés superior del niño, la existencia de una relación de dependencia entre un solicitante y su hijo, hermano, padre o madre por motivo de embarazo o maternidad, estado de salud o vejez del solicitante, debe ser un criterio de responsabilidad vinculante». Pero también se deduce de sus planteamientos para tramitar conjuntamente las solicitudes de los miembros de una familia, artículos 9,10 y 11.

[897] Sin duda, su reconocimiento se deduce de las consideraciones del artículo 15 de la Directiva 2001/55/CE. Art. 15.2: «2. En los casos en que los miembros de una familia que haya sufrido una separación disfruten de una protección temporal en diferentes Estados miembros, los Estados miembros en cuestión procederán a reagrupar a los miembros de dicha familia de quienes tengan constancia de que se ajustan a la descripción de la letra a) del apartado 1, teniendo en cuenta los deseos de los miembros de esa misma familia. Los Estados miembros podrán reagrupar a los miembros de la familia de quienes tengan constancia de que se ajustan a la descripción de la letra b) del apartado 1, teniendo en cuenta las dificultades extremas que dichos miembros afrontarían en caso de no efectuarse la reagrupación. 3. Cuando la persona reagrupante disfrute de protección temporal en un Estado miembro y uno o más miembros de la familia no se encuentren aún en un Estado miembro, el Estado miembro en que el reagrupante disfrute de protección temporal procederá a reagrupar con dicha persona a los miembros de la familia que necesiten protección, siempre que tenga

También la jurisprudencia del TJUE ha insistido en la obligación de las autoridades nacionales por mantener la *unidad familiar.* Entre otros, en el asunto *Saciri y otros*, el TJUE afirmó que, en relación a las condiciones de acogida, la asignación financiera debe ser suficiente para mantener la unidad familiar:

> *«En cuanto a la fijación de las condiciones materiales de acogida en forma de asignaciones financieras, los Estados miembros, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2003/9 (Directiva de condiciones de acogida previa), tienen la obligación de adoptar dichas condiciones de acogida a la situación de las personas con necesidades particulares, mencionadas en el artículo 17 de la Directiva. Por lo tanto, las asignaciones financieras deben ser suficientes para mantener la unidad familiar y proteger el interés superior del menor, interés que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, de la misma Directiva, es una consideración básica»*[898].

Y yendo aún más allá, el Tribunal de Estrasburgo ha llegado a considerar contrario al artículo 3 del CEDH el traslado de unos solicitantes a otro EEMM en virtud del Reglamento Dublín, cuando el Estado que promueve el traslado no ha obtenido suficientes garantías de que el Estado responsable va a proporcionar un trato adecuado a las edades de los menores, y a mantener a la familia unida[899].

En este sentido, el principio de *unidad familiar* se ha considerado un criterio interpretativo del estricto Reglamento Dublín. Señalando como criterio prioritario en la determinación del Estado miembro responsable en virtud de los artículos 9, 10 y 11. E interpretándolo en un sentido más amplio cuando existe un vínculo de dependencia.

---

constancia de que los miembros de la familia se ajustan a la descripción que hace en la letra a) del apartado 1. (...)».

[898] STJUE de 27 de febrero de 2014, C-. 79/13, *Saciri y otros §41.*

[899] STEDH (Gran Sala) de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*. El Tribunal se basa en diversos informes sobre las condiciones de los centros de acogida italianos que expresban preocupación por, entre otros motivos, la falta de seguridad en la preservación de la unidad familiar. Y por ello concluye considerando « por catorce votos a favor y tres en contra, que existiría vulneración del artículo 3 del Convenio si los demandantes fuesen trasladados de vuelta a Italia sin que las autoridades suizas hayan obtenido previamente de las autoridades italianas garantías individuales de que se harán cargo de los demandantes en unas condiciones adecuadas para la edad de las niñas y los niños, y de que la familia permanecerá unida».

Sobre esta cuestión se pronunció el TJUE en el asunto *K contra Bundesasylamt*[900], en atención a la relación de dependencia existente entre *K* y su nuera. *K* había entrado irregularmente en Polonia y presentó una solicitud de protección internacional. Pero antes de que la misma finalizara entró irregularmente en Austria para reunirse con su hijo (que disfrutaba del estatuto de refugiado allí), su nuera y sus tres nietos menores de edad. Presentó en Austria otra solicitud de protección internacional, pero las autoridades austriacas consideraron que el Estado miembro responsable del estudio de la solicitud era Polonia. Sin embargo, *K* alegó la situación de dependencia que vivía su nuera con ella y sus nietos. La nuera de *K* había dado a luz recientemente a su tercer hijo; y además se encontraba gravemente enferma y con una minusvalía importante, a raíz de un acontecimiento traumático ocurrido en el tercer país. Según relata la sentencia «Si este suceso llegase a descubrirse, la nuera estaría en peligro de sufrir graves malos tratos por parte de los miembros masculinos de su entorno familiar, debido a tradiciones culturales que pretenden restablecer el honor de la familia». La relación de dependencia se debía a que *K* era «la consejera y amiga más íntima» de su nuera, debido no sólo al vínculo familiar sino también a la experiencia profesional de *K*. Además, debido a estas circunstancias, *K* no solo se ocupaba del cuidado de su nuera sino también de sus nietos menores.

En atención a todas estas circunstancias el TJUE ha interpretado que el artículo 15 del Reglamento Dublín II, relativo a la cláusula humanitaria, debía observarse en atención a su finalidad humanitaria y, por tanto, los conceptos de *miembros de la familia* y *otros familiares dependientes* debían interpretarse en un sentido más amplio que el definido en el propio artículo 2 del Reglamento[901]. Y concluyó el TJUE que en aplicación del artículo 15 del Reglamento, en circunstancias como las de este caso, Austria devenía en el Estado miembro responsable.

El actual Reglamento Dublín III, sin embargo, delimita el ámbito de aplicación de las relaciones de dependencia (artículo 16) a hijos, hermanos o padres. Por lo que es difícil saber si en un caso idéntico se mantendría la misma interpretación. Mientras que la cláusula discrecional del artículo 17.2, que abre la posibilidad de que un Estado asuma la

---

[900] STJUE de 6 de noviembre de 2012 C.- 245/11 *Asunto K contra Bundesasylamt*.

[901] *Ibid. §41.*

responsabilidad del estudio de una solicitud para permitir la reagrupación familiar, si recoge un concepto más amplio al referirse a «otros familiares»; pero no puede desprenderse del mismo una obligación para el Estado al quedar a su discreción.

El problema, sin embargo, viene de la interpretación de miembro de la familia y de los beneficios que se derivan del mismo. Así, en todas las normas señaladas *supra* la definición es prácticamente idéntica[902] y se identifica como tal al cónyuge o pareja de hecho, a los hijos menores, y al progenitor. Si bien con ciertas precisiones:

> 1º. En todas estas normas, a excepción del artículo 9 del Reglamento Dublín, la definición del miembro de la familia especifica que el vínculo familiar debía existir en el país de origen, ignorando que este vínculo se pueda dar en la larga travesía que viven la mayoría de solicitantes hasta alcanzar suelo europeo. En este sentido, resulta positivo su cambio en las propuestas de reforma del Reglamento de Gestión que, según expresa en su considerando 46[903], acoge una interpretación más actual de la realidad migratoria que debe tener en cuenta la existencia de familias formadas fuera del país de origen pero antes de la llegada al Estado miembro. En este sentido, la expresión « que la familia existiera ya en el país de origen» se ve sustituida por « ya existiera antes de que el solicitante o el miembro de la familia llegara al territorio de los Estados miembros» lo que resulta una ampliación más garantista para la tutela del derecho a la vida familiar del solicitante, y una estrategia acertada contra los movimientos secundarios.
>
> 2º. Según la norma, se limita el reconocimiento como miembro de la familia a una delimitación geográfica. Así, a efectos de la Directiva de condiciones de acogida y de la Directiva de cualificación, ese familiar debe encontrarse en el mismo

---

[902] Véase el artículo 2, letra c de la Directiva de Acogida; el artículo 2, letra j. de la Directiva de cualificación; el artículo 15.1 de la Directiva de protección temporal; y el artículo 2 letra g del Reglamento Dublín III.

[903] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) Fondo de Asilo y Migración. Bruselas 23-09-2020 COM (2020) 610 final. Considerando 47: «(...) El alcance de la definición de miembro de la familia debe reflejar también la realidad de las tendencias migratorias actuales, según las cuales a menudo los solicitantes llegan al territorio de los Estados miembros después de un período de tiempo prolongado en tránsito. Por ese motivo, la definición debe incluir a las familias formadas fuera del país de origen, pero antes de la llegada al territorio del Estado miembro. Se espera que esta ampliación limitada y específica del alcance de la definición reduzca los incentivos para los movimientos no autorizados de solicitantes de asilo dentro de la UE».

Estado miembro en relación con su solicitud de protección internacional. En el Reglamento Dublín, el familiar debe estar presente en el territorio de algún Estado miembro. Y no se limita en la Directiva de protección temporal que únicamente especifica que el solicitante y el miembro de la familia en cuestión se hayan separado, por las circunstancias que rodean a la afluencia masiva. Lo que podría suponer una exclusión del familiar que, entrando dentro de ese concepto de por si restringido, no conviva con el solicitante.

3º. Respecto al cónyuge, la normativa no limita su reconocimiento al matrimonio, aceptando que la relación de hecho pueda justificar su reconocimiento. Si bien, en estos casos la normativa del SECA se remite a las previsiones del Derecho interno del Estado miembro correspondiente; reconociendo el vínculo no matrimonial cuando, con arreglo a su propia normativa aplicable a los nacionales de terceros países, considere la situación de estas parejas similar a la de las parejas casadas. Esta previsión se aleja del objetivo de alcanzar un estatuto común y actuará como una medida disuasoria en aquellos Estados en los que no se reconoce ese vínculo. Y de un modo más alarmante, en los casos en que se trate de parejas homosexuales, debido a que los Estados de los que son originarios la mayor parte de solicitantes de protección no reconocen el matrimonio homosexual. Por lo que, si el Estado miembro de acogida no reconoce esa relación como vínculo familiar, quedan desamparados. En este sentido, el reconocimiento no debería quedar al arbitrio de cada legislación nacional sino de unos estándares comunes para dotar de mayor seguridad jurídica y uniformidad el estatuto jurídico de los solicitantes, tal y como se está defendiendo para el resto de derechos que componen la *lege ferenda.*

4. Las previsiones relativas a los descendientes limitan su reconocimiento a los hijos del solicitante o de su pareja (en los términos descritos *supra),* menores de edad, y no casados. Y, aunque es plausible que la normativa rechace expresamente cualquier distinción entre hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos; no resulta suficientemente garantista su limitación a hijos menores de edad, ni mucho menos, a los casados. No hay reconocimiento del vínculo familiar para los hijos mayores de edad, no siendo aplicable por tanto el principio de unidad familiar, por ejemplo, para la tramitación conjunta de las solicitudes o para las

condiciones de alojamiento o incluso internamiento. Lo cual va en detrimento del principio de unidad familiar. Y respecto a la exclusión de los menores casados, no parece coherente con el principio de interés superior del menor. Y es que, aparentemente, con esta exclusión el legislador parece querer retirar la condición de *menor* a aquel que ha contraído matrimonio. Lo que deja desamparado al menor, y en especial a las niñas, y refleja un desconocimiento de las condiciones en que puede darse un *matrimonio infantil* en muchos Estados de donde, precisamente, más frecuentemente acuden quienes solicitan protección.

5. Es reprobable que el vínculo entre hermanos sea prácticamente inexistente. Únicamente se hace mención al mismo en el Reglamento Dublín III, y casi siempre en relación a un menor no acompañado. Sin embargo, resulta positivo que se incluya como *miembro de la familia* en las definiciones del artículo 2. Letra g. apartado v) de la propuesta de Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración, que sustituiría al Reglamento Dublín III[904]. Pues, su consideración como miembro de la familia facilitará la integración de los solicitantes y evitar movimientos secundarios.

Con este contexto normativo es difícil considerar que la normativa actual del SECA garantice eficazmente el principio de unidad familiar. Pese a sus muchos aspectos positivos, es reprochable que lleve a cabo una interpretación tan restrictiva y poco garantista de lo que constituye una familia durante el procedimiento. Pero estudiar el derecho a la vida familiar de un solicitante de protección nos obliga a abordar también qué ocurre tras finalizar el procedimiento. Y es que, si el procedimiento deviene en la concesión de un estatuto de protección familiar es probable que comience un proceso de reagrupación. Mientras que si se deniega, podría dar lugar a la expulsión del solicitante y, en caso de que el solicitante tenga familia dentro de un Estado miembro, puede suponer una separación de ese vínculo. ¿Garantiza el Derecho de la Unión la *unidad familiar* en todos estos casos?

[904] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) Fondo de Asilo y Migración. Bruselas 23-09-2020 COM (2020) 610 final.

4.3.4 B. La reagrupación familiar tras la concesión de un estatuto de protección.

La Directiva de reagrupación, que tiene por objetivo «favorecer la reagrupación familiar y que pretende conceder protección a los nacionales de terceros países, en particular menores»[905]; fija las condiciones en que los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la UE pueden ejercer su derecho a la reagrupación familiar. Lógicamente, en esta consideración de nacionales de terceros países que residen legalmente, deben tener una consideración más privilegiada aquellos que gozan del reconocimiento de un estatuto de protección internacional. Pues, por un lado, resulta lógico pensar que si esta persona vive una situación de riesgo en su país de origen como para merecer un estatuto de protección, también sus familiares más cercanos se enfrentan al mismo peligro. Y, aun si su familia no cumple las condiciones para que se le conceda un estatuto de protección, también se debe pensar que esta persona no tiene la posibilidad de regresar a su país de origen para mantener su vida familiar por lo que esta, que es un elemento esencial para su integración, depende de que el Estado miembro de acogida reciba también a su familia.

A pesar de ello, la Directiva parece limitar estas consideraciones a los *refugiados*. Pues el artículo 3.2, letra b excluye expresamente a quienes gozan de protección temporal. Mientras que la letra "c" excluye la aplicación de la Directiva cuando el reagrupante «esté autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de formas subsidiarias de protección de conformidad con las obligaciones internacionales, las legislaciones nacionales o las prácticas», excluyendo la protección subsidiaria o la protección por motivos humanitarios.

Sobre esta exclusión se ha pronunciado el TJUE en diversas ocasiones. En 2018 señaló que, aunque la protección subsidiaria se previó por primera vez en el Derecho de la Unión por la Directiva 2004/83, estando ya aprobada la Directiva de reagrupación familiar 2003/86, esta exclusión se introdujo a la espera de que se estableciera más adelante un estatuto de protección subsidiaria común en el que debían introducirse normas específicas para la reagrupación familiar. Tal y como se desprende de la propuesta modificada de

[905] STJUE de 13 de marzo de 2019 C.- 635/17 §45, y jurisprudencia allí citada.

Directiva sobre reagrupación presentada en el año 2000 por la Comisión[906]. Y añadió, que «el artículo 3, apartado 2, letra c), de la Directiva 2003/86 quedaría en gran medida privado de su efecto útil si debiera interpretarse que no se dirige a los beneficiarios del estatuto conferido por la protección subsidiaria»[907]. Sin embargo, puesto que no se ha adoptado ese estatuto uniforme de protección subsidiaria; es exigible que se reforme la Directiva de condiciones de acogida y se retire esta exclusión para asimilar el estatuto al de los refugiados.

Así, el Capítulo V de la Directiva de reagrupación, relativo a las condiciones de ejercicio de este derecho por parte de refugiados alivia la carga probatoria *ex* art. 11.2 al prever la imposibilidad práctica de los refugiados de presentar ciertos documentos justificativos y obliga entonces al Estado miembro a examinar otras pruebas de la existencia de dichos vínculos. No pudiendo denegar la solicitud de reunificación por el único motivo de no haber aportado documentos justificativos. Y en la misma línea, también dispone en el artículo 12.2 que no los Estados miembros no podrán exigir a estos que hayan residido un tiempo en su territorio para tramitar la reagrupación familiar, condición que sí se permite en el resto de casos. Y tampoco podrá exigir que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7 relativos a la demostración de que el reagrupante dispone de una vivienda, un seguro de enfermedad o unos recursos fijos, regulares y suficientes para su manutención y la de su familia cuando el miembro de la familia sea el cónyuge, o los hijos menores *no casados* (art. 12.1). Aunque el Estado podrá exigir esos requisitos cuando la reagrupación sea posible en un tercer país donde el reagrupante o el familiar tengan lazos especiales; o si la solicitud no se ha presentado en el plazo de tres meses desde la concesión del estatuto de protección internacional.

Sin embargo, estas previsiones no siempre resultan sencillas de interpretar habiendo requerido de su esclarecimiento por parte del Tribunal de Justicia. En esta labor, la jurisprudencia del TJUE ha dejado clara la intención garantista de la Directiva y la obligación de los EEMM de respetarla. Así, la fundamentación de la STJUE de 13 de

---

[906] Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho de reagrupación familiar (COM (2000) presentada por la Comisión el 10 de octubre de 2000 (DO 2001 C 62 E, p. 99) Y en el mismo sentido se expresa esta exclusión en el Libro Verde sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea COM/2011/0735 final.

[907] SSTJUE de 7 de noviembre de 2018 C.- 380/17; y de 13 de marzo de 2019 C.- 635/17.

marzo de 2019 es una lección sobre el procedimiento de examen de la solicitud por parte de un beneficiario de protección internacional y la tutela de los menores. En el asunto, relativo a la solicitud de reunificación de una mujer beneficiaria de protección internacional en Holanda, con su sobrino, refugiado en Sudán del sur; el TJUE deja claro que pese al margen de apreciación que se reconoce a los EEMM, este no puede menoscabar el objetivo de la Directiva 2003/86 ni su efecto útil[908]. Igualmente, señala que la Directiva debe interpretarse a la luz de los artículos 7 y 24 apartados 2 y 3 de la CDFUE[909]. Y, tratándose de un asunto donde se revelan las múltiples dificultades que puede encontrar un extranjero para aportar documentación tan esencial como un certificado de defunción de otro familiar o un documento de adopción, el Tribunal insiste en que la solicitud de reagrupación no puede denegarse por el único motivo de que no se haya presentado documentación justificativa del carácter efectivo de los vínculos familiares alegados ni de que las autoridades no consideren verosímiles los argumentos del solicitante. Debiendo tener en cuenta la situación del reagrupante, del menor, y las dificultades superadas en el momento de huida del país de origen.

A pesar de sus loables objetivos, la falta de tutela de la *unidad familiar* en esta normativa de reagrupación también se observa en el SECA, y en gran medida se debe a la restringida interpretación del concepto de *miembro de la familia.* Pues la tutela resulta aún más compleja cuando la persona a reagrupar no se encuentra dentro de los considerados por el artículo 4 de la Directiva. ¿Es posible la reubicación del hermano de un refugiado? A ello respondió el TJUE en el asunto *TB*[910] que concluyó que un Estado miembro podía condicionar la reagrupación familiar de la hermana de un refugiado a condición de que, por su estado de salud, esta dependiera del mismo (Art 10.2). Sin embargo, si la propuesta de Reglamento sobre gestión del asilo y la migración va a incluir entre los miembros de la familia a los hermanos, y lo considera esencial para la integración del solicitante, parece lógico pensar este punto deba ser reformado también en la Directiva de reagrupación.

Y en el mismo sentido, también resulta preocupante la diferenciación que hace la Directiva de reagrupación, al igual que la normativa del SECA, respecto a los menores

---

[908] STJUE de 13 de marzo de 2019 C.- 635/17 §53.

[909] *Ibid.* §56.

[910] STJUE de 12 de diciembre de 2019, C.- 519/18 *TB y Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal.*

casados. ¿Cómo puede ir a favor del interés superior del menor que se excluya a este del trato favorable que reciben los menores por estar casados? ¿A caso el legislador europeo no es consciente de la situación que lleva a muchos- y sobretodo, muchas- menores a contraer matrimonio en otros Estados? El TJUE también ha tenido que pronunciarse recientemente sobre la particular situación de los hijos casados.

Y es que el artículo 10, apartado 3, letra a de la Directiva de reagrupación dispone que los EEMM autorizarán la entrada y residencia de los ascendientes en línea directa y en primer grado sin aplicar los requisitos del artículo 4.2 letra a, cuando el reagrupante sea un menor no acompañado refugiado. La pregunta que sea plantea en el caso es si el estado civil del menor refugiado puede excluirlo de esa definición de *menor no acompañado* por estar casado. Una duda que surge, no tanto de la definición contenida en el artículo 2 letra f de la Directiva de reagrupación, que no hace mención al estado civil del menor[911], si no al artículo 4 que, en su definición de los *miembros de la familia* a los que el Estado miembro debe autorizar la entrada y residencia, especifica que los hijos menores deben tener «una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro y no estar casados».

El TJUE, en una reciente sentencia, ha interpretado la intención del legislador europeo al establecer esa condición relativa al estado civil del hijo menor del reagrupante, frente a su omisión cuando el reagrupante es el menor. Y que, según el mismo, pretende no restringir los beneficios del artículo 10, apartado 3, letra a) a los menores no acompañados no casados en atención a su especial vulnerabilidad como menor no acompañado refugiado que reside en un Estado distinto al de origen[912]. Según el TJUE, la finalidad de la Directiva, no es solo favorecer la reagrupación familiar, sino que tiene por objeto específico garantizar una mayor protección a los refugiados, y en especial, a los refugiados menores no acompañados en consideración a su especial vulnerabilidad[913]. Este debe ser el principio que inspire la aplicación de la Directiva por las autoridades

---

[911] Artículo 2 letra f) de la Directiva de Reagrupación 2003/86: «menor no acompañado, el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros».

[912] STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-230/21 §35-37.

[913] STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-230/21 §43.

nacionales, aunque de ello surge otra cuestión que no ha resultado pacífica: ¿cuándo un menor deja de tener tal consideración a efectos de la reagrupación familiar?

La importancia de esta pregunta es evidente pues de ella depende el despliegue de todas las garantías previstas para la reagrupación de menores. Pero a raíz de los continuos retrasos en la resolución del procedimiento, su respuesta ha sido objeto de diversas interpretaciones. ¿En qué momento debemos observar la minoría de edad? ¿La normativa se refiere a la edad con la que entró en el país? ¿La edad en que solicitó protección internacional? ¿La edad en que se resolvió el estatuto de protección? ¿La edad que tenía cuando solicitó la medida de reagrupación?

El 14 de abril de 2018 el Tribunal de Justicia dictó una esperada sentencia[914] por la que resolvía una de las situaciones más confusas en materia de reagrupación de menores. El litigio se había suscitado en relación con la negativa de la Administración de los Países Bajos a conceder la residencia provisional a varios nacionales eritreos al amparo del derecho a la reagrupación familiar. El tribunal de primera instancia de la Haya planteó una cuestión prejudicial al TJUE donde se cuestionaba si la fecha a tener en cuenta para que una persona pueda considerarse *menor no acompañado* a efectos de la reagrupación familiar debe ser aquella fecha en la que entró en el Estado miembro o, por el contrario, la fecha en la que se solicitó la reagrupación familiar.

El TJUE respondió entonces apelando a la especial vulnerabilidad de estas personas, y reiterando que la normativa europea prevé unas condiciones más favorables a los menores refugiados para disponer de su derecho a la reagrupación a fin de evitar que esta decisión pueda quedar al arbitrio de los Estados miembros. E insistió en la necesidad de una interpretación común por todos los EEMM para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y el principio de igualdad. Y tras una interpretación finalista de la Directiva de reagrupación familiar, y en sintonía con los principios de la UE, el Tribunal concluyó que la fecha a considerar debía ser aquella de presentación de la solicitud de protección internacional[915]. Primero, porque se trasladaba el éxito de la solicitud de

[914] STJUE de 12 de abril 2018 C-550/2016

[915]STJUE de 12 Abril 2018 C-550/2016 § 64: « El artículo 2, letra f), de la Directiva 2003/86, en relación con el artículo 10, apartado 3, letra a), de esta, debe interpretarse en el sentido de que debe calificarse de «menor», a efectos de esta disposición, al nacional de un tercer país o al apátrida que, en el momento de su

reagrupación a la mera actuación del solicitante; y no en la mayor o menor celeridad con la que las autoridades tramitasen la solicitud de protección internacional. Y segundo, porque era el único modo de garantizar un trato idéntico y previsible, que salvaguardara la seguridad jurídica. En este sentido, el Tribunal consideró que las consecuencias de observar como fecha la de la presentación de solicitud de reagrupación familiar «tendría como consecuencia que dos refugiados menores no acompañados de la misma edad que hayan presentado en el mismo momento una solicitud de protección internacional podrían ser tratados de distinta manera dependiendo de cuánto durase la tramitación de esas solicitudes»[916]. Si bien puntualizó, que la solicitud de reagrupación familiar debía producirse dentro de un plazo razonable, fijado en principio de tres meses a partir del día en el que se reconoció al menor interesado la condición de refugiado.

Una interpretación que el TJUE ha mantenido, no solo cuando el reagrupante se acoge a su condición de menor, sino también cuando es el familiar reagrupado. En estos casos ha reiterado que la edad que debe tomarse en consideración es la que tenía cuando el progenitor reagrupante formuló su solicitud de asilo[917], siempre que la solicitud de reagrupación se haya presentado en el plazo de 3 meses. Y señaló además en ese asunto que, en estos casos donde el hijo ha alcanzado la mayoría de edad, no puede considerarse que hayan dejado de hacer vida efectiva como motivo para denegar o retirar los beneficios de la reagrupación familiar (Art. 16.1, letra b de la Directiva de reagrupación) por el hecho de que no convivan en el mismo hogar[918]

---

entrada en el territorio de un Estado miembro y de la presentación de su solicitud de asilo en ese Estado, tenía menos de 18 años, pero que, durante el procedimiento de asilo, alcanza la mayoría de edad y al que posteriormente se le reconoce el estatuto de refugiado».

[916] STJUE de 12 Abril 2018 C-550/2016 §56.

[917] STJUE de 1 de agosto de 2022 C.- 279/20 §54. «(...)el artículo 4, apartado 1, párrafo primero, letra c), de la Directiva 2003/86 debe interpretarse en el sentido de que la fecha que ha de tomarse como referencia para determinar si el hijo de un reagrupante al que se ha concedido el estatuto de refugiado es un hijo menor de edad, a los efectos de esta disposición, en una situación en la que alcanzó la mayoría de edad antes de la concesión del estatuto de refugiado al progenitor reagrupante y antes de la presentación de la solicitud de reagrupación familiar, es aquella en la que el progenitor reagrupante formuló su solicitud de asilo al objeto de obtener el estatuto de refugiado, a condición de que se haya presentado una solicitud de reagrupación familiar en los tres meses siguientes al reconocimiento del estatuto de refugiado al progenitor reagrupante».

[918]STJUE de 1 de agosto de 2022 C.- 279/20 §69: « (...) no basta con la mera relación jurídica de filiación. No obstante, no es necesario que el progenitor reagrupante y el hijo de que se trate convivan en el mismo hogar o bajo el mismo techo para que este último pueda disfrutar de la reagrupación familiar. Las visitas ocasionales, siempre que sean posibles, y los contactos regulares de cualquier naturaleza pueden ser

4.3.4 C. El derecho al respeto a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo ante medidas de expulsión.

Por otra parte, resulta necesario observar la tutela del derecho a la vida familiar cuando la solicitud de protección no prospera y el solicitante o un miembro de la familia se ve expuesto a una medida de expulsión. En este ámbito, la jurisprudencia del TEDH resulta muy valiosa en la tutela del artículo 8 del CEDH[919] habiendo afirmado que, en tanto que una medida de expulsión puede interferir en el derecho a la vida familiar, dicha medida debe ser necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a un objetivo legítimo.

Este desarrollo jurisprudencial, es tan extenso que algunos autores lo consideran como el principal instrumento que ofrece el Convenio en materia de inmigración[920]. Otros, sin embargo, no compartimos esta idea al observar que se trata de una protección menor que la que blinda el artículo 3 del Convenio[921]; pues mientras la garantía del artículo 3 reviste un carácter absoluto, la del artículo 8 es condicionado. En este sentido se ha criticado que, cuando se trata del artículo 8, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo tiende a depender demasiado del caso concreto, impidiendo que se pueda deducir de ella unos principios generales que permitan aventurarse *a priori* sobre el sentido del fallo del Tribunal , como si sucede con el artículo 3 del CEDH. Ocurre, y así lo criticaba el ya citado D. Boza, que ante circunstancias muy similares, detalles secundarios han propiciado fallos opuestos rodeando a este precepto de una cierta inseguridad jurídica[922].

---

suficientes para considerar que estas personas están reconstruyendo relaciones personales y afectivas y para acreditar la existencia de una vida familiar efectiva. Por otra parte, tampoco puede exigirse que el progenitor reagrupante y su hijo se presten asistencia económica mutua».

[919] Artículo 8. «Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

[920]STOREY, H «The Right to Family Life and Inmigration Case Law at Strasbourg», *International Comparative Law Quarterly*, nº 39. Abril 1990. Pp. 328 y ss.

[921] BOZA MARTÍNEZ, D.: *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812.2007. p. 126.

[922] BOZA MARTÍNEZ, D. 2007 Op. Cit. p. 127.

Pese a ello, no se pretende negar la evidente protección que el Tribunal Europeo ha logrado para los extranjeros en respeto a su vida privada y familiar. Pues ha jugado un papel esencial para la salvaguarda de sus derechos ante decisiones de expulsión, donde lamentablemente encontramos una larga jurisprudencia que estiman la violación del artículo 8 del CEDH. Así, entre otras muchas, *Boultif contra Suiza*[923], *Kushal y otros Contra Bulgaria*[924], o *Geleric contra Rumanía*[925]. Pudiendo destacar la insensibilidad de las autoridades españolas reflejada el asunto *K.A.B. contra España*[926] respecto a la adopción de un niño, a pesar de la oposición de su padre, declarado en desamparo tras la expulsión de su madre considerando que la expulsión de la madre, sin comprobaciones previa, así como la falta de ayuda al demandante que se encontraba en situación precaria y su imputación exclusiva de la responsabilidad en la situación de desamparo del menor, contribuyeron de modo decisivo a la ausencia de toda posibilidad de reagrupamiento entre el hijo y el padre.

Y es que, la finalidad del artículo 8 CEDH es, «proteger al individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas»[927], de tal modo que se considera una violación del Convenio cuando la intervención del poder público interfiere en la vida privada o familiar de un individuo. Se debe atender en este punto a una importante diferencia: el derecho a la vida privada protege la «identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior»[928]; mientras que el derecho a la vida familiar protege una serie de relaciones personales que mantiene el sujeto, con origen

---

[923] STEDH de 2 de agosto de 2001.

[924] STEDH 2 de septiembre de 2010.

[925] STEDH de 15 de febrero de 2011.

[926] STEDH de 10 de abril de 2012.

[927] STEDH de 23 de julio de 1968 (relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica) y posteriormente en *Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979; Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido; y Ahmut c. Holanda* entre otras muchas.

[928] Entendida esta, según la STEDH *Bensaid c. Reino Unido*, de 6 de febrero de 2001 §47 como «el derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior». Si bien es necesario señalar que el número de casos donde se ha estimado la violación del derecho a la vida privada, por lo que los recurrentes tienden a alegar la violación de la vida familiar con mucha mayor suerte.

en la estructura familiar del individuo y con diferentes manifestaciones[929]. En este sentido, partiendo de la idea de que el Convenio no garantiza el derecho a entrar o residir en un determinado Estado, el Tribunal ha considerado en múltiples ocasiones que expulsar a alguien de un país en el que residen sus familiares cercanos puede suponer una medida desproporcionada al fin perseguido y suponer una violación de su derecho a una vida familiar en los términos garantizados por el artículo 8 del Convenio[930].

Lo que ocurre en muchos casos ante medidas de expulsión *STEDH Berrehab c. Holanda*, deportación *Nasri c. Francia*, denegación de entrada *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. R. Unido* o prohibición temporal de residencia a un extranjero *Baghili c. Francia*[931].

El primer paso lógico para verificar si se ha dado una violación del Convenio obliga a observar si el demandante tiene vida familiar que se vea afectada por la decisión del poder público. Exigiendo que dicha vida familiar se den con anterioridad a la decisión de las autoridades que presuntamente interfieran en ella. Lo que, inevitablemente, nos lleva a preguntarnos qué entiende el Tribunal por vida familiar.

Si observamos la jurisprudencia del TEDH, el reconocimiento de una *vida familiar* depende de la existencia de unos vínculos personales que no se limitan a su mero reconocimiento legal (matrimonio); debiendo observar vida común de los demandantes[932]; la duración de la relación, o si hay hijos comunes.

Pero la vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal es un concepto amplio que comprende diferentes ámbitos. Desde la unión natural entre una madre y su hijo[933], como la relación de un padre y su hijo, estimando que estar juntos representa un elemento

---

[929] BOZA MARTÍNEZ D. 2007 Op. Cit. p. 127

[930] SSTEDH de 18 de febrero de 1991 *Moustaquim c. Bélgica;* o de 2 de agosto de 2001 *Boultif* o. *Suiza*, entre otras.

[931] BOZA MARTÍNEZ D. Op. Cit. p. 128.

[932] STEDH de 18 de diciembre de 1986 *Johnston y otros c. Irlanda*.

[933] STEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx c. Belgica.*

fundamental de la vida familiar[934]. En aquellos casos en los que el niño nace fuera de una relación matrimonial, el Tribunal ha observado ciertos factores susceptibles de determinar la existencia o no de vínculos personales suficientes para que se dé esa vida familiar como son la relación entre los padres biológicos, así como el interés y cariño manifestados por el padre biológico hacia su hijo. Sin que sea necesaria la convivencia. En este sentido, el TEDH ya negó en el año 1984, en el caso *Berrehab c. Los Países Bajos*, que la vida en común sea una condición indispensable para la vida familiar entre los padres y los hijos menores.

Pero hay además otros tipos de relaciones más allá de la relación de pareja y la relación paterno-filial que pueden constituir vida familiar. Encontramos así pronunciamientos donde se reconoce la existencia de una vida familiar entre hermanos y hermanas como en el citado caso *Mustafa y Armağan Akın c. Turquia*[935]. Lo que hace más incomprensible que la normativa del SECA no considere actualmente el vínculo entre hermanos para la posible reunificación. Aunque si lo hace, como veremos, la propuesta de Reglamento de Gestión.

Ahora bien, una vez que el Tribunal estima que la medida de expulsión o denegación de entrada ha ocasionado una injerencia en la vida familiar del demandante, el siguiente paso es observar si la medida es proporcionada. Y para determinar si la medida cumple con las condiciones del segundo apartado del artículo 8 deben darse tres condiciones: la legalidad de la medida; que persiga como fin una causa legítima; y que sea una medida "necesaria en una sociedad democrática" para tal fin.

Así, cuando los Estados alegan como causa legitima de la medida de expulsión el "bienestar económico del país", debe entenderse entonces que la expulsión de un

---

[934] SSTEDH de 26 de febrero de 2002 *Kutzner c. Alemania*, §58; o de 29 de marzo de 2013 *Zorica Jovanović c. Serbia, §.68* entre otras.

[935] STEDH de 6 de abril de 2010 *Mustafa et Armağan Akın c. Turquie*.: «El Tribunal considera que la vida familiar en el sentido de la misma disposición también existe entre el segundo demandante Armağan y su hermana Damla, con la que vivió en la misma casa hasta el divorcio de sus padres en 2000(...) En el presente caso, el Tribunal considera que la decisión del Tribunal de Ödemiş de separar a los dos hermanos constituyó una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar. No sólo impidió que los dos hermanos se vieran, sino que también hizo imposible que el primer demandante disfrutara de la compañía de sus dos hijos al mismo tiempo».

individuo tiene *per se* la trascendencia suficiente como para alterar la situación económica del país[936]. Ahora bien, aun aceptando esta causa como legítima, es frecuente que se considere la medida injustificada[937]. Y, del mismo modo, si la medida es necesaria debe observarse sin perder de vista su carácter excepcional. Ahora bien, en ese difícil equilibrio el TEDH debe tener en cuenta también el margen de apreciación nacional. Es precisamente este juicio bajo parámetros difícilmente cuantificables, lo que ha llevado a criticar la falta de seguridad jurídica en la interpretación del art. 8 CEDH «sin que se pueda deducir de ello poco más que la inseguridad jurídica que produce un análisis tan casuístico»[938].

Ocurre así, que en el asunto *Moustaquim c. Bélgica*, el Tribunal se opuso a la expulsión de un hombre de nacionalidad marroquí que había sido condenado por 147 delitos y faltas en su adolescencia. El TEDH tomó en consideración que este vivía en Bélgica desde los dos años, no teniendo vínculos con Marruecos; que cohabitaba con sus padres en Bélgica, y que los delitos habían ocurrido en la adolescencia, por lo que se opuso a la expulsión. Sin embargo, en un caso análogo *Boujlifa c. Francia*, el Tribunal consideró justificada la expulsión del demandante. Pese a que vivía desde los 5 años con su familia en Francia, y su único lazo con Marruecos era su nacionalidad. El Tribunal consideró entonces que los vínculos con Francia no eran tan fuertes, lo que sumado a la gravedad de los delitos justificaba la expulsión. ¿Es entonces la gravedad de los delitos lo más importante en este análisis? Parece difícil afirmar esto puesto que en la sentencia *Nasri* c. *Francia* el recurrente había sido condenado por una violación en grupo. En este caso, vivía con su familia en Francia desde los cinco años y, aunque también mantenía la nacionalidad argelina, se consideró injustificada su expulsión en atención a su condición de sordomudo[939].

En cualquier modo la conclusión es evidente: es necesario una mayor seguridad jurídica. Por ello, se debe incluir en el estatuto de derechos del solicitante unos parámetros que

---

[936] BOZA MARTÍNEZ D.: Op. Cit. 2007 p. 139.

[937] Así por ejemplo en STEDH *Berrehab c. Holanda. y Ciliz c. Holanda.*

[938]BOZA MARTÍNEZ, D.: Op. Cit. 2007 p. 141.

[939] BOZA MARTÍNEZ, D. Op. Cit. p. 141

permitan tutelar su derecho a la vida privada y familiar en caso de denegación y potencial expulsión, dotando de seguridad jurídica este derecho pues es también necesario para el desarrollo personal del solicitante. Y, evidentemente, es más necesario cuanto más largo es el procedimiento.

4.3.5 Condiciones de acceso al mercado de trabajo.

Según el artículo 15 de la DCA, los Estados miembros deben velar por que los solicitantes de protección internacional puedan acceder al mercado laboral dentro de los nueve primeros meses[940] desde la presentación de la solicitud de protección internacional, cuando las autoridades no hayan resuelto su solicitud en primera instancia y la demora no se pueda atribuir al solicitante. No pudiendo negar el acceso al mercado laboral. Incluso tras una primera resolución negativa, cuando esté tramitándose un recurso con efecto suspensivo.

Asimismo, el artículo también prevé que sean los Estados los que decidan sus propios requisitos para permitir ese acceso; así como la posibilidad de dar prioridad en sus políticas relativas al mercado de trabajo, a los ciudadanos de la Unión, a nacionales de Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a los nacionales de terceros países que sean residentes legales. Sin embargo, no se puede perder de vista que ese acceso al mercado de trabajo debe ser *efectivo* a tenor del apartado segundo, lo que puede no quedar garantizado si el Estado adopta una política de este tipo.

En este ámbito las principales cuestiones que se han suscitado han recaído en la interpretación sobre la imputación de la demora al solicitante para retrasar el acceso al mercado de trabajo. Sobre ello tuvo que pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión en la STJUE 322/19 que señaló que solo puede atribuirse la demora en la adopción de una resolución en primera instancia por falta de cooperación del solicitante con las autoridades. Pero un Estado no puede atribuir al solicitante la demora únicamente por no haber presentado su solicitud ante el primer Estado miembro de entrada; ni por la tramitación de un recurso judicial frente a una decisión de traslado adoptada conforme al Reglamento Dublín. Y en este sentido, el TJUE ha señalado en el mismo asunto que una normativa nacional no puede impedir el acceso al mercado laboral por el único motivo de

[940] Plazo de un año para el caso de Irlanda al ser de aplicación la directiva 2003/9/CE.

que se haya dictado frente a él una decisión de traslado de acuerdo con el Reglamento Dublín[941].

La actual propuesta de reforma reduce los meses de espera para poder acceder al mercado laboral de nueve a un máximo de seis, cuando no se haya adoptado una resolución administrativa en ese tiempo y el retraso no sea atribuible al solicitante. Aunque se excluye los casos en que haya hecho uso de un procedimiento acelerado lo que, de nuevo, supone una discriminación derivada del prejuicio de que determinadas solicitudes son fraudulentas. Una consecuencia más de la consideración de determinados países como *seguros* que va en detrimento de los derechos del solicitante.

Por otra parte, hay que aplaudir que en la reforma se incluye un apartado en relación al principio de no discriminación que, aunque resultaba ya vinculante a tenor de la prohibición de discriminación general de la CDFUE, del CEDH o incluso de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, resulta conveniente. En este sentido, la propuesta de reforma prevé en su nuevo artículo 15 que los Estados dispensen un trato igual a los solicitantes respecto a los nacionales en lo referente a:

> «a) Las condiciones laborales, incluidos el salario y el despido, los permisos y las vacaciones, así como las exigencias de salud y seguridad en el lugar de trabajo;
>
> b) la libertad de asociación, afiliación y pertenencia a una organización que represente a trabajadores o empresarios, o a cualquier organización cuyos miembros ejerzan una actividad específica, incluidas las prestaciones que tales organizaciones puedan ofrecer, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y seguridad pública;
>
> c) la educación y la formación profesionales, con exclusión de los préstamos y las becas de estudio y de manutención, u otros tipos de préstamos y becas, relacionadas con la educación y la formación profesionales;
>
> d) el reconocimiento de los diplomas, certificados y otros títulos en el marco de los procedimientos vigentes de reconocimiento de las cualificaciones

[941] STJE de 14 de enero de 2021 C.- 322/19 y C.- 385/19.

obtenidas en el extranjero, facilitando al mismo tiempo, en la medida de lo posible, el pleno acceso a aquellos solicitantes que no puedan aportar documentos justificativos de sus cualificaciones a sistemas adecuados de evaluación, convalidación y certificación de los estudios que hayan cursado;

e) las ramas de la seguridad social, según se definen en el Reglamento (CE) n.º 883/2004».

Sin embargo, decepciona el inciso siguiente que permite restringir la igualdad de trato en determinados supuestos como en gestión de organismos de Derecho público y de ejercer un cargo de Derecho público; a la educación y formación profesionales vinculadas directamente con una actividad laboral específica; o en materia de seguridad social, excluyendo las prestaciones familiares y por desempleo (salvo lo dispuesto en el Reglamento (UE 1231/2010).

Por otra parte, se ha reivindicado que el artículo 15 no prevea ni en su redacción actual ni en la propuesta de reforma una obligación para los EEMM dirigida a proporcionar al solicitante adulto educación, en caso de que sea analfabeto, o lingüísticos[942]. Lo que, evidentemente, resultaría favorable a su inclusión.

4.4 Garantías para la tutela del interés superior del menor solicitante de protección internacional.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, además de contener un extenso elenco de derechos inherentes a toda persona, toma en consideración la especial vulnerabilidad de algunos grupos, entre ellos los niños. Por ello, el artículo 24 reconoce el derecho al cuidado y la protección de su bienestar; y afirma el carácter prioritario del interés superior del menor en los actos llevados a cabo tanto por instituciones públicas como privadas.

[942] *Guia Easo. Análisis judicial: Acogida de los solicitantes de protección internacional (directiva 2013/33/UE, relativa a las condiciones de acogida). Serie de Desarrollo profesional de la EASO para miembros de órganos jurisdiccionales.* Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.2020. P. 52

Sin embargo, los menores solicitantes de protección internacional y los menores inmigrantes en general, se enfrentan a un gran obstáculo que resumió claramente *Save the Children* al afirmar que*:* «el principal problema que nos encontramos con los menores extranjeros (…) es que están situados entre dos sistemas, el de protección e inmigración, inspirados por principios contradictorios: protección y rechazo o control. Y en muchas ocasiones prevalece su condición de inmigrante y todo lo que ello conlleva».[943]

En términos similares denunciaba Simone Troller, investigadora de la *División de Derechos del Niño de Human Rights Watch* las continuas contradicciones entre la legislación orientada a la tutela de los menores y la legislación sobre inmigración. Contradicciones que, con frecuencia, se resuelven en detrimento de la tutela del[944] Y es que, ignorando que se trata de niños y niñas, el principio del interés superior del menor se difumina, y el de no discriminación se vuelve, en gran medida, ilusorio. Se sobrepone su condición de inmigrantes y la consecuencia que conlleva es una serie de vulneraciones de derechos a lo largo de todo el procedimiento de protección internacional, desde que abandonan su país de origen. Conscientes del daño que estas hacen no solo en la juventud del menor, sino también en el desarrollo de su personalidad, urge la adopción de medidas que protejan al menor solicitante dentro del SECA.

Y es que, como se deduce de los informes de la sociedad civil, de organizaciones internacionales y de la propia jurisprudencia europea, el desamparo que llegan a sufrir los menores inmigrantes en la UE es muy grave. Tanto, que la Comisión propuso en 2017 una serie de medidas «coordinadas y efectivas para dar respuesta a las carencias en la protección de los menores y a las necesidades a las que estos se enfrentan una vez llegan

---

[943]*La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía.* Informe de *Save the Children* Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/proteccion_juridica_menores_extranjeros_no_acompanados_andalucia.pdf

[944] Human Rights Watch, TROLLER S.: *En la trampa de la migración: menores extranjeros no acompañados en Europa*. Informe mundial, disponible para consulta en línea: https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/migration_sp.pdf P. 2. últ. Visita 12 de mayo de 2023: «Los especialistas que tratan la situación de los niños saben que la principal dificultad jurídica, a la hora de tomar decisiones, se refiere a unos vacíos jurídicos siempre difíciles de solucionar. Las contradicciones entre la legislación sobre la inmigración y la que se refiere a la protección de los menores, mucho más protectora, se resuelven, con demasiada frecuencia, en detrimento de esa última, lo que genera daños directos y terribles para los niños».

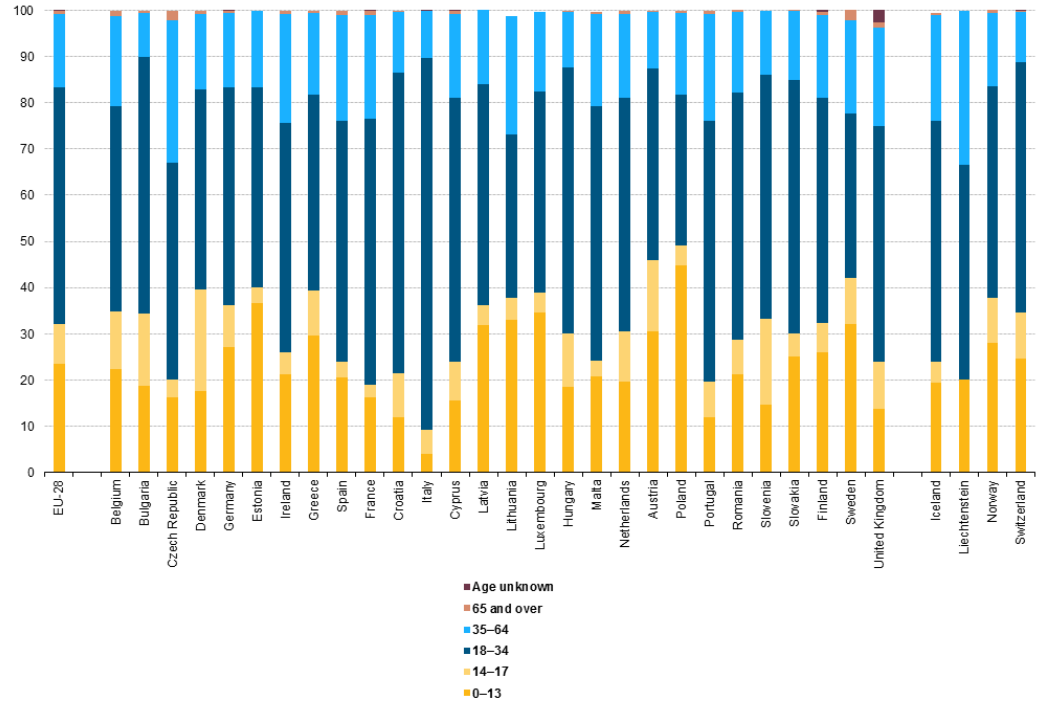
a Europa, que van desde la identificación, la acogida o la aplicación de garantías procesales hasta la aplicación de soluciones duraderas»[945]. Entre las que destaca la adopción de una estrategia de acción exterior de la Unión que aborde las causas profundas de la migración, y los proteja en las rutas migratorias, donde están expuestos a la trata y explotación; lograr una identificación más rápida dando prioridad a los menores en todos los procedimientos relacionados con las fronteras; el establecimiento de unos protocolos para reaccionar ante la dramática cuestión de los menores desaparecidos en las travesías; así como el establecimiento de una serie de medidas dirigidas a la adecuada acogida e inclusión en la Unión Europea.

Con todo ello, las acciones que se pretenden no son suficientes para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos. Y resulta evidente que incluso la tutela de los menores ha sucumbido a la obsesión securitaria de lucha contra la inmigración ilegal. Por ello, a la vista de la deriva tan alarmante que han adoptadado determinados Estados en sus políticas migratorias, resulta necesario y apremiante incluir este colectivo, que se identifican como los más vulnerables dentro de un colectivo ya especialmente vulnerable, en el estatuto de derechos que se pretende. Con su inclusión, se deberá clarificar y armonizar la interpretación del difuso parámetro que supone el *interés superior del menor*. En aras de garantizar su efectiva observancia siempre, tanto a menores no acompañados como a aquellos que acuden con sus familias. Comenzando, en primer lugar, por mejorar la llegada e identificación como menores de quien realmente lo es. Evitando que una prueba, que se ha demostrado insuficientemente fiable, pueda condenar al desamparo a quien requiere de una especial tutela.

Su tutela es el asunto más primordial en el ámbito migratorio, en atención a su especial vulnerabilidad fruto de su falta de madurez física y mental. Pero también, porque de ello dependen las futuras políticas de migración e inclusión. Pues el planteamiento que se dé a la tutela del menor inmigrante y, en particular, del menor solicitante, va a repercutir intensamente en el desarrollo de su personalidad. Llegando a deslegitimar cualquier política que incumpla con la obligación de velar por el interés superior del menor.

[945] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Protección de los Menores Migrantes. Bruselas, 12.4.2017 COM(2017) 211 final. P. 3

Según el último informe anual de ACNUR, se *estima* que alrededor del 42% de personas refugiadas en el extranjero a final del 2021 eran menores. Aunque en Europa, se estima que fuera del 38%[946]. Con todo, el número de menores que solicitan protección internacional en Europa solo sirve para confirmar la gravedad de la situación, y la apremiante necesidad de un instrumento que garantice sus derechos y, por ende, su interés superior.



Note: due to the use of rounded figures in these calculations the sum of all age groups does not always equal 100 %.
Source: Eurostat (online data code: migr_asyappctza)

947

Pero, ¿cuál es su interés superior? Pese a su difícil concreción la propuesta de Reglamento sobre gestión del asilo y la migración, planteada dentro del Pacto de Migración y Asilo de 2020, asegura incorporar una mejor definición de la aplicación del principio del interés superior «y el establecimiento de un mecanismo para que se determine el interés superior del menor en cualquier circunstancia que implique el traslado de un menor»[948]. Y, aunque la propuesta incluye algunos aspectos muy positivos, como la consideración de los

---

946 ACNUR Informe *Tendencias Globales 2021. P. 15-16.*

947 Gráfica extraida de Eurostat. *Distribución por edad de solicitantes de asilo no comunitarios en 2016.*

948 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) [Fondo de Asilo y Migración] COM/2020/610 final Apartado 3.4

hermanos entre los *miembros de la familia*, también incluye ciertas medidas regresivas que difícilmente pueden coincidir con el interés superior del menor como su posible internamiento, o la suspensión de su derecho a la educación en determinadas circunstancias. En aras de su inclusión en el pretendido estatuto, resulta necesario observar la tutela que el SECA irradia hacia los menores solicitantes de protección internacional en la UE y su correspondencia con la jurisprudencia del TJUE y del TEDH.

4.4.1 Garantías en la determinación de la edad del menor.

Como se ha señalado *supra*, el menor inmigrante se encuentra inmerso en dos sistemas jurídicos inspirados por principios opuestos. De un lado, su condición de inmigrante lo expone a unas condiciones de rechazo o control que conlleva incluso la suspensión de ciertos derechos; mientras que su minoría de edad lo hace merecedor de un estatuto jurídico garantista y protector, que prioriza su interés al colocarlo como un principio informador de toda actuación que concierna al menor. Por ello, una vez que los menores han llegado al territorio Europeo son sometidos a un examen de edad para determinar si son merecedores de ese estatuto. Pero, pese a que la determinación de la edad es crucial, pues desencadena una serie de garantías procesales y jurídicas esenciales, las pruebas empleadas están rodeadas de una serie de fallos y lagunas que han sido denunciados innumerables veces.

Esta realidad llevó a UNICEF a llevar a cabo una investigación en Ceuta, Melilla, Cádiz, Málaga y Granada en el año 2019. Y en su informe[949] subrayó como las pruebas médicas utilizadas tienen un amplio margen de error; en ocasiones son invasivas, e incluso se llegan a aplicar sin consulta con el menor; sin que sea realizada con frecuencia por médicos forenses, como exige la normativa. Además en numerosas ocasiones, sin ser informado ni entrevistado previamente, siendo frecuentes los casos donde la fiscalía ni si quiera ha visto en persona al menor. Por otro lado, y a pesar del alto nivel de falibilidad de los métodos usados[950] apenas se implementan las modalidades alternativas a las

[949] Informe de Unicef España: *Los Derechos De Los Niños y Niñas Migrantes No Acompañados En La Frontera Sur Española 2019.* Disponible en: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/recursos/informe-ninos-migrantes-no-acompanados.pdf Últ. Consulta 5/5/2019.

[950] El principal método empleado para la determinación de la edad es la *prueba Greulich-Pile*. Consiste en la medición mediante radiografías de la muñeca y mano izquierda para su comparación con una escala. Sin embargo, se ha criticado que los valores de dicha escala se corresponden con los de varones blancos de la costa este de EEUU, no resultando siempre tan acertada para otras poblaciones. Además, esta prueba que

pruebas médicas que permitan determinar la edad desde un enfoque multidisciplinar, y las posibilidades de que la decisión sea revisada, incluso aunque el menor presente posterior información, son muy escasas, sin que exista además un recurso judicial automático para su revisión en caso de contradicción entre la edad determinada y lo que dice el menor.

En la misma línea, el Informe del Defensor del Pueblo de 2015[951] presentaba casos reales donde a una misma persona se le llegaron a asignar hasta tres edades diferentes en un periodo de tiempo de un mes. Así como casos de presuntos adultos que fueron expulsados al país de origen, antes incluso de resolver sobre la suspensión de la orden, para la que alegaban la minoría de edad. El informe denunciaba no solo la poca eficiencia de las pruebas, sino también la enorme cantidad de fallos de los que adolecen la mayoría de informes de determinación de edad, que no alcanzan los requisitos mínimos de seguridad para orientar a la autoridad. Igualmente, el Defensor del Pueblo denunció el trato a los menores que según sus propios testimonios eran críticos y sentían temor ante los procedimientos de determinación de la edad a los que habían sido sometidos.

En definitiva, existen demasiadas lagunas para un sistema del que depende el acceso a determinados derechos. No siendo infrecuente ver a menores en centros de adultos cuya única prueba de su supuesta mayoría de edad ha sido una radiografía de muñeca, que pese estar puesta en duda por la mayor parte de la comunidad científica, llega a pesar más que

comenzó a emplearse en los años 30, cuenta con un margen de error general de dos años, por lo que la comunidad científica no la recomienda como prueba única. Y su frecuente uso en nuestro país responde más a su rapidez y coste que a su fiabilidad. Otros métodos existentes son: *Sauvegrain*: Consiste en una radiografía del codo, y aunque es una técnica más actuaalizada e igualmente económica solo puede emplearse en varones de entre 11 y 15 años y mujeres de entre 9 y 13. La técnica *Risser*, que emplea una radiografía de la cresta iliaca y su comparación en una escala. Se trata de una prueba más invasiva porque radia la zona genital por lo que exige una prueba de embarazo previa para las mujeres. La prueba radiológica ósea más exacta sería la prueba de *Tanner- Whitehouse*, que sin embargo es demasiado lenta pues compara cada hueso de la mano y posteriormente se lleva a cabo una clasificación en 8 ó 9 estadios a los que se asigna una puntación. Quizás la prueba más fiable por su corto margen de error sería la prueba de Diamant Berger, que consiste en una medición de los cartílagos del crecimiento mediante resonancia magnética. Sin embargo, es un procedimiento lento y costoso. Véase el recopilatorio de pruebas de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ Mª B., *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*. Thompson Aranzadi. 2017, p. 163.

[951]Defensor del Pueblo. *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.* Informe del Defensor del pueblo de España. 2015. P. 20 y ss.

la palabra del menor, o incluso que los propios papeles oficiales que aporte el mismo[952]. A los que, en la práctica, se les está aplicando una especie de presunción de fraude a falta de un mejor sistema de aplicación general y garantista.

En atención a esta triste realidad, la EASO (sustituida ahora por la AAUE) elaboró una guía para la determinación de la edad, debido a las preocupaciones manifestadas en el plan de acción de la Unión Europea sobre menores no acompañados (2010-2014) ante la poca fiabilidad y la intrusión de las metodologías existentes para la determinación de la edad. Esta Guía se publicó por primera vez en diciembre de 2013, pero en la Conferencia anual de la EASO sobre la infancia, que tuvo lugar en Malta en 2015, las autoridades nacionales expresaron nuevamente sus preocupaciones sobre este proceso, lo que llevó a la EASO a elaborar una nueva edición[953] ante una situación que continúa siendo alarmante.

Según esta guía, que recoge las prácticas nacionales, hay Estados miembros que no aplican el principio de beneficio de la duda en la determinación de la edad; solo 11 Estados miembros exigen el consentimiento del solicitante para todos los métodos de evaluación. 5 Estados de la Unión no toman en consideración las opiniones del solicitante, solo a través de su representante. Y hasta 14 Estados toman en consideración a la hora de examinar una solicitud la negativa del solicitante a examinar su edad[954].

Dada la gravedad de las consecuencias que tienen los fallos en un sistema de determinación de la minoría de edad, resulta imperativo que se adopten parámetros comunes y garantistas también en esta parte fundamental del procedimiento de protección internacional. Por lo que resulta altamente recomendable incluir ciertas recomendaciones señaladas por la EASO en la referida guía en el estatuto de derechos del solicitante para

---

[952] En este sentido, debemos recordar que, según ha señalado el Tribunal Supremo, ante la falta de impugnación previa de la documentación aportada por el solicitante, «que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación». STS 796/2021 de 22 de noviembre FJ.4. Y, en el mismo sentido, STS 4106/2022 de 8 de noviembre de 2022 FJ6.

[953] EASO *Guía Práctica de la EASO sobre evaluación de la edad: Segunda edición.* Oficina de Publicaicones de la Unión Europea. 2019. P. 15

[954] EASO *Guía Práctica de la EASO sobre evaluación de la edad: Segunda edición.* Oficina de Publicaicones de la Unión Europea. 2019. Anexo IV: Resumen de conclusiones principales. P. 119-121.

que el procedimiento de evaluación resulte lo más fiable posible, pero también, digno y respetuoso con el interés superior del niño.

4.4.2 La determinación de Estado miembro responsable en el caso de menores no acompañados

Si el Reglamento Dublín, que determina el Estado miembro responsable del estudio de las solicitudes de protección internacional, es el núcleo del Sistema Europeo Común de Asilo, lo es por la necesidad de asignar a un Estado la labor, no solo de estudiar y tramitar la solicitud, sino también de acoger al solicitante. Una cuestión que, evidentemente, se hace más urgente, compleja y costosa, cuando el solicitante es un menor no acompañado.

En estos casos, no tan excepcionales como nos gustaría creer, se debe conciliar el interés superior del menor con los criterios objetivos del Reglamento Dublín lo que no siempre resulta sencillo. A ello respondió el TJUE en el asunto *MA y otros contra Secretary of State for the Home Department*[955] donde un menor no acompañado, sin ningún familiar residiendo legalmente en ningún Estado miembro, había presentado solicitudes de asilo en distintos Estados de la UE. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que, no teniendo familiares en el territorio de la Unión, el Estado responsable de examinar la solicitud no podía ser otro que donde se encontrara físicamente el niño, a tenor del principio del interés superior del menor enunciado en el artículo 24 apartado 2 de la Carta de Derechos Fundamentales.

El Tribunal insistió en que la frase «Estado miembro en que el menor ha presentado la solicitud de asilo», no puede entenderse en estos casos como *primera solicitud presentada*, redacción que si se usa específicamente en otros puntos del Reglamento. Además, una interpretación distinta a la señalada contradeciría el fin de la norma que no es otro que garantizar un acceso rápido y efectivo de la solicitud, y que debe alcanzarse bajo la consideración primordial del interés superior del menor.

El fallo del TJUE fue claro: «en circunstancias como las del litigio principal, en las que un menor no acompañado, que no tiene ningún familiar que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado miembro, ha presentado solicitudes de asilo en más de un Estado

[955] STJUE de 6 de junio de 2013 C-648/11, *MA y otros contra Secretary of State for the Home Department.*

miembro, dicha disposición designa como «Estado miembro responsable» el Estado miembro en el que se encuentre el menor después de haber presentado ante él una solicitud de asilo». Sin embargo, la actual propuesta de Reglamento de Gestión no incorpora este pronunciamiento y señala que el Estado responsable será «aquel en el que se haya registrado por primera vez la solicitud de protección internacional del menor no acompañado, a menos que se demuestre que ello va en contra del interés superior del menor»[956]. Lo que, sin duda, alargará el procedimiento al suspender la tramitación de su solicitud durante el tiempo que media entre la solicitud de toma a cargo al Estado considerado responsable y el traslado efectivo, para luego empezar la tramitación de la solicitud. Cuesta pensar que exponer a un menor a un procedimiento tan largo y que conlleva un nuevo traslado puede ser en beneficio del propio menor.

Por ello, la única interpretación del Reglamento Dublín, coherente con el principio de interés superior del menor que emana de la CDFUE y que se considera «una consideración primordial»[957] tanto en el actual Reglamento Dublín III como en la propuesta de Reglamento de Gestión, es aquella que ordene tramitar la solicitud en el Estado donde se encuentre el menor tras haber presentado allí una solicitud de protección. Salvo cuando se demuestre que esto perjudica el interés superior del menor; invirtiendo así la carga de la prueba.

Sin duda esta sentencia que erige expresamente como parámetro de determinación del Estado miembro responsable el interés superior del menor es un paso hacia la garantía del mismo que debe reflejarse en la normativa. Y aun así, continúa el interrogante de si se preserva el interés superior del menor (acompañado) con la aplicación automática de los

---

[956] Art 15.5 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) [Fondo de Asilo y Migración]: «A falta del miembro de la familia o pariente a que se refieren los apartados 2 y 3, el Estado miembro responsable será aquel en el que se haya registrado por primera vez la solicitud de protección internacional del menor no acompañado, a menos que se demuestre que ello va en contra del interés superior del menor».

[957] Artículo 6 del Reglamento REGLAMENTO (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. Y artículo 13 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) [Fondo de Asilo y Migración]COM/2020/610 final.

criterios del Reglamento Dublín III. Y es que, puesto que el interés superior del menor debe ser una cuestión prioritaria siempre, su utilización como parámetro debe observarse de oficio y servir para flexibilizar los criterios objetivos siempre que haya un menor. No en vano, la extensa jurisprudencia del TEDH y del TJUE que han condenado la aplicación automática de los criterios del Reglamento Dublín por exponer al solicitante a tratos inhumanos o degradantes (art. 4 CDFUE) debe permitirnos superar esa aplicación automática del mismo modo, en garantía del interés superior del menor (art. 24 CDFUE)

4.4.3 El internamiento de menores:

Como se ha abordado previamente, el estándar de protección del CEDH permite el internamiento de extranjeros bajo determinadas condiciones (5.1.f). Y el SECA ha desarrollado unos parámetros bajo los cuales se permite a los EEMM llevar a cabo el internamiento de los solicitantes de protección.

En concreto, la Directiva de Condiciones de Acogida 2013/33/UE dedica a ello sus artículos 8 a 11; este último relativo al internamiento de solicitantes con necesidades de acogida particulares entre los que se incluye a menores[958] y menores no acompañados[959] siempre como medida de último recurso y por el tiempo más breve posible. Debiendo llevarse a cabo en un sitio adecuado para niños, y no pudiendo en ningún caso ser alojados en centros penitenciarios, cuando no estén acompañados. La práctica sin embargo ha demostrado no ajustarse siempre a estos parámetros, de por sí excesivamente permisivos, dando lugar a situaciones deplorables, algunos de ellos enjuiciados por el TEDH en tanto que han llegado a suponer una violación de los artículos 3 y 5 del CEDH.

---

[958] Según el artículo 11.2 de la Dir. 2013/33: «Únicamente se internará a los menores como medida de último recurso y tras haberse determinado la imposibilidad de aplicar eficazmente otras medidas alternativas menos coercitivas. El período de tiempo de internamiento será el más breve posible y se realizarán todos los esfuerzos necesarios para la puesta en libertad de los menores internados y para proporcionarles un centro adecuado para menores. Primará para los Estados miembros el interés superior del menor, tal como establece el artículo 23, apartado 2.». Los menores internados tendrán la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluido el juego y actividades de recreo propias de su edad».

[959] Según el artículo 11.3 de la Dir. 2013/33: «Los menores no acompañados únicamente serán internados en circunstancias excepcionales. Se realizarán todos los esfuerzos necesarios para la puesta en libertad de los menores no acompañados lo más rápido posible. Nunca se internará a los menores no acompañados en centros penitenciarios. En la medida de lo posible, a los menores no acompañados se les acogerá en centros con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de las personas de su edad. Cuando se interne a menores no acompañados, los Estados miembros se asegurarán de que sean alojados separadamente de los adultos».

Así se apreció en el *asunto Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*[960] donde una menor de 5 años que viajó desde la República Democrática del Congo acompañada de su tío belga para reencontrarse con su madre, refugiada en Canadá, fue internada durante dos meses en un centro de tránsito para adultos en régimen cerrado. Durante la detención, que no tuvo en cuenta su corta edad, su abogado solicitó el reconocimiento de la condición de refugiada, que le fue denegada. Tan solo un día después de que una autoridad judicial ordenara su puesta en libertad por considerar la detención incompatible con la Convención de Derechos del Niño la menor fue enviada devuelta a la República Democrática del Congo a pesar de que su madre huyó de allí como refugiada y no tener familiares que se hicieran cargo de ella. En aquella sentencia, en la que el Tribunal apreció la vulneración de los artículos 3, 5 y 8 del CEDH, resultó determinante de su condición de extrema vulnerabilidad que era extranjera y su corta edad, más que su condición de demandante de asilo.

Además, el Tribunal apreció que no existía riesgo alguno de fuga, que la medida era innecesaria y que se debían haber adoptado otras medidas mucho menos perniciosas como la entrega en acogida en un centro o con una familia. Por ello, el TEDH consideró que Tabitha se encontraba «indiscutiblemente en la categoría de las personas más vulnerables de una sociedad» y que «correspondía al estado belga protegerla y cuidarla con la adopción de medidas adecuadas de acuerdo con las obligaciones positivas derivadas del artículo 3 del Convenio» cuya protección, recordó el Tribunal, es absoluta. Y en aquel caso, el Tribunal también consideró que la «falta de humanidad»[961] de las autoridades belgas, vulneraban el artículo 3 CEDH no solo en la persona de Tabitha, sino también en su madre considerando el sufrimiento derivado de la detención de su hija.

Pero el Tribunal Europeo no sólo ha apreciado la ilegalidad del internamiento[962], por no haber optado por otras medidas más favorables al interés del menor cuando estos viajaban

---

[960] STEDH de 12 de octubre de 2006. *Mubilanzila Mayeka y Kanii Mitunga contra Bélgica*.

[961] STEDH de 12 de octubre de 2006. *Mubilanzila Mayeka y Kanii Mitunga contra Bélgica §69*.

[962] En nuestro país, el internamiento en un CIE de un menor de edad está expresamente prohibido por el artículo 62 de la Ley de Extranjería, salvo que vayan acompañados por sus madres. Sin embargo, muy recientemente el Ministerio del Interior ha reconocido por escrito que en el año 2018 ingresaron 89 menores no acompañados. Según se respondió al Servicio Jesuita a Migrantes a través del Portal de Transparencia, Interior admitió que llevó 20 menores a Barcelona; 20 a Murcia; 17 a Madrid; 9 a Algeciras; 6 a Tenerife; 5 a Valencia, y 1 a Las Palmas. El perfil de estos respondía a jóvenes de entre 16 y 17 años, la mayoría

solos sino también estando acompañados. En este sentido lo estimó el TEDH en el asunto *Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica*[963], o en el asunto *Kanagaratnam contra Bélgica*[964] donde el internamiento durante cuatro meses de una madre solicitante de asilo y sus tres hijos en un centro en régimen cerrado para extranjeros en situación irregular supuso una vulneración de los artículos 3 y 5 del CEDH al considerar el Tribunal que se había puesto en peligro el desarrollo de los menores, con plena conciencia de la situación.

Y es que, aunque el internamiento de solicitantes de protección resulta muy polémico y cuestionable en tanto que supone una restricción de la libertad para quien no ha cometido delito alguno, resulta aún más discutible cuando la persona internada es un menor. ¿Alguna vez puede ir en beneficio del interés superior del menor su *internamiento* en tanto que *inmigrante o solicitante de protección*? Puesto que no nos referimos a un internamiento con fin educativo o terapéutico, parece muy cuestionable. Pues el trato que se debe dar a un menor por parte de las autoridades no puede responder a la condición de extranjero sino a la de *menor*, en atención a su interés superior.

Por ello, en la vergonzosamente extensa jurisprudencia del TEDH[965] donde se ha condenado el internamiento de menores extranjeros, podemos ver que no son definitorias

---

procedentes de Marruecos y Argelia, que llegaban solos a España, en patera o escondidos en los bajos de un camión. La noticia se puede consultar en: https://www.elmundo.es/espana/2019/06/07/5cf95ec5fdddff170e8b45e6.html Últ. Consulta 9 de junio de 2019.

[963] TEDH, sentencia de 19 de enero de 2010. Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica.

[964] TEDH, sentencia de 13 de diciembre de 2011.M Kanagaratnam contra Bélgica.

[965] Recientemente, pueden verse, entre otras las SSTEDH: de 22 de noviembre de 2016 *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta* relativa a la detención de dos menores somalíes durante ocho meses en condiciones de hacinamiento, sin luz ni suficiente ventilación supusieron un trato contrario al artículo 3 del CEDH; de 28 de febrero de 2019 *H.A y otros c. Grecia*, relativa a la detención de nueve menores no acompañados entre 21 y 33 días. Habiendo estado semanas en comisarías antes de ser internados en centros de acogida para menores sin que su tutor legal en ese momento, el fiscal del Tribunal Penal, recurriera para interrumpir la detención o para agilizar el traslado; la sentencia de 13 de junio de 2019 *Sh.D y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia* (a la que hicimos referencia anteriormente), relativa a las condiciones de acogida de cinco menores afganos en Grecia que suponían una violación del artículo 3 del CEDH, así como del artículo 5.1 en lo relativo a la detención de tres de los demandants en comisarias griegas. la STEDH de 25 de junio de 2020 *Moustahi c. Francia* relativa a dos menores de Comoras, cuya detención con otros adultos en el momento en que entraron irregularmente a Francia supuso, a juicio del TEDH, una violación del artículo 5.1; del artíclo 5.4; del artículo 8; del artículo 4 del Protocolo nº 4; y del artículo 13.

las condiciones en las que se lleva a cabo tal medida. Pues, incluso en espacios adecuados, una medida tan restrictiva a la libertad del menor puede resultar contraria al Convenio y, en particular, un trato inhumano y degradante que afecte a su libre desarrollo. Como se concluyó en el asunto *A.M. y otros c. Francia*[966].

Por ello, puesto que se trata de una medida de último recurso, tal y como recoge expresamente el artículo 11.2 y 11.3 de la Directiva de Condiciones de Acogida, los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para evitar el internamiento. Lo que no debe considerarse una mera declaración de intenciones, sino un principio que se corresponda con obligaciones positivas de los Estados, en base a su posición de garante del interés superior de los menores que se encuentren bajo su supervisión. Así, la autoridad que se encargue del estudio de la solicitud de protección relativa a un menor debe realizar una evaluación efectiva de las alternativas existentes. En este sentido lo ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su condena a Polonia por el internamiento, a efectos de expulsión, de una mujer rusa de origen checheno con sus cinco hijos (nacidos entre 2004 y 2010) en un centro de detención, por no poder demostrar que las autoridades polacas habían llevado a cabo dicha evaluación ni se habían adoptado medidas para limitar su duración[967].

En aquel caso, el Tribunal recordó los elementos que deben observarse para concluir la compatibilidad de la detención con el artículo 5.1 del CEDH. Elementos a los que nos hemos referido anteriormente al abordar las condiciones del internamiento: que se encuentre comprendida en una de las excepciones previstas en las letras a) a f) del artículo 5.1 CEDH; ser lícita; desarrollarse en condiciones adecuadas... Y, en especial, cuando la persona a la que se priva de libertad es un *niño,* el TEDH debe examinar «en particular, si las autoridades investigaron específicamente si la detención era una medida de último recurso que no podía sustituirse por ninguna alternativa»[968].

---

[966] STEDH de 12 de julio de 2016.*A.M. c. Francia: «En tales circunstancias, el Tribunal de Justicia declara que el internamiento de un menor acompañado de sus padres sólo es conforme con el artículo 5, apartado 1, letra f), si las autoridades internas demuestran que sólo recurrieron a esta medida última tras comprobar en la práctica que no podía aplicarse ninguna otra medida menos restrictiva de la libertad».*

[967] STEDH de 26 de marzo de 2020 *Bilalova y otros c. Polonia.*

[968] STEDH de 26 de marzo de 2020 *Bilalova y otros c. Polonia §76;* STEDH de 19 de enero de 2012 *Popov c. Francia §119;* y STEDH de 17 de octubre de 2019 *G.B y otros c. Turquía §151.*

Además, puesto que estas cautelas derivan de la especial vulnerabilidad de los menores, y las obligaciones de los EEMM de velar por su protección y su libre desarrollo, las obligaciones de los Estados no pueden depender de que el menor este *solo* o *acompañado*. Así, el TEDH ha reiterado que la obligación de observar el interés superior del niño no puede limitarse a preservar la unidad familiar[969] de modo que su situación familiar le perjudique. El interés superior del menor debe pasar por mantener la unidad familiar, pero también su libertad, por lo que se debe optar por asignar un alojamiento digno al menor, y medidas menos lesivas para conseguir el fin pretendido con el internamiento[970].

En este sentido, el TEDH ha reiterado que los niños tienen «necesidades específicas relacionadas con su edad y falta de independencia, pero también con su condición de solicitantes de asilo» y por ello, «las condiciones de recepción de los niños solicitantes de asilo deben adaptarse a su edad, para garantizar que esas condiciones no creen para ellos una situación de estrés y ansiedad traumáticas (...) De lo contrario, las condiciones en cuestión alcanzarían el umbral de gravedad necesario para entrar en el ámbito previsto en el artículo 3 del CEDH»[971].

Creemos que la regulación actual es excesivamente permisiva con el internamiento de los menores que, en la práctica, se escuda en la saturación de los sistemas nacionales y la lucha frente a la inmigración ilegal. Pero ese internamiento, a la vista de las consecuencias que puede tener en el libre desarrollo del menor, debe prohibirse con carácter absoluto, al menos, en los menores de hasta 16 años pues, compartiendo las consideraciones de ACNUR, el internamiento nunca va a servir al interés superior del menor[972]. E igualmente, el internamiento en menores debería estar rodeado de más cautelas pudiendo sugerir, entre ellas, su revisión por una autoridad judicial en las primeras 48 horas, y de manera periódica cuando resulte necesario a fin de que este se limite efectivamente en el tiempo. Y también la puesta en conocimiento de organizaciones especializadas en materia

---

[969] En este sentido se pronunció el TEDH, entre otros, en la STEDH de 10 de abril de 2018 *Bistieva y otros c. Polonia.*

[970] Es decir, los motivos previstos en el artículo 8 de la DCA.

[971] STEDH de 22 de noviembre de 2016 caso *Ab Dullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta* §103 y 104. Y STEDH (Gran Sala) de 4 de noviembre de 2014 *Tarakhel c. Suiza §99.*

[972] ACNUR, *Posición de Acnur respecto a la detención de niós refugiados y migrantes en el contexto migratorio,* 2017. Disponible para consulta en: https://www.refworld.org.es/docid/5bd738904.html

de protección internacional como ACNUR o la Agencia de Asilo de la Unión Europea a fin de evitar que un menor vuelva a quedar olvidado en un centro de detención o en instalaciones policiales durante semanas o meses.

4.4.4 El derecho a la educación.

El derecho a la educación se recogió por primera vez en el artículo 26 de la DUDH de 1948. Y se encuentra reconocido en multitud de instrumentos internacionales[973], como, los artículo 28 y 29 de la Convención de Derechos del niño[974]; el artículo 2 del Protocolo adicional nº 1 del CEDH; o el artículo 14 de la CDFUE que lo reconocen *a toda persona.*

Este derecho, inherente a la dignidad humana, que resulta «primordial para el desarrollo del niño»[975], se ha dicho que tiene un resultado tanto «*individualizado*r como *socializador*»[976]. Lo que explica las cautelas con las que la DCA ha garantizado hasta ahora el ejercicio de este derecho.

---

[973] Puede leerse un análisis más exhaustivo del derecho a la educación de los migrantes en el Derecho Internacional en la obra de VIDAL PRADO, C.: «El derecho a la educación de los migrantes». En: PORRAS RAMIREZ, J.M: *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos. Thompson Reuters Aranzadi. 2021.P. 147-171.*

[974] Artículo 28 CDN: «1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados; d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. 2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. 3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo».

[975] STEDH de 13 de diciembre de 2005 *Timishev c. Rusia.* Y en el mismo sentido las Conclusiones del CEDS *Declaración de interpretación del artículo 17.2* de la CSE: «el Comité considera que la denegación del acceso a la educación tendría efectos negativos en la vida de un niño. Así pues, el Comité estima que, en virtud del artículo 17.2 de la Carta, los Estados partes deben garantizar que los niños que se encuentren en situación irregular en su territorio tengan acceso efectivo a la educación, como cualquier otro niño».

[976] CÁMARA VILLAR, G. «Los derechos y libertades del ámbito educativo». En*:* Balaguer Callejón, F. (Coord). Cámara Villar, G; López Aguilar, J.F.; Montilla Martos, J.A: *Manual de Derecho Constitucional.* Vol. II. P. 399. Tecnos. 2022.

Así, el artículo 14 de la Directiva de Condiciones de Acogida garantiza a los solicitantes menores de edad, y a los hijos menores de los solicitantes, el acceso al sistema educativo en condiciones similares a las de los nacionales, desde el momento en que se presenta la solicitud. No pudiendo retrasar su acceso más de tres meses, y continuando mientras no se *ejecute efectivamente* una medida de expulsión. Lo que debe suponer, siguiendo el tenor literal de la norma, que los menores deben seguir escolarizados aun cuando pese sobre ellos una orden de expulsión. Siendo esta la única interpretación en aras de su primordial *interés superior.*

La norma también prevé que cuando sea necesario, se ofrezca a los menores clases preparatorias para facilitar su acceso al sistema educativo, incluido cursos de idiomas. Una garantía que resulta esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la educación y para la inclusión del menor. Y según el apartado 3, cuando el acceso al sistema educativo en las mismas condiciones que a los nacionales no sea posible por la situación particular del menor, el Estado deberá ofrecer «otras modalidades de enseñanza con arreglo al Derecho y prácticas nacionales».

Además, del tenor literal de la norma se deduce que las garantías relativas a la escolarización y educación no se limitan a la educación primaria ni estrictamente a menores. Pues el apartado 1 *in fine* especifica que «los Estados miembros no privarán a una persona de la enseñanza secundaria solo porque esta haya alcanzado la mayoría de edad». Aunque, como se señaló *supra* en relación al acceso al empleo, se echa en falta una mención a la posible educación de adultos analfabetos que, sin duda, supone un punto necesario para la verdadera inclusión de los solicitantes[977].

Pero a pesar de los muchos aspectos elogiables de la actual DCA, la actual propuesta de reforma de la Directiva 2013/33, implica un retroceso significativo que confirma, una vez más, la deriva securitaria de la Unión. Incluso, a costa de un derecho tan consensuado como la educación de los menores. Así, la propuesta contempla en su artículo 17 *bis*,

[977] Aunque el artículo 27.2 de la Directiva de Cualificación (Directiva 2011/95 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida) si contempla el derecho de los adultos que gocen de un estatuto de protección internacional, acceder al sistema de educación general, formación continua o capacitación en las mismas condiciones que los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio.

«que un solicitante no tendrá derecho a las condiciones de acogida establecidas en los artículos 14 a 17 en ningún Estado miembro distinto de aquel en el que tenga la obligación de estar presente de conformidad» con el Reglamento Dublín III. Estipulando la suspensión del derecho a la educación de los menores[978] que se encuentren en un Estado miembro distinto al que le corresponde según los criterios del Reglamento Dublín; y previendo, a cambio, meras actividades educativas para el caso de menores inmersos en un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable.

Una regulación excesivamente restrictiva y desproporcionada para un derecho fundamental, que contradice los artículos 14 y 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; así como el artículo 3.3 del TUE; el artículo 28 de la Convención de Derechos del Niño; el artículo 2 del Protocolo adicional I al CEDH; y el artículo 17 de la Carta Social Europea. Además de la mayoría de constituciones europeas que reconocen la inherente vinculación de la educación con la dignidad y la protección de los menores. Y es que esta medida supone una restricción intolerable que no obedece a razón alguna que la justifique, pues son dos las circunstancias previstas para su restricción:

Por un lado, que el menor esté inmerso en un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable. En este caso, depende únicamente de la celeridad de las autoridades determinar el Estado responsable. En el segundo caso, la suspensión de la educación cuando el menor esté en un Estado miembro que no le corresponde según el Reglamento Dublín sirve de medida punitiva, totalmente desproporcionada si observamos las dos situaciones posibles: por un lado, que esos menores hayan llegado acompañados de algún familiar, en cuyo caso los menores no decidirán realmente sobre el Estado en el que se encuentren sino sus familias; por lo que las Autoridades de la Unión, al privar de educación, estarán sancionando a la familia a costa del derecho fundamental a la educación del menor. Y en la otra situación posible, que el menor no esté acompañado,

[978] Así, según las explicaciones detalladas que contiene la propuesta de reforma: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) Bruselas 13.07.2016 COM (2016) 465 Final. 2016/0222 (COD) «no tiene derecho a condiciones materiales de acogida, escolarización y educación de los menores, empleo ni formación profesional. La propuesta especifica, no obstante, que los solicitantes siempre tendrán derecho a la atención sanitaria y a un nivel de vida digno, de conformidad con los derechos fundamentales, a fin de cubrir sus necesidades básicas y de subsistencia en términos de seguridad física, dignidad y relaciones interpersonales (artículo 17 *bis*)».

correspondería a las autoridades nacionales garantizar el interés superior del menor, que no puede pasar por negarle la educación.

La lógica securitaria que subyace de esta propuesta es evidente pero errónea. Pues, aunque se trata de una política punitiva de los movimientos secundarios, es posible que quien se encuentre en un Estado miembro que no le corresponde según los criterios del Reglamento Dublín III no sea por haberse desplazado irregularmente dentro de la Unión. Puede que, incluso habiéndose mantenido en el Estado de primera llegada, le corresponda otro Estado miembro en atención, por ejemplo, a criterios de reagrupación. Pero en cualquier caso, incluso cuando se esté sancionando acertadamente este comportamiento, se trata de una medida que no obedece en ningún caso al interés superior del menor. Por lo que no puede tener cabida en nuestro ordenamiento.

Consideramos que no puede aceptarse esta devaluación de la tutela al derecho a la educación de los menores y que, al igual que no puede suspenderse hasta que no se ejecuta efectivamente una orden de expulsión, el menor también debe poder recibir una educación en el Estado en que se encuentra. A menos que, por su interés superior, la determinación y el traslado al Estado miembro responsable se puedan llevar a cabo en un plazo máximo de tres meses; tiempo que prevé la actual DCA que puede retrasarse el acceso efectivo. Lo que en ningún caso parece ser acorde al interés superior del menor es que se suspenda su derecho hasta que finalice un procedimiento complejo que puede alargarse durante muchos meses. Por ello, resultaría conveniente blindar este derecho a la educación para los menores que estén inmersos en un procedimiento de determinación del Estado responsable, de expulsión, o internados.

4.4.5 Expulsión de los menores no acompañados, interés superior del niño y otras cuestiones a raíz de la STJUE de 14 de enero de 2021. Asunto C-441/19».

La expulsión de menores es un tema especialmente problemático puesto que el Estado no solo debe garantizar el respeto al principio de *non refoulement* sino también, como se ha repetido hasta la saciedad en estas páginas, el interés superior del menor, con carácter prioritario. Sin embargo, no es infrecuente que expulsar a un menor a un Estado donde sus condiciones de vida sean peores no sea conforme a su interés superior. Sobre todo, en casos de menores no acompañados.

Por ello, la jurisprudencia evidencia como los Estados han recurrido a una práctica maquiavélica que consiste en alargar el procedimiento de expulsión hasta que el menor alcanza la mayoría de edad. Sobre todo, mediante una distinción entre menores de corta edad y menores de más de 16 años. Procediendo entonces a una expulsión con menos garantías. Una práctica normalizada en algunos Estados, que resulta fraudulenta y denigrante para los derechos del menor al que no solo se le va a someter a una orden de expulsión, sino que va a madurar expuesto a una amenaza de expulsión con la que es difícil desarrollar una vida plena.

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto recientemente, en una sentencia muy necesaria: El asunto *TQ*[979].

El caso versa sobre la expulsión de TQ de Holanda. Un menor no acompañado, que nació en Guinea el 14 de febrero del 2002, vivió desde su más tierna infancia en Sierra Leona con su tía y que, a la muerte de esta, llego clandestinamente a Europa. La fecha en la que TQ llegó a Holanda es indeterminada, pero declaró que en Ámsterdam había sido víctima de trata de seres humanos y de explotación sexual provocándole trastornos psíquicos.

El 30 de junio de 2017 TQ, tras ver denegada su solicitud de protección internacional, solicitó el permiso de residencia por tiempo limitado para solicitante de asilo en virtud de la ley holandesa de extranjería del año 2000[980]. Y es que, a tenor de la citada norma, cuando tras examinar la primera solicitud no pueda concederse un estatuto de protección internacional, se debe examinar de oficio si procede conceder al solicitante un permiso de residencia por tiempo determinado.

El 23 de marzo de 2018, el Secretario de Estado resolvió que TQ, que entonces tenía 16 años y un mes, no tenía derecho a un permiso de residencia por tiempo determinado. Y, aunque según la normativa holandesa la resolución por la que se desestima la solicitud de asilo tiene fuerza de decisión de retorno, se autorizó el aplazamiento provisional de la salida de TQ, con arreglo al artículo 64 de la Ley de 2000, durante un plazo máximo de seis meses hasta que se le hubiera realizado un reconocimiento médico para comprobar

[979] STJUE de 14 de enero de 2021 C.- 441/19. Asunto *TQ y Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*.

[980] En virtud de la normativa interna (el artículo 14, apartado 1, de la Ley de Extranjería de 2000) «al examinar la primera solicitud de asilo y en el caso de que no pueda concederse al extranjero el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria, se examinará de oficio si procede concederle un permiso de residencia por tiempo determinado».

si el estado de salud de TQ permitía su expulsión. Unos meses después se denegó el aplazamiento de la expulsión por razones médicas, imponiéndole una obligación de salida en el plazo de cuatro semanas.

A lo largo del procedimiento el menor alegó: 1º Que no sabía la residencia de sus padres y que, a su vuelta, tampoco sería capaz de reconocerlos. 2ºQue no conoce a ningún otro miembro de su familia, si es que los hubiera. 3º Que no puede volver a su país de origen porque ni ha vivido ni conoce a nadie allí, y que no habla el idioma. 4º Que para él, su familia es la familia de acogida con la que vive en los Países Bajos. Y además, el órgano jurisdiccional remitente señaló que las conversaciones mantenidas regularmente entre el *Servicio de devoluciones y salidas* con TQ a fin de prepararle para regresar a su país de origen habían provocado en el joven un aumento de los trastornos psiquiátricos que padece.

En tales circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia de La Haya debía resolver el recurso presentado por TQ en abril de 2018 frente a la resolución por la que había visto denegada su solicitud de un permiso de residencia por tiempo determinado. Sin embargo, el Tribunal albergaba dudas en cuanto a la conformidad con el Derecho de la Unión de la normativa neerlandesa, por lo que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales.

Y es que la normativa[981] distinguía entre los menores no acompañados de más de 15 años y los que tengan menos en el momento en que presenten la solicitud de permiso de residencia. Previendo, en relación con los menores no acompañados que tengan menos de 15 años de edad, la obligación de llevar a cabo una investigación sobre la existencia de una acogida adecuada en el país de destino antes de dictar una decisión de retorno. De

[981] El apartado B8/6.2.1. de la Circular sobre Extranjería de 2000 establece que: «Podrá concederse de oficio un permiso de residencia ordinario por tiempo limitado sin efectuar examen cuando se cumplan los siguientes requisitos: El extranjero tiene menos de 15 años de edad en el momento en que presenta la primera solicitud de concesión de residencia; Las declaraciones hechas por el extranjero en relación con su identidad, nacionalidad, padres y otros miembros de su familia son verosímiles; de las declaraciones del extranjero se deduce que ningún miembro de su familia ni ninguna otra persona podría ofrecerle una acogida adecuada y un hogar al que pudiera volver; durante el procedimiento, el extranjero no ha obstaculizado la investigación sobre sus posibilidades de ser acogido en su país de origen o en otro país;Es notorio, con carácter general, y presumible, a corto plazo, que en el país de origen o en otro país al que el extranjero podría razonable volver no se dan las condiciones para una acogida adecuada. En esta situación, se supone que el Servicio de Devoluciones y Salidas, Ministerio de Justicia, Países Bajos no estará en condiciones de encontrar una forma de acogida adecuada en el plazo de tres años.»

tal modo, que si no existe tal acogida adecuada, se ha de conceder al menor de 15 años no acompañado un permiso de residencia ordinario (política llamada de «*buitenschuld-beleid*»). Sin embargo, a aquellos menores que tengan 15 años o más, como era la situación del demandante, este control sobre las condiciones de acogida es posterior al dictamen de la decisión de retorno. Es decir, cuando ya pesa sobre el menor la obligación de retornar.

Por todo ello, en el caso concreto de *TQ*, tras ver denegada su solicitud de protección internacional, el órgano jurisdiccional indicó que el solicitante tenía 15 años y cuatro meses cuando presentó su solicitud de asilo. Por tanto, no solo no tiene derecho a ese permiso de residencia por tiempo limitado recogido en la citada Circular sobre Extranjería de 2000, previsto para menores de 15 años que cumplan determinados requisitos. Sino que, además, el Derecho neerlandés le imponía la obligación legal de abandonar el territorio puesto que la resolución por la que se desestima la solicitud de asilo tiene fuerza de decisión de retorno. Aunque no se hubiera realizado antes de esta *orden* ningún examen de las condiciones de acogida que recibirá en el país de retorno.

Esta distinción que hace la norma holandesa supone que a los menores no acompañados que tienen más de 15 años se les impone una obligación de retorno. No obstante, puesto que no puede darse cumplimiento a dicha orden de expulsión a falta de una certeza sobre las condiciones de acogida, se ha normalizado una práctica administrativa por la que el Estado renuncia a aplicar medidas concretas de expulsión contra estos menores no acompañado, a pesar de haberse adoptado una decisión de retorno en su contra. Es decir, el menor de 15 años sobre el que pesa una orden de retorno está en una situación irregular pero tolerada por la propia Administración que espera hasta la mayoría de edad del joven para proceder a la expulsión, ya sin garantía alguna de la acogida.

Lo que se planteaba el órgano judicial remitente es si este proceder supone un trato menos favorable para los menores no acompañados de más de 15 años; si esta interpretación de la Directiva resulta coherente con el interés superior del niño que el Derecho de la Unión ordena priorizar; y si es compatible la referida práctica nacional con las exigencias de eficacia y el deber de lealtad de los EEMM.

En este sentido el Tribunal de Primera Instancia de La Haya formuló ante el Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse la normativa europea[982] en el sentido de que antes de imponer una obligación de retorno a un menor no acompañado, un Estado miembro debe cerciorarse, y llevar a cabo una investigación al efecto, de que en el país de origen existe y se brinda, cuando menos en principio, una acogida adecuada?

2) ¿Debe interpretarse la normativa europea[983], en el sentido de que no se permite a un Estado miembro establecer distinciones por razón de la edad al autorizar la residencia legal en su territorio si se comprueba que un menor no acompañado no disfruta del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria?

3.1) ¿Debe interpretarse la normativa europea [984] en el sentido de que, si un menor no acompañado no cumple su obligación de retorno y el Estado miembro no realiza ni realizará ninguna actuación concreta para proceder a su expulsión, deberá suspenderse la obligación de retorno y, por lo tanto, autorizarse la residencia legal?

3.2)¿Debe interpretarse la normativa europea[985] en el sentido de que la imposición de una decisión de retorno a un menor no acompañado sin que se proceda a continuación a las actuaciones dirigidas a su expulsión hasta que el menor haya alcanzado los 18 años de edad debe considerarse contraria al principio de cooperación leal y al principio de lealtad […]?»

Y respondiendo a estas preguntas el TJUE concluyó:

1. Que antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, el Estado miembro de que se trate debe realizar una apreciación general y exhaustiva de la situación de este menor, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. En este contexto, dicho Estado miembro debe cerciorarse de que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor no acompañado.

---

[982] En concreto el artículo 10 de la Directiva de retorno 2008/115, en relación con los artículos 4 y 24 de la [Carta], el considerando 22 de la exposición de motivos y el artículo 5, letra a), de la Directiva [2008/115], y el artículo 15 de la Directiva [2011/95/UE].

[983] En concreto el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, en relación con el artículo 21 de la Carta.

[984] En concreto el artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2008/115.

[985] En concreto el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115.

2. Que un Estado miembro no puede distinguir entre los menores no acompañados únicamente en función del criterio de su edad para comprobar si existe una acogida adecuada en el Estado de retorno.
3. Que un Estado miembro no puede adoptar una decisión de retorno contra un menor no acompañado sin proceder posteriormente a su expulsión hasta que cumpla los 18 años.

Se trata de un caso de máximo interés para la protección de los menores no acompañados en la Unión Europea. Un colectivo especialmente vulnerable cuya protección viene confrontada por su condición migratoria. El fallo supone una evidencia más de la gran incertidumbre que rodea al estatuto jurídico de los menores no acompañados y una garantía en favor de los mismos que, consideramos, debe positivizarse en la nueva normativa de asilo y migración. Y, puesto que no ha sido el caso en el Pacto Migratorio de 2020, creemos oportuno incorporarlo en el Estatuto de derechos que se pretende.

Capítulo 5: Directrices para la propuesta de un nuevo reglamento por el que se establece un estatuto común de derechos para los solicitantes de protección internacional en la Unión Europea.

«Simplemente, el hecho de que hayamos perdido cien años antes de empezar no es motivo para que no intentemos vencer -respondió Atticus[986]*».*

5.1 Objetivo de la propuesta, base jurídica y elección del instrumento

A lo largo de este trabajo se ha sostenido que el grado de armonización de los procedimientos nacionales para la solicitud de protección internacional, así como las condiciones relativas a la acogida de los solicitantes, resultan insuficientes. Y como consecuencia de esa diversidad de procedimientos, plazos, garantías y derechos, los porcentajes de reconocimiento y las condiciones de acogida que dispensa un Estado u otro pueden llegar a suponer una diferencia trascendental para el solicitante.

Así, la falta de un estándar común en estos ámbitos, fruto de una regulación excesivamente laxa por parte de los Estados miembros, ha generado un sistema ineficiente, con sistemas nacionales sobrecargados, que se muestra incapaz de dar respuesta al reto global de las migraciones forzadas.

Un sistema que, además, prevé medidas punitivas desproporcionadas en un intento (fallido) y desesperado por controlar los movimientos secundarios dentro de la Unión Europea; que no aborda sus verdaderas causas: la natural búsqueda de una mejor acogida; de una mejor vida. Cuando resulta evidente que el primer paso para controlar de manera efectiva dichos movimientos secundarios es garantizar un estándar común de derechos en todos los EEMM.

La complejidad del procedimiento y del sistema normativo que lo rodea, multiplicado por el número de Estados miembros que cuentan, a su vez, con sus propios sistemas nacionales, hacen alarmante la falta de seguridad jurídica que rodea al estatuto del

[986] LEE, H.: *To kill a mockinbird* (1960). (Trad. esp., Barcelona, Bruguera 1961. p.100).

solicitante. Lo que, sin lugar a dudas, ha contribuido a la inobservancia de sus derechos, y a la falta de respuesta adecuada por parte de los sistemas de protección. A este respecto, no se puede dejar de señalar que, conforme al Sistema Dublín, el solicitante no *escoge* el Estado miembro responsable del estudio de su solicitud, ni de su acogida. Y, es más, el Pacto de reforma sobre Migración y Asilo, presentado en 2020, plantea la *reubicación de solicitantes* como eje central del nuevo Reglamento de *gestión,* que, si se aprueba, sustituiría al actual Reglamento Dublín III. Pero ¿qué legitimidad tienen estos traslados? ¿Acaso la legitimidad del actual sistema Dublín o de futuros mecanismos de reubicación no deben sustentarse sobre la presunción de un estándar común de derechos? ¿Y puede alguien considerar que esa presunción no se ha roto ya?

Como se ha señalado a lo largo del trabajo, el futuro reglamento debe servir para esclarecer el estatuto jurídico de los solicitantes, pero también para proporcionar legitimidad y eficacia al SECA. Por ello, en las siguientes páginas se presentan las directrices que deben incorporarse al Reglamento, deducidas de un análisis exhaustivo de la normativa actual, de las propuestas de reforma y de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE. Directrices que deberán concretarse a través de disposiciones concisas que reconozcan derechos efectivos para los solicitantes o, en su defecto, obligaciones concretas para los Estados miembros.

5.2 Concreción de las disposiciones específicas de la propuesta.

5.2.1. Disposiciones para garantizar el acceso efectivo al procedimiento:

— Dados los enormes obstáculos existentes para el acceso al procedimiento de protección internacional y su peligrosidad, debemos comenzar reiterando la necesidad de despojar de límites de territorialidad al SECA, a fin de que pueda iniciarse este procedimiento desde embajadas y consulados; o, en su defecto, articulando vías legales y comunes que hagan posible la llegada segura de quienes desean solicitar protección internacional a suelo europeo, a través de medidas como el *visado humanitario.* Ello exigiría una reforma del Código de Visados Schengen.

  Ya sea conforme a criterios de territorialidad, o ampliados, debe garantizarse el derecho a la formalización de una solicitud de protección internacional a toda persona

con capacidad jurídica[987], en su nombre, o en el de su cónyuge o pareja, en análoga situación de afectividad, adultos dependientes, y menores a su cargo.

— Y en atención a los grandes obstáculos a los que, con frecuencia, se enfrentan quienes quieren ejercer este derecho; y a fin de que el acceso al procedimiento sea *efectivo, sencillo y rápido*[988], se debe adelantar el inicio del procedimiento a la expresión del deseo de solicitar protección[989]. Entendiendo que desde ese momento, el extranjero adquiere la condición de solicitante de protección internacional; con los derechos inherentes a tal condición. A tal fin, se ha de interpretar la expresión de *deseo*, de manera extensiva, más allá de los términos jurídicos de asilo o protección subsidiaria, siendo suficiente que el solicitante exprese su temor a regresar a su país de origen ante una autoridad nacional.

  Esas autoridades deben ser, al menos, en coherencia con el artículo tres de la propuesta del nuevo Reglamento de Procedimiento: guardias de frontera; policía; autoridades de inmigración; autoridades responsables de los centros de internamiento. Estas autoridades tendrán la obligación de registrar la solicitud en un plazo breve, en aras de una mayor seguridad jurídica y de la celeridad del procedimiento. La actual propuesta de reforma fija en 3 días hábiles el registro[990], aunque no prevé ninguna consecuencia para el caso de incumplimiento.

5.2.2 Garantías en el procedimiento.

En desarrollo del artículo 18 de la CDFUE, se debe garantizar el acceso a un procedimiento de protección internacional con todas las garantías. Para ello el nuevo reglamento debería seguir las siguientes directrices:

---

[987] Actualmente se recoge en el artículo 7 de la Directiva de procedimiento 2013/32.

[988] STJUE de 25 de junio de 2020. C.-36/20 *Asunto VL §82.*

[989] Actualmente plasmado en el artículo 25 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacionalicen la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM/2016/0467 final - 2016/0224 (COD).

[990] Artículo 27.1 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacionalicen la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM/2016/0467 final - 2016/0224 (COD).

— Los solicitantes deben ser informados del procedimiento a seguir, de sus derechos procesales y de las condiciones de acogida a su disposición. Aunque la obligación de garantizar esos derechos exige una posición activa -y no pasiva- a los Estados miembros, los solicitantes deben estar informados para poder exigir su respeto, en caso de que las autoridades nacionales no estén dando cumplimiento a las mismas. Por ello, constituye una garantía de la efectividad del Derecho de la Unión.

Además, también se debe informar a los solicitantes de sus obligaciones, dadas las consecuencias que pueden derivarse de su incumplimiento. Pues su desconocimiento puede llevar, incluso, a considerar que se ha desistido de la solicitud y verla denegada.

Por ello, creemos que esta información debe proporcionarse en el momento de expresión del deseo de solicitar protección. Y en un plazo no superior a tres días[991]. Debiéndose prever en la normativa de procedimiento las consecuencias del incumplimiento de dicho plazo.

En esa información que se proporcione al solicitante, en el momento de expresión del deseo o, en su caso, en el momento del registro, debería aparecer, al menos:

-La constatación de que el solicitante ha expresado el deseo de presentar la solicitud o, en su caso, ha presentado una solicitud de protección internacional.

-La autoridad y el Estado Miembro frente al que ha formulado tal solicitud.

-La identidad del solicitante.

-Si pertenece a algún grupo necesitado de condiciones de acogida especiales (menores, adultos dependientes, víctimas de trata, familias...) O si está en curso de una investigación sobre ello.

-Un reconocimiento específico del derecho del solicitante a permanecer en el territorio del Estado miembro, con derecho a la libertad de circulación y de

[991] El artículo 6 de la actual Dir. 2013/32 prevé que el registro se lleve a cabo en el plazo de tres días hábiles, o seis cuando la solicitud se formule ante autoridades que no sean competentes para su registro conforme al Derecho nacional. Mientras que la propuesta de reforma prevé en su artículo 27, un plazo de tres días para el registro, ampliable hasta diez días hábiles «si un número desproporcionado de nacionales de terceros países o apátridas realiza solicitudes simultáneas». Creemos que es una horquilla demasiado amplia y poco concretada que serviría a los EEMM de habilitación para normalizar el plazo de diez días. Véase el Artículo 27.3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión Europea y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM /2016/0467 final.

residencia y obligación de informar a la autoridad responsable, en caso de cambio de domicilio.

-Si pesa alguna restricción de libertad sobre el solicitante deberá informarse a éste de las causas, el procedimiento para recurrir tal medida, la duración inicial de la misma, y las consecuencias de su incumplimiento.

- Las obligaciones del solicitante para presentarse ante las autoridades en cada fase del Procedimiento en que resulte necesario.

-La dirección de contacto de la Agencia Europea de Asilo, de ACNUR, y de cualquier otra organización con una tradición consolidada en el asesoramiento de solicitantes en el territorio del Estado miembro responsable.

En este punto, resulta oportuno que la Agencia Europea de Asilo establezca un documento que contenga esta información para su difusión en todos los EEMM.

— El solicitante debe tener reconocido su derecho a la asistencia y a la representación jurídica, ambas gratuitas en todas las fases del procedimiento, cuando carezca de medios. Siendo contrario a los principios que rodean a la tutela judicial efectiva la limitación de esta garantía en determinados tipos de procedimientos, en los términos previstos en las actuales propuestas de reforma[992].

La asistencia y representación jurídicas deben garantizarse, también, en la fase administrativa, para garantizar la efectividad, tanto de los derechos del solicitante, como del propio Sistema.

— La necesidad de agilizar los procedimientos, plasmada en la propuesta de Reforma de la Directiva de Procedimiento, es evidente. Constituye una importante garantía para la tutela de los solicitantes que ven obstaculizado el ejercicio de su legítimo derecho a una vida privada y familiar, cuando están inmersos en un procedimiento de tal envergadura que se dilata durante meses, pero que se puede alargar durante varios años. Además, como ha señalado el TEDH, la celeridad en la resolución del procedimiento es también una garantía para que el riesgo de exposición del solicitante a unas condiciones

[992] La actual propuesta de reforma prevé la posibilidad de excluir este derecho «si se considera que la solicitud o apelación no tiene ninguna posibilidad tangible de éxito» (artículo 15 de la propuesta de Reglamento de Procedimiento. COM/2016/0467 final - 2016/0224 (COD).

de acogida deficientes se reduzcan, o en su caso, se minimicen sus efectos[993]. Sin embargo, este objetivo no puede conllevar una reducción de las garantías del procedimiento.

— Por ello, se debe garantizar el derecho a una entrevista personal independientemente del tipo de procedimiento adoptado, como manifestación del derecho a ser oído y del derecho a una buena Administración.

  La entrevista deberá desarrollarse con las suficientes garantías para asegurar su efectiva realización: deberá dirigirla una persona formada a tal efecto, en un espacio que garantice la intimidad del solicitante. Y, cuando lo requiera el solicitante, se le proporcionará un intérprete.

  Este derecho debe suponer un impedimento a las autoridades nacionales para la adopción de una resolución denegatoria, sin la previa audiencia al solicitante, salvo en los casos de desistimiento. Previendo que en los casos donde el solicitante no esté capacitado para ser entrevistado, por una circunstancia ajena a él, la autoridad deberá posponer su celebración, siempre que esa incapacidad sea temporal. Y, en caso de que la misma no tenga visos de mejoría o esta se aprecie excesivamente lejana en el tiempo[994], la autoridad deberá entrevistar a su representante legal o a la autoridad pública competente, según el Derecho interno, para velar por sus intereses.

— El solicitante (o, en su caso, su representante legal) y su asesor jurídico deberán tener derecho a la trascripción de esa entrevista antes de que la autoridad emita una resolución.

— El solicitante debe tener reconocido el derecho a recibir asistencia jurídica, gratuita en caso de que carezca de medios, también para la preparación de la entrevista. Además, deberá ser avisado con un plazo suficiente para su preparación. La actual propuesta de reforma permite excluir la asistencia jurídica y la representación legal gratuita cuando una autoridad (que no necesariamente debe ser judicial) estime que

---

[993] Entre otras, en la STEDH *M.S.S c. Bélgica y Grecia.*

[994] Interpretando una duración «lejana en el tiempo» aquella que sobrepase los quince meses. Plazo máximo de duración previsto para la duración del procedimiento de examen prorrogado según el artículo 34 de la Propuesta de Reforma de Procedimiento. COM/2016/0467 final - 2016/0224 (COD).

el recurso no tiene «posibilidad tangible de éxito»[995]. Esa exclusión debe desaparecer, al menos, hasta que la normativa prevea un sistema de valoración de la insostenibilidad de la pretensión del solicitante, independiente de la autoridad decisoria y, en todo caso, susceptible de recurso ante una autoridad judicial.

— El recurso a procedimientos específicos como el procedimiento acelerado o el procedimiento fronterizo suponen, en la práctica, una reducción de las garantías procesales que debilitan la efectividad del procedimiento. Deben concretarse en la norma de procedimiento las garantías que se verán reducidas por la elección de cada tipo de procedimiento. Y objetivarse sus causas, a fin de evitar un recurso arbitrario. La opción por un procedimiento «que normalmente conlleva la privación de libertad durante todo el procedimiento» no puede ser «opcional»[996]. Por otra parte, dada la naturaleza y finalidad del procedimiento de protección internacional, ha de insistirse en que este no puede privar de garantías tan necesarias como *la entrevista*, la *asistencia y representación jurídicas gratuitas* cuando se carezca de medios, o del *efecto suspensivo automático de los* recursos.

— Por los mismos motivos, las garantías del procedimiento no pueden desaparecer por el hecho de que la solicitud se considere *solicitud posterior.* La finalidad de este calificativo legal es respetar el principio de *fuerza de cosa juzgada,* inherente a la resolución previa. Y por ello, el examen de una solicitud posterior debe limitarse a verificar si existen esas circunstancias o datos que apoyan la nueva solicitud y que no pudieron examinarse en la solicitud anterior. Lo que no puede implicar una interpretación formalista sobre lo que constituyen *nuevas pruebas* o *nuevas circunstancias.*

  Se deben entender por *nuevas pruebas,* las circunstancias o datos que han sobrevenido tras la solicitud anterior, o que, existiendo antes, no fueron invocados

---

[995] Artículo 15.5 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión Europea y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM /2016/0467 final.

[996] En este sentido se señala en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión Europea y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM /2016/0467 final. P. 21: « El procedimiento fronterizo, que normalmente conlleva la privación de libertad durante todo el procedimiento, sigue siendo opcional y puede aplicarse para examinar la admisibilidad o el fundamento de las solicitudes con los mismos criterios que el procedimiento de examen acelerado».

por el solicitante[997]. Sin embargo, atendiendo a la finalidad del procedimiento, resulta injustificable que, cuando esos *nuevos datos* pudieran haber sido invocados en el procedimiento anterior, y no se hiciera, el Estado prevea su inadmisión. Por ello debe suprimirse la previsión del artículo 40.4 de la actual Directiva de Procedimiento[998]. Dado el carácter imperativo de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, el solicitante debe poder exponer los datos no aportados en un procedimiento anterior y someterse a un nuevo examen de admisibilidad con todas las garantías.

— Las solicitudes relativas a menores nunca deberían ser tramitadas mediante exámenes acelerados, en virtud de su prioritario interés superior. Pues conllevan en todo caso una reducción de plazos, garantías procesales y limitación de beneficios en las condiciones de acogida. Por ello, resulta más oportuno que, junto a los *procedimientos acelerados,* se incorpore una categoría relativa a *procedimientos prioritarios* para resolver con mayor celeridad los asuntos relativos a menores, y a otros solicitantes con vulnerabilidades específicas, que puedan verse agravadas por la dilación del procedimiento. En este sentido, el Reglamento debe prever el derecho de estos solicitantes a que su solicitud sea tramitada a través de un procedimiento prioritario.
— Se debe reconocer expresamente el derecho del solicitante a obtener una resolución en un plazo razonable. Pues, en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías, y a la buena administración, el solicitante de protección no puede quedar indefenso frente a sistemáticas dilaciones indebidas. De este modo, el reglamento propuesto debe incorporar el reconocimiento de un derecho de los solicitantes a tener conocimiento del estado de tramitación de su causa, y los motivos de la dilación, cuando los plazos previstos en la normativa no vayan a cumplirse. En este sentido, y en garantía del principio de efectividad del Derecho de la Unión, la

[997] STJUE de 9 de septiembre de 2021 C.- 18/20 *XY y Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl §41-44.* Y STJUE de 10 de junio de 2021. C.- 921/19 Asunto *LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid §459-50.*

[998] Artículo 40.4 Directiva de Procedimiento 2013/32: «Los Estados miembros podrán prever que se siga examinando la solicitud solo si el solicitante en cuestión no hubiere podido, sin que le sea imputable, hacer valer las situaciones mencionadas en el presente artículo, apartados 2 y 3, en el procedimiento anterior, en particular, mediante el ejercicio de su derecho a un recurso efectivo, de conformidad con el artículo 46».

normativa europea debe prever sanciones a los Estados que incumplan sus obligaciones, inobservando sistemáticamente el cumplimiento de los plazos.

— El solicitante de protección internacional debe tener derecho a un recurso efectivo ante las decisiones de admisibilidad, de fondo y de traslado. Así como ante las decisiones que limiten o retiren sus condiciones de acogida. Al menos, en último término, ante una autoridad judicial.

  El derecho al recurso no puede excluirse por el hecho de que el procedimiento se haya desarrollado mediante un procedimiento acelerado o fronterizo.

  Del mismo modo, el recurso efectivo debe llevar aparejado el reconocimiento de asistencia y representación jurídica cuando el solicitante carezca de medios. No pudiendo limitarlo, como se ha señalado, por el hecho de que la autoridad competente estime «que tiene pocos visos de prosperar».

  El efecto suspensivo del recurso debe ser automático.

5.2.3 Garantías en las condiciones de acogida.

— El presente reglamento debe aportar una definición de *nivel de vida digno* que sirva para identificar las condiciones que no pueden excluirse. Se sugiere adoptar la definición a partir de la aportada por el TJUE, según la cual, un nivel de vida digno es aquel que permite satisfacer las necesidades más elementales de alojamiento, alimento y vestido[999]. Debiendo matizarse que, en solicitantes con necesidades particulares de acogida, esa definición puede resultar insuficiente, debiendo interpretarse en sentido amplio.

  Asimismo, las condiciones de acogida proporcionadas por el Estado miembro, sea en especie o mediante una prestación económica, deben garantizar la salud física y psíquica del solicitante y la preservación de la *unidad familiar*.

  Las condiciones de acogida garantizadas por el Derecho de la Unión son un derecho subjetivo de los solicitantes cuyo reconocimiento y garantía tienen como finalidad asegurar *un nivel de vida digno* al solicitante. Dada su finalidad, y que se dirigen a la tutela de un colectivo especialmente vulnerable y dependiente -en su mayoría- del

[999] STJUE de 12 de noviembre de 2019 C-233/18, *Zubair Haqbin y Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoeker §47*

Estado de acogida, deben conformar una obligación imperativa para los EEMM; impidiendo así a cualquier Estado miembro la posibilidad de retirar tales condiciones por el único motivo de encontrarse en un Estado distinto del que le corresponde, según los criterios del Reglamento Dublín.

La efectividad del Derecho de la Unión obliga a los EEMM que se encuentren ante esta situación a proporcionar condiciones de acogida al solicitante, al tiempo que asegura su traslado al Estado miembro responsable con todas las garantías.

— El alojamiento proporcionado debe cumplir los criterios recomendados por EASO, en su *Guía de estándares operativos*[1000]. En este sentido, los solicitantes tienen derecho a un alojamiento que preserve la unidad familiar, con luz natural y aire fresco. Con un espacio mínimo por persona de al menos 4 m^2, con una altura mínima de 2, 10 ^{m2}. Además, debe tener espacio para, al menos, una cama y un armario por solicitante. Con una infraestructura sanitaria adecuada que, según la EASO, debería estar separada por sexos, y contar con, al menos, un cuarto de baño con cerradura y en buen estado, para cada 10 solicitantes y disponible las 24 horas, y al menos una ducha para cada 12 solicitantes, disponible un mínimo de 8 horas al día, con agua fría y caliente, separadas entre sí en el caso de que haya varias duchas en la misma estancia[1001].
— Sería recomendable que la nueva Agencia de Asilo de la Unión Europea asuma funciones permanentes en la supervisión de estos alojamientos, con posibilidad de asumir funciones de gestión cuando se observen deficiencias graves en ellos, a fin de garantizar un estándar común y digno a los solicitantes[1002]. En tanto que el solicitante de protección internacional tiene derecho a la libertad física; cualquier medida que le prive de ella debe responder a los criterios de legalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Y por ello, no podrá ser decretada, con carácter general, para el mero control de los flujos migratorios; ni cuando, atendiendo a una de las causas

[1000] EASO: *Guía acerca de las condiciones de acogida: estándares operativos e indicadores.* 2016.

[1001] *Ibid. P. 20.*

[1002] En el momento actual la agencia tiene competencias para «asesorar, asistir o coordinar el establecimiento o el suministro de instalaciones de acogida por parte de los Estados miembros, en particular alojamientos de emergencia, medios de transporte de emergencia, medios de transporte y asistencia médica». Según se establece en el artículo 16.2 del Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea (UE) nº 439/2010.

legalmente previstas en la Directiva de condiciones de acogida, sea posible recurrir a otra medida menos coercitiva. Estos principios hacen que deban suprimirse las disposiciones contenidas en el artículo 8 apartado 3 letra *b*, referidas a la determinación de los elementos en que se basa la solicitud y *a*, para la identificación, como justificación de una medida de internamiento. En este último caso, a efectos de «verificar su identidad o nacionalidad», solo debería restringirse la libertad del solicitante en los mismos términos y por la misma duración que el tiempo previsto en la normativa nacional para la identificación policial de sus ciudadanos.

En este sentido, en relación al internamiento, dadas las graves consecuencias que conlleva y la afectación a los derechos fundamentales del solicitante, debe concretarse que solo podrá internarse a un solicitante mediante una resolución judicial, dirigida individualmente al solicitante, y donde se concreten los motivos del internamiento, su duración, sus posibles revisiones, los recursos disponibles, y la afectación al principio de *unidad familiar*.

Se ha observado que el artículo 11 de la actual DCA, así como de su propuesta de reforma, permiten suprimir determinadas garantías del internamiento en casos excepcionales en el marco de un procedimiento fronterizo o en zona de tránsito. Esas garantías son;

1. La obligación de los Estados de proporcionar un alojamiento separado a hombres y mujeres que no sean miembros de la familia. Por tanto, el Reglamento propuesto debe garantizar como un derecho el alojamiento separado y, por tanto, suprimir esta habilitación.
2. Un espacio adecuado para garantizar intimidad a las familias internadas. Dado el carácter fundamental del derecho a la vida privada y familiar, la excepcionalidad a esta medida debe responder a circunstancias temporales y de suficiente entidad. La medida de internamiento no puede suponer un atentado al artículo 8 del CEDH. Por tanto, su adopción requiere que se establezca una duración máxima de esa medida, garantizando la intimidad, en todo caso, cuando algún miembro de la familia tenga alguna circunstancia que lo haga *especialmente vulnerable,* de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH. Esto es, en particular, cuando algún miembro sufra alguna discapacidad, se trate de una mujer embarazada, víctimas de la trata o de tortura, o personas con enfermedades graves: condiciones previstas en el

artículo 21 de la actual DCA; o cualquier otra vulnerabilidad que puedan apreciar las autoridades.

3. El mismo precepto prevé que se ofrezca a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio propias de su edad. Sin embargo, el apartado sexto de la actual DCA prevé su posible retirada en situaciones excepcionales para los menores internados en puestos fronterizos. Esa exclusión carece de justificación por contradecir el interés superior del menor, al ser crucial para el desarrollo de su personalidad. Pero no solo la retirada de actividades de ocio, el propio internamiento en centros que no sean de protección del menor resulta claramente perjudicial para el interés superior del menor y por ello debería prohibirse con carácter general. Además, el internamiento de menores o de otras personas especialmente vulnerables debería ser siempre ordenado por una autoridad judicial (igual que el resto de internamientos) y revisado con una mayor periodicidad. Dado que las condiciones de internamiento, en sus circunstancias particulares, pueden revestir gravedad suficiente como para ser consideradas un trato inhumano y degradante.

— Al igual que se ha señalado *supra* en relación al papel de la Agencia de Asilo de la Unión Europea para el alojamiento de solicitantes, dicha Agencia también debe asumir funciones efectivas de supervisión de los centros de internamiento de solicitantes e incluso de gestión, en situación de mayor presión migratoria, cuando la capacidad del centro se encuentre al límite, no siendo necesario que la sobrepase, pues se trata de una medida orientada a evitar esa saturación, no solo a corregirla.

— En relación a otras privaciones de libertad, se deben desarrollar mayores garantías para tutelar el derecho a la permanencia en el Estado miembro responsable durante el tiempo que dura el procedimiento, así como a la libertad de circulación y a la elección de residencia.

— Según dispone la actual Directiva de procedimiento, el solicitante de protección internacional tiene derecho a permanecer en el Estado miembro responsable del estudio de su solicitud. Sin embargo, el artículo 9 permite limitar este derecho a la resolución en primera instancia. En atención al bien jurídico que este procedimiento tutela, la indemnidad física y psíquica, con la consiguiente prohibición de tratos inhumanos y degradantes, el derecho de permanencia en el Estado responsable debe ser efectivo hasta la resolución definitiva del procedimiento. Y todo ello sin perjuicio

de que puedan adoptarse medidas para garantizar la efectividad de una potencial expulsión, siempre con las garantías adecuadas y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

— Puesto que el solicitante de protección tiene derecho a circular por el Estado miembro responsable del estudio de su solicitud, a falta de una previsión expresa, concreta y previsible en la normativa, cualquier limitación a este derecho debe ser dispuesto por una autoridad judicial, mediante una resolución individual, donde se especifique la duración de la medida, los motivos que justifican su adopción, su idoneidad, la imposibilidad de adoptar otra medida menos lesiva, la afectación a los principios de unidad familiar y, en su caso, del interés superior del menor, y los recursos disponibles frente a la misma.

— Del mismo modo ocurre con la asignación de un lugar de residencia. La actual regulación omite importantes garantías, ignorando la grave afectación que puede suponer al derecho a la vida privada y familiar del solicitante la adopción de una medida que imponga un lugar de residencia específico. En tanto que es un derecho del solicitante, su limitación por motivos de interés público, orden público o tramitación rápida y eficaz de su solicitud, esta debe ser ordenada con todas las garantías que impidan su resolución arbitraria. Por ello, el reglamento debe prever su adopción por una autoridad judicial, tras oír al solicitante, y mediante una resolución individual, razonada y bajo el respeto al principio de unidad familiar. Además, la normativa debe prever mecanismos de recurso contra tal decisión, que deberán plasmarse en la resolución.

— Con independencia de que el Estado pueda exigir que el solicitante con medios suficientes afronte los gastos, se debe garantizar su asistencia sanitaria. Condición básica para su vida, y para la salud pública. Por ello se debe ampliar la regulación actual para contemplar, como incorpora la propuesta de reforma, el tratamiento médico preventivo. En particular, las vacunas[1003].

  Se debe reconocer expresamente el derecho del solicitante de protección internacional a la atención sanitaria. Y garantizar, en todo caso, al menos, el tratamiento de enfermedades físicas y psíquicas y los cuidados de urgencia.

[1003] Propuesta de Directiva el Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Bruselas 13.7.2016 COM(2016) 465 final. 2016/0222 (0)

Además, los Estados deberán proporcionar la atención necesaria a los solicitantes con necesidades de acogida especiales, incluida la atención psíquica y psicológica, cuando sea necesario.

La atención sanitaria a los menores deberá contemplarse en los mismos términos que a los nacionales.

— Otras garantías básicas que deben trasladarse al Reglamento propuesto son las referidas a asegurar la efectividad del derecho a la vida familiar. El concepto de unidad familiar debe reforzarse en la normativa del SECA. Para ello, se deben incluir los lazos familiares creados en la travesía e, incluso, en el Estado de acogida cuando el procedimiento se alargue excesivamente. De lo contrario, prolongar un procedimiento durante años y luego proceder a la expulsión del solicitante, sin tener en cuenta los lazos familiares que ha creado, puede suponer una violación del derecho a la vida privada y familiar.
Por tanto, debe ampliarse el concepto de familia a efectos de la normativa de acogida, incluyendo a los hermanos y eliminando las exclusiones, actualmente existentes, a los menores casados. Una restricción que supone un perjuicio apreciable para las *niñas* casadas.

En este sentido, puesto que, en la propuesta de reforma del Reglamento de gestión, se acoge una interpretación de la familia en sentido amplio, incluyendo a los hermanos, reconociendo su ampliación esencial para la integración del solicitante; también debe modificarse la Directiva 2003/86/CE[1004], para permitir su reagrupación en los casos en que no haya un vínculo de dependencia.

La aplicación uniforme del derecho a la reagrupación familiar exige, además, que se prevea un estándar común para el reconocimiento de uniones no matrimoniales en todo el territorio de la Unión, a fin de evitar que se pueda discriminar a parejas homosexuales, cuyo reconocimiento, en este momento, depende de la regulación interna de las uniones no matrimoniales de extranjeros, lo que puede vulnerar la aplicación uniforme del derecho y el principio de igualdad.

[1004] Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Por otra parte, el reglamento propuesto también debe cubrir una laguna en relación al estatuto de los beneficiarios de protección subsidiaria, ampliando el ámbito de aplicación de la Directiva de reunificación, que debe ser igualmente aplicable tanto a los beneficiarios del estatuto de refugiado, como a los del de protección subsidiaria. El solicitante de protección internacional debe tener la certeza de que, si se le reconoce el estatuto de protección internacional, va a poder solicitar la reagrupación familiar. Y debe tener seguridad jurídica sobre el procedimiento a seguir, no pudiendo variar según la normativa de cada Estado.

A los efectos de la reagrupación familiar de refugiados, el plazo de tres meses desde la concesión del estatuto genera unos efectos tan importantes, que debe incluirse como obligación específica de las autoridades que conceden el estatuto de protección, informar al refugiado de la posibilidad de ejercer este derecho, no pudiendo iniciarse el cómputo del plazo de tres meses hasta la constatación de que se ha informado al solicitante de dicha posibilidad y del procedimiento y plazos a seguir.

— En garantía del interés superior del menor, el derecho a la educación primaria y secundaria deberá garantizarse en los mismos términos que para los nacionales. Impidiendo que el cumplimiento de la mayoría de edad, o el estado civil del menor, pueda suponer la finalización de esta garantía.
El acceso al sistema educativo deberá efectuarse con la mayor celeridad posible. Y en cualquier caso, antes de los tres meses desde la presentación de la solicitud.

Se debe proporcionar a los menores cursos de idiomas y clases preparatorias, que aseguren su efectiva inclusión en el sistema, evitándose de cualquier forma de segregación escolar.

Los Estados miembros deberán garantizar la alfabetización de todos los solicitantes de protección internacional, con independencia de su edad.

— Los Estados miembros deberán prever un sistema de transición garantista para los menores no acompañados que alcancen la mayoría de edad incursos en un procedimiento.

— Para garantizar la autonomía e inclusión de los solicitantes debe garantizarse el acceso efectivo al mercado laboral en un plazo no superior a seis meses[1005].

Además, en consonancia con las disposiciones de la propuesta de DCA, el acceso al mercado laboral debe verse acompañado de unas condiciones de trabajo que serán iguales a las de los nacionales en materia de condiciones laborales; libertad de asociación y afiliación; formación profesional (con exclusión de los préstamos y becas relacionados); así como en materia de reconocimiento de cualificaciones obtenidas y en la seguridad social[1006].

Para garantizar el pronto acceso al mercado de trabajo, solo puede atribuirse la demora en la adopción de una resolución, en primera instancia, a la falta de cooperación del solicitante con las autoridades. No cabe atribuir al solicitante la demora únicamente por no haber presentado su solicitud ante el primer Estado miembro de entrada; ni por la tramitación de un recurso judicial frente a una decisión de traslado, adoptada conforme al Reglamento Dublín.

Y en el mismo sentido, una normativa nacional tampoco puede impedir el acceso al mercado laboral del solicitante por el único motivo de que se haya dictado contra él una decisión de traslado, de acuerdo con el Reglamento Dublín[1007].

Se deben incluir garantías en el Reglamento propuesto en relación a otros determinados derechos, ausentes hoy en la normativa del SECA, pero no en la vida de los solicitantes. Derechos que se pueden ver fácilmente limitados por las políticas migratorias de muchos Estados. Así:

— Atendiendo a las legislaciones nacionales de diversos Estados Miembros que han previsto la posibilidad de confiscar bienes a los solicitantes de protección para

---

[1005] Plazo previsto en el 15 de la Propuesta de Directiva el Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Bruselas 13.7.2016 COM(2016) 465 final. 2016/0222 (0), en coherencia con la previsión de un plazo de seis meses para el examen de la solicitud, a tenor del artículo 34 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión Europea y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM /2016/0467.

[1006] Artículo 15 de la Propuesta de Directiva el Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Bruselas 13.7.2016 COM(2016) 465 final. 2016/0222 (0)

[1007] STJE de 14 de enero de 2021 C.- 322/19

sufragar sus gastos, es necesario que el Reglamento propuesto se pronuncie sobre la tutela del contenido esencial del derecho a la propiedad, previendo mecanismos para la averiguación de los bienes que conforman su patrimonio. Y para que la confiscación, en su caso, se lleve a cabo de acuerdo a los principios de legalidad y proporcionalidad, exigiendo, en todo caso, la concurrencia de un incumplimiento a una resolución de apremio previa.

— Dado que es el carácter colectivo de la *vulnerabilidad* lo que permite a esta ponerse de manifiesto en el espacio público[1008], trasladando así sus reivindicaciones; atendiendo a la particular situación de este colectivo *especialmente vulnerable,* que entraña, entre otros muchos aspectos, su condición inherente de *no ciudadano,* debe reconocerse expresamente que los solicitantes de protección internacional puedan ejercer, libremente, sus derechos políticos de reunión y asociación.

— Este Reglamento también deberá contemplar garantías del derecho a conservar la identidad cultural de los solicitantes, que deberá integrarse en el marco de una política migratoria común que encuentre el necesario equilibrio entre preservación de la identidad cultural y el respeto y la promoción de los principios y valores del constitucionalismo europeo. A este respecto, deberá tutelarse expresamente el derecho fundamental a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en todas sus manifestaciones legítimas[1009].

5.2.4 Garantías en los procedimientos de traslado o expulsión.

— Las garantías ante un procedimiento de retorno o expulsión, promovido como consecuencia de la denegación de una solicitud de protección internacional, exige que, por el carácter de *ius cogens* de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, cualquier Estado que emita una orden de expulsión deba expresar en la misma orden la certeza de que su ejecución no expondrá a la persona expulsada, a un riesgo grave de sufrir tratos inhumanos y degradantes. El Reglamento propuesto debe plasmar esta

---

[1008] MACIOE, F.: «El valor y la importancia política de los grupos vulnerables». *Revista de Estudios Políticos. 2022.195 P. 256.*

[1009] En este sentido resulta conveniente recordar lo que ya advirtió Habermas: «El problema se plantea también en las sociedades democráticas cuando la cultura mayoritaria políticamente dominante impone su forma de vida y con ello fracasa la igualdad de derechos efectiva de ciudadanos con otra procedencia cultural (...)» Cfr., HABERMAS, J. *Die Einbeziehung des Anderen* (1998). (Trad, esp., Barcelona, Paidós, 1998, p. 123).

garantía. En caso de que no sea posible llevar a cabo el traslado, el Estado deberá permitir la residencia temporal.

— Cuando se trate de un menor no acompañado, la medida de expulsión finalizará con la entrega del menor a un familiar directo. En estos casos, el examen del riesgo existente de sufrir tratos inhumanos y degradantes deberá incluir un informe que acredite que las circunstancias de acogida que encontrará el menor son las adecuadas[1010]. Y la afectación a su interés superior.

— Las órdenes de retorno y expulsión deberán ejecutarse en un plazo breve de tiempo, a fin de no hacer ineficaz el estudio de las circunstancias, ni afectar aún más la vida privada del extranjero.

— Debe prohibirse expresamente la dilación fraudulenta del procedimiento de expulsión. En especial, de aquellos relativos a menores cuya finalidad es la reducción en las garantías del procedimiento de expulsión.

— En lo concerniente a órdenes de traslado a otro Estado miembro, ya sea en el marco del Reglamento Dublín III, ya en aplicación de las medidas de reubicación propuestas en el nuevo Pacto, debemos formalizar ciertas garantías para asegurar que el traslado no supone incurrir en rechazo ("*refoulement").* Para ello, es indispensable articular el *procedimiento de traslado-Dublín* con las mismas garantías con las que cuenta un procedimiento de expulsión, rechazando con ello cualquier posibilidad de aplicación automática.

  Así, los solicitantes que son trasladados a otro Estado miembro deberán tener reconocido el derecho a que la autoridad que va a llevarlo a cabo se cerciore de que las condiciones de acogida y el procedimiento de protección internacional en el Estado son adecuados. En este sentido, resulta oportuno proponer que se incluya en el Reglamento de determinación del Estado miembro responsable, en el Reglamento Dublín III -o en la norma que, en su caso, lo sustituya-una obligación para que el Estado miembro responsable proporcione información actualizada sobre su sistema de protección internacional y sobre las condiciones en que será acogido el solicitante. Dicha información será aportada en el momento en que se dé respuesta a la petición *de toma a cargo* (artículo 22 del actual Reglamento Dublín III), completando así la

[1010] Tal y como se desprende de la STJUE de 14 de enero de 2021 C.- 441/19. Asunto *TQ y Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid.*

obligación de transmisión de dirección que, actualmente, solo se prevé unidireccionalmente para el Estado que efectúa el traslado (artículos 37-39 del actual Reglamento Dublín III)[1011]. Además, se habrá de incluir, como ya se ha señalado, el recurso efectivo ante una decisión de esta naturaleza.

— En el caso de los menores no acompañados, el criterio de determinación que debe primar es el marcado por la jurisprudencia del TJUE[1012], que señala, en garantía del interés superior del menor, a aquel en que se encuentre el menor, cuando haya solicitado protección debiéndose argumentar, en caso de que se proponga un traslado, por qué esta interpretación no resulta la más adecuada para el interés superior en ese caso concreto. En tal supuesto, la autoridad responsable deberá ponerlo en conocimiento del tutor legal del menor, o de la autoridad pública competente, según el Derecho interno, para velar por sus intereses. Y deberá ser la autoridad judicial competente quien autorice el traslado.

[1011] MORGADES GIL, S.: *De refugiados a rechazados. El Sistema de Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, 2021.

[1012] STJUE de 6 de junio de 2013 C-648/11, *MA y otros contra Secretary of State for the Home Department.*

6. Conclusiones.

I. La urgencia de una gobernanza global de las migraciones.

Es innegable que estamos presenciando un fenómeno migratorio de grandes desplazamientos sin precedentes. Y dentro de esa tendencia migratoria, que aumenta vertiginosamente, resultan especialmente preocupantes aquellos desplazamientos que pueden considerarse forzosos. Sin embargo, la ausencia, a nivel internacional, de un derecho regulador de los flujos migratorios deja a la Comunidad Internacional con un único instrumento legal con el que afrontar este reto: la Convención de Ginebra y su protocolo anexo. Normas, con origen en la Guerra Fría, que resultan hoy claramente desfasadas, que no ofrecen cobertura jurídica suficiente excesivamente limitadas, dejando a quienes se ven obligados a huir de su país.

La falta de un compromiso suficiente por parte de los Estados ante un reto inherente a la globalización hace que, una vez más, la respuesta se materialice, mediante normas de *soft law:* dos pactos mundiales que, pese a sus loables intenciones, precisan de desarrollos que los doten de la necesaria eficacia jurídica.

Por ello, y ante la tragedia humanitaria que supone actualmente salir del país de origen; urge exigir una reacción efectiva por parte de la Comunidad Internacional, que ha de tomar conciencia plena acerca de la necesidad de crear cauces legales, ordenados y seguros. Pero esta gobernanza requiere un abordaje integral, que tome en consideración todas las dimensiones del fenómeno migratorio, creando los instrumentos normativos imprescindibles a tal fin, a pesar de las limitaciones que ofrece el Derecho Internacional.

II. La Unión Europea debe mejorar apreciablemente su modelo de gobernanza migratoria.

En una perspectiva regional, la estrategia migratoria que la Unión Europea ha desarrollado, sobre todo a partir del año 2015, ha estado orientada a alcanzar una auténtica gobernanza de las migraciones, a pesar de su deriva crecientemente securitaria. En este sentido, presenta importantes similitudes con la estrategia de gobernanza migratoria trazada por la ONU. Sin embargo, hay una característica que las separa y que dota a la UE de una clara ventaja y posibilidades de futuro. A la par que muestra el limitado porvenir de la gobernanza migratoria global, en el estado actual de desarrollo del Derecho Internacional. Esa diferencia estriba en la propia naturaleza de la Unión Europea.

Su capacidad para celebrar acuerdos internacionales, y sus competencias en otros ámbitos, más allá del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, como son la cooperación al desarrollo, la ayuda humanitaria o la política social y de empleo, la hacen especialmente apta para desarrollar una auténtica gobernanza de las migraciones. Una gobernanza de la que se beneficiaría, tanto Europa, como a la Comunidad Internacional, al servir de base sólida para avanzar en pos de la anhelada gobernanza migratoria global.

Sin embargo, la capacidad que, sin duda, posee la Unión, no implica que dicho objetivo vaya a alcanzarse. Aunque el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoja el propósito de construir una política común en materia de inmigración, protección internacional y gestión de fronteras, el progreso hacia una mayor europeización de tales políticas se ha visto obstaculizado por la naturaleza compartida de sus competencias, por la falta de consenso en cuestiones esenciales, y por las reticencias de ciertos Estados en la cesión de más atribuciones, en relación a unas materias que, consideran, afectan de lleno al núcleo de su soberanía.

Y, puesto que las competencias de la UE en la materia son excesivamente limitadas, esa cesión competencial se ha de considerar ineludible. De ahí que, ante su improbabilidad, al menos a corto plazo, se plantee, como opción subsidiaria, la conformación de una *cooperación reforzada de las políticas migratorias y de asilo,* ex artículo 326 y ss. TFUE.

Avanzar en la europeización de estas políticas, de cara a la construcción de una auténtica gobernanza migratoria, no sólo es necesario, sino, además, posible y conveniente, dados los instrumentos con los que la Unión Europea cuenta. Sólo falta voluntad política para ello.

III. La respuesta de la Unión Europea ante las *migraciones forzosas* es deficiente y urge su reforma.

El sistema normativo que ha desarrollado la Unión Europea para alcanzar una política común de protección internacional no tiene parangón en el panorama internacional. Sin embargo, sus graves déficits han posibilitado que, dentro de nuestras fronteras, se observen flagrantes violaciones de derechos humanos. De ellas es víctima un colectivo especialmente vulnerable: el de los solicitantes de protección internacional.

Los múltiples fallos estructurales de dicho sistema se evidenciaron con la afluencia migratoria masiva de 2015 y 2016: al evidenciarse un sistema sólo en parte armonizado,

carente de estándares comunes; que propicia un reparto de la responsabilidad desigual entre los Estados, concentrando la presión migratoria en los de entrada, tránsito y acogida final.

Como consecuencia de estos defectos, y de las tensiones políticas derivadas de la ausencia de solidaridad, los EEMM han hecho una aplicación deficiente del mismo. Son Estados que carecen de medios para sostener sus sistemas nacionales, claramente saturados; o que adolecen de la menor voluntad de atender a un desafío que les sobrepasa. Además, con la adopción de políticas disuasorias, destinadas a contener los flujos migratorios no europeos se debilita así, el principio de efectividad del Derecho de la Unión, devaluando el estándar de protección de los derechos.

Pero el principal defecto del SECA se manifiesta en la falta de seguridad jurídica de que adolece el estatuto del solicitante de protección que alcanza suelo europeo. No en vano, a falta de un estándar común, difiere notablemente en procedimientos, garantías, condiciones de acogida y resoluciones según cual sea el Estado miembro responsable de su solicitud. Sin poder dejar de señalar que el SECA ha normalizado la discriminación por razón de nacionalidad, dando un trato diametralmente distinto, dependiendo de que el solicitante de protección provenga, o no, de un Estado europeo; y desarrollando un procedimiento con distintas garantías en función del origen de ese solicitante, recurriendo al empleo de un concepto tan artificial y político, como lo es el de *estado seguro.*

Por todo ello, el SECA no solo debe criticarse por su ineficiencia en la gestión de los flujos migratorios *forzosos,* sino, sobre todo, porque ha propiciado prácticas nacionales sistemáticamente contrarias a los valores de la Unión y, en concreto, a la propia CDFUE. La exigencia de reforma del Sistema es así tan incuestionable, como perentoria. La UE no está preparada para gestionar los flujos migratorios *forzosos,* ni eficiente, ni dignamente. Pero a pesar de las lecciones aprendidas en los últimos años, todo hace indicar que la solidaria acogida mostrada a los refugiados ucranianos solo ha supuesto una excepción, fruto del cálculo político y del interés geoestrátégico. Por ello, urge una reforma del SECA que permita afrontar los flujos migratorios *forzosos,* actuales y del futuro, de manera adecuada, eficiente y garantista. Evitando nuevas tensiones entre los EEMM, pero, sobre todo, nuevas tragedias humanitarias.

IV. Las propuestas de reforma acentúan la deriva securitaria, y no resuelven los fallos del Sistema. Es preciso alcanzar un equilibrio entre las políticas comunes de inmigración, gestión de fronteras y protección internacional.

Sin embargo, consideramos que la orientación de las actuales propuestas de reforma es errónea. De ahí la convicción acerca de que, si se volviera a repetir la afluencia migratoria masiva de 2015, la gestión y acogida serían similares a las de entonces; al haberse orientado la reforma de la política de protección internacional más a asegurar la expulsión de quienes ven denegada su solicitud, que a solventar los problemas de acogida y de procedimiento.

Una estrategia que se adecúa a la dinámica *securitaria* con la que Europa ha decidido afrontar el reto migratorio, cuyas graves consecuencias sobre los derechos de los inmigrantes y solicitantes de protección internacional han dañado seriamente los principios de solidaridad y confianza mutua que sostienen el proyecto europeo; amagando, en no pocas ocasiones, con destruirlo.

Con todo ello, la política migratoria se ha planteado desde la premisa del rechazo a la migración; plagada de contradicciones, que han llevado al vaciamiento del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), al subsumirlo en las políticas de inmigración y gestión de fronteras, que comparten, como prioridad común, la lucha contra la inmigración irregular, con la forja de una *Europa fortaleza*.

Y, sin duda, al planteamiento de esa *Europa fortaleza* subyace la voluntad de los Estados de eludir sus obligaciones de Derecho Internacional y Supranacional, cuyo respeto exige un gasto social destinado a la acogida e inclusión de los migrantes y solicitantes de protección internacional, que aquéllos no quieren afrontar. En consecuencia, los flujos migratorios se han configurado como una amenaza frente a la que se han dispuesto tres niveles de seguridad: las *fronteras internas*, consideradas como un último bastión, donde, incluso, reinstaurar los controles fronterizos interiores evidenciado así la predilección por la respuesta estatal frente a la común. Los *muros externos*, esto es, la construcción de fronteras de Estados que, como en Grecia, Italia o España, son, a la vez, fronteras de Europa. Y los *controles externalizados en terceros Estados*, a los que Europa, o los diferentes EEMM, han nombrado centinelas de sus fronteras.

Como consecuencia, el SECA se ha *securitarizado*, condicionando su aplicación a la prioritaria ejecución de políticas de lucha contra la inmigración irregular, que caracterizan

a los solicitantes de protección como una amenaza para el orden público y la seguridad interior de la *Europa fortaleza.* De este modo, se ha acentuado la debilidad de Europa, un continente que se presenta a merced de los guardianes de sus fronteras, sobre todo Turquía, Marruecos y Libia, países que utilizan la migración como elemento de presión o coacción geoestratégica.

V. La actual propuesta del SECA: *mucho ruido y pocas nueces*.

La actual propuesta de reforma del SECA, planteada en el marco del Pacto de Migración y Asilo, presentado en septiembre de 2020, no se revela suficiente para solventar las grandes limitaciones del Sistema. Y aunque cuenta con elementos positivos, como la transformación de diversas directivas en reglamentos, para, de este modo, alcanzar una aplicación más uniforme por parte de los Estados miembros; o el progreso indudable que supone la extensión de ciertas garantías procedimentales; lo cierto es que no logra proporcionar un mejor amparo de los derechos de los solicitantes de protección internacional.

Lo que, sin lugar a dudas, se debe a que no es ése su propósito. Esta propuesta de reforma está encaminada *solo* a la consecución de procedimientos más eficaces; partiendo de una segregación inicial entre los que se presumen legítimos solicitantes y aquellos que, en apariencia, están recurriendo al procedimiento de protección de manera fraudulenta. Partiendo de esa distinción, contraria a los principios básicos de la protección internacional; unos solicitantes ven reducidas sus garantías procesales, a fin de agilizar el procedimiento y asegurar su posterior expulsión.

Además, la reforma aborda punitivamente los llamados *movimientos secundarios*, pretendiendo que una reducción en las garantías procesales y de las condiciones de acogida, sean decisivos en el rumbo que elija un solicitante.

Por todo ello consideramos conveniente, tanto para el funcionamiento eficiente del SECA, como para la garantía efectiva de los derechos de los solicitantes, que se incorpore a su normativa un nuevo reglamento expresivo de un estatuto de derechos del solicitante de protección internacional. Que garantice realmente el derecho de acceso a un procedimiento de protección internacional; y que refuerce la protección imperativa frente a los tratos inhumanos y degradantes. Un estatuto que fije unas condiciones de acogida

adecuadas, que permitan al solicitante satisfacer sus necesidades básicas de manera digna; proporcionando un trato adecuado a los colectivos más vulnerables.

VI. La inclusión de un nuevo instrumento normativo relativo al estatuto de derechos de los solicitantes de protección en la Unión Europea resulta tan oportuna como necesaria.

Consideramos que la incorporación de este nuevo reglamento afronta algunos de los grandes problemas que afectan al SECA: al favorecer un mayor equilibrio en los porcentajes de reconocimiento; en las condiciones de acogida; en las garantías procedimentales y, por todo ello, también, en los movimientos secundarios.

Y es que, definir un estándar común de derechos, concretando sus garantías, sirve para garantizar una mejor tutela de los derechos de los solicitantes de protección internacional, considerados, por la jurisprudencia del TEDH, un «colectivo especialmente vulnerable». Además, asegura una mayor efectividad del Derecho de la Unión, y en particular, del propio artículo 18 de la CDFUE. Y, por último, contribuye a la legitimación del propio Sistema Dublín y de los mecanismos de reubicación incorporados en la actual propuesta de reforma, que se basan en la presunción de que todos los Estados miembros son *seguros,* en aplicación del principio de confianza mutua. A estas consideraciones se llega una vez que la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha demostrado que, ni todos los sistemas nacionales de protección internacional son equivalentes, ni resultan, siempre, suficientemente respetuosos con los derechos de los solicitantes. Lo que hace peligrar su consideración de *estados seguros,* cuestionando la legitimidad de los traslados de los solicitantes.

VII. La crisis de las políticas migratorias es la crisis política de la Unión.

La política de protección internacional de la Unión Europea no es sino una manifestación más de la crisis política que sacude a la Unión Europea. Una crisis que se evidencia al multiplicarse las tensiones entre los Estados, que se culpan mutuamente de comportamientos insolidarios e irresponsables; que ignoran o incumplen las normas comunitarias, cuando no convienen a sus cortoplacistas intereses nacionales; y que genera perjuicios irreparables a los más vulnerables de entre los vulnerables: los solicitantes de protección; seres humanos cuyos derechos más elementales se ven sistemáticamente negados.

Se ha normalizado así un *Derecho de excepción permanente,* que se justifica por el colapso de unos sistemas que nunca funcionaron como se esperaba de ellos; sumidos en una cada vez más indisimulada guerra contra la inmigración ilegal, que ha redirigido el debate sobre la protección internacional, desviándola a parámetros securitarios; siempre con el recurso último a un supuesto orden público como excusa para devaluar cualquier estándar de protección de los derechos.

De esta forma, miles de solicitantes de protección continúan desamparados en muchos territorios de la Unión Europea, malviviendo en espacios inadecuadaos o directamente abandonados a su suerte; faltos, en fin, de la protección de procedimientos garantistas dignos de la Comunidad de Derecho que la Unión dice ser.

Así, aunque el debate político en la Unión Europea y en sus EEMM, se ha centrado, en los últimos años en denunciar las fallas y reivindicar el Estado de Derecho la garantía de los derechos de los más vulnerables constituye, en ese marco, quizá, su reto mayor: reconocer, atender y asistir dignamente a quienes acuden a nuestro territorio requiriendo protección internacional. En ello la Unión Europea se juega su presente y su futuro.

6. Conclusioni

I. L'urgenza di una governance globale delle migrazioni.

È innegabile che stiamo assistendo a un fenomeno di migrazione di massa senza precedenti. All'interno di questa tendenza migratoria, che sta aumentando ad un ritmo vertiginoso, gli sfollamenti che possono essere considerati forzati sono particolarmente preoccupanti. Tuttavia, l'assenza, a livello internazionale, di una normativa che regoli i flussi migratori lascia alla comunità internazionale un solo strumento giuridico con cui affrontare questa sfida: la Convenzione di Ginevra e il suo protocollo allegato. Queste norme, nate durante la Guerra Fredda, sono ormai chiaramente superate e non offrono una copertura giuridica sufficiente, lasciando troppo limitati coloro che sono costretti a fuggire dal proprio Paese.

La mancanza di un impegno sufficiente da parte degli Stati nei confronti di una sfida inerente alla globalizzazione, fa sì che ancora una volta, la risposta si concretizzi attraverso la *soft law*: due patti globali che, nonostante le lodevoli intenzioni, devono essere sviluppati per conferire la necessaria efficacia giuridica.

Per questo motivo, e in considerazione della tragedia umanitaria che rappresenta attualmente la fuga dal proprio Paese d'origine, è urgente richiedere una reazione efficace da parte della comunità internazionale, che deve prendere piena coscienza della necessità di creare canali legali, ordinati e sicuri. Ma questa governance richiede un approccio olistico o integrale, che prenda in considerazione tutte le dimensioni del fenomeno migratorio, creando gli strumenti normativi essenziali a questo scopo, nonostante i limiti offerti dal Diritto Internazionale.

II. L 'Unione europea deve migliorare significativamente il suo modello di governance della migrazione.

Da un punto di vista regionale, la strategia migratoria sviluppata dall'Unione europea, soprattutto a partire dal 2015, mira a realizzare un'autentica governance della migrazione, nonostante la sua deriva sempre più securitaria. In questo senso, presenta importanti

analogie con la strategia di governance della migrazione delineata dalle Nazioni Unite. Tuttavia, c'è una caratteristica che le separa e che conferisce all'UE un chiaro vantaggio e un potenziale per il futuro. Allo stesso tempo, mostra il futuro limitato della governance globale della migrazione nell'attuale stato di sviluppo del diritto internazionale. Questa differenza risiede nella natura stessa dell'Unione europea.

La sua capacità di concludere accordi internazionali e le sue competenze in altri settori al di là dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, come la cooperazione allo sviluppo, gli aiuti umanitari e la politica sociale e del lavoro, la rendono particolarmente adatta a sviluppare un'autentica governance della migrazione. Una governance di cui beneficerebbero sia l'Europa che la comunità internazionale, in quanto servirebbe da solida base per avanzare verso la tanto auspicata governance globale della migrazione.

Tuttavia, la capacità che l'Unione indubbiamente possiede non implica il raggiungimento di questo obiettivo. Sebbene il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea includa l'obiettivo di costruire una politica comune in materia di immigrazione, protezione internazionale e gestione delle frontiere, i progressi verso una maggiore europeizzazione di tali politiche sono stati ostacolati dalla natura condivisa delle sue competenze, dalla mancanza di consenso su questioni essenziali e dalla reticenza di alcuni Stati a cedere maggiori attribuzioni in relazione a questioni che considerano al centro della loro sovranità.

E, dato che le competenze dell'UE in questo settore sono eccessivamente limitate, questo trasferimento di poteri deve essere considerato inevitabile. Pertanto, data la sua improbabilità, almeno a breve termine, si propone come opzione secondaria la creazione di una cooperazione rafforzata nelle politiche di migrazione e asilo, ex articolo 326 e seguenti del TFUE.

Progredire nell'europeizzazione di queste politiche, in vista della costruzione di un'autentica governance migratoria, non è solo necessario, ma anche possibile e consigliabile, visti gli strumenti che l'Unione europea ha a disposizione. Manca solo la volontà politica di farlo.

III. La risposta dell'UE alla migrazione forzata è inadeguata e necessita urgentemente di una riforma.

Il sistema normativo che l'Unione europea ha sviluppato per realizzare una politica comune di protezione internazionale non ha eguali sulla scena internazionale. Tuttavia, le sue gravi carenze hanno reso possibile osservare flagranti violazioni dei diritti umani all'interno dei nostri confini. Le vittime di queste violazioni sono un gruppo particolarmente vulnerabile di persone: i richiedenti protezione internazionale.

I molteplici difetti strutturali di questo sistema sono diventati evidenti con il massiccio afflusso migratorio del 2015 e 2016: un sistema solo parzialmente armonizzato, privo di standard comuni; che favorisce una distribuzione diseguale delle responsabilità tra gli Stati, concentrando la pressione migratoria su quelli di ingresso, transito e accoglienza finale.

A causa di queste carenze e delle tensioni politiche derivanti dall'assenza di solidarietà, gli Stati membri l'hanno applicato in maniera inadeguata. Si tratta di Stati che non hanno i mezzi per sostenere i loro sistemi nazionali, chiaramente sovraccarichi; o che non hanno la minima volontà di affrontare una sfida che non li riguarda. Inoltre, adottando politiche dissuasive volte a contenere i flussi migratori extraeuropei, si indebolisce il principio dell'efficacia del diritto dell'UE, svalutando lo standard di protezione dei diritti.

Ma la principale lacuna del CEAS è la mancanza di certezza giuridica riguardo allo status dei richiedenti protezione che raggiungono il suolo europeo. In assenza di uno standard comune, le procedure, le garanzie, le condizioni di accoglienza e le decisioni differiscono notevolmente a seconda dello Stato membro responsabile della domanda. Vale la pena notare che il CEAS ha uniformato la discriminazione sulla base della nazionalità, riservando un trattamento diametralmente diverso a seconda che il richiedente protezione provenga o meno da uno Stato europeo; e sviluppando una procedura con garanzie diverse a seconda dell'origine del richiedente, ricorrendo all'uso di un concetto artificiale e politico come quello di *Stato sicuro.*

Per tutti questi motivi, il sistema europeo comune di asilo non va criticato solo per la sua inefficienza nella gestione dei flussi migratori forzati, ma soprattutto perché ha favorito pratiche nazionali sistematicamente contrarie ai valori dell'Unione e, nello specifico, alla sua stessa Carta dei diritti fondamentali. Perciò la necessità di riformare il sistema è tanto indiscutibile quanto urgente. L'UE non è preparata a gestire flussi migratori forzati, né in

modo efficiente né dignitoso. Ma nonostante le lezioni apprese negli ultimi anni, tutto lascia pensare che la solidarietà dimostrata nei confronti dei rifugiati ucraini sia stata solo un'eccezione, frutto di calcoli politici e interessi geostrategici. È quindi urgente una riforma del sistema europeo comune di asilo per gestire i flussi migratori forzati attuali e futuri in modo adeguato, efficiente e garantista. Ciò eviterebbe nuove tensioni tra gli Stati membri, ma soprattutto nuove tragedie umanitarie.

IV. Le proposte di riforma accentuano la deriva securitaria e non affrontano le carenze del sistema. È necessario trovare un equilibrio tra politiche comuni in materia di immigrazione, gestione delle frontiere e protezione internazionale.

Tuttavia, riteniamo che le attuali proposte di riforma siano sbagliate. Per questo motivo siamo convinti che, se si ripetesse il massiccio afflusso migratorio del 2015, la gestione e l'accoglienza sarebbero simili a quelle di allora, poiché la riforma della politica di protezione internazionale è stata orientata più a garantire l'espulsione di coloro la cui domanda è stata respinta che a risolvere i problemi di accoglienza e di procedura.

Una strategia in linea con le dinamiche securitarie con cui l'Europa ha deciso di affrontare la sfida migratoria, le cui gravi conseguenze sui diritti dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale hanno gravemente danneggiato i principi di solidarietà e fiducia reciproca che sono alla base del progetto europeo, minacciando, in non poche occasioni, di distruggerlo.

Di conseguenza, la politica migratoria è stata affrontata partendo dalla premessa del rifiuto della migrazione; piena di contraddizioni, che hanno portato a svuotare il Sistema europeo comune di asilo (CEAS), sussumendolo nelle politiche di immigrazione e di gestione delle frontiere, che condividono, come priorità comune, la lotta all'immigrazione irregolare, con la creazione di una *Fortezza Europa.*

Alla base di questo approccio da *Fortezza Europa* c'è indubbiamente la volontà degli Stati di sottrarsi agli obblighi derivanti dal Diritto Internazionale e Sovranazionale, il cui rispetto richiede una spesa sociale per l'accoglienza e l'inclusione dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale che essi non vogliono affrontare. Di conseguenza, i

flussi migratori sono stati configurati come una minaccia contro la quale sono stati istituiti tre livelli di sicurezza: le frontiere interne, considerate come ultimo baluardo, dove anche la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne ha dimostrato la predilezione per la risposta statale piuttosto che per quella comune. Muri esterni, cioè la costruzione di confini di Stati che, come in Grecia, Italia o Spagna, sono allo stesso tempo confini d'Europa. E i controlli esternalizzati in Stati terzi, che l'Europa, o i diversi Stati membri, hanno nominato sentinelle dei loro confini.

Di conseguenza, il CEAS è stato securizzato, subordinando la sua applicazione all'attuazione prioritaria di politiche di contrasto all'immigrazione irregolare, che caratterizzano i richiedenti protezione come una minaccia all'ordine pubblico e alla sicurezza interna della Fortezza Europa. Ciò ha accentuato la debolezza dell'Europa, un continente in balia dei guardiani delle sue frontiere, in particolare di Turchia, Marocco e Libia, Paesi che utilizzano la migrazione come elemento di pressione geostrategica.

V. L'attuale proposta del CEAS: *tanto fumo e niente arrosto*.

L'attuale proposta di riforma del sistema europeo comune di asilo, avanzata nel contesto del Patto sulla migrazione e l'asilo, presentata nel settembre 2020, non si dimostra sufficiente a risolvere i principali limiti del sistema. E sebbene presenti elementi positivi, come la trasformazione di diverse direttive in regolamenti per ottenere un'applicazione più uniforme da parte degli Stati membri, o l'indubbio progresso rappresentato dall'estensione di alcune garanzie procedurali, la verità è che non riesce a tutelare meglio i diritti dei richiedenti protezione internazionale.

Ciò è indubbiamente dovuto al fatto che non è questo il suo scopo. Questa proposta di riforma mira solo a ottenere procedure più efficienti, partendo da una prima separazione tra coloro che si presume siano richiedenti legittimi, e coloro che, apparentemente, ricorrono alla procedura di protezione in modo fraudolento. Sulla base di questa distinzione, che è contraria ai principi fondamentali della protezione internazionale, alcuni richiedenti vedono ridotte le loro garanzie procedurali per accelerare la procedura e garantire la loro conseguente espulsione.

Inoltre, la riforma affronta in modo punitivo i cosiddetti movimenti secondari, nell'intento di far sì che una riduzione delle garanzie procedurali e delle condizioni di accoglienza sia determinante nella direzione che un richiedente sceglie di prendere.

Per tutte queste ragioni, riteniamo opportuno, sia per l'efficiente funzionamento del CEAS che per l'effettiva garanzia dei diritti dei richiedenti, che venga inserito all'interno del suo quadro normativo un nuovo regolamento che esprima uno statuto dei diritti dei richiedenti protezione internazionale. Questo dovrebbe garantire realmente il diritto di accesso a una procedura di protezione internazionale e rafforzare la protezione imperativa contro i trattamenti inumani e degradanti. Uno statuto che stabilisca condizioni di accoglienza adeguate, che permettano al richiedente di soddisfare i propri bisogni primari in modo dignitoso e che preveda un trattamento appropriato per i gruppi più vulnerabili.

VI. L'inserimento di un nuovo strumento normativo sullo statuto dei diritti dei richiedenti protezione nell'Unione europea è opportuno e necessario.

Riteniamo che l'inserimento di questo nuovo regolamento affronti alcuni dei principali problemi che affliggono il CEAS: favorendo un maggiore equilibrio nelle percentuali di riconoscimento, nelle condizioni di accoglienza, nelle garanzie procedurali e, per tutte queste ragioni, anche nei movimenti secondari.

Con la definizione di uno standard comune di diritti, che ne specifichi le garanzie, si garantisce una migliore tutela dei diritti dei richiedenti protezione internazionale, considerati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Dell'uomo un "gruppo particolarmente vulnerabile". Assicura inoltre una maggiore efficacia del diritto dell'UE e, in particolare, dell'articolo 18 della CDFUE. E infine, contribuisce alla legittimazione dello stesso Sistema di Dublino e dei meccanismi di ricollocazione incorporati nell'attuale proposta di riforma, che si basano sulla presunzione che tutti gli Stati membri siano sicuri, in applicazione del principio della mutua fiducia. A queste considerazioni si giunge dopo che la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha dimostrato che non tutti i sistemi nazionali di protezione internazionale sono equivalenti, né sempre sufficientemente rispettosi dei diritti dei richiedenti. Ciò mette a rischio la loro considerazione come Stati sicuri, mettendo in discussione la legittimità dei trasferimenti dei richiedenti.

VII. La crisi delle politiche migratorie è la crisi politica dell'Unione.

La politica di protezione internazionale dell'UE è solo un'altra manifestazione della crisi politica che sta scuotendo l'Unione Europea. Una crisi che si manifesta nelle crescenti tensioni tra gli Stati, che si accusano reciprocamente di comportamenti irresponsabili e non solidali, che ignorano o non rispettano le norme dell'UE quando non soddisfano i loro interessi nazionali a breve termine e che causano danni irreparabili ai più vulnerabili tra i vulnerabili: coloro che cercano protezione, esseri umani i cui diritti più elementari vengono sistematicamente negati.

Si è così normalizzato un *Diritto di eccezione permanente*, giustificato dal collasso di sistemi che non hanno mai funzionato come ci si aspettava; impantanato in una guerra all'immigrazione clandestina sempre più smaccata, che ha reindirizzato il dibattito sulla protezione internazionale verso parametri securitari; sempre con il ricorso ultimo a un presunto ordine pubblico: come scusa per svalutare qualsiasi standard di protezione dei diritti.

In questo modo, migliaia di richiedenti protezione continuano a essere abbandonati in molti territori dell'Unione Europea, vivendo in spazi inadeguati o direttamente lasciati al loro destino; privi, insomma, della tutela di procedure di garanzia degne della Comunità di diritto che l'Unione afferma di essere.

Così, sebbene negli ultimi anni il dibattito politico nell'Unione europea e nei suoi Stati membri si sia concentrato sulla denuncia dei fallimenti e sulla richiesta di uno Stato di diritto, garantire i diritti dei più vulnerabili è forse la sfida più grande in questo contesto: riconoscere, prendere in carico e fornire un'assistenza dignitosa a chi arriva sul nostro territorio in cerca di protezione internazionale. L'Unione europea si gioca il suo presente e il suo futuro su questo.

Bibliografia:

ABAD QUINTANAL, G.: «Los Desafíos de la UE en Materia Migratoria: La Cooperación con Terceros Estados». En: *UNISCI Discussion Papers*, Nº 15 (Octubre / October 2007) ISSN 1696-2206.

ABRISKETA URIARTE, J.: «La Dimensión Externa Del Derecho De La Unión Europea En Materia De Refugio Y Asilo: Un Examen Desde La Perspectiva Del Non-Refoulement» En: *Revista De Derecho Comunitario Europeo, 56. 2017. P. 119-158.*

—«La Reubicación de los Refugiados: un Déficit de Solidaridad y Una Brecha en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, Asuntos C-643/15 y 647/15 Hungría y Eslovaquia contra el Consejo» en: *Revista General de Derecho Europeo 44 (2018).*

—*Rescate en el mar y asilo en la Unión Euorpea. Limites del Reglamento de Dublín III.* Thompson Reuters Aranzadi. 2020.

—(Dir): *Políticas de Asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa.* Thompson Reuters Aranzadi. 2021.

ACETTO, M. y ZLEPTNIG, S., «The Principie of Effectiveness: Rethinking its Rol in Community Law», *European Public Law, 11, 2005, p. 402,*

AGUELO NAVARRO, P.: «Refugiados, desplazados, migrantes. El complejo fenómeno de las migraciones internacionales, su relación con la protección internacional y los movimientos mixtos». *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, 41, 20016 P. 273-307.*

ALÁEZ CORRAL, B.: *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?.* CEPC. Estudios Constitucionales. Madrid. 2006.

AGUILAR CALAHORRO, A.: *La dimensión constitucional del principio de primacía*. Thomson-Reuters, 2015.

—*Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.* Foros y Debates. 2021.

AMORÓS PUENTE, C.: *Mujer. Participación, cultura política y Estado.* Ediciones de la Flor. 1990.

ARENAS HIDALGO, N.: «Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo».En: *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 18, nº 36. Segundo semestre de 2016.*

—«La primera activación de la Directiva 2001/55/CE. Entre los límites restrictivos de su ámbito de aplicación personal y las bondades de su modelo de solidaridad interestatal en la acogida de las personas desplazadas desde Ucrania». *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI) Nº 44. 2022.*

ARENDT , H. *Los Orígenes del Totalitarismo*. Alianza Editorial. Ed. 2011.

—*Sobre la Violencia*. Editor digital: RLull 2015 p. 34.

—*Escritos judíos. (Nosotros, los refugiados*. Barcelona: Paidós, 2009.

ARZOZ SANTISTEBAN X., «Autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros: Mito y Realidad», *Revista Española de Administración Pública*, 191, 2013. P. 159-197.

BALAGUER CALLEJÓN, F.: «El Tratado De Lisboa En El Divan(*). (**) Una Reflexion Sobre Estatalidad, Constitucionalidad Y Unión Europea» . En: *Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 83, mayo-agosto (2008) P. 57-92.*

—«Las Dos Grandes Crisis Del Constitucionalismo Frente A La Globalización En El Siglo XXI» . En: *ReDCE núm. 30. Julio-Diciembre de 2018.*

—«Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia» *ReDCE núm. 32. Julio-diciembre 2019.*

—«Interpretación constitucional y populismo» . En: *ReDCE*. Nº. 33, 2020.

—«La Crisis de la Democracia en la época de Weimar y en el Siglo XXI» . En: *Cuadernos Constitucionales, Nº. 1, 2020, P. 53-64*

—«Globalización y migraciones». En *Porras Ramírez, J.M. Migraciones y Asilo. Thompson Reuters Aranadi 2020. P. 34.*

—«Crisis Sanitaria y Derecho Constitucional» . "ReDCE núm. 35. Enero-Junio de 2021.

BALAGUER CALLEJÓN, F.; GUILLÉN LÓPEZ, E.; AZPITARTE SÁNCHEZ, M.; Y SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (Dirs.): *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

BALAGUER PÉREZ, A.: «El derecho a la salud de los migrantes». En *Porras Ramírez, J.M. La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos. Thomson Reuters Aranzadi. 2021. P. 411-422.*

BARRIO LEMA, C.I; CASTAÑO REYERO M.J; DIEZ VELASCO, I.: *Colectivos vulnerables en el sistema de asilo: una aproximación a las necesidades de la infancia, personas LGTBI+ y víctimas de trata*. Comillas. 2019.

BAUMAN, Z.: *La globalización. Consecuencias Humanas.* Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 1998.

BECK, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.* Paidós. Barcelona. 1998.

— *Poder y contra-poder en la era global.* Ed. Paidós. Barcelona 2004.

BETTS, A.: «Soft Law and the Protection of Vulnerable Migrants» en: *Georgetown Inmigration Law Journal, Vol. 24, 2010.*

BIEBER, R. y MAIANI F.:«Sans solidarité point d´Union Européene. Regards Roisés sus les crises de l´Union économique et monétaire et du système européen commun de asile» . En: *Revue trimestrielle de droit europée. Dalloz, París 2012. P. 295-327.*

BILANCIA, P.: «La ripartizione di competenze Tra Unione Europea e Stati Membri» . En: Bilancia, P. y D´Amico M.: *La nuova Europa dopo il Tratatto di Lisbona. Giuffrè Editore. 2009.*

BOBEK, M., «Why there is No principle of Procedural Autonomy of the Member States», en Micklitz - De Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States, Intersentia, Cambridge, 2012. P. 305-324*

BOIXAREU CARRERA, A.: «Los trabajos del grupo de coordinadores para la libre circulación de personas: el Documento de Palma», *Gaceta Jurídica de la CEE, 1989, B-48, pp. 3-10.*

BOLLO AROCENA, Mª. D:: «*Push Back*, Expulsiones Colectivas y Principio de *Non Refoulement*. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirsi Jamma y otros* c. Italia (2012)». En: Torres Berández, S. (Coord): *El Derecho internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXXI: Obra Homenaje al Prof. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez.* Iprolex. Madrid. 2013.

—«Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frastante búsqueda de formas legales de acceso a Eurpa en el Derecho de la Unión: el invierto futuro del Visado Humanitario Eurpeoy del Marco Europeo de Reasentamiento». En: *Cuadernos Europeos de Deusto. N. 60/2019, PP. 219-264.*

BOZA MARTÍNEZ, D.: *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Universidad de Cádiz. Servicio de Publicaciones.2007.

BREDSTRÖM, A.; KRIFORS K.; Y MESIC N.: « Border Reconfiguration, Migration Governance, and Fundamental Rights: A Scoping Review of EURODAC as a Research Object». *Social Inclusion 2022. Vol. 10. 3. PP.61-81.*

BUNDY, C.: «Migrantes, Refugiados, Historia Y Precedentes». En: *RMF 51. Enero 2016. P. 5-6.*

BURKE,E.: *Reflections on the Revolution in France*. 1790. (Editado por E.J. Payne, Everyman´s Library).

CALVO MARISCAL L.: «Cooperación entre la UE y Libia en materia de inmigración y asilo: la posible creación de plataformas de desembarco ». En: *Revista General de Derecho Europeo. 50 (2020). P. 162-204.*

CÁMARA VILLAR, G. «Los derechos y libertades del ámbito educativo». En: *Balaguer Callejón, F. (Coord). Cámara Villar, G; López Aguilar, J.F.; Montilla Martos, J.A: Manual de Derecho Constitucional. Vol. II. Tecnos. 2022.*

CAMPESI, G.: «La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, política». *Democrazia e Diritto, 3-4, 2011, pp. 177-226.*

CANNIZZARO, E: «Disintegration through Law?». En*: European Papers, 2016.*

CANO LINARES, Mª Á.: «Asilo y refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)». En: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Nº 41, 2016, p. 209-234.*

CANTOR D.J. y TRIMIÑO MORA, D.: «¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario». En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. CV. 2015. P. 165-194.*

CARMONA CONTRERAS, A.M.: «La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un Stándard común de protección de derechos del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria». *UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 39, 2017, pp. 307-332*

CASAS MÍNGUEZ, F.: «Globalización y cosmopolitismo en las ciencias sociales. La Sociedad del riesgo global» *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar n.º 3 • 2014 31*

CASTELLS, M.: *Globalización, Estado y sociedad civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos*. Isegoría, (22). P. 5–17

CASTRO FRANCO, A.: *La gobernanza internacional de las migraciones.* Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2016.

CATALDI G.; DEL GUERCIO, A.: «I Global Compact su migranti e rifugiati. Il *Sfot Law* delle Nazioni Unite tra spinte sovraniste e potenziali sviluppi». En: *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. 2017-2019. P. 188-210.*

CERVERA GIL, J.: «Su segunda posguerra. Los refugiados republicanos en el sur de Francia (1945-1947)».En: *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Hª Conttemporánea, t. 11. 1998. P. 191-211*.

CESLA V.A.: *Le processus d´harmonisation des droits migratoires nationaux de Etats membres de l´Union Européenne*. Schulthess Polygraphisches Verlag, Zurich, 2005, p. 99.

CHETAIL, V: «Theorie et pratique de l´asile en droit international classique: etude sur les origines conceptuelles et normatives du Droit International des refugies» . *R.G.D.I.P, tomo 115. Nº 3. 2011. P. 626-652.*

CLARO QUINTÁNS, I.: «Estrasburgo y la detención de inmigrantes, ¿nueva línea jurisprudencial? *Derecho nº 89. Lima. Jul/dic. 2022.*

CONTARINO SPARTA, L.L.: «Política y legalidad migratorias en el Reino Unido y América (c. 1850-1925): la consolidación de un marco discriminatorio común». *En: Oasis. 22 (dic. 2015). P. 146.*

CORNUZ RIGAUD, E.: «Les implications de l´interopérabilité au regar des droits fondamentaux. La modification d´Eurodac dans le processus d´interopérabilité». *Revue de l´Union Européene. Nº 641. P. 497-500.*

CRUZ LERA, E.: «La gobernanza de las migraciones transnacionales china y mexicana hacia Estados Unidos: los nexos entre las diásporas y el Estado creativo para el codesarrollo». *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales / Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, Año lxiv, núm. 236 mayo-agosto de 2019.P. 23.*

DANISI, C.: «Taking de `Union´ out of `EU´: The EU-Turkey Statement on the Syrian Refugee Crisis as an Agreement Between States under International Law.EN: *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. 20 de abril de 2017.*

DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: *El derecho la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales,* Valencia. Tirant Lo Blanch. 2019

DE VITTOR, F.: «Responsabilità degli Stati e dell´Unione Europea nella conclusione e nell´esecuzione di "accordi" Per Il Controllo Extraterritoriale Della Migrazione» . En: *Diritti Umani E Diritto Internazionale. Vol. 12. 2018. Nº 1. P. 5-27.*

DEL GUERCIO, A.:«La sentenza X.e X. della Corte di Giustizia sul rilascio del visto umanitario: Analisis critica de un ´occasione persa». En: *European Papers Europea Forum. 12 de mayo de 2017.*

DE LUCAS MARTÍN, J.: «Algunos elementos básicos de la "cultura de los derechos" ¿Por qué los Derechos Humanos?» En: *Studia histórica. Historia contemporánea. Nº 36. 2018. Ejemplar dedicado a los Derechos Humanos en el septuagésimo aniversario de la Declaración Universal e Naciones Unidas. P. 25-34.*

DEL VALLE GÁLVEZ, J. A.: «Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales». Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho. En: *Cuadernos de la Escuela diplomática, nº 33. Tirant lo Blanch, 2007. Valencia.*

—«Los Refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera Internacional». *En Revista de Derecho Comunitario Europeo. Año 20. Nº 55. 2016.*

—Del Valle Gálvez, J.A: «Unión Europea, crisis de refugiados y limes imperii» . En: *Revista General de Derecho Europeo. Nº 38. 2016.*

—«Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre 'extraterritorialidad', 'desterritorialidad' y 'externalización' de controles y flujos migratorios» , *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, p. 145-210*

DE VITTOR, F.:«Responsabilità degli Stati e dell´Unione Europea nella conclusione e nell´esecuzione di «accordi» per il controllo extraterritoriale della migrazione». En: *Diritti Umani E Diritto Internazionale. Vol. 12. 2018. Nº 1. P. 5-27.*

DONAIRE VILLA, F.J: «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia tras el Tratado de Lisboa: Entre supranacionalidad e integración diferenciada» . En: *REDE 35/Julio-Septiembre-2010. P. 337-364.*

ESPADA RAMOS, M.L.: «Asilo e inmigración en la Unión Europea». En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994*.

EUROPEAN LAW INSTITUTE: *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law: Checklists and European Standards.* Viena. 2017

FACCHI, L.: «Exploring avenues for protected entry in Europe». *Italian Council for Refugees. 2012 P. 17.*

FAGGIANI, V.: « Propuestas de reforma del Sistema Europeo Común De Asilo». En: *Porras Ramírez, J.M. (Coord). Migraciones y asilo en la Unión Europea. Thompson Reuters Aranzadi. 2020.. P. 195-223.*

—«¿Hacia una reforma integral o solo aparente y más involutiva del sistema europeo común de asilo?». *En: Revista General de Derecho Europeo, Nº. 52, 2020.*

FAJARDO DEL CASTILLO, T.: «El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: un instrumento de *soft law* para una gestión de la migración que respete los derechos humanos». En: *REEI, núm. 38, diciembre 2019.*

FAVILLI, C: «Il Trattato di Lisbona e la política dell´Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione» . En: *Diritto, immigarazione e cittadinanza.* 2010 nº2. P. 13 y ss.

—«La difficile costruzione di un sistema europeo comune di asilo».En: *Minorigiustizia n. 1-2019P. 33-41.*

—«Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico». En: *Questione giustizia, 2.10.2020.*

FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: «La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la expulsión de solicitantes de protección internacional». En: *Porras Ramírez, J.M. Migraciones y Asilo en la Unión Europea. Thompson Reuters Aranzadi. 2020.P. 295-321.*

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ M.ª B.: *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes.* Thompson Aranzadi. 2017,

FERNÁNDEZ LIESA, C.R:«Evolución jurídica internacional del Derecho Internacional de los Refugiados». *Tiempo de Paz. Invierno 2015.nº 119. P. 11-18.*

FERNÁNDEZ ROJO, D.:«Los Poderes Ejecutivos De La Guardia Europea De Fronteras Y Costas: Del Reglamento 2016/1624 Al Reglamento 2019/1896». En: *Revista catalana de dret públic, , Nº. 60, 2020 . P. 181-195*

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea» *En Porras Ramírez, J.M. (Coord). Migraciones y asilo en la Unión Europea. Thomson Reuters Aranzadi 2020. P.73-114.*

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A en: *El Derecho de los inmigrantes irregulares a tener derechos,* Tirant lo Blanch 2019.

FERRAJOLI, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001 P. 43

FERRER LLORET, J.: «La Unión Europea ante el Derecho de Asilo: A Propósito De La Sentencia Comisión/Hungría (Acogida De Solicitantes de Protección Internacional). En: Revista de Derecho Comunitario Europeo. N. 68. P. 25-66.

FRASCA, E.: «L´Ordinanza del Tribunale Di Roma del 21 Febbraio 2019 Che obbliga il Ministero degli Esteri all´inmediato rilascio di un visto per motivi umanitari restituisce un senso all´articolo 25 del Codice dei Visti Europeo: politiche del diritto ed esigenze di tutela a confronto. En: Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Fasc. N. 3. 2019.

GALETTA, D. U.: *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2011

GAMMELTOFG-HANESEN T. y HATHAWAY J.C: «Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence» *Colum. J. Transnat'l L. 53. Nº. 2 (2015) P. 235-284.*

GARCÉS-MASCAREÑAS, B.: «Por qué Dublín No Funciona». En: *Notes Internacionals. CIDOB. 135. Noviembre 2015.*

GARCÍA ANDRADE, P.; MARTÍN, I; MANANASVHVILI, S.: «EU cooperation with third countries in the field of migration». *Bruselas, Parlamento Europeo. Study for the LIBE commitee. PE 536.469.*

GARCÍA COSO, E. y GARCÍA ANDRADE P.: «El control de la inmigración ilegal y la cooperación al desarrollo en el marco de la Unión Europea». En: ICADE. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 69, septiembre-diciembre 2006. P. 227-251.*

GARCÍA MAHAMUT, R. y VIGURI CORDERO, J. «La protección de los datos personales de los solicitantes de protección internacional en el (nuevo) Sistema Europeo Común de Asilo: grandes desafíos y graves deficiencias» . En: *UNED Teoría y Realidad Constitucional. Núm. 44. 2019. P. 237-270.*

GARCÍA MAHAMUT, R.: «El Sistema de Protección Internacional En España: Estado de la Cuestión». En *Porras Ramírez J.M (Coord). Migraciones y Asilo en la Unión Europea. Thompson Reuters Aranzadi. 2020. P355-375.*

GARCÍA PICAZO, P.: En: «Las Fronteras De Europa: Reflexiones En Busca De Una Areté Política» . En: *Los Tratados de Roma en su Cincuenta Aniversario.Aldecoa Luzárraga F. y otros (Coord). Marcial Pons. 2008.*

GIDDENS, A.: *Consecuencias de la modernidad.* Alianza. Madrid. 1993.

GOIG MARTÍNEZ, J.M: «¿Una Política Común De Inmigración En La Unión Europea? Evolución, Retos Y Realidades» *Revista de Derecho de la Unión Europea. Madrid ISSN 1695-1085. nº 29 - julio - diciembre 2015. Pp. 191-222.*

— «Inmigración, asilo y refugio ante los retos actuales de la política exterior europea» . En: *Revista de Derecho UNED, núm. 18, 2016*

— «LA política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los tratados de Roma (o la historia de un fracaso)» En: *Revista de Derecho de la Unión Europea. Madrid ISSN 1695-1085. nº 32 - enero - junio 2017. Págs. 71-111.*

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E.: «Asilo E Inmigración En La Unión Europea». En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año nº 6, Nº 13, 2002, Pp. 833-856*

GONZÁLEZ VEGA, J.A: «¿regreso Al Futuro? La Difícil Concreión De Una Política Europea De Inmigración» . En: Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. perspectivas de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. *Aldecoa Luzárraga, F. y otros (Coord) Marcial Pons. 2008.*

— «El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la declaración UE- Turquía». En: «*La crisis de personas refugiadas y su impacto sobre la UE» Eurobasque. 2016 p. 149- 189. P.165*

GOODWIN-GILL, G.S y WECKEL P.: *Protection des migrants et des réfugiées au XXIe siècle, aspects de droit international. Migration and Refugee Protection in the 21st Century, International Legal Aspects.* Philippe Weckel, eds., Hague Academy of International Law, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2015

GOODWIN-GILL, G.S: *La declaración sobre el asilo territorial de 1967*. En United Nations Audiovisual Library of International Law. 2012.

GORTÁZAR ROTAECHE C.J.: «El enfoque global de la migración en la Unión Europea y el derecho humano al desarrollo». En: *Miscelánea Comillas. Vol. 67 (2009), núm. 130. P. 199-216.*

GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. y DOS SANTOS SOARES, A.: «Rompiendo una lanza por los valores y principios de la UE. Sentencia del Tribunal de Justicia (sala tercera) de 2 de abril de 2020, Comisión Europea contra República de Polonia y otros». *En: Revista General de Derecho Europeo.Nº. 52, 2020*

GRAGLIA P.S.*: L´Unione europea*. Bologna, Il Mulino. 2011.

GRAHL-MADSEN, A.: «The Emergent International Laww Relating To Refugees: Past-Present And Future». En: *Thesaurus Acroasium. Vol. XIII P. 195. Rayón Ballesteros.*

GROSSO, E.: *Le Vie della cittadinanza: le grandi radici, i miodelli sotrici di riferimento.* Padova, 1997.

GUILD, E y WEATHERHEAD K.T.: «Tensions as the EU negotiates the global compact for safe, orderly and regular migration». En el blog de Odysseus Academic Network.

HABERLE, P.: «El Tratado De Reforma De Lisboa De 2007» (Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón). *ReDCE, nº9, 2008.*

HABERMAS, J.: *Teoría y Praxis. Estudios de Filosofía Social.* Traducción en español. Tecnos. Madrid. 1987.

— La inclusión del otro. Ed. Paidós. Barcelona. 1999. P. 94.

— «La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años». (Traducción y notas de Velasco Arroyo, J.C.). *ISEGORÍN16* (1997) pp. 61-90. (Artículo que apareció originalmente, con el titulo «Kants Idee des Ewigen Friedcns-aus dem hístorischen Abstand von 200 Jahren», en la revista *Kritische Iustiz, núm. 3 (1995), Frankfurt A. M., pp. 293•319).*

HARVEY, C.: «Refugees and Human Rights: The Future of International Protection in the United Kingdom» . *European Human Rights Law Review, 2015. P. 595-603.*

HATTON, T. J. y WILLIAMSON, J. G: *The Age of Mass Migration: Causes and Economic Impact.* Oxford University Press, Nueva York. 1998.

HERNÁNDEZ- ECHEVARRÍA, C.: «Nadie quiso a los judíos: el fiasco de Evian». De 6 de julio de 2021. Artículo publicado en el periódico online de *La Vanguardia.* el 6 de julio de 2021.

HERRERÍN LÓPEZ, A.: «Las políticas de ayuda y de evacuación de los refugiados españoles en Francia durante la ocupación nazi. En: *Cahiers de civilisation espagnol contemporaine. (on line) Nº 9. 2012.*

HUNT, L.: *La invención de los derechos humanos.* Tiempo de memoria Tus Quets editores. 2009. P. 20.

Hurwitz A.: *The collective responsibility of States to Protect Refugees.* Oxford Monographs in International Law. 2009.

INELI-CIGER, M.: «Time To Activate The Temporary Protection Directivve. Why The Directive Can Play A Key-Role In Solving The Migration Crisis In Europe» . *En: European Journal Of Migration And Law, Vol. 18. (1) 2016. P. 1-33.*

JIMÉNEZ PIERNAS, C.: *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*. Tecnos. 2011.

JUSTE RUIZ, J.: «El Derecho internacional de las migraciones: entre la crisis y la renovación». Anuario Español de Derecho Internacional/ Vol. 35/2019. P. 535-551

KELSEN, H.. *Esencia y valor de la Democracia*. Labor. Barcelona 1934.

LA BARBERA, M.: «La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad». *En: Revista de Derecho Comunitario Europeo, 62. P. 235-257.*

LABAYLE, H., «L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme». *Revue Française de Droit Administratif, vol. 13, nº 5, 1997, p. 977.*

— «Un espace de liberté, de sécurité et de justice» . *RTDE ,* 1997 *Vol. 33. Núm.4. P. 813-881.*

LABAYLE, S: «Les valeurs de l´Union européene» . 2017, Tesis doctoral *Université Laval Québec, Canada Docteur en droit (LL. D.) et Aix-Marseille Université Aix-en-Provence, France*

LACOMBA VÁZQUEZ, J. y CLOQUELL-LOZANO, A.: «Políticas de desarrollo. en el contexto de la migración. Coherencias y contradicciones en el caso de dos programas de codesarrollo de España en Colombia y Ecuador». *Iberoamerican Journal of Development Studies, 6 (1) 2017. P. 50-74.*

LEVINE, C. FADEN, R., GRADY, C., HAMMERSCHMIDT, D., ECKENWILER, L. y SUGARMAN, J.: «The limitations of "vulnerability" as a protection for human research participants». *American Journal of Bioethics, 4 (3), 44-50. 2004.*

LIGUORI, A.: «Il nuovo patto sulla migrazione e l´asilo e la cooperazione dell´Unione Europea con i paesi terzi: niente di nuovo sotto il sole? En: *Diritti Umani e Diritto Internazionale. Vol. 15. N.1. P. 67-84.*

LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: «La cooperación política europea: evolución y perspectivas». En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, Vitoria. 1998. P. 439-480.*

— «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» . En: Mangas Martín A. y Liñán Nogueras D.J *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. 2020. Tecnos. P. 90-125.*

LOCKE J.: *Second Treatise of Gobernment. 1690.* (Public Domain Core Collection book was created using the 1690 edition of Second Treatise of Government courtesy of Project Gutenberg).

LÓPEZ GARRIDO, D.: *Derecho al asilo.* Madrid. Trotta 1991.

LUNA, F.: «Elucidating the concept of vulnerability: Layers not labels». *IJFAB: International Journal of Feminist Approaches to Bioethics, 2 (1),* 2009.

MACHADO CACIJE, L.: «Aproximaciones sobre el surgimiento y evolución histórica del estatuto de los Refugiados». Anuario Digital CEMI Vol. 1 no. 1 ene-dic 2013.

MACIOE, F.: «El valor y la importancia política de los grupos vulnerables». *Revista de Estudios Políticos, 195. 2022. P. 245265..*

MANGAS MARTÍN, A.: «Un tratado no tan simple: el realismo mágico del funcionalismo» . En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo núm. 30, Madrid, mayo/agosto (2008), P..335-348.*

MANGAS MARTÍN, A. Y Liñán Nogueras, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea.* Tecnos 2016.

MARCHEGIANI, M.: «La riforma del sistema comune europeo di asilo: verso una procedura comune e uno status uniforme? En: *Diritto pubblico Fascicolo 1, gennaio-aprile 2020.*

MARCO AURELIO.: Meditaciones. IV. §4. GREDOS. 5.ed. 2005.

MARENGO CAMACHO, J.: «Fronteras elásticas, hegemónicas y teoría del discurso: la frontera sur de México» . En: *Revista CIDOB d´Afers Internacionals. N. 111. 934.*

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «La Flexibilidad En El Tratado De Ámsterdam: Especial Referencia A La Noción De Cooperación Reforzada». *En: Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año nº 2, Nº 3, 1998.*

—La inmigración y el asilo en la Unión Europea. : hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia.. Ed. Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 2002.p.19

—«El Reto de la inmigración. Sobre la conveniencia de una política común europea al estilo de la prevista en la Constitución Europea». En: *RGDE-Iustel, núm.11. 2006.*

—«La Unión Europea ante el espejo: éxitos pasados no garantizan éxitos futuros». En: *Nuevas narrativas para Europa. ¿Qué Europa reconstruir tras 60 años de los tratados de Roma? 2008.*

MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.: *La Política Europea de Protección Internacional. Sistema Europeo Común de Asilo* . Thompson Reuters Aranzadi. 2018.

MAZZINI, G.: *Dei doveri dell´uomo*. Corriere della Sera. Milano. Ed. 2010.

MONNIER, R.: “La noción de ciudadano en Francia de la ilustración a la revolución: definiciones, normas y usos”. *Historia Contemporánea 28, 2004, 293-310.*

MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*. Ed. «Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana». 2018. P. 119.

MORGADES GIL, S.: “La protección de los demandantes de Asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Núm 3, Madrid. Septiembre/diciembre 2010.

— *De refugiados a rechazados. El Sistema de Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, 2021.

— «Entre visado y humanitario: A vueltas con los conceptos de competencia y jurisdicción en el Derecho de la Unión Europea y europeo de los Derechos Humanos». En: *ABRISKETA URIARTE, J. (Dir): «Políticas de Asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa». Thompson Reuters Aranzadi. 2021.*P. 251-273

— *De refugiados a rechazados. El Sistema de Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, 2021.

MORGESE, G.: «Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell´Unione Europea». En: *Caggiano G.:I percorsi giuridici per l´integrazione. migranti e titolari di protezione internazionale. 2014. P. 365-405.*

— «La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità» . En: L´Europa allo specchio: le politiche di immigrazione e asilo» . Dirito publico 1/2020.

NASCIMBENE, B. «Protocollo 4-art. 3 e 4» *En: Bartole, S. Conforti, B. e aimondi, L. “Comentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti Del´Uomo e delle Libertà Fondamentali”. Padova. 2001*

NUSSBAUM, M. C.: *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*. PAIDÓS Estado y Sociedad. 2020.

OGLIETTI, G.: «Crecimiento, demografía e inmigración: estimación en datos en panel para la Unión Europea» *en Estud. soc vol.15 no.29 México ene./jun. 2007*

OLESTI RAYO, A.: «Las políticas de la Unión Europea Relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración» . En: *Revista de derecho constitucional europeo. Nº. 10, 2008, pp.. 13-48*

— «El Espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión EU». *REAF, núm. 15, abril 2012, p.44-8*

PAJARES, M.: «La política europea de inmigración» . En: *Cuadernos Relaciones Laborales. ISSN: 1131-8635 Vol. 20 Núm. 1 (2002): 143-165 143..*

— *Refugiados climáticos. Un gran reto del siglo XXI.* Rayo Verde editorial. 2020.

PALM, A.*: «*The Italy- Libya Memorandum of Understanding the baseline of a policy approach». *Disponible en el blog online de Odysseus Network el 2 de octubre de 2017.* Disponible para consulta en: https://eumigrationlawblog.eu/the-italy-libya-memorandum-of-understanding-the-baseline-of-a-policy-approach-aimed-at-closing-all-doors-to-europe/

PARDOS-PRADO S.:» Actitudes Ante La Inmigración y comportamiento Electoral En Europa» . En: *Anuario Cidob De La Inmigración 2019 P. 52-65*

PAREJO ALFONSO, L.: «Los Principios de la "*Gobernanza Europea*" ». *En: Revista de Derecho de la Unión Europea, n.°6-1. semestre 2004.P. 27-56.*

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. : «La universalidad de los derechos humanos». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 15-16, 2, 1994, págs. 613-634*

PEERS, S.: «First analysis of the EU's new asylum proposals. EU Law Analysis». *En el blog online de EU Law Analysis. Disponible para consulta en http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/09/first-analysis-of-eus-new-asylum.html*

PEREIRA DA SILVA, V.: «Una Reflexión Desde Granada Sobre La Constitución Europea» . REDCE núm. 22. Julio-diciembre de 2014.

PETERS, A.: Beyond Human Rights. The Legal Status of Individual in International Law (trad. J. Huston), Cambridge UP, 2016

— «The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?» *Blog of the European Journal of International Law: Talk!* 21.de noviembre .2018,

PINYOL JIMÉNEZ, G.: «Las personas refugiadas no son el enemigo». En El País, el 10 de noviembre de 2021. Disponible en: https://elpais.com/autor/gemma-pinyol-jimenez/

PIZZOLO, C.: «El Recurso efectivo como derecho de los solicitantes de asilo». En: Porras Ramírez, J.M (coord.). *«Migraciones y asilo en la Unión Europea»*. Thompson Reuters Aranzadi2020.P. 263.

PLUTARCO: Obras morales y de costumbres. Moralia.V. Fortuna o virtud de Alejandro. 329.A.B. 13 vols. Ed. Gredos. Madrid. 1989. López Salvá, M. (traducción y notas, ed. 1989. P. 240

PORRAS RAMÍREZ, J.M.: «El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización» . En: Revista de Estudios Políticos. Nº. 175. 2017. P. 207-234.

— «Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona» *Anuario de derecho eclesiástico del Estado Nº 34. 2018. P. 201-223.*

— «La iniciativa legislativa indirecta del Parlamento Europeo: ¿un cambio en el método comunitario de toma de decisiones?» *REDE. Nº. 70, 2019, P. 23-48.*

— «Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado Constitucional». En: Balaguer Castellon, F. (coord.) «Derecho Constitucional y cultura. *Estudios en homenaje a Peter Häberle»* . *Tecnos.*

— *Migraciones y Asilo en la Unión Europea*. Thompson Reuters Aranzadi. 2020.

— «*Un pacto sobre Inmigración y asilo en la Unión Europea*». Thompson Reuters Aranzadi. 2020. P. 145-172,

— «El reto de construir una política migratoria común en la Unión Europea» . En: *La Ley Unión Europea, Nº. 82, 2020.*

— «*La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*» Thompson Reuters Aranzadi. 2021.

— «El derecho de asilo en la Unión Europea, en PIZZOLO, C. (Coord.), *Integración Regional y Derechos Humanos. Puntos de Convergencia*, Buenos Aires, Astrea, 2022, págs. 305-326.

— « La crisis de Ucrania, la aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes: ¿un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea?» *La Ley Unión Europea.* 2022.

PRICE, M.E: *Rethinking Asylum History, Purpose, and Limits*. Cambridge University Press. Enero 2010.

RAYÓN BALLESTEROS M.C: «La globalización: su impacto en el Estado-Nación y en el Derecho» Revista Jurídica Derecho versión impresa vol.7 no.8 La Paz jun. 2018.

RIDAURA MARTINEZ, Mª J.: «Las solicitudesd e asilo de nacionales de Estados miembro de la Unión Europea». En: *Porras Ramírez, J.M. Migraciones y asilo en la Unión Europea. Thompson Reuters Aranzadi.. 2020. P. 229-254*

RODOTÀ, S. «Cittadinanza: una postfazione». En: *ZOLO,D. (a cura di) La cittadinanza. Appartenenza, identitpa, diritti. Bari. 1999. P. 318.*

RODRIK, D.: La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial. Ed. Antoni Bosch. 2012. Barcelona.

ROMAN, E.: «Migrantes o refugiados? Crisis de una distinción y de las políticas». La Vanguardia Dossier (monográfico sobre Refugiados. Ottro proyecto que desafía a Europa). Nº 58. Octubre 2015. P. 38.

RUIZ RAMOS, J. (2020). «The Right to Liberty of Asylum-Seekers and the European Court of Human Rights in the Aftermath of the 2015 Refugee Crisis». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 39, P. 1-46.*

—«El derecho a la libertad de circulación y residencia de los migrantes». En: *Porras Ramírez, J.M. (Dir) La inclusión de los migrantes en la Unión Europa y España. Estudio de sus derechos. 2021P. 359-391.*

SANCHEZ BARRILAO, J.F.: «Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción el Derecho Constitucional europeo. En: ReDCE nº 12 julio-diciembre 2009 P. 115-149. González Vega, J. A. Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la «crisis de los refugiados»). Revista de Derecho Comunitario Europeo, 56, 2017. P. 27-75.

—«Fundamentalismos, identidades e integración en Europa». En *Balaguer Callejón, F. y Tudela Aranda, J. Perspectivas actuales del proceso de integración Europea. Colección Actas 17. Zaragoza 2019.*

SÁNCHEZ GIL, R.: «El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano» en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Construcción, año V, núm. 4, julio-diciembre, México, 2005,*

SÁNCHEZ LEGIDO, Á. «El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo». En: *Revista de Derecho Comunitario Eruopeo. Nº. 57. 2017.*

SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las Embajadas y Consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)». *REEI, núm. 41, junio 2021.*

SANTOS OLMEDA, B. (2019) «Las víctimas de trata en España: el sistema de acogida de protección internacional». *Anuario CIDOB de la Inmigración 2019 (noviembre de 2019), p. 158.*

SCALPELLI, F.: «Il vertice di Malta sulla gestione dei flussi migratori». En: *European affairs. El 27 de septiembre de 2019.*

SCUTO,F.: *I Diritti Fondamentali Della Persona Quale Limite al Contrasto Dell´Immigrazione Irregolare*. Giuffprè Editore. 2012

— «La Gestione dell "Emmergenza" tra Interventi del´Unione Europea e Ordeinamento Nazionale: l´Impatto sulle Fonti Del Diritto Dell´Immigrazione». *Cortese, F.E Pelacani:"Il Diritto In Migrazione".Università Degli Studi di Trento. 2017.*
— «Inmigrazione irregolare e diritti fondamentali nella lente di Strasburgo» En: *Porras Ramirez J.M.: La inclusión de los migrantes ne la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos. 2021. Thompsonn Reuters Aranzadi. P. 443-464*

SOLANES CORRELA, Á.: «Protección y principio de non-refoulement en la Unión Europea» . *SCIO. Revista de Filosofía, nº 19. Noviembre de 2020, P. 27-62.*

SOLER GARCÍA, C: « ¿La noción de "país seguro" es segura? Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo, 66, 2020 P.559-600*

STOREY, H «The Right to Family Life and Inmigration Case Law at Strasbourg», *International Comparative Law Quarterly nº 39. Abril 1990. Pp.*

STUBB, A.: *The Semantic Indigestion of Differentiated Integration: The Political Rhetoric of the pre-1996 IGC Debate*. Thesis at the Department of Politics and Administration, College of Europe, Brujas, 1995.

TÁMARA ESPOT, J.: «Política Europea de Inmigración Y Asilo: Razones y (Des)equilibrios» . En*: Claves de Razón Práctica nº. 244, 2016. P. 21.31.*

VAN OUTRIVE L.: «Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen» . En: *Afers Internacionals, n. 53. P. 43-61.*

VESTRI, G.: «Inmigración y extranjería. En camino hacia el Tratado de Ámsterdam» . En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, n. 134. Mayo-agosto 2012.*

VIDAL PRADO, C.: «El derecho a la educación de los migrantes» En: *Porras Ramírez, J.M. (Dir): La inclusión de los Migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos. Thompson Reuters Aranzadi. 2021.P. 147-171.*

VITELLO, D.: « Il contributo dell´Unione Europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts». *En: Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. 2017-2018 P. 1-44*

WAEVER, O: «Securitization and Desecuritization». En: *On Security, ed. R. D. Lipschutz (New York: Columbia University Press, 1995), pp. 46-86.*

WECKEL, PH. «Le droit international face à la mobilisation internationale en faveur des migrants», en: *Goodwin-gill, G.S y Weckel PH.: «Protection des migrants et des réfugiées au XXIe siècle, aspects de droit international Migration and Refugee Protection in the 21st Century, International Legal Aspects». Philippe Weckel, eds., Hague Academy of International Law, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2015p. 23-48.*

WEILER, J.H.H:» «Descifrando El ADN Político y Jurídico De La Integración Europea: Un Estudio Exploratorio». En: *Revista Española De Derecho Constitucional. Núm. 96, Septiembre-Diciembre (2012), Págs. 13-40*

WEILER, J., *The transformation of Europe* (1991). (Trad. esp., *Europa, fin de siglo*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, pp. 13-126).

WIHTOL DE WENDEN. C: «La política migratoria de la Unión Europea: ¿puentes en vez de muros?» *Quaderns de la Mediterrània 17, 2012 P. 137-141.*

WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus Logico-Philosophicus Investigaciones Filosóficas Sobre La Certeza.* (estudio introductorio por Isidoro Reguera). Ed. Gredos. Madrid.2009.

WOOD,G. en: *The american Revolution: a history*. *New York. Modern Library 2002.*

WOUTERS, J., WAUTERS, E.: «The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: Some Reflections», *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper Nº 210, Febrero de 2019*

ZAMBRANO, V.: «Accordi Informali Con Stati Terzi In Materia Di Gestione Dei Flussi Migratori: Considerazioni Critiche Con Riferimento Alla Prassi Dell´Unione e Dell´Italia» . En: *Freedom, Security & Justice» : European Legal Studies. 2019. Nº 1. P. 119-148.*

INFORMES CONSULTADOS.

— ACNUR *Annotated Comments to Directive 2013/33/EU of the European Parliament and Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection [Observaciones del ACNUR sobre la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido)]*, 2015

— ACNUR: *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the safe third country and first country of asylum concept.* 2016.

— ACNUR: *Refugees & Migrants Sea Arrivals In Europe. 2016.*

— ACNUR Informe *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2021*. 2022.

— AIDA (Asylum Information Database) y ECRE (European Council on Refugees and Exilies: *Withdrawal of reception conditions of asylum seekers. An appropiate, effective or legan sanction?* 2018

— Amnistía Internacional: *Miedo y Vallas. Los Planteamientos De Europa Para Contener A Las Personas Refugiadas*. 2015.

— CEAR: *Informe De Misión De Lesbos, Lesbos, "zona cero" del derecho al asilo*. 2016

— CEAR: *Atrapados en Grecia: Un Año Después Del Acuerdo UE-Turquía*. 2017.

— CEAR: *Informe 2018: las personas refugiadas en España y Europa*. 2018.

— CEAR: *Las personas refugiadas en España y Europa.* 2021.

— CEAR: *Informe del Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo: Retos y oportunidades*. 2022.

— Comisión Europea: *Quinto informe sobre los progresos realizados en la aplicación de la Declaración UE-Turquía, 2 de marzo de 2017*, COM (2017).

— Comisión Europea: *EU Support on migration in Morocco EU Emergency trust fund for Africa North of Africa window*. 2021.

— Comisión Interamericana De Derechos Humanos: «Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y despalazados

internos: norams y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos». 2015.

—

— Comisión LIBE *Informe sobre Código de visados.* 2018

— Comisión LIBE: *Informe sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Código sobre visados de la Unión*. 2023.

— Comisión Mundial sobre la Migración Internacional. Informe: *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*». Publicado en octubre de 2005

— CPT: *32nd General Report of the CPT: 1 Januari-31 December 2022*. Consejo de Europa, marzo 2023.

— Defensor del Pueblo. *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.* Informe del Defensor del pueblo de España. 2015

— Defensor del Pueblo: *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. 2016.

— Defensor del Pueblo. *Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales. Volumen I.* 2022

— Defensor del Pueblo. *Informe anual 2021. Volumen I.* 2022

— División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (ONU-DAES). Informe *Aspectos Destacados de la Migración Internacional 2020 (International Migration 2020 Highlights)*, enero de 2021.

— European Council on Refugees and Exiles*: Boundaries of liberty. Asylum and de facto detention in Europe*. 2018

— FRA, Current Migration Situation in the EU: Oversight of reception facilities (Actual situación migratoria en la UE: Análisis de las instalaciones de acogida), septiembre de 2017.

— Greek Council for Refugees, Asylum Information Database (AIDA) y European Council on Refugees and Exiles (ECRE). *Country Report: Greece.* 2021.

— Human Rights Watch, TROLLER S.: *En la trampa de la migración: menores extranjeros no acompañados en Europa*. 2010.

— Informe de la Comisión al Parlamento Europeo *Primer informe anual sobre el Mecanismo para los Refugiados en Turquía*. 2017.

— Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo: *Decimoquinto informe sobre reubicación y reasentamiento*, COM (2017).
— Italian Council for Refugees: *Exploring avenues for protected entry in Europe*. 2012.
— Opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos *informe de la Comisión de 19 de enero de 1989.*
— Periódico El Mundo. Informe: *Los muros que blindan Europa contra los migrantes*. Publicado el 24 de noviembre de 2021.
— Relator Especial de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas migrantes: *informe sobre los derechos humanos de los migrantes, N.U. Asamblea General. A/65/222.* 2010.
— Save The Children *Seminario: La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*. 2005
— Save The Children: *A tide of self-harm and depression The EU-Turkey Deal's devastating impact on child refugees and migrants*. 2017.
— Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan: *Informe Migración internacional y desarrollo*. [A/60/871] 2006.
— Unicef España: *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española 2019.*
— UNICEF: *Neither Safe Nor Sound*. 2016.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- STJUE de 30 de noviembre de 2009, C.- 357/09 Asunto *Kadzoev.*
- STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, C.- 411/10 Asunto *N.S y otros.*
- STJUE de 27 de septiembre de 2012. C.-179/11 Asunto *Cimade y Groupe d'information et soutien des immigrés (GISTI) contra Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territorales et de l'Immigration.*
- STJUE de 6 de noviembre de 2012, C.- 245/11 Asunto *K contra Bundesasylamt.*
- STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-277/11 Asunto *M. contra Minister for Justice, Equality and Law Reform* y otros.
- STJUE de 26 de febrero de 2013, C-617/10 Asunto *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson.*
- STJUE de 14 de marzo 2013, C-415/2011 Asunto, *Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya.*
- STJUE de 6 de junio de 2013, C-648/11 Asunto *MA y otros contra Secretary of State for the Home Department.*
- STJUE de 19 de diciembre de 2013, Asunto *C-84/12 Rahmanian Koushkaki y Alemania.*
- STJUE de 27 de febrero de 2014, C-79/13 Asunto *Saciri y otros.*
- STJUE de 18 de diciembre de 2014, C- 526/13 Asunto *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* y *Moussa Abdida*.
- STJUE de 18 de diciembre de 2014, C- 542/13 Asunto *Mohamed M´Bodj y E. Belga*
- STJUE de 24 de junio de 2015, C-373/13 Asunto *H.T*
- STJUE *C.K.* de 16 de febrero de 2017, C-578/16 PPU Asunto *C.K. c. Eslovenia*
- STJUE de 7 de marzo de 2017, C-638/16 Asunto *PPU X and X v.État Belge*

— STJUE de 6 de septiembre de 2017, C- 643/15 y C-647/15 Asunto *República Eslovaca y Hungría*

— STJUE de 13 de septiembre de 2017, C.- 60/16 Asunto *Khhir Amayry/ Migrationsverket*

— STJUE de 12 Abril 2018, C-550/2016 Asunto *A y S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*

— STJUE de 24 de abril de 2018, C.- 353/16 Asunto *MP y Secretary of State for the Home Department*

— STJUE de 19 de junio de 2018, C-181/16 Asunto *Sadikou Gnandi/État Belge*.

— STJUE de 17 de febrero de 2009, C-465/07 Asunto *Elgafaji.*

— STJUE de 13 de marzo de 2019, C.- 635/17 Asunto *E. v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.*

— STJUE de 29 de julio de 2019, C.-556/17 Asunto *Alezkszij Torubarov contra Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal.*

— STJUE de 12 de noviembre de 2019, C-233/18 Asunto *Zubair Haqbin y Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoeker.*

— STJUE de 12 de diciembre de 2019, C.-519/18 Asunto *TB y Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal.*

— STJUE de 2 de abril de 2020, C-715/17 Asunto *Comisión/Polonia;* C718/17. Asunto *Comisión/Hungría;* C.-719/17 Asunto *Comisión/República Checa*.

— STJUE de 14 de mayo de 2020, C-924/19 y 925/19 Asunto *FMS y otros contra Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság y Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság,*

— STJUE de 25 de junio de 2020, C.- 36/20 Asunto *VL.*

— STJUE de 16 de julio de 2020, Asunto *Milkiyas Addis contra Bundesrepublik Deutschland.*

— STJUE de 9 de septiembre de 2020, C.- 6511/19 Asunto *J.P. y Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.*

— STJUE de 17 de diciembre de 2020, C-924/19 PPV, Asunto *Comisión c. Hungría.*

— STJUE de 14 de enero de 2021, C.- 441/19. Asunto *TQ y Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid.*

— STJUE de 10 de junio de 2021, C.- 921/19 Asunto *LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid.*
— STJUE de 9 de septiembre de 2021, C.- 18/20 *XY y Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl.*
— STJUE de 1 de agosto de 2022, C.-279/20 *Asunto Alemania y XC.*
— STJUE de 17 de noviembre de 2022, C.-230/21 Asunto *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée).*
— STJUE de 22 de noviembre de 2022, C.-69/21 Asunto *X y Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid.*

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

— STEDH de 23 de julio de 1968, caso *Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*.
— STEDH de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda c. Reino Unido.*
— STEDH de 25 de abril de 1978, caso *Tyrer c. Reino Unido.*
— STEDH de 13 de junio de 1979, caso *Marckx c. Bélgica.*
— STEDH de 6 de noviembre de 1980, caso *Guzzardi c. Italia.*
— STEDH de 18 de diciembre de 1986, caso *Johnston y otros c. Irlanda*
— STEDH de 21 de junio de 1988, caso *Berrehab c. Holanda.*
— STEDH de 7 de julio de 1989, caso *Söering c. Reino Unido.*
— STEDH de 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquin c. Bélgica.*
— STEDH de 20 de marzo de 1991, caso *Cruz Varas c. Suecia.*
— STEDH de 30 de octubre de 1991, caso *Vilvaraja y otros c. Reino Unido.*
— STEDH de 27 de agosto de 1992, caso *Vijayanathan y Pusparajah c. Francia*.
— STEDH de 25 de junio de 1996, caso *Amuur c. Francia.*
— STEDH de 29 de septiembre de 1996, caso *Buckley c. Reino Unido*.
— STEDH de 15 de noviembre de 1996, caso *Chahal c. Reino Unido.*
— STEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Ahmed c. Austria.*
— STEDH de 2 de mayo de 1997, caso *D. c. Reino Unido.*
— STEDH de 23 de febrero de 1999, caso *Andric c. Suecia.*
— STEDH de 11 de julio 2000, caso *Jabari c. Turquía*.

— STEDH de 11 de julio 2000, caso *Ciliz c. Holanda*.

— STEDH de 6 de febrero de 2001, caso *Bensaid c. Reino Unido.*

— STEDH de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif contra Suiza.*

— STEDH de 5 de febrero de 2002, caso *Conka c. Bélgica.*

— STEDH de 26 de febrero de 2002, caso *Kutzner c. Alemania.*

— STEDH de 5 de mayo de 2002, caso *Conka c. Bélgica*.

— STEDH de 4 de febrero de 2003, caso *Van der Ven c. Países Bajos*.

— STEDH de 12 de marzo de 2003, caso *Öcalan c. Turquía.*

— STEDH de 25 de enero de 2005, caso *Singh c. República Checa.*

— STEDH de 31 de mayo de 2005, caso *Davydov v. Estonia.*

— STEDH de 27 de julio de 2005, caso *N c. Finlandia*.

— STEDH de 8 de noviembre de 2005, caso *Bader y Kanbor c. Suecia.*

— STEDH de 8 de diciembre de 2005, caso *Mahdid and Haddar c. Austria.*

— STEDH de 13 de diciembre de 2005, caso *Timishev c. Rusia*

— STEDH de 12 de octubre de 2006. *Mubilanzila Mayeka y Kanii Mitunga contra Bélgica.*

— STEDH de 18 de octubre de 2006, caso *Hermi c. Italia* .

— STEDH de 11 de enero de 2007, caso *Salah Sheekh c. Países bajos.*

— STEDH de 20 de septiembre de 2007, caso *Sultani c. Francia.*

— STEDH de 29 de enero de 2008, caso *Saadi c. Reino Unido.*

— STEDH de 28 de febrero de 2008, caso *Saadi c. Italia.*

— STEDH de 27 de mayo de 2008, caso *N. c. Reino Unido.*

— STEDH de 17 de julio de 2008, caso *NA c. Reino Unido.*

— STEDH de 7 de abril de 2009, caso *Ghulami v. France.*

— STEDH de 18 de junio de 2009, caso *Budina c. Rusia.*

— STEDH de 22 de septiembre de 2009, caso *Abdolkhani y Karminia c. Turquia.*

— STEDH de 18 de febrero de 2010, caso *Baysakov y otros c. Ucrania.*

— STEDH de 29 de marzo de 2010, caso *Medvedyev y otros c. Francia.*

— STEDH de 6 de abril de 2010 *Mustafa et Armağan Akın c. Turquie*

— STEDH de 1 de junio de 2010, caso *Mawaka c. Países Bajos.*

— STEDH 2 de septiembre de 2010, caso *Kushal y otros contra Bulgaria*.

— STEDH de 21 de enero de 2011, caso *M.S.S contra Bélgica y Grecia.*

— STEDH de 15 de febrero de 2011, caso *Geleric contra Rumanía.*

— STEDH de 5 de abril de 2011, caso *Rahimi c. Grecia.*

— STEDH de 11 de octubre de 2011, caso *Auad c. Bulgaria.*

— STEDH de 20 de diciembre de 2011, caso *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica.*

— STEDH de 17 de enero de 2012, caso *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido.*

— STEDH de 19 de enero de 2012, caso *Popov c. Francia.*

— STEDH de 2 de febrero de 2012, caso *I.M. c. Francia.*

— STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia.*

— STEDH de 10 de abril de 2012, caso *K.A.B. c. España.*

— STEDH de 24 de abril de 2012, caso *Mathloom c. Grecia.*

— STEDH de 2 de octubre de 2012, caso *Singh y otros c. Bélgica.*

— STEDH de 29 de marzo de 2013, caso *Zorica Jovanović c. Serbia.*

— STEDH de 13 de junio de 2013, caso *HA y otros v. Grecia.*

— STEDH de 9 de diciembre de 2013, caso *Aden Ahmed c. Malta.*

— STEDH de 22 de abril de 2014, caso *A.C. c. España.*

— STEDH de 21 de octubre de 2014, caso *Sharifi y otros c. Italia y Grecia.*

— STEDH (Gran Sala) de 4 de noviembre de 2014, caso *Tarakhel c. Suiza.*

— STEDH de 22 de septiembre de 2015, caso *Nabil y otros c. Hungría.*

— STEDH de 19 de enero de 2016, caso *M.D y M.A c. Bélgica.*

— STEDH de 4 de febrero de 2016, caso *Amadou/Grecia.*

— STEDH de 23 de marzo de 2016, caso *F. G. contra Suecia.*

— STEDH de 3 de mayo de 2016, caso *Abdi Mahmud c. Malta.*

— STEDH de 5 de julio de 2016, caso *O.M c. Hungría.*

— STEDH de 12 de julio de 2016, caso *A.M. y otros c. Francia.*

— STEDH de 23 de agosto de 2016, caso *J.K c. Suecia.*

— STEDH de 13 de octubre de 2016, caso *B.A.C. c. Grecia.*

— STEDH: de 22 de noviembre de 2016, caso *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta.*

— STEDH de 13 de diciembre de 2016, caso *Paposhvili c. Bélgica.*

— STEDH de 15 de diciembre de 2016, caso *Khlaifia y otros c. Italia.*

— STEDH de 23 de febrero de 2017, caso *De Tommaso c. Italia.*

— STEDH de 2 de marzo de 2017, caso *Ahmed c. Reino Unido.*

— STEDH de 14 de marzo de 2017, caso *Ilias y Ahmed c. Hungría.*
— STEDH de 4 de abril de 2017, caso *Thimothawes c. Bélgica.*
— STEDH de 25 de enero de 2018, caso *J.R.y otros c. Grecia.*
— STEDH de 10 de abril de 2018, caso *Bistieva y otros c. Polonia.*
— STEDH de 11 de diciembre de 2018, caso *M.A. y otros c. Lituania.*
— STEDH de 28 de febrero de 2019, caso *Khan c. Francia.*
— STEDH de 28 de febrero de 2019, caso *H.A y otros c. Grecia.*
— STEDH de 13 de junio de 2019, caso *Sh.D y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del norte, Serbia y Eslovenia.*
— STEDH de 25 de junio de 2019, caso *Al Husin c. Bosnia y Herzegovina.*
— STEDH de 17 de octubre de 2019, caso *G.B y otros c. Turquía.*
— STEDH (Gran Sala) de 21 de noviembre de 2019, caso *Ilias y Ahmed c. Hungría.*
— STEDH de 26 de marzo de 2020, caso *Bilalova y otros c. Polonia.*
— STEDH de 25 de junio de 2020, caso *Moustahi c. Francia.*
— STEDH de 14 de febrero de 2020, caso *N.D y N.T c. España.*

Sentencias del Tribunal Constitucional Español.

— STC 57/1994 de 28 de febrero.
— STC 40/2009 de 9 de febrero.
— STC 90/2015 de 11 de mayo.
— STC 139/2016 de 21 de julio.

Sentenze Della Corte Costituzionale Italiana

— Corte Costituzionale *Sentenza* 252/2001
— Corte Costituzionale *Sentenza* 105/2001.

Sentencias de otros Tribunales Constitucionales europeos.

- Sentencia del Tribunal Constitucional de Austria nº G31/98, G79/98, G82/98 Y G108/98 de 24 de junio de 1998
- Tribunal Constitucional de Eslovenia Sentencia de 26 de mayo de 2005 338/05-11U-176/05.

Sentencias del Tribunal Supremo de España.

Sentencia del Tribunal Supremo, 2497/2020. Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta de 29 de julio de 2020. Nº de Resolución 1128/2020

Sentencia del Tribunal Supremo, 2262/2020. Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta de 29 de julio de 2020. Nº de Resolución 1130/2020

Sentencia del Tribunal Supremo, 3445/2020. Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta de 15 de octubre de 2020. Nº de Resolución 1327/2020

Sentencia del Tribunal Supremo, 422/2021. Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta de 10 de febrero de 2021 Nº de Resolución 173/2021

Sentencia del Tribunal Supremo, 4266/2021. Sala de lo Civil Sección Primera, de 22 de noviembre de 2021 Nº de Resolución 796/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, 4106/2022. Sala de lo Civil Sección Primera, de 8 de noviembre de 2022. Nº de Resolución 760/2022.