

# Protección de inmigrantes y refugiados en la Unión Europea

Reflexiones sobre la jurisprudencia del  
TEDH y el Tribunal de Justicia de la UE



Calogero Pizzolo  
(coordinador)



PROTECCIÓN DE INMIGRANTES  
Y REFUGIADOS EN LA UNIÓN EUROPEA



# PROTECCIÓN DE INMIGRANTES Y REFUGIADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Reflexiones sobre la jurisprudencia del TEDH  
y el Tribunal de Justicia de la UE

Calogero Pizzolo  
(Coordinador)



Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires



Editorial  
Universidad  
Nacional  
de Córdoba

**Autoridades UNC**

Rector

**Mgter. Jhon Boretto**

Vicerrectora

**Mgter. Mariela Marchisio**

Secretario General

**Ing. Daniel Lago**

Prosecretaria General

**Dra. Ing. Agr. Paola Andrea Campitelli**

Director de Editorial de la UNC

**Dr. Marcelo Bernal**

---

Protección de inmigrantes y refugiados en la Unión Europea: reflexiones sobre la jurisprudencia del TEDH y el Tribunal de Justicia de la UE / Anabella Sandri Fuentes ... [et al.]; coordinación general de Calogero Pizzolo. - 1a ed. - Córdoba: Editorial de la UNC, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-707-266-2

1. Inmigración. 2. Protección de las Minorías. 3. Derechos Humanos. I. Sandri Fuentes, Anabella. II. Pizzolo, Calogero, coord.

CDD 341.486

---

Diseño de colección y portada: **Lorena Díaz**

Diagramación: **Marco J. Lio**

Edición: **Juan M. Conforte**

Coordinación editorial: **Lorena Díaz**

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Universidad Nacional de Córdoba, 2023

# ÍNDICE

Prólogo	9
Tabla de abreviaturas	15
Capítulo I. El TEDH y la protección internacional de refugiados y requirentes de asilo <i>Annabella Sandri Fuentes</i>	17
Capítulo II. La prohibición de las expulsiones colectivas en la jurisprudencia del TEDH. Retrocesos y avances <i>Anabel Soledad Papa</i>	51
Capítulo III. El Sistema Europeo Común De Asilo (SECA): algunas consideraciones <i>Solana Marisel Acosta y Aldana Rohr</i>	77
Capítulo IV. La respuesta solidaria de la UE a la crisis de Ucrania: la aplicación del estatuto de protección temporal de los desplazados en casos de afluencia masiva <i>José María Porras Ramírez</i>	103
Capítulo V. Los procedimientos comunes relacionados con la protección internacional interpretados por el Tribunal de Justicia de la UE <i>Calogero Pizzolo</i>	137
Bibliografía	251
Índice jurisprudencial y normativo	259





## PRÓLOGO

La presente obra colectiva se ha desarrollado en el marco del Acuerdo de Subvención UBA/EACEA – Programa Erasmus+ para la creación del Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos” (NÚMERO DE ACUERDO - 2018-3245/043-001 - NÚMERO DE PROYECTO - 611111-EPP-1-2019-1-AR-EPPJMO-CoE).

El primer trabajo de investigación que presenta la obra colectiva, a cargo de Annabella Sandri Fuentes, pone el foco en el TEDH y su jurisprudencia sobre la protección internacional de refugiados y requirentes de asilo. Como es conocido, el CEDH —a diferencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— no contempla específicamente el derecho de asilo. Sin embargo, sí contiene el derecho de petición de los individuos (art. 13). Por lo tanto, el TEDH con fundamento en el *principio de no devolución* y la prohibición de la tortura (art. 3), como norma *ius cogens*, ha dictado varias sentencias trascendentes en la materia. En particular, en el ámbito de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo, para determinar las condiciones jurídicas que garantizan su protección internacional

Sandri Fuentes se centra en el análisis de la jurisprudencia del TEDH, mediante la elaboración del marco teórico en el que se ha basado la protección de los refugiados y requirentes de asilo. Con el objeto de desarrollar un análisis crítico, el trabajo pone en evidencia los puntos de convergencia y divergencia que surgen entre

los estándares desarrollados por el TEDH, las obligaciones para la protección de los refugiados y requirentes de asilo en el marco de la ONU y las prácticas de los Estados miembros de la UE.

Como conclusión, el trabajo reflexiona sobre la posible existencia de una aplicación armónica e integrada entre el CEDH y el Estatuto de los Refugiados, para la tutela efectiva de los refugiados y requirentes de asilo, sus resultados y la incidencia en la práctica de los miembros de la UE.

El segundo trabajo, desarrollado por Anabel Soledad Papa, nos mantiene dentro del estudio de la jurisprudencia de los jueces de Estrasburgo abordando, en particular, la interpretación de la prohibición de las expulsiones colectivas (CEDH, Protocolo Nr. 4, art. 4). El objetivo de este trabajo consiste en exponer y analizar los principales pronunciamientos del TEDH en la materia. También se explica el encuadre normativo de la prohibición de expulsiones colectivas en el ámbito europeo.

Contar con un marco teórico, en opinión de la autora, permite un mejor abordaje de dichos pronunciamientos. De este modo se aprecia que, estrechamente vinculado con la prohibición de expulsiones colectivas, se encuentra el principio de *non-refoulement* o de no devolución. Este principio –tradicionalmente reservado a solicitantes de asilo y refugiados, y considerado una norma de derecho internacional consuetudinario de carácter obligatorio para todos los Estados– es definido por Papa como aquel en virtud del cual las autoridades de un país no deben hacer devoluciones de personas migrantes o refugiadas, a un país donde éstas se enfrentan a graves amenazas a su vida o a su libertad personal. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 receptó este principio en su artículo 33.

Solana Marisel Acosta y Aldana Rohr nos proponen, a continuación, algunas consideraciones sobre el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). En este sentido, explican que la UE tiene, entre sus funciones, la de establecer políticas y acciones internas en materia de asilo, que estén en consonancia con los valores y

fines humanitarios y, que estén regidos por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad. Así, uno de los elementos constitutivos del objetivo de la UE de establecer progresivamente un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) abierto a quienes, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la UE, es la política común en materia de asilo, incluido un SECA.

Con fines de alcanzar tales objetivos nace el SECA que pretende armonizar y articular la protección subsidiaria y temporal del Estatuto de refugiado con el fin de ofrecer un status aceptable a toda persona nacional de un tercer Estado que necesite protección internacional y, asimismo, garantizar el respeto del principio de no devolución. El sistema prevé tres tipos de protección internacional: el asilo, la protección subsidiaria y la protección temporal por afluencia masiva.

Porras Ramírez nos presenta un estudio sobre la aplicación del Estatuto de protección temporal (Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida), a los ciudadanos ucranianos desplazados masivamente de su territorio a causa de la crisis humanitaria originada por la invasión rusa. Se pone el foco, en este rumbo, en el reto que significa construir una política migratoria común en la UE. Asimismo, se trabaja en las consecuencias: una nueva crisis de refugiados.

La entrada masiva de refugiados, escribe Porras Ramírez, que huyen de las guerras que asolan el entorno geopolítico cada vez más inestable de la UE generando catástrofes humanitarias terribles, exige una respuesta inclusiva inmediata por parte de aquella, que supone la movilización de recursos muy significativos, tanto personales como materiales, además de la activación de eficaces instrumentos jurídicos destinados a posibilitar su acogida digna. Su

recurrencia en el tiempo obliga a la UE a anticipar, en su caso, esas situaciones, proveyendo lo necesario para atender a las mismas.

Según el estudio que reseñamos, la invasión rusa a Ucrania ha provocado el mayor éxodo humano conocido después de la Segunda Guerra Mundial. La mayoría de los ucranianos huidos (mujeres, niños y ancianos) han encontrado refugio inicialmente, en los países limítrofes: Polonia (más de la mitad), Hungría, Moldavia, Rumanía y Eslovaquia. Meses después, están siendo acogidos en prácticamente todos los Estados de Europa, en ejercicio de una demostración de solidaridad hasta ahora desconocida —afirma Porras Ramírez— de la que, sin embargo, no se beneficiaron, en análoga medida en el pasado, sirios, afganos, libios, iraquíes, magrebíes o subsaharianos. Incluso México ha instalado campos de refugiados ucranianos en ciudades fronterizas del norte, como Tijuana, al tener muchos de ellos la intención de cruzar a los Estados Unidos y Canadá, donde poseen familiares dispuestos a acogerlos.

¿Qué medidas ha adoptado la UE y sus Estados miembros para contrarrestar los efectos de la agresión rusa y gestionar la oleada masiva de personas que solicitan su amparo y protección? Son preguntas que se hace el autor español. En lo que hace a nuestra materia, la UE ha facilitado la entrada, inmediata y temporal, de desplazados procedentes de Ucrania a su territorio, sin apenas exigencias. La protección temporal se ha ofrecido sin perjuicio del reconocimiento, futuro e individual, del estatuto de refugiado, de conformidad con la Convención de Ginebra y las normas expresadas en el SECA.

Finalmente, esta obra colectiva ofrece un estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre los procedimientos comunes relacionados con la protección internacional.

Se comentan algunos de los circuitos interpretativos seguidos por los jueces de Luxemburgo al interpretar el bloque normativo que, en el ámbito de la UE, refiere a la protección de migrantes y solicitantes de asilo.

Con el fin de sistematizar dichos recorridos, se apela a la elaboración de categorías conceptuales que permitan un acceso rápido a los contenidos de la jurisprudencia de Luxemburgo en la materia que tratamos. No se debe olvidar, por otro lado, que los citados circuitos interpretativos son multidireccionales. Esto es, en el ámbito internacional, responden a diversas terminales no solo el Tribunal de Justicia sino —en el sistema europeo— el TEDH, sin olvidarnos de las terminales nacionales como los TTCC y TTSS. Ello debido a que se trata contenidos relacionados con el sistema de derechos, materia convergente a los diversos sistemas jurídicos involucrados.

El trabajo permite observar un sistema de protección de derechos humanos multinivel con las particularidades propias del sistema europeo de naturaleza compuesta en la medida que en él se mezcla un derecho de carácter subsidiario —como el que se desarrolla a partir del CEDH—, con otro de carácter supranacional del tipo del DUE. Esto último será determinante para garantizar la tutela efectiva de los derechos involucrados, en especial con el reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de efecto directo al artículo 47 (CDFUE) y a numerosas normas que integran el SECA.



## TABLA DE ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDI	Comité de Derecho Internacional
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DUE	Derecho de la Unión Europea
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
OACNUDH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TTCC	Tribunales Constitucionales
TTSS	Tribunales Supremos
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea





# CAPÍTULO I

## EL TEDH Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS Y REQUERENTES DE ASILO

Annabella Sandri Fuentes<sup>1</sup>

### 1. Introducción

En un momento histórico en dónde el volumen de movilidad humana no tiene precedente de comparación, los sujetos del derecho internacional deben responder eficientemente a los desafíos actuales que representa, especialmente para la protección de las personas en situación de vulnerabilidad (SUTOVA-DIMOVSKI, 2020: 141).

El sistema de asilo está regulado por el derecho internacional, cuyo objeto es la protección de la persona humana. En el marco de la ONU, para los Estados parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo adicional de 1967 (Estatuto de los Refugiados), conlleva una serie de obligaciones internacionales. Sin embargo, a diferencia de otros tratados internacionales de derechos humanos, el Estatuto de los Refugiados no contiene un mecanismo de petición individual.

Como parte de la resolución del problema de los refugiados alrededor del mundo, es el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) quién tiene la facultad convencional de coordinar acciones internacionales para proteger a las personas refugiadas y requerentes de asilo. Su propósito

1 Abogada (UBA), Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (UNSAM-CIEP-*Global Campus of Human Rights*), Doctoranda (UBA). Docente de la materia Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora en formación (Instituto Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA).

principal es salvaguardar el derecho y bienestar de las personas refugiadas y asegurar que toda persona pueda ejercer el derecho a requerir asilo, conforme el derecho internacional.

Existen en el mundo alrededor de 82,4 millones de personas de las que se ocupa el ACNUR. En los Estados miembro de la UE viven aproximadamente 12 millones de personas de interés para el ACNUR. En el territorio de los Estados miembro de la UE, el ACNUR tiene presencia física mediante una Oficina Regional y 37 oficinas locales que cubren 49 Estados y un territorio de la región.<sup>2</sup>

Dada la ausencia de consenso sobre la aplicación de un marco común de asilo en la UE, el ACNUR se relaciona con el binomio de Estados que presiden el Consejo de la Unión Europea, con el objeto de promover medidas positivas que mejoren la protección de los requirentes de asilo.<sup>3</sup> Asimismo, el ACNUR mantiene un diálogo con distintas organizaciones no gubernamentales, como el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados (ECRE, por sus siglas en inglés) y el Consejo Internacional de Agencias Voluntarias (ICVA, por sus siglas en inglés).<sup>4</sup>

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contempla específicamente el derecho de asilo. No obstante, sí contiene el derecho de petición de los individuos. En consecuencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sustento en el principio de no devolución y la prohibición de la tortura, como norma *ius cogens*, ha dictado varias

2 ACNUR, *Trabajos En Europa*, <https://Www.Acnur.Org/Europa.Html>.

3 El presente artículo reconoce el desafío que conlleva para la UE la armonización de regulación como de las prácticas de asilo, especialmente para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como forma de garantizar la correcta aplicación de las normas y salvaguardias nacionales europeas en respeto del derecho internacional de los refugiados y del derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, este punto no será desarrollado. Para más información, ver JOSÉ M. PORRAS RAMÍREZ, “El Derecho al Asilo en la Unión Europea”, *Integración Regional y Derechos Humanos, Puntos de Convergencia*, Calogero Pizzolo (Coord.), Editorial Astrea, 2021, pp. 305-326.

4 ACNUR, *Trabajos en Europa*, <https://Www.Acnur.Org/Europa.Html>.

sentencias importantes, sobre todo en el ámbito de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo, para determinar las condiciones jurídicas que garantizan su protección internacional. Aunque, estos antecedentes no siempre han sido adoptados por unanimidad y han generado críticas en la doctrina.

En consecuencia, el presente trabajo se centra el análisis de la jurisprudencia del TEDH, mediante la elaboración del marco teórico en el que se ha basado la protección de los refugiados y requirentes de asilo. Con el objeto de desarrollar un análisis crítico, el trabajo pone en evidencia los puntos de convergencia y divergencia que surgen entre los estándares desarrollados por el TEDH, las obligaciones para la protección de los refugiados y requirentes de asilo en el marco de la ONU y las prácticas de los Estados miembros de la UE.

Como conclusión, el trabajo reflexiona sobre la posible existencia de una aplicación armónica e integrada entre el CEDH y el Estatuto de los Refugiados, para la tutela efectiva de los refugiados y requirentes de asilo, sus resultados y la incidencia en la práctica de los miembros de la UE.

## 2. El marco fáctico: la Crisis de Refugiados en Europa

Entre 2015 y 2016, 3.7 millones de personas requirieron asilo en la UE (ŠUTOVA-DIMOVSKI, 2020: 143). Este hecho es conocido como la crisis de refugiados en la UE. Sin embargo, para algunos autores, no se trata de una crisis de refugiados frente a Europa, sino de una crisis europea frente a los refugiados (PACELLI A 2020: 241-242).<sup>5</sup>

Los autores que sostienen la existencia de una crisis europea para dar respuesta a los requerimientos de asilo, sustentados en una jerarquización del proteccionismo nacional por sobre la

<sup>5</sup> Angela PACELLI, “The Reception Directive 2013/33/EU: legal framework and analysis in recent judgments of the European Courts”, *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, A. Del Guercio, A. Liguori (eds), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 241-242.

protección de las personas humanas, consideran que la regulación del Convenio de Dublín, así como sus Reglamentos I (2003) y II (2013),<sup>6</sup> en relación con el estándar mínimo de recepción de personas requirentes de asilo, conlleva en la práctica una situación de limbo que oscila entre aquellos Estados que realizan detenciones preliminares y aquellos que albergan a las personas en locaciones de emergencia, lo que no necesariamente responde a los estándares de protección exigidos por el Estatuto de los Refugiados.<sup>7</sup>

En 2021, el actual Relator sobre los derechos humanos de las personas migrantes (GONZÁLEZ MORALES),<sup>8</sup> determinó que las “devoluciones en caliente”, extendida y presente en la mayoría de las rutas migratorias, ponen de manifiesto prejuicios discriminatorios arraigados contra los migrantes en situaciones más vulnerables y requirentes de asilo, que atenta con el respeto de sus derechos humanos.<sup>9</sup>

6 ACNUR, Comité Español, *¿Qué Es El Convenio De Dublín?*, [https://eacnur.org/blog/convenio-de-dublin-que-es-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/convenio-de-dublin-que-es-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/).

El Convenio de Dublín se firmó en 1990 y posteriormente fue ratificado por los Estados miembros de la UE. En 2003 fue actualizado y sustituido por el reglamento Dublín II. Su última versión, Dublín III, fue aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE en 2013. Este Convenio establece las reglas para determinar qué Estado miembro de la UE es responsable de examinar una solicitud de asilo realizada por una persona en suelo europeo. Además, busca evitar que una misma persona solicite asilo en más de un Estado parte de la UE, armonizar las decisiones en ese ámbito y evitar contradicciones. Sobre los problemas del Sistema de Dublín.(párrafo que viene de la nota 133)

7 Angela PACELLI, “The Reception Directive 2013/33/EU: legal framework and analysis in recent judgments of the European Courts”, *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, A. Del Guercio, A. Liguori (eds), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 243.

8 FELIPE GONZÁLEZ MORALES (Chile), *El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-migrants/felipe-gonzalez-morales-special-rapporteur-human-rights-migrants>.

9 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 12 de mayo 2021, “Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar”, A/HRC/47/30, párrafo 101; párrafo 34 (“[...] a falta de una definición acordada internacionalmente del término “devoluciones en caliente” en el

En el mismo año, el Relator reconoció en el informe especial sobre movilidad y Covid-19, presentado a la Asamblea General de la Naciones Unidas, que el cierre de fronteras sin distinción o los retornos forzados fueron prácticas de los Estados que repercutieron gravemente en la protección de los derechos humanos.<sup>10</sup> En consecuencia, algunos solicitantes de asilo enfrentaron graves obstáculos para poder acceder a los procedimientos pertinentes, corrieron el riesgo de ser enviados a lugares donde serían objeto de persecución y otros daños irreparables.<sup>11</sup>

Igualmente, en enero de 2022, el representante del ACNUR para Asuntos de la UE reconoció que “si bien la UE es una comunidad cimentada sobre el Estado de derecho”, se evidencian “posiciones y actuaciones divisorias que buscan eludir las obligaciones [internacionales] de asilo”.<sup>12</sup> Preocupado por las “propuestas de externalización o subcontratación de las obligaciones de asilo en otros países”, instó a los miembros de la UE a “promover una reforma sostenible del sistema de asilo y a lograr avances en cuestiones claves como la solidaridad en el seno de la Unión”.<sup>13</sup>

En el caso *R.A. y otros c. Polonia* ante el TEDH, el ACNUR participó como tercera parte (*third party*) en calidad de *Amicus*

---

contexto de la migración y a los efectos del presente informe, el relator especial describe las “devoluciones en caliente” como diversas medidas adoptadas por los Estados, en cuya aplicación en ocasiones intervienen terceros países o actores no estatales, que dan lugar a que los migrantes, incluidos los solicitantes de asilo, se vean sumariamente obligados a retornar, sin que se haya realizado una evaluación individual de sus necesidades de protección de los derechos humanos, al país o al territorio, o al mar, ya sean aguas territoriales o internacionales, desde donde intentaron cruzar o cruzaron una frontera internacional”).

10 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 30 Julio 2021, “Un año y medio después: el impacto de la Covid en los derechos humanos de los migrantes”, A/76/257, párrafo 21.

11 *Id.*, párrafos 24-25, <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc4730-report-means-address-human-rights-impact-pushbacks-migrants>

12 ACNUR, *ACNUR pide a la Unión Europea un mayor compromiso con los migrantes y refugiados*, <https://News.Un.Org/Es/Story/2022/01/1502382>.

13 *Id.*

*Curiae*.<sup>14</sup> En consecuencia, analizó las prácticas de Polonia ante los requerientes de asilo, especialmente en el borde fronterizo con Bielorrusia. Interpretó los principios internacionales relevantes y el derecho europeo aplicable en la situación.<sup>15</sup> Al analizar las prácticas que surgen de la legislación aplicable, especialmente una normativa adoptada por el parlamento el 14 de octubre de 2021, concluyó que el acceso al asilo está restringido y condicionado como justificación para un ingreso irregular, siendo ello incompatible con el derecho internacional de los refugiados.<sup>16</sup>

La doctrina reconoce que el fenómeno masivo y creciente de inmigración ilegal genera tensiones en los Estados miembros de la UE. En consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados, aplicado por el TEDH, funciona como un límite frente a los excesos en los que incurrir los Estados miembros de la UE al aplicar sus políticas de control y seguridad en las fronteras (PORRAS RAMÍREZ 2021: 310).<sup>17</sup>

### 3. El marco normativo: la protección internacional de los refugiados y requerientes de asilo

Los tratados internacionales de derechos humanos son consecuencia de los sucesos acaecidos luego de la segunda Guerra Mundial.

14 Una práctica del ACNUR, constante, ha sido la de participar como tercera parte en litigios, nacionales como internacionales, mediante la presentación de un escrito en calidad de *Amicus Curiae*. Con un total de 247 presentaciones, se ha presentado ante el TEDH. Ver ACNUR, *UN High Commissioner for Refugees (UNHCR)*, <https://www.unhcr.org/protection/operations/5f9ab8794/unhcr-interventions-european-court-human-rights.html>.

15 ACNUR, Ferrero 2022, TEDH, *Caso Of R.A. And Others V. Poland*, (Appl. No. 42120/21), párrafo 1.2.

16 ACNUR, Ferrero 2022, TEDH, *Caso Of R.A. And Others V. Poland*, (Appl. No. 42120/21), párrafo 1.2.4.

17 JOSÉ M. PORRAS RAMÍREZ, “El Derecho al Asilo en la Unión Europea”, *Integración Regional y Derechos Humanos, Puntos de Convergencia*, Calogero Pizzolo (Coord.), Editorial Astrea, 2021, p. 310.

Los que analizaremos fueron redactados entre 1950-1970, en donde aún perduraban las consecuencias del conflicto armado internacional. Ya sea por la organización de conferencias internacionales o por el desarrollo de las agendas de los incipientes organismos internacionales, el objeto era evitar que la humanidad volviera a conocer las atrocidades de la guerra o el ejercicio del totalitarismo absoluto de los Estados. Dado que la problemática del refugio y el asilo continúa vigente, es necesario comprender la aplicación dinámica de estos tratados, conforme el devenir de los tiempos.

Las personas refugiadas son aquellas que huyen del territorio de un Estado que habitan, por temor fundado a perder la vida e integridad personal. Cuando una persona ha solicitado condición de refugiada, o de asilo, es una persona *requirente de asilo*. Por oposición, las personas migrantes son aquellas que se trasladan a otro Estado, motivadas por mejorar las condiciones de vida, ya sea mediante el acceso a mejores condiciones de trabajo o educación o para reunirse con personas allegadas.

El margen de apreciación de los Estados es amplio para determinar quién ingresa o egresa de su territorio, en condiciones migratorias. Pero, esa migración es transversalizada por la protección que surge del derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente el derecho al asilo.

El Convenio de 1951 determina la protección internacional del refugiado como “solución” para aquella persona que perdió la protección que le daba su Estado de origen, de nacionalidad o residencia. En consecuencia, es persona refugiada aquella que huye del territorio en el que habita, por “temor fundado de ser perseguido”, por “motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupos sociales u opiniones políticas” (artículo 1.A.2), en donde su “vida y libertad corran peligro” (artículos 31.2 y 33.1).<sup>18</sup>

18 El Protocolo de 1967, artículos 1 y 2, vino a quitar el condicionamiento de temporalidad que tenía la redacción original del tratado en 1951, artículo 1.A.

El Estatuto de los Refugiados no regula la figura del “desplazado interno”, es decir aquella persona que se desplaza dentro del mismo territorio de un Estado. No obstante, la figura sí tendrá protección internacional en los Convenios de Ginebra I-IV (1949) y los Protocolos Facultativos I y II (1977), que aplican en situaciones de conflictos armados.

El concepto de refugiado contenido en el Estatuto de los Refugiado es cerrado, dado que no contempla la posibilidad de ser considerado refugiado por condiciones de vida o circunstancias menos graves que el *temor* fundado sobre su vida e integridad personal, o la de su familia (PORRAS RAMÍREZ 2021: 305-306).<sup>19</sup> Sin embargo, el ACNUR en sus trabajos ha reconocido la figura de refugiado a aquellas personas que huyen de: a) situaciones generalizadas de violencia;<sup>20</sup> b) contexto de graves violaciones a los derechos humanos;<sup>21</sup> c) contextos de violencia de género.<sup>22</sup>

El ACNUR es un sujeto de derecho internacional con competencia propia, encargado de monitorear la correcta aplicación del Estatuto de los Refugiados.<sup>23</sup> Este último le otorga la facultad de *proteger* y *buscar soluciones* para las personas refugiadas y requirentes de asilo, ya sea mediante la repatriación voluntaria o la asimilación en nuevas comunidades nacionales.<sup>24</sup>

Sin embargo, el Estatuto de los Refugiados, con 146 Estados partes,<sup>25</sup> no contiene el derecho a petición de los individuos. En

19 JOSÉ M. PORRAS RAMÍREZ, “El Derecho al Asilo en la Unión Europea”, *Integración Regional y Derechos Humanos, Puntos de Convergencia*, Calogero Pizzolo (Coord.), Editorial Astrea, 2021, pp. 305-306.

20 Asamblea General, A/RES/1400 (XV), 5 diciembre de 1960; A/RES/1673 (XVI), 18 diciembre 1961; A/RES/2039 (XX), 7 diciembre 1965.

21 Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1994.

22 ACNUR, *Persecución por motivos de género: Posición del ACNUR, 2000*. ACNUR, “*The Refugee Legal Woman Group RLWG, Gender Guidelines*”, 2017.

23 Asamblea General, A/RES/ 428 (V), 14 de diciembre de 1950.

24 Estatuto de los Refugiados, art. 1.

25 Estatuto de los Refugiados, Estatus, <https://treaties.un.org>.



consecuencia, el ACNUR no tiene competencia para responsabilizar internacionalmente a los Estados por su actuar.

Por su parte, el CEDH surge en el marco del Consejo Europeo, se abre a la firma en 1950 y entra en vigor en 1953. El título I, que contiene los derechos y garantías, no reconoce el derecho de asilo. En cambio, sí reconocen el derecho humano al asilo la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el artículo 14(1)<sup>26</sup> y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en el artículo 22(7).<sup>27</sup>

Desde 1953, el título I del CEDH se complementa con los distintos Protocolos adicionales, que incorporan derechos y mejoran los mecanismos de aplicación y control. Al momento, ninguno de estos tratados internacionales adicionales ha reconocido el derecho al asilo. Sin embargo, el Protocolo N°4 al CEDH, de la “Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio. Así, el artículo 4, determina la *prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros*.

El título II del CEDH refiere a su órgano de control, el TEDH. El artículo 34 reconoce el derecho a petición de los individuos, grupo de individuos y organizaciones no gubernamentales. El artículo 36 permite la participación de terceras partes. En consecuencia, es la evolutiva jurisprudencia del TEDH la que ha desarrollado la protección internacional de los requirentes de asilo en Europa, en aplicación especialmente del artículo 3 -*prohibición de la tortura*-, artículo 8 -*respeto a la vida privada y familiar*-, artículo 13 -*derecho a un recurso efectivo*- y artículo 14

26 DUDH, art. 14(1) (En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país).

27 CADH, art. 22(7), (“22. Derecho de Circulación y de Residencia [...] 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”).

-*prohibición de discriminación*- del CEDH, junto con el artículo 4 de su Protocolo N°4.

Por su parte, la CDFUE reconoce en el artículo 18 el *derecho de asilo* y en el artículo 19 la *prohibición de la expulsión colectiva*, como derechos que forman parte del marco comunitario europeo (PORRAS RAMÍREZ 2021: 305-306).<sup>28</sup> Allí, la Carta refiere directamente al Estatuto de los Refugiados en el marco de la ONU.

Para evitar una posible incompatibilidad entre los tratados internacionales, la CDFUE, en su artículo 52.3 (Ídem: 307), remite al principio de interpretación armónica de los tratados. Es decir, los derechos humanos reconocidos en la CDFUE y, a su vez, en el CEDH, deberán ser interpretados con el sentido y alcance conferido en el CEDH.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados determina las reglas de interpretación de los tratados internacionales. En este sentido, un tratado debe aplicarse teniendo en consideración el derecho internacional general aplicable, conforme a su artículo 31.3(c). Por ello, el artículo 78 (TFUE) establece que la política común de la UE que desarrollará en materia de asilo debe ajustarse a los tratados internacionales en vigor (Ídem: 308).

En conclusión, el TEDH tiene competencia *ratione materiae* únicamente en relación con el CEDH. Sin embargo, el principio de interpretación armónica de los tratados internacionales de derechos humanos le exige tener en consideración el Estatuto de los Refugiados y la CDFUE, entre otros tratados internacionales, al momento de establecer el estándar de protección. El TEDH ha sido fundamental, por lo tanto, para relevar las deficiencias en los sistemas de recepción de requerientes de asilo de los Estados parte del CEDH.

28 JOSÉ M. PORRAS RAMÍREZ, “El Derecho al Asilo en la Unión Europea”, *Integración Regional y Derechos Humanos, Puntos de Convergencia*, Calogero Pizzolo (Coord.), Editorial Astrea, 2021, pp. 305-306.

#### 4. Los estándares de protección del TEDH

El trabajo del TEDH deja en evidencia la existencia de una protección jurídica internacional para las personas refugiadas y requerientes de asilo. Entre 1991 y 2021, el TEDH registró 61 casos con referencia al ACNUR. Solo 11 de ellos son de la Gran Sala,<sup>29</sup> e implicaron a Eslovenia, España, Grecia, Italia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rusia, Suecia y Suiza.

El eje de la protección es el *principio de no devolución (non-refoulement)*, cuya protección se encuentra prevista en el artículo 33 del Estatuto de los Refugiados. El estándar de protección, dinámico y de interpretación armónica con el resto de los tratados internacionales de derechos humanos, es confirmado por el TEDH en cada una de sus sentencias.

Por un lado, el TEDH construyó el estándar de protección de las personas requerientes de asilo mediante la prohibición de *expulsión colectiva*, con sustento en el artículo 4 del Protocolo N°4 del CEDH. Desde el caso *Conka c. Bélgica* (2002), el TEDH determinó que existe violación cuándo al requeriente de asilo no se le ofrecen las garantías suficientes para diferenciar su situación individual. Igualmente, a partir del caso *Hirsi y otros c. Italia* (2012), relativo a la expulsión colectiva en Alta Mar, desarrolló una interesante aplicación *extraterritorial* del CEDH, bajo la figura del control *de facto y de iure* de las autoridades de seguridad.

Es decir, la expulsión colectiva es un límite no permitido dentro de las facultades discrecionales del Estado, ya que viola el artículo 4 del Protocolo N°4. Surge de la falta de examen particular, objetivo e individual, del acto de expulsión (FAZZINI A., 2020: 276-277).<sup>30</sup>

29 TEDH, *Hudoc*, <https://hudoc.echr.coe.int/Eng>.

30 En otros casos, la expulsión masiva fue considerada una violación sustentada en la discriminación étnica o nacional, *ver* STEDH (Gran Sala) de 3/7/2014, *Georgia c. Rusia* [Aplicación No. 13255/07].

Por otro lado, el TEDH desarrolló el estándar de protección conforme las obligaciones que surgen del artículo 3 del CEDH, con sustento en la prohibición de rechazo de una persona cuando se la pone en riesgo de sufrir tortura u otras formas de trato o castigo inhumano o degradante, ya sea por parte del Estado nacional del requirente de asilo o un tercer Estado (PORRAS RAMÍREZ 2021: 308).<sup>31</sup>

En 2013, en el caso *Mohamed c. Austria*, luego del traslado forzoso de un nacional afgano, desde Austria hacia Hungría y por aplicación del procedimiento de Dublín sin verificación de las condiciones del Estado receptor, fue condenado Austria, por violación de los artículos 3 y 13 (CEDH). En 2014, en el caso *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, la Gran Sala del TEDH determinó que ambos Estados habían violado los artículos 3 y 13 (CEDH), así como el artículo 4 del Protocolo adicional N°4, por la expulsión colectiva de los peticionarios, de nacionalidad afganos, sudaneses y eritreos, al no realizar un examen individual de la situación (FAZZINI 2020: 276-277).

En 2016, en el caso *Khlaifia y otros c. Italia*, la Gran Sala del TEDH determinó que Italia violó el artículo 4 del Protocolo N°4, junto con los artículos 3, 5 y 13 (CEDH). Los hechos son de 2011, vinculados con la Primavera Árabe, relativo a la detención y luego deportación de tres ciudadanos de Túnez. El Tribunal consideró que una expulsión individual, pero idéntica a todas, sin referencia a la situación personal, implicó una expulsión colectiva.<sup>32</sup>

Dada la consolidada jurisprudencia de la Gran Sala del TEDH, a continuación, vamos a identificar y detallar las prácticas de los Estados en algunas de estas controversias internacionales, la participación del ACNUR y la resolución final del TEDH,

31 JOSÉ M. PORRAS RAMÍREZ, “El Derecho al Asilo en la Unión Europea”, *Integración Regional y Derechos Humanos, Puntos de Convergencia*, Calogero Pizzolo (Coord.), Editorial Astrea, 2021, p. 308.

32 *Id.*, pp. 276-277.

respecto de su competencia *ratione loci y ratione materiae*, en relación con el artículo 4 del Protocolo N°4 y el artículo 3 (CEDH).

El caso, *N.D. y N.T. c. España* (2020), implicó el primero en el que analizó la expulsión colectiva “en caliente” en una frontera terrestre. Luego, el caso *M.N. y Otros c. Bélgica* (2020), referente a las visas humanitarias y la protección internacional de los refugiados. Finalmente, el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012), el primero en el que el Tribunal analizó la expulsión colectiva en Alta Mar.

#### *A. El primer caso sobre expulsión en un borde fronterizo terrestre: N.D. y N.T. c. España (2020)*

Los hechos refieren a dos peticionarios, hombres, promediando los 20 años al momento de los hechos, que, huyendo del conflicto armado de Mali, vivían en campos de migrantes en Marruecos, cerca de Melilla, frontera con España. En agosto de 2014 en horas de la madrugada intentaron hacer el ingreso a España junto con una masa de personas de forma ilegal. Escalaron la valla de la cual quedaron colgados por ocho horas. Cuando bajaron, la Guardia Civil española los remitió con las autoridades de Marruecos, sin posibilidad de explicar las circunstancias personales o ser asistidos. En Marruecos fueron transferidos a Fez sin asistencia médica alguna.<sup>33</sup>

33 TEDH, Gran Sala, 13/03/2020, *N.D. AND N.T. c. Reino de España*, pp. 21-31. Los abogados de los peticionarios son C. Gericke y G. Boye (abogado, profesor de derecho procesal penal). En diciembre de 2014, en un nuevo intento de cruzar el vallado de Melilla, los peticionantes ingresan a España. Entonces, fueron alojados en un centro temporal de detención y luego expulsados, con una orden. Con la apelación interpuesta aún en curso, el primer aplicante solicitó protección internacional de asilo, la que fue automáticamente rechazada por infundado el riesgo. El ACNUR confirmó que no se justificaba la protección internacional. La expulsión se materializó en marzo de 2015. Desde entonces, el primer peticionante alega vivir en condiciones precarias en Mali. El segundo peticionante fue expulsado en julio

1. La competencia *ratione materiae* del TEDH, la interpretación armónica del DIDH y el estándar de protección del principio de no devolución.

Para limitar la competencia *ratione materiae* del TEDH, España sostuvo que no fue una *expulsión* sino un rechazo de admisión, ya que los peticionarios no entraron al territorio español sino que intentaron ilegalmente cruzar los bordes. Es decir, para que haya una expulsión primero deben haber sido admitidos. Dicho país confirmó que esta postura era compartida por Bélgica, Francia e Italia, como terceras partes en el caso.<sup>34</sup>

En consecuencia, el TEDH debió analizar si el término expulsión del artículo 4 del Protocolo N°4 cubre la no admisión de un extranjero en los bordes fronterizos terrestres de un Estado parte.<sup>35</sup> Es decir, si la no admisión equivale a expulsión.

Para determinar su competencia material, además del CEDH y el artículo 4 del Protocolo N°4, el TEDH analizó el derecho aplicable.<sup>36</sup> Por un lado, este comprendió el derecho doméstico y su práctica y el DUE junto a la CDFUE cuyo artículo 18 reconoce el derecho al asilo.<sup>37</sup>

Por otro lado, el derecho internacional aplicable incluyó:

- a) las obligaciones que surgen de la Carta de la ONU, específicamente el artículo 51.<sup>38</sup> Esta referencia no suele ser habitual en controversias internacionales relativas a derechos humanos;
- b) la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículos 27 y 31), transcribiendo este último de forma completa;<sup>39</sup>
- c) la Convención de 1951, específicamente los artículos 1, 3, 4, 16,

---

de 2015, sin requerir protección internacional de asilo. Desde entonces, se quedó de forma ilegal en España.

34 STEDH (Gran Sala) de 13/2/2020, *N.D. y N.T. c. España* [Aplicaciones Nos. 8675/15 y 8697/15], apartado. 165.

35 Ídem, apartado 173.

36 Ídem, apartado 164

37 Ídem, apartado 41.

38 Ídem, apartado 60.

39 Ídem, apartado 61.

22, 31 a 33; d) la Convención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumano y Degradante; y e) los artículos del Comité de Derecho Internacional (CDI) sobre la expulsión de extranjeros.<sup>40</sup>

Como tercera parte, el ACNUR argumentó que en los puntos de cruce del borde de Malilla, antes de 2014, no era posible requerir asilo. Asimismo, la expulsión en los bordes es una práctica regulada en Malilla para prevenir el ingreso ilegal, que no cumple con los estándares de protección del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente de los requirientes de asilo, por la falta de identificación personal y el derecho a un proceso eficiente, sin discriminación, de las personas que provienen del África subsahariana.<sup>41</sup>

EL TEDH admitió que fue el primer caso en el que debió analizar la expulsión en un borde fronterizo terrestre, seguido del hecho que ese borde es generalmente cruzado de forma ilegal y en masa. En su análisis reconoció que los Estados tienen la facultad de regular el ingreso y egreso de personas de su territorio, lo que incluye la especial protección de los pasos y bordes fronterizos.<sup>42</sup> No obstante, también confirmó, nuevamente, que los desafíos que implica para Europa los movimientos masivos de migrantes originados por problemas de terceros Estados no son un justificativo para adoptar prácticas incompatibles con el CEDH y sus protocolos.<sup>43</sup>

En su análisis, estableció la relación armónica que existe en la interpretación del Estatuto de Refugiados y CEDH, conforme la regla que surge del artículo 31.3(c) del Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, criterio compartido con el ACNUR:

El Tribunal también ha subrayado, al igual que el ACNUR, el vínculo entre el ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo N° 4, tal como lo define por la Gran Sala, y el de

40 Ídem, apartados 62-65.

41 Ídem, apartados 153-155.

42 Ídem, apartados 166-169.

43 Ídem, apartado 170.

la Convención de Ginebra [Estatuto de los Refugiados] y del principio de no devolución (véase *Sharifi y otros*, citada anteriormente, § 211). Por lo tanto, las normas internas que rigen los controles fronterizos no pueden hacer inoperante o ineficaz los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos, y en particular por el artículo 3 del Convenio y el artículo 4 del Protocolo N° 4

[...] Debe tener en cuenta el hecho de que el contexto de la disposición es un tratado para la protección de los derechos humanos individuales y que el Convenio debe leerse en su conjunto y debe interpretarse de forma que promueva la coherencia interna y la armonía entre sus diversas disposiciones. Así, el Tribunal nunca ha dicho que las disposiciones del Convenio son el único marco de referencia para la interpretación de los derechos y libertades consagrados en él. Por el contrario, también debe tener en cuenta las normas y principios de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las Partes Contratantes.<sup>44</sup>

Luego, el TEDH adoptó el concepto de expulsión que surge de los artículos del CDI sobre la Expulsión de Extranjeros, cuyo artículo 2, en forma amplia, define “expulsión” como el acto formal, atribuible al Estado, por el cual un extranjero es compelido a dejar el territorio de un Estado.<sup>45</sup> Asimismo, estableció que el uso del término exclusión debe leerse junto con el artículo 6(b), la prohibición de la devolución (*refoulement*), con el significado dado por el artículo 33 del Estatuto de los Refugiados.<sup>46</sup>

Entonces, el TEDH concluyó que la prohibición de la devolución (*refoulement*) incluye la protección de los requerientes de asilo en casos de no admisión y rechazos en la frontera, tal como sostiene el ACNUR. Además, la protección del artículo 6 del borrador sobre la Expulsión de Extranjeros, prohibición del retorno,

44 Ídem, apartados 171-172.

45 Ídem, apartado 174.

46 Ídem, apartado 176.



incluye a los refugiados que legalmente ingresan al territorio de un Estado y a cualquier persona que, incluso estando de manera ilegal en el territorio, ha aplicado por el Estatuto de Refugiados, al menos mientras dure el proceso.<sup>47</sup>

Asimismo, el TEDH determinó que, cuándo se trata de bordes fronterizos con contexto de movimientos masivos de migrantes, no es necesario un formalismo para el requerimiento de asilo. Puede ser expresado de manera formal y por cualquier conducto que refleje claramente que la intención de la persona es aplicar a dicha protección.<sup>48</sup>

El TEDH referenció el alcance del estándar de protección del artículo 3 y del artículo 4 del Protocolo N°4, en relación con los antecedentes *Hirsi, Sharifi y Kblaiifa*, relativos a la expulsión colectiva, es decir aquella realizada como grupo, sin realizar un examen particular de cada persona.<sup>49</sup> Reforzó que el examen particular no da derecho a una entrevista, pero si el derecho a que cada persona tenga la posibilidad de expresar sus argumentos sobre la expulsión.<sup>50</sup>

Finalmente, confirmó que la conducta de la persona es relevante, para obtener la protección que garantiza el artículo 4 del Protocolo N°4. En otras palabras, no hay violación si la conducta de expulsión es atribuible a la persona, por ejemplo, por falta de cooperación.<sup>51</sup> Mismo estándar debe aplicarse cuándo se trata de personas que se aprovechan del uso de la fuerza para cruzar la frontera, que dificultan la posibilidad de control público.

## 2. La no violación del artículo 4 del Protocolo N°4 y del artículo 13 (CEDH): la conducta de las partes

Al resolver el fondo el TEDH no hizo lugar al argumento subsidiario del Estado, esto es que dos personas no pueden considerarse

47 Ídem, apartado 179.

48 Ídem, apartado 180.

49 Ídem, apartados 194-195.

50 Ídem, apartado 199.

51 Ídem, apartado 200.

como expulsión colectiva. Para el Tribunal, lo decisivo no es la *cantidad* sino la falta de análisis individual en la expulsión.<sup>52</sup>

El TEDH confirmó el hecho fáctico de que la expulsión de los peticionarios se realizó sin registro alguno.<sup>53</sup> Al respecto, indicó que los Estados que tienen fronteras extensas deben tener mayor cuidado en adoptar medidas compatibles con las exigencias del artículo 3 (CEDH).<sup>54</sup> Es decir, la exigencia internacional es que *existan* los procesos para requerientes de asilo, ya que brindar o no la protección es facultad de cada Estado, sustentado siempre en razones genuinas.<sup>55</sup>

Si bien el TEDH determinó que estos procesos existían, se preguntó si los peticionantes tuvieron convincentes razones para no usarlos. Por lo tanto, concluyó que los argumentos dados por los peticionarios, de forma tardía en el contexto de la audiencia, no era prueba suficiente para determinar que tuvieron razones para no usarlos. De hecho, determinó que fueron los peticionarios los que se colocaron en una situación que generó un desborde del orden público, en relación con los hechos de agosto 2014. Es decir, la falta de acceso formal al procedimiento fue atribuible al *actuar de los peticionarios*.<sup>56</sup> En consecuencia, determinó por unanimidad, que España no violó el artículo 4 del Protocolo N°4 ni el artículo 13 del CEDH.<sup>57</sup>

### 3. Las críticas: la conducta culpable de los peticionarios y la (in) existencia de procedimiento para los requerientes de asilo

El primer caso del TEDH vinculado con las “deportaciones en caliente”, resuelto el 13 de febrero de 2020, trajo algunas críticas. Por ejemplo, para Anna Fazzini, se trataría de una excepción permitida

52 Ídem, apartado 203.

53 Ídem, apartado 207.

54 Ídem, apartado 209.

55 Ídem, apartado 210.

56 Ídem, apartados 231-232.

57 Ídem, apartado 210.

a los Estados parte del CEDH, para el incumplimiento del Artículo 4 del Protocolo N°4 del CEDH (FAZZINI A. 2020: 272).<sup>58</sup> Esto iría en contra de la protección internacional del requirente de asilo, especialmente sus garantías procesales como de la interpretación dinámica propuesta por el TEDH desde el caso *Conka*.<sup>59</sup> El TEDH, ante la existencia de canales legales para requerir asilo, ponderó en el caso los hechos fácticos (ingreso ilegal en masa) como limitante de la protección del CEDH (FAZZINI A. 2020: 274-275).<sup>60</sup>

Por su parte, el juez Koskelos, en su opinión parcialmente disidente respecto a la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo N°4<sup>61</sup>, criticó la sentencia adoptada porque cree se convertiría en un “riesgo de falsos incentivos, alentando a los traficantes de personas a dirigir los flujos de migrantes hacia la argumentación de falta de acceso a los puntos de entrada legal, dando así excusas para el asalto de las fronteras por parte de los extranjeros, independientemente de la obligación de no devolución”.<sup>62</sup>

El énfasis en la conducta de los peticionarios no surge de los argumentos presentado por España y tampoco fueron

58 Anna FAZZINI, “The protection of migrants against collective expulsions between restriction and uncertainty: reading the ECHR’s N.D. and N.T. v. Spain judgment”, *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (eds), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 272.

59 Ídem, pp. 274-275.

60 Anna FAZZINI, “The protection of migrants against collective expulsions between restriction and uncertainty: reading the ECHR’s N.D. and N.T. v. Spain judgment”, *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (eds), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 272-273.

61 El Juez argumentó que un examen individual, de las circunstancias de cada extranjero, debe ser garantizado sólo en presencia del riesgo de no devolución conforme el artículo 3 CEDH, *ver* STEDH (Gran Sala) de 13/2/2020, *N.D. y N.T. c. España* [Aplicaciones Nos. 8675/15 y 8697/15], Opinión Parcialmente Disidente, Juez Koskelos, apartado 44.

62 STEDH (Gran Sala) de 13/2/2020, *N.D. y N.T. c. España* [Aplicaciones Nos. 8675/15 y 8697/15], Juez Koskelos, apartado 41.

desarrollados por el ACNUR. Por lo tanto, se trata de un argumento incorporado por el TEDH, con sustento en el análisis de las garantías que surgen del artículo 4 del Protocolo N°4, conforme sus antecedentes jurisprudenciales.<sup>63</sup>

### *B. La denegación de visas humanitarias a los requirentes de asilo no es contraria a la CEDH: M.N. y otros v. Bélgica (2020)*

Los peticionarios, un matrimonio con hijos menores de edad de Siria, habían llegado a Beirut, Líbano, el 22 de agosto de 2016, para solicitar en la Embajada de Bélgica una visa humanitaria, conforme el artículo 25 del visado común del Acuerdo de Schengen, para llegar a Bélgica y solicitar allí la protección internacional del asilo. El 13 de septiembre de 2016, la Embajada rechazó el pedido de visa humanitaria, dado que este tipo de visa tenía el objeto de ser entregada a aquellas personas que viajaban por un corto período de tiempo a Estados bajo el Acuerdo de Schengen sin intenciones de establecerse de forma permanente.<sup>64</sup>

Según las autoridades de la embajada de Bélgica, garantizar el acceso a una visa humanitaria a las personas requirentes de asilo generaría un antecedente que desvirtúa la naturaleza excepcional de las visas por períodos cortos de tiempo.<sup>65</sup>

Luego de agotar los recursos de apelación, sin éxitos, los peticionarios, representados por abogados litigantes de Bélgica, presentaron una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo el 10 enero de 2018 alegando que la negativa de las autoridades belgas a expedir un visado humanitario les había expuesto a una situación incompatible con el artículo 3 y 13 del CEDH.<sup>66</sup>

63 STEDH (Gran Sala) de 13/2/2020, *N.D. y N.T. c. España* [Aplicaciones Nos. 8675/15 y 8697/15], apartado 200.

64 STEDH (Gran Sala) de 05/03/2020, *M.N. y otros c. Bélgica* [Aplicación No. 3599/18], apartados 9-12.

65 Ídem, apartado 12.

66 Ídem, apartados 1-3.

## 1. El derecho aplicable

El TEDH analizó el marco legal aplicables. Por un lado, la norma interna de Bélgica relativa al ingreso de personas extranjeras (*Alien Act*, 1980), que no contempla la posibilidad de una visa por razones humanitarias. Al respecto, confirmó que la denegación de entrega de una visa cae dentro de las facultades del Estado. Luego, las visas por tiempo corto, como las humanitarias, reguladas para los Estados parte del Acuerdo Schengen (*Community Code on Visas*).<sup>67</sup>

Por otro lado, analizó el derecho internacional aplicable. Describió el alcance de los artículos 2 y 33 del Estatuto de los Refugiados.<sup>68</sup> Asimismo, recordó el alcance de los artículos 18, 51 y 53 (CDFUE).<sup>69</sup>

## 2. La competencia *ratione loci* del TEDH

El TEDH declaró la denuncia inadmisibile por falta de competencia *ratione loci*. Es decir, los peticionantes no se encontraban bajo la jurisdicción de un Estado parte del CEDH,<sup>70</sup> tal como argumentaran los representantes de Bélgica.<sup>71</sup>

La postura de Bélgica fue acompañada por un número importante de Estados terceras partes en el litigio, a saber: la República Checa, Croacia, Dinamarca, Francia, Alemania, Hungría, Letonia, Países Bajos, Noruega, Eslovaquia y Reino Unido.<sup>72</sup>

Como fundamento, el Tribunal reiteró que el artículo 1 CEDH limita su ámbito de aplicación a las personas que se encuentran en la “jurisdicción” de los Estados Partes en el Convenio, afirmando que “la jurisdicción es una condición *sine qua non*

67 Ídem, apartado 42-47.

68 Ídem, apartado 59-60.

69 Ídem, apartado 61.

70 Ídem, apartado 78.

71 Ídem, apartado 80.

72 Ídem, apartados 86-90.

para que ese Estado pueda ser considerado responsable por actos u omisiones que le sean imputables”.<sup>73</sup>

En consecuencia, los argumentos del peticionario, también acompañados por terceras partes, las ONG’s *AIRE Centre, the Dutch Council for Refugees, ECRE and the International Commission of Jurists*, fueron desechados. El argumento residió en que los hechos estaban alcanzados por el artículo 1 del CEDH, al tratarse de obligaciones extraterritoriales, esto es obligaciones positivas y negativas del personal diplomático.<sup>74</sup>

Al respecto, el Tribunal determinó que los peticionarios no se encontraban dentro de la excepción reconocida en distintos antecedentes, sobre el alcance del artículo 1 del CEDH. En otras palabras, los peticionarios no estaban bajo el *control* de las Fuerzas Armadas o subordinados al poder administrativo del Estado de Bélgica.<sup>75</sup>

Igualmente, “los demandantes no son nacionales que pretendan beneficiarse de la protección de su embajada y en ningún momento los agentes diplomáticos ejercieron un control de hecho sobre la familia siria, ya que los demandantes eligieron libremente presentarse en la Embajada de Bélgica en Beirut, y presentar allí sus solicitudes de visado” y “han sido entonces libres de abandonar los locales de la Embajada de Bélgica sin ningún impedimento”.<sup>76</sup>

Por último, el TEDH afirmó que “el mero hecho de que un demandante interponga una demanda en un Estado Parte con el

73 Ídem, apartado 97.

74 Ídem, apartados 91-95.

75 Ídem, apartado 103, párrafo 106 (“Con sustento en sus propios antecedentes, el Tribunal indicó que “la jurisdicción de un Estado Parte puede surgir de las acciones de sus funcionarios diplomáticos o consulares cuando, en su capacidad oficial, [cuándo] ejercen su autoridad en el extranjero con respecto a [sus] nacionales o sus bienes”).

76 STEDH (Gran Sala) de 05/03/2020, *M.N. y otros c. Bélgica* [Aplicación No. 3599/18], apartado 118.

que no tiene ningún vínculo no puede bastar para establecer la jurisdicción de ese Estado sobre él”, porque

[...] declarar lo contrario equivaldría a consagrar una aplicación casi universal del Convenio sobre la base de las decisiones unilaterales de cualquier individuo, independientemente del lugar del mundo en el que se encuentre, y por lo tanto crear una obligación ilimitada para los Estados contratantes de permitir entrada a un individuo que pueda correr el riesgo de sufrir malos tratos contrarios a el Convenio fuera de su jurisdicción.<sup>77</sup>

### 3. Las críticas

Para la doctrina hay una alternativa posible, si se tiene en cuenta el voto disidente del Juez Pinto de Albuquerque (LIGUORI 2020: 177).<sup>78</sup> En efecto, en su voto particular en el histórico caso *Hirsi*, tras subrayar que “los Estados no pueden hacer la vista gorda ante una necesidad evidente de protección”, utilizó como ejemplo precisamente la hipótesis de una persona en una embajada de un Estado parte del CEDH en peligro de ser torturada en su país, concluyendo que,

[...] debe concederse un visado para entrar en el territorio de ese Estado, con el fin de permitir el inicio de un procedimiento de asilo adecuado en el Estado receptor. No se tratará de una respuesta meramente humanitaria, derivada de la buena

<sup>77</sup> Ídem, apartado 124.

<sup>78</sup> ANNA LIGUORI, “Two Courts but a similar outcome – No Humanitarian Visas”, en *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (eds), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 177. Si el Tribunal hubiera decidido considerar el enfoque basado en la teoría de las obligaciones positivas -en relación con obligaciones extraterritoriales-, podría haber hecho referencia a alguna jurisprudencia interesante que podría haber allanado el camino para establecer la competencia en el presente caso, (p. 178).

voluntad y la discreción del Estado, sino de un deber positivo de protección en virtud del artículo 3 CEDH.<sup>79</sup>

### C. El primer caso en el que la protección internacional aplica en Alta Mar: Hirsi Jamaa y otros c. Italia (2012)

Los peticionarios, 11 somalíes y 13 eritreanos, hombres, nacidos entre 1974 y 1993, denunciaron que su expulsión a Libia por parte de las autoridades italianas violó el artículo 4 del Protocolo N°4, los artículos 3 y 13 del CEDH.<sup>80</sup>

Los peticionarios formaban parte de un grupo de más de cien personas que dejaron Libia en bote, con el objetivo de arribar a las costas italianas. El 6 de mayo de 2009 cuando se encontraban a 55 kilómetros de Lampedusa dentro de la Región de Malta de Búsqueda y Rescate, en Alta Mar, fueron interceptados por la policía italiana y los guardacostas. A bordo de buques militares fueron devueltos y puestos a disposición de las autoridades de Trípoli, Libia.

Según el Primer Ministro de Italia, se trataba de la ejecución de un acuerdo bilateral de seguridad ante migración ilegal entre

79 ANNA LIGUORI, “Two Courts but a similar outcome – No Humanitarian Visas”, en *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (eds), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 175. Ver TEDH, Gran Sala, 23/02/2012, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, p. 70.

80 STEDH (Gran Sala) de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Aplicación No. 27765/09], pp. 1-5. Los peticionarios estuvieron representados por dos abogados litigantes de Roma, Sres. A.G. Lana y A. Saccucci. Algunos peticionarios murieron, en circunstancias no conocidas. Otros perdieron contacto, luego de 2011, con motivo de la revolución en Libia. Al momento de la sentencia, los abogados solo mantenían contacto con 5 de ellos, quienes residían en Malta, Túnez, Suiza y Benín (pp. 16-17). Italia cuestionará el alcance del poder brindado por los peticionarios a sus abogados y el TEDH confirmará el principio de no formalismo para la representación otorgada mediante poder (pp. 45-59).



Italia y Libia.<sup>81</sup> En Libia, a catorce de los peticionarios les fue reconocido el estatus de refugiado por el ACNUR.<sup>82</sup>

### 1. El derecho aplicable y el principio de no devolución

Al analizar los aspectos relevantes del derecho internacional y europeo, el TEDH confirmó que Italia es parte del Estatuto de los Refugiados, cuyos artículos 1 y 33(1) establecen el principio de no devolución. Para confirmar el alcance del principio de no devolución, citó al ACNUR, sus notas de protección internacional de 2001:

[la no devolución es] un principio cardinal de protección consagrado en la Convención, al que no se permiten reservas. En muchos sentidos, el principio es el complemento lógico del derecho a solicitar asilo reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ha llegado a considerarse una norma de derecho internacional consuetudinario vinculante para todos los Estados. Además, el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido la no devolución como un componente fundamental de la prohibición absoluta de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. También, se reconoce que el deber de no devolución a los refugiados con independencia de su reconocimiento formal, por lo que obviamente incluye a los solicitantes de asilo cuyo estatus aún no se ha determinado. Abarca cualquier medida atribuible a un Estado que pueda tener como efecto la devolución de un solicitante de asilo o refugiado a las fronteras de territorios donde su vida o su libertad estarían en riesgo. Esto incluye el rechazo en la frontera, la interceptación y la devolución indirecta, ya sea de un solicitante de asilo o en situaciones de afluencia masiva.<sup>83</sup>

81 STEDH (Gran Sala) de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Aplicación No. 27765/09], apartados 9-13.

82 Ídem, apartado 16.

83 Ídem, apartados 22-23.

Igualmente, el TEDH introdujo la Convención del Derecho del Mar, adoptada en el marco de la ONU, para referencias las obligaciones que surgen para los buques de bandera que circulan en Alta Mar, conforme los artículos 92 a 98.<sup>84</sup> Asimismo, introdujo la Convención de Búsqueda y Rescate en el Mar (1979) y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire de la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizado Transnacional.<sup>85</sup>

Como parte del DUE, entre otras normas, transcribió el artículo 19 (CDFUE), que prohíbe la expulsión colectiva.<sup>86</sup>

Además, el TEDH introdujo “material internacional concerniente a las intercepciones en Alta Mar por Italia y la situación en Libia”, lo que al analizar el fondo del caso llamaría como material obtenido de *proprio motu*.<sup>87</sup> Esto es, una opinión del ACNUR publicada por la prensa en dónde expresó su preocupación sobre la intercepción de botes en Alta Mar por autoridades italianas, sin otorgar la asistencia apropiada como posibles requirientes de asilo. Como, entre otros, una nota del Vicepresidente de la Comisión Europea, que contiene una opinión legal sobre las devoluciones a Libia efectuadas por las autoridades italianas, de migrantes en Alta Mar.<sup>88</sup>

## 2. La competencia *ratione loci* del TEDH por actos extraterritoriales

La República de Italia cuestionó la competencia *ratione loci* del Tribunal, contenida en el artículo 1 del CEDH. Argumentó que, si bien los actos se dieron dentro de un buque militar, no existía un absoluto control sobre los peticionantes. En este sentido, la operación fue de rescate, en respuesta a una obligación internacional,

84 Ídem, apartado 24

85 Ídem, apartado 29.

86 Ídem, apartados 25-26.

87 Ídem, apartado 116.

88 Ídem, apartados 33-34.

y bajo ningún punto puede ser considerada una acción policial, cuándo incluso no hubo uso de la fuerza.<sup>89</sup>

Contrariamente, los representantes de los peticionarios sostuvieron que, al ingresar al buque militar, estos se encontraban bajo el control exclusivo de Italia. Las terceras partes en el caso establecieron que la protección internacional debida a los posibles requirientes de asilo se trató de una obligación extraterritorial. En otras palabras, los Estados no pueden tolerar acciones que no llevarían adelante en su propio territorio.<sup>90</sup>

El TEDH analizó que, dentro de su jurisdicción, los Estados parte están obligados a dar cumplimiento a los derechos que surgen del título I del CEDH. Asimismo, confirmó que la jurisdicción es un *ejercicio*. Si bien reconoció que la jurisdicción en principio es territorial, es decir se presume que es ejercida generalmente dentro del territorio de un Estado, también corroboró que ha aceptado su ejercicio por fuera de los límites territoriales de un Estado parte, dentro del artículo 1 del CEDH.<sup>91</sup>

En este sentido, cuándo los agentes de un Estado actúan fuera del territorio y ejercen autoridad sobre un individuo, entonces ejercen jurisdicción. En consecuencia, estos agentes están obligados a cumplir con los derechos y garantías del CEDH.<sup>92</sup>

Dado que no hay desacuerdo en que los hechos ocurrieron en Alta Mar, en un buque militar de bandera italiana, las autoridades de Italia no pueden desconocer las obligaciones que tiene el personal policial y los guardacostas. Por consiguiente, el TEDH confirmó la existencia del principio del buque de bandera, que la tripulación del buque era totalmente militar y, por ello, los peticionarios estuvieron bajo la jurisdicción italiana en el período que va desde el abordaje al buque militar y la entrega a las autoridades

89 Ídem, apartados 64-65.

90 Ídem, apartados 67-69.

91 Ídem, apartados 70-73.

92 Ídem, apartados 74-75.

de Libia, ya que Italia ejerció un continuado y exclusivo control *de facto* y *de jure*.<sup>93</sup>

En conclusión, el Tribunal extendió la protección del artículo 4 del Protocolo N°4 del CEDH, respecto al alcance territorial y evolucionó el término de “expulsión” (FAZZINI 2020: 276).<sup>94</sup>

### 3. La resolución del fondo: la expulsión en Alta Mar y la protección del CEDH

3.1. El artículo 3 (CEDH): el riesgo conocido o que se debía conocer  
Al analizar el artículo 3 del CEDH, el TEDH determinó que fácticamente se daban dos situaciones: el riesgo de los peticionarios de sufrir tratos inhumanos y degradantes en Libia y el peligro de ser devueltos a sus respectivos Estados de origen.<sup>95</sup>

La República de Italia indicó que había actuado en cumplimiento de un tratado bilateral, cuya cooperación internacional de los Estados era promovida por la UE, conforme sus prácticas de gobernanza (*government practice*). Asimismo, argumentó que no había pruebas de que Libia sea un lugar no seguro, cuándo incluso el ACNUR y la OIM habían abierto una oficina en Trípoli. Reconoció que la situación cambió desde 2011, momento en el cual Italia interrumpió su relación con Libia en relación con el rescate de los migrantes, pero que esto fue posterior a los hechos del caso.<sup>96</sup> Por ello, los peticionarios no eran víctimas, conforme al artículo 34 (CEDH).<sup>97</sup> Por último, determinó que la conducta de

93 Ídem, apartados 74-81.

94 Anna FAZZINI, “The protection of migrants against collective expulsions between restriction and uncertainty: reading the ECtHR’s N.D. and N.T. v. Spain judgment”, *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (eds), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 276.

95 STEDH (Gran Sala) de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Aplicación No. 27765/09], apartados. 92-100.

96 Ídem, apartado 83.

97 Ídem, apartado 110.

los peticionarios no había sido clara para requerir asilo, ya que no opusieron resistencia a su desembarco en Libia.<sup>98</sup>

El ACNUR, como tercera parte, condenó la devolución de migrantes irregulares en Alta Mar por parte de las autoridades italianas. Asimismo, describió que en los testimonios que obtuvo de migrantes en situación similar a los peticionarios, estos:

[...] habían denunciado que, para animar a las personas a subir a los barcos italianos, los militares italianos les habían hecho creer que iban a ser trasladados a Italia. Varios testigos declararon que habían sido esposados y que habían sido objeto de violencia durante su traslado a territorio libio y a su llegada al centro de detención en el que iban a ser retenidos. Además, las autoridades italianas habían confiscado los efectos personales de los migrantes, incluidos los certificados del ACNUR que acreditan su condición de refugiados. Varios confirman haber requerido asilo a las autoridades italianas.<sup>99</sup>

Asimismo, determinó que varios de los peticionarios, una vez en Trípoli, obtuvieron el estatuto de refugiados otorgado por la misma ACNUR dado que Libia, aunque parte del Estatuto de los Refugiados, no tenía un sistema nacional que lo otorgue. No obstante, Libia nunca les reconoció formalmente sus derechos.<sup>100</sup>

El TEDH analizó el riesgo de la devolución de los peticionarios a Libia, conforme el estándar de protección del artículo 3 CEDH, que aplica por actos cometidos por agentes del Estado como terceros ajenos al Estado.<sup>101</sup> Después, rechazó los argumentos de Italia, con sustento en los documentos presentados por el ACNUR, como distintas ONGs, que prueban que fácticamente Libia no era un lugar seguro para requirentes de asilo.<sup>102</sup> Al mis-

98 Ídem, apartado 132.

99 Ídem, apartado 104.

100 Ídem, apartado 105.

101 Ídem, apartado 120.

102 Ídem, apartado 128.

mo tiempo, el Tribunal le dio un gran peso a la nota del Vicepresidente de la Comisión Europea y la aplicación del artículo 19 (CDFUE). Entonces, indicó que el riesgo era conocido o debía ser conocido por Italia, ya que esta información era fácil de verificar por varias fuentes.<sup>103</sup>

Asimismo, confirmó que los tratados internacionales sobre rescate en Alta Mar y en contra del tráfico de personas imponen a los Estados parte la obligación de cumplir con la obligación de no devolución.<sup>104</sup> También, rechazó que un tratado bilateral de cooperación justifique el incumplimiento de un tratado universal o regional.<sup>105</sup>

Finalmente, en relación con la conducta de los peticionarios, con sustento en los testimonios del ACNUR, el Tribunal determinó que era responsabilidad de las autoridades de Italia confirmar cuál sería el tratamiento que recibirían en Libia.<sup>106</sup>

En conclusión, confirmó la existencia del riesgo de que los peticionarios reciban en Libia un trato contrario al artículo 3 CEDH, que Italia conocía o debía haber conocido, cuya protección violó.<sup>107</sup>

### 3.2. El artículo 4 del Protocolo N°4: la expulsión colectiva en Alta Mar

La República de Italia alegó que el artículo 4 del Protocolo N°4 aplica únicamente en el territorio de un Estado parte, o quiénes han cruzado los bordes fronterizos. En el presente caso, se trató de un rechazo de autorización de ingreso al territorio y no de una expulsión. Contrariamente, los representantes de los peticionarios

103 Ídem, apartado 131.

104 Ídem, apartado 134.

105 Ídem, apartado 129.

106 Ídem, apartado 133.

107 Ídem, apartados 136-138. El TEDH también determinó que Italia violó el artículo 3 del CEDH porque existía el riesgo de que en Libia fueran repatriados a sus Estados de origen, *ver* pp. 145-158.

sostuvieron que los hechos se dieron en un buque militar y, por consiguiente, jurisdicción de Italia.<sup>108</sup>

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH), junto con el ACNUR, establecieron que era aplicable en este caso el artículo 4 del Protocolo N°4. En consecuencia, el argumento jurídico definitivo que adoptará el Tribunal como propio, es el desarrollado por los órganos subsidiarios de la ONU.

Para OACNUDH y el ACNUR, la expulsión colectiva es una prohibición internacional y comunitaria de la UE. Por ello, las personas interceptadas en Alta Mar deberían contar con el beneficio de la protección contra ese tipo de expulsión. Es decir, el centro de protección es la persona humana. Luego, confirmaron que la expulsión colectiva en Alta Mar está prohibida, teniendo en cuenta el principio de buena fe, según el cual el CEDH debe ser interpretado. Lo contrario significaría permitir a los Estados incumplir con sus obligaciones cuándo actúan por fuera de sus bordes. Finalmente, citaron como antecedente el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Centro Haitiano de DDHH c. EEUU*, relativo a devolución de personas migrantes, y posibles requirentes de asilo, interceptados en el mar.<sup>109</sup>

El TEDH reconoció que se enfrentó, por primera vez, a la aplicación del artículo 4 del Protocolo N°4 en un caso que incluía la expulsión colectiva de extranjeros, a un tercer Estado, llevada adelante por fuera del territorio de un Estado parte.<sup>110</sup>

Al respecto, determinó que el artículo 4 del Protocolo N°4 no contenía una noción de territorio. Según los *travaux préparatoires*, el concepto de “expulsión” debe ser entendido en el sentido general y corriente del término, es decir expulsar por fuera de un lugar.<sup>111</sup>

108 STEDH (Gran Sala) de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Aplicación No. 27765/09], apartados 160-163.

109 Ídem, apartados 164-165.

110 Ídem, apartado 169.

111 Ídem, apartados 173-174.

Asimismo, estableció que el uso del término en la actualidad requiere su estudio de aplicación en Alta Mar, dada las prácticas de control de políticas migratorias llevada adelante por los Estados.<sup>112</sup> En términos del TEDH,

[...] aunque la noción de “jurisdicción” es principalmente territorial y se presume que se ejerce en el territorio nacional de los Estados [...] cuándo, como en el presente caso, el Tribunal ha constatado que un Estado contratante ha ejercido excepcionalmente su jurisdicción fuera de su territorio nacional, no ve ningún obstáculo para aceptar que el ejercicio de la competencia extraterritorial por parte de dicho Estado adoptó la forma de expulsión colectiva. Si se concluyera lo contrario y se diera a este último concepto un alcance estrictamente territorial, daría lugar a una discrepancia entre el ámbito de aplicación del Convenio como tal y el artículo 4 del Protocolo N° 4, lo que iría en contra del principio de que el Convenio debe ser interpretado como un todo.<sup>113</sup>

En conclusión, la expulsión no conlleva únicamente expulsar del territorio de un Estado, sino además tomar medidas para expulsar extranjeros de un lugar, aunque no hayan alcanzado el territorio de un Estado parte. Esto abarca la interacción entre autoridades de un Estado y personas requirentes de asilo en Alta Mar, como preventivas para su arribo en el territorio de un Estado parte del CEDH.

112 Ídem, apartados 176.

113 Ídem, apartado 178, (“[...] Por otra parte, en lo que respecta al ejercicio por un Estado de su jurisdicción en Alta Mar, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la naturaleza especial naturaleza del medio marítimo no puede justificar un espacio fuera de la ley en el que los individuos no están amparados por ningún sistema jurídico capaz de ofrecerles disfrute de los derechos y garantías protegidos por la Convención que los Estados se han comprometido a garantizar a toda persona sometida a su jurisdicción”).



## 5. Conclusiones

El TEDH ha elaborado el marco teórico y normativo en el que ha basado la protección de los refugiados y requirentes de asilo, principalmente con sustento en los artículos 4 del Protocolo N°4 y 3 del CEDH. Para la tutela efectiva del derecho internacional de los refugiados y requirentes de asilo, el Tribunal ha realizado en todos sus antecedentes de la Gran Sala una interpretación armónica con el Estatuto de los Refugiados, y otros tratados internacionales aplicables, tal como la CDFUE.

Asimismo, el TEDH ha dado preeminencia a los trabajos del ACNUR. Por una parte, sus documentos son utilizados a los efectos de dar contexto y para reforzar la prueba de los hechos. Es lo que el Tribunal llama su derecho a incorporar documentos por *motus proprio*, práctica habitual en los órganos de control de tratados internacionales sobre derechos humanos.

Por otro lado, los argumentos del ACNUR presentados como tercera parte en los casos, *Amicus Curiae*, han sido incorporados por el TEDH, en algunos casos como propios, en lo que entendemos resulta ser el reconocimiento del ACNUR como intérprete final del Estatuto de los Refugiados, especialmente el artículo 33. Asimismo, surge que el ACNUR, supletoriamente, ha garantizado las obligaciones que surgen del Estatuto de Refugiados, ante la ausencia o el no actuar del Estado, por ejemplo, en Libia.

Por su parte, la práctica de los Estados suele sustentarse en su facultad de regular el ingreso y egreso de las personas en su territorio, extremo reconocido por el TEDH, lo que suele generar tensión. Además, en la aplicación de sus políticas de gobernanza, especialmente ante afluencia masiva de migrantes, los Estados parte del CEDH suelen avalarse mediante la presentación de también *Amicus Curiae* en casos ante el Tribunal.

En consecuencia, un litigio ante la Gran Sala del TEDH implica más sujetos del derecho internacional, que solo las partes en el conflicto. De hecho, la presentación de Estados, como terceras

partes, es una práctica del litigio internacional de los derechos humanos prácticamente único del sistema europeo.

Para resolver esta tensión, el TEDH ha reconocido los límites de la facultad regulatoria de los Estados en materia migratoria, con sustento en la relación derecho interno y derecho internacional, con supremacía de este último. Igualmente, confirmó que un tratado bilateral de cooperación y seguridad no justifica el incumplimiento del CEDH.

Asimismo, ha otorgado una interpretación dinámica del término “expulsión” contenido en el Protocolo N°4 al CEDH, el que debe ser interpretado según el correr de los tiempos. Es decir, hoy implica considerar la expulsión “en caliente” en los bordes fronterizos terrestres y los movimientos de migrantes en Alta Mar. De este modo, reconoce que los desafíos que implica para Europa los movimientos masivos de migrantes, originados por problemas de terceros Estados, no son un justificativo para adoptar prácticas incompatibles con el CEDH y sus protocolos. Incluso, la expulsión colectiva puede implicar dos o más casos, porque el incumplimiento reside en la falta de análisis individual y objetivo en cada caso.

Igualmente, reforzó el deber de debida diligencia de los Estados en el ejercicio de su facultad de regular el ingreso y egreso de personas de su territorio, en los pasos y bordes fronterizos. Esto conlleva el conocimiento, o presunto conocimiento, de los riesgos de devolución hacia terceros Estados, que puede provenir de agentes del Estado como terceros ajenos al Estado.

Finalmente, si bien el TEDH determinó que en los procesos de requerimiento de asilo no aplica la regla del formalismo, conforme sostiene la doctrina, la revisión individual exigida, para que la expulsión no sea colectiva, no conlleva la determinación de las garantías especiales para la persona humana en ese contexto. Por ejemplo, el proceso no conlleva el derecho a entrevista individual. Además, colocar tanto peso fáctico a la conducta de los peticionarios puede terminar en el rechazo de la protección.

## CAPÍTULO II

# LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. RETROCESOS Y AVANCES

Anabel Soledad Papa<sup>1</sup>

### 1. Introducción

A lo largo de la historia existieron múltiples procesos de movilidad humana que respondieron a diversos y variados factores. También han sido distintas las respuestas de los Estados, aunque se han destacado en su gran mayoría las políticas centradas en el control migratorio. En los últimos años dichas políticas se han endurecido en algunos países y ello se tradujo en rechazos en frontera, expulsiones, criminalización, ejercicio del control migratorio más allá de la frontera territorial, entre otras. Al abordarse la migración desde una perspectiva de seguridad, como una amenaza a la economía, a la seguridad social, al mercado del trabajo, la historia, la cultura y/o las costumbres del país de acogida, no puede verse la realidad de este problema, y es que se trata de una crisis humanitaria que debe ser abordada desde el prisma de los derechos humanos, en tanto personas que huyen de guerras, persecuciones o de la pobreza

<sup>1</sup> Abogada (UBA, 2012), Magister en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP, tesis en elaboración). Ayudante en la materia Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Integrante de proyectos de investigación UBACyT y DECyT. Presta funciones en el Poder Judicial de la CABA. El presente es una versión actualizada del artículo *Las expulsiones colectivas en el caso “N.D. y N.T. vs. España” de la Gran Sala ;Un giro inexplicable?*, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica/revista-003.php> (fecha de consulta: 27 de marzo de 2022).

inhumana. La elección de ese enfoque no es casual, toda vez que invisibilizarlas es la *solución* que –en muchas oportunidades– se encontró al problema migratorio.<sup>2</sup>

No obstante, lo cierto es que el número de personas migrantes se ha mantenido elevado durante los últimos años en la medida que persisten las situaciones que impulsan dichos desplazamientos humanos. Un breve vistazo a las cifras actuales permite conocer el panorama del que hablamos. Según datos actualizados del ACNUR, principal órgano del sistema universal encargado de salvaguardar los derechos y el bienestar de dicho colectivo, hacia junio de 2021 al menos 82.4 millones de personas en todo el mundo se habían visto obligadas a huir de sus hogares debido a persecución, conflictos, violencia, violaciones de los derechos

2 La idea del migrante como *culpable* o como *chivo expiatorio* puede verse en textos de HOBBSAWN, a quien BAUMAN cita en su obra *Extraños llamando a la puerta*, p. 60 y ss. En particular, el historiador británico refiere que los procesos de urbanización y la industrialización, al depender de diversos y masivos movimientos, migraciones y traslados de personas “obran en menoscabo de la otra suposición nacionalista básica, la de un territorio habitado en esencia por una población homogénea desde los puntos de vista étnico, cultural y lingüístico”. Refiere que, como reacción de ello, surgen la xenofobia y racismo de la población autóctona en los países o regiones de acogida ante la afluencia masiva de extranjeros. HOBBSAWN, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, p. 166 y ss. Resulta inevitable entonces que nos crucemos con extranjeros en sociedades urbanizadas y, ante estas circunstancias que *ponen en riesgo la sociedad y la nación*, señala el autor que se debe culpar a los extranjeros –a ellos– “de todos los agravios, incertidumbres y desorientaciones que sentimos tantos de nosotros”. Ellos –los que no son nosotros– son “los extraños que son enemigos por su propia condición de extraños. (...). Si no existieran los extranjeros con sus viles trucos, habría que inventarlos. Pero a finales de nuestro milenio raramente tienen que inventarse: son universalmente presentes y reconocibles dentro de nuestras ciudades, como peligros públicos y agentes de contaminación, universalmente presentes, más allá de nuestras fronteras y nuestro control, pero odiando y conspirando contra nosotros. En los países más infelices son, y siempre han sido, nuestros vecinos, pero nuestra misma coexistencia con «ellos» merma ahora las certezas exclusivas de pertenecer a nuestro pueblo y nuestro país”. HOBBSAWN, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, p. 184 y ss.

humanos o eventos que perturbaron gravemente el orden público, y esta cifra ha presentado un notable incremento desde el año 2015 y se ha mantenido en constante alza durante los últimos diez años. A ello se le agregan los millones de personas apátridas a quienes se les ha negado una nacionalidad. Todo esto significa que 1 de cada 95 personas del mundo se vio obligada a huir de sus hogares como resultado de los conflictos y la persecución.<sup>3</sup> Estos datos se agravan cuando se tienen presente los datos de personas desplazadas en virtud de la guerra en Ucrania (véase capítulo IV en esta obra). Hacia finales de marzo de 2022, un mes después del inicio de este conflicto armado, más de 10 millones de personas se habían visto obligadas a abandonar sus hogares y huir para salvar sus vidas.<sup>4</sup> Es de notar que la respuesta de los Estados europeos que han acogido y están acogiendo a desplazados ucranianos –en especial los países fronterizos como Polonia, Hungría, Rumanía, Moldavia y Eslovaquia– contrasta sustancialmente con la respuesta de esos mismos Estados respecto de desplazados de otros continentes, como Asia o África.

Además de los diversos conflictos y obstáculos que las personas migrantes deben afrontar en la búsqueda de un lugar donde vivir sin violencia, con seguridad y respeto a sus derechos más básicos, al tocar el suelo de *la tierra prometida*, se enfrentan a otros tantos problemas. Uno de ellos consiste en las expulsiones colectivas, conocidas también como *devoluciones en caliente* o *push-backs*. En diferentes oportunidades el TEDH se ha expedido sobre las expulsiones colectivas. Sus sentencias han mantenido cierto hilo conductor al condenar las devoluciones en caliente; ello, excepción de la sentencia del 13 febrero de 2020 en el caso *N.D. y N.T.*

3 Información accesible en <https://www.acnur.org/datos-basicos.html> (fecha de consulta: 27 de marzo de 2022).

4 ACNUR, *Un mes después del inicio de la guerra, casi una cuarta parte de la población de Ucrania se ha visto desplazada*, <https://www.acnur.org/noticias/press/2022/3/623de40f4/un-mes-despues-del-inicio-de-la-guerra-casi-una-cuartaparte-de-la-poblacion.html> (fecha de consulta: 27 de marzo de 2022).

*c. España* en el que, como se verá con mayor detalle, la Gran Sala, en una decisión ciertamente criticable, convalidó el accionar del Estado español y castigó a los demandantes.<sup>5</sup>

En este contexto, el objetivo de este trabajo consiste en exponer y analizar los principales pronunciamientos del TEDH. Antes de adentrarnos en su estudio, explicaremos el encuadre normativo de la prohibición de expulsiones colectivas en el ámbito europeo. Contar con un marco teórico permitirá un mejor abordaje de dichos pronunciamientos. Finalmente, compartiremos algunas conclusiones.

## **2. Encuadre normativo de las expulsiones colectivas en el ámbito europeo**

Como es sabido, según el derecho internacional, los Estados tienen la facultad soberana de regular la entrada de personas no-nacionales a su territorio; es decir, de ejercer el control de los flujos migratorios. Ahora bien, el ejercicio de esa competencia, para que sea legítimo, debe hacerse en cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos voluntariamente por esos mismos Estados.

En el ámbito europeo, en cuanto con esta temática nos encontramos con la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros que está prevista en el Protocolo N° 4 al CEDH suscripto el 16 de septiembre de 1963 en Estrasburgo.<sup>6</sup> Este Protocolo fue el primer instrumento internacional que se refirió a las expulsiones colectivas que originalmente no habían sido receptadas por el CEDH.

5 STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, *N.D. AND N.T. c. España* [Aplicaciones Nros. 8675/15 y 8697/15].

6 El Protocolo N° 4 reconoce ciertos derechos y libertades que ya figuraban en el Título I del CEDH y en los artículos 1 a 3 del primer Protocolo Adicional al Convenio firmado en París el 20 de marzo de 1952. Los Estados partes acordaron que los artículos 1 a 5 del Protocolo N° 4 son adicionales al Convenio.

En los trabajos preparatorios de dicho Protocolo se señala sobre este artículo que el término *aliens* (extranjeros) de su artículo 4 “se interpretará como todos aquellos que no tienen derecho real a la nacionalidad en un Estado, ya sea que estén de paso por un país o residan o estén domiciliados en él, sean refugiados o hayan ingresado al país por iniciativa propia, sean apátridas o posean otra nacionalidad” (traducción propia)<sup>7</sup>. Es decir, esta disposición se aplica a las personas migrantes independientemente de su condición jurídica. En el informe explicativo del Protocolo N° 4 se señala que la finalidad de su artículo 4 es prohibir formalmente las expulsiones colectivas de todo tipo que han ocurrido en el pasado reciente. Así, se acordó que ni la adopción del artículo 4 ni la del párrafo 1 del artículo 3 (esto es, la prohibición de expulsiones de nacionales) —ambos del Protocolo N° 4 al CEDH—, puede ser interpretada como una manera de legitimar las expulsiones colectivas que tuvieron lugar en el pasado. Al contrario, según se agrega allí, el propósito de esta norma es evitar que los Estados expulsen a los migrantes de su territorio sin antes examinar sus circunstancias personales y, consecuentemente, sin permitirles que expresen argumentos en contra de las medidas adoptadas por la autoridad competente.<sup>8</sup>

A tenor de lo expuesto, la prohibición de expulsiones colectivas constituye una garantía procesal en favor de los migrantes. Así, cuando un Estado, en el ejercicio del control migratorio, expulsa a un extranjero, cualquiera sea su situación, su decisión es legítima solo si reúne ciertos extremos, a saber: debe tratarse de una decisión

7 COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of Protocol nro. 4 to the Convention, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto*, p. 505, párr. 33, <https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P4-BIL2907919.pdf> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2022).

8 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights. Prohibition of collective expulsions of aliens*, p. 5, [https://echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_Protocol\\_4\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_4_ENG.pdf) (fecha de consulta: 24 de marzo de 2022).

motivada, ser producto de un análisis previo de la circunstancia individual de la persona, debe evaluarse si su devolución no coloca a la persona en riesgo de ser sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; se deben explicar los motivos de dicha decisión y otorgar la oportunidad de ejercer su defensa. Si la expulsión ocurre de manera precipitada y masiva, de forma tal que las personas sean apresadas y devueltas inmediatamente sin procedimiento alguno, es fácticamente imposible cumplir todos los recaudos mencionados. Se priva además a los individuos de su derecho a pedir de asilo y de oponerse a la decisión de la autoridad pública del país receptor; todo ello, en contravención con numerosas normas del derecho internacional.<sup>9</sup> De ahí que –como se verá con mayor detalle más adelante– el artículo 4 del Protocolo N° 4 deba interpretarse conjuntamente con los artículos 3 (prohibición de la tortura) y 13 (derecho a un recurso efectivo), ambos del CEDH.

Cabe destacar que las expulsiones no deben comprender a un número determinado de personas para considerarlas colectivas. *Expulsión colectiva* significa *expulsión de extranjeros en su conjunto* sin una evaluación de cada uno de ellos, sin un procedimiento con garantías procesales suficientes que les proporcione la oportunidad de presentar alegaciones individuales ante la

<sup>9</sup> Al respecto, el TEDH definió al derecho al asilo como una libertad fundamental cuyo corolario es precisamente el derecho de la persona a solicitar el estatuto de refugiado, lo cual implica el derecho de los solicitantes a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen (STEDH (Segunda Sección) de 26/04/2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia* [Aplicación No. 25389/05]). A su turno, el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa ha indicado “(l)os Estados deben garantizar que todos los ciudadanos extranjeros que solicitan asilo en sus países puedan de hecho acceder a los procedimientos de asilo y beneficiarse de un examen minucioso, justo e individual de su reclamación”. COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Position Paper from the Council of Europe Commissioner for Human Rights. Positions on the right to seek and enjoy asylum*, p. 3, <https://rm.coe.int/16806db8ab> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2022).



autoridad competente. Es decir que lo *colectivo* no está definido por el número de personas expulsadas en un mismo momento, sino por el hecho de que la expulsión no haya sido el resultado de un análisis individualizado de cada caso particular. Dicho análisis debe ser además razonable, adecuado, justo y respetuoso de las garantías legales (HERNÁNDEZ BOLOGNA, 2022: 9).

En sintonía con los instrumentos mencionados, al encontrarnos dentro del ámbito europeo cabe tener presente también la CDFUE. Este instrumento, que según su artículo 51 está dirigida a las Instituciones y órganos de la UE y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el DUE, dotó a la UE de un listado completo de derechos y libertades fundamentales. Tuvo consagración normativa en el año 2000 inicialmente a declarativo, y recién en 2009 con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, adquirió carácter obligatorio, fuerza jurídica vinculante y fue dotada de rango de derecho primario (BOROWSKI, 2011:385).<sup>10</sup> La CDFUE establece en el artículo 19 la prohibición de las expulsiones colectivas y que nadie puede ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Esta norma debe interpretarse junto con el artículo 4 (CDFUE) relativo a la prohibición de tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. Además, su texto incluye el derecho de asilo (artículo 18) y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47).

En el ámbito internacional existe igualmente un Proyecto de articulado sobre expulsiones de extranjeros aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 69º período de sesiones en diciembre de 2014 que establece una serie de disposiciones de importancia sobre la temática que se aborda aquí. En este sentido,

10 BOROWSKI, “Libertades de mercado y derechos fundamentales en la Unión Europea”, en CAPALDO – SIECKMANN – CLÉRICO (dir.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, p. 385.

allí se definen los términos *expulsión* y *extranjero* (artículo 2), se establece bajo qué circunstancias un Estado tiene derecho a expulsar a un extranjero de su territorio (artículos 3 y 5), la obligación de los Estados de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de la expulsión (artículo 13) y la prohibición de tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hacia los extranjeros (artículo 17), además de prohibir la expulsión colectiva de extranjeros y establecer bajo qué parámetros dicha medida resulta legítima.<sup>11</sup>

Estrechamente vinculado con la prohibición de expulsiones colectivas, nos encontramos con el principio de *non-refoulement* o de no devolución. Este principio –tradicionalmente reservado a solicitantes de asilo y refugiados, y considerado una norma de derecho internacional consuetudinario de carácter obligatorio para todos los Estados– puede ser definido como aquel en virtud del cual las autoridades de un país no deben hacer devoluciones de personas migrantes o refugiadas a un país donde éstas se enfrentan a graves amenazas a su vida o a su libertad personal. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 receptó este principio en su artículo 33 según el cual “(n)ingún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. El texto de esta Convención se complementa con el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

El ACNUR refirió que el principio de no devolución es un principio básico que no admite reservas, el complemento lógico del derecho de solicitar asilo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, un componente fundamental de la prohibición absoluta de tortura y de los tratos o las penas crueles, inhumanos

11 Cfr. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/69/119.

o degradantes<sup>12</sup>. En el ámbito de Naciones Unidas se encuentra también la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que recepta el principio de no devolución en su artículo 3. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares dispone que los trabajadores migrantes o sus familiares no pueden ser objetos de medidas de expulsión colectiva, sino que cada caso debe ser examinado y decidido individualmente (artículo 22.1). Sin embargo, esta última Convención –adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución Nro. 45/158 del 18 de diciembre de 1990– no fue ratificado por ningún Estado de la UE.<sup>13</sup>

Si bien el principio de no devolución difiere de la prohibición de expulsiones colectivas, tienen ciertos puntos de contacto. Ello pues, si a una persona migrante se la expulsa automáticamente como sucede con las devoluciones en caliente, se la despoja de su derecho a exponer su situación, a solicitar asilo, a que se le informen expresa y formalmente los motivos de su expulsión y a contar con la oportunidad de someter el caso a revisión ante la autoridad estatal competente; es decir, se viola el debido proceso y el derecho a un juicio justo.

### **3. Las expulsiones colectivas de migrantes en la jurisprudencia del TEDH**

Como se adelantó, el TEDH ha interpretado en diferentes sentencias la prohibición de expulsiones colectivas de personas migrantes. Desde sus primeros pronunciamientos –y a excepción

12 Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, *Nota sobre Protección Internacional*, p. 6, párr. 16, <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4acaf3ec2> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2022).

13 Información accesible en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en) (fecha de consulta: 24 de marzo de 2022).

de unos pocos— ha podido observarse una tendencia en favor de la condena a los Estados ejecutores de este tipo de expulsiones. A continuación, se hará una breve mención a las decisiones más representativas del Sistema Europeo de Derechos Humanos sobre esta temática dictadas en los últimos veinte años.

En la sentencia del caso *Čonka y otros c. Bélgica* (2002)<sup>14</sup> el TEDH por primera vez declaró la responsabilidad estatal por expulsiones masivas de extranjeros por considerarlas contrarias al CEDH. En lo sustancial, resolvió que el Estado demandado había vulnerado el artículo 4 del Protocolo N° 4 en tanto el procedimiento de expulsión no había proporcionado garantías suficientes que demuestren que las circunstancias personales de cada persona habían sido tenidas en consideración de forma genuina e individual para tomar dicha decisión. También entendió que se habían violado otros derechos, como el derecho a la libertad y la seguridad y a apelar la orden de la detención (artículos 5.1 y 5.4 CEDH) así como el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH) tomado conjuntamente con el artículo 4 del Protocolo N° 4.

En el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012)<sup>15</sup> se dispuso —por primera vez— que se violaba el principio de no

14 STEDH (Tercera Sección) de 05/02/2002, *Čonka y otros c. Bélgica* [Aplicación No. 51564/99]. El caso versa sobre un grupo de eslovacos de origen romaní que solicitaron asilo en Bélgica. Tras ser rechazada su solicitud fueron retenidos en una sala de tránsito cerca del aeropuerto de Bruselas a fin de ser expulsados. Según afirmaron los demandantes, habían huido de Eslovaquia luego de ser víctimas de ataques racistas y ante la actitud pasiva de las autoridades policiales. Sus solicitudes de asilo fueron rechazadas por Bélgica en primera y segunda instancia (marzo y junio de 1999 respectivamente) bajo el argumento de la falta de credibilidad y de pruebas de su persecución en Eslovaquia, ante lo cual se les solicitó que abandonasen el territorio belga. Alegaron que fueron detenidos para ser expulsados al ser convocados a la estación de policía —presuntamente— para completar sus solicitudes de asilo.

15 STEDH (Gran Sala) de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Aplicación No. 27765/09]. En este caso, el TEDH analizó la situación de 24 personas (11 ciudadanos somalíes y 13 ciudadanos eritreos) que formaban parte de un grupo de aproximadamente 200 personas que abandonaron Libia a bordo de tres

devolución aun cuando las personas migrantes hubiesen sido interceptadas fuera del territorio nacional (en el caso, en aguas internacionales). Ello significó la extensión de la noción de jurisdicción más allá de lo meramente territorial. También consideró que Italia había llevado adelante una expulsión colectiva en violación del artículo 4 del Protocolo N° 4, toda vez que las autoridades italianas se limitaron a trasladar a los requerientes a Libia sin realizar ningún tipo de examen de la situación individual de cada uno de éstos.

Para analizar la violación del principio de no devolución y la responsabilidad de las autoridades italianas, el TEDH evaluó la situación en la que podrían verse envueltos los demandantes en el país receptor a la luz de la prohibición de la tortura del artículo 3 (CEDH). A continuación, recordó que “una expulsión indirecta de un extranjero deja intacta la responsabilidad a la Alta Parte Contratante, la cual está obligada, de acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal, a asegurarse de que el individuo en cuestión no correrá un riesgo auténtico de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3 en caso de ser repatriado”.<sup>16</sup> Así, sobre la base de varios informes de organismos internacionales –que demostraban que durante el período que abarcaban los hechos del caso en Libia no se observaban las normas atinentes a la protección de refugiados y toda persona que ingresaba al país ilegalmente estaba destinada a vivir en la clandestinidad, a ser sistemáticamente arrestada en condiciones

---

embarcaciones con el objetivo de llegar a la costa italiana. El 6 de mayo de 2009, cuando sus navíos se encontraban a una distancia de 35 millas náuticas al sur de Lampedusa (Agrigento), es decir, dentro del área de responsabilidad del Servicio de Búsqueda y Salvamento maltés, fueron interceptados por tres buques del Servicio de Vigilancia Aduanera de la policía italiana y de los Guardacostas, trasladados a buques militares italianos, devueltos a Trípoli (Libia, su punto de partida) y entregados a las autoridades libias. Durante dicha travesía, los demandantes adujeron que las autoridades italianas no les informaron que los iban a devolver a Libia, no los identificaron y, además, les confiscaron sus efectos y documentos personales.

16 Ídem, apartado 146.

inhumanas e incluso torturada, además de correr el riesgo de ser devueltos a sus países de origen en cualquier momento— la Gran Sala declaró que Italia había violado el artículo 3 (CEDH) al someter a los demandantes al riesgo de recibir malos tratos en Libia y de ser repatriados a Somalia y Eritrea; y que además había violado el artículo 4 del Protocolo N° 4 y el artículo 13 en relación con el artículo 3, ambos del CEDH.

El TEDH también se expidió en el caso *Georgia c. Rusia* (2014)<sup>17</sup> en el que resolvió que Rusia había incurrido en la violación del artículo 4 del Protocolo N° 4 del CEDH al considerar que las expulsiones de ciudadanos georgianos ocurridas durante el otoño de 2006 constituían una práctica administrativa realizada en violación de dicho artículo. Es interesante destacar que, aun cuando en el caso se trataban de resoluciones de expulsión particulares, el TEDH entendió que ellas no eran producto de un examen razonable y objetivo de la situación individual de cada uno de los extranjeros. Para arribar a esa conclusión se sirvió de los informes del Comité de Supervisión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y de organizaciones internacionales de los que se desprendía que las expulsiones seguían un mismo patrón en todo el país y que existía una coordinación entre sus poderes administrativos y judiciales, lo que había conllevado a que, durante el periodo en cuestión, se hubiesen realizado miles de expulsiones de personas procedentes de Georgia.<sup>18</sup>

17 STEDH (Gran Sala) de 3/7/2014, *Georgia c. Rusia* [Aplicación No. 13255/07].

18 Rusia además fue condenado por violar el artículo 4 del Protocolo 4 en otros casos, a saber: STEDH (Tercera Sección) de 20/12/2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia* [Aplicaciones Nos. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07] y STEDH (Tercera Sección) de 20/12/2016, *Shiashvili y otros c. Rusia* [Aplicación No. 19356/07]. En ambos casos el Tribunal Europeo insistió en la obligación del estado de realizar un examen individual de cada demandante, con plena vigencia de la garantía procesal de acceso a un recurso efectivo. Estas sentencias adquirieron carácter definitivo el 20/03/2017 bajo lo dispuesto por el artículo 44.2 del CEDH.

En el caso *Sharifi y otros v. Italia y Grecia* (2014)<sup>19</sup>, el TEDH consideró que Italia había violado el artículo 4 del Protocolo N° 4 con respecto a cuatro de los demandantes tras entender que las medidas a las que habían sido sometidos al arribar al puerto de Ancona implicaron expulsiones colectivas e indiscriminadas. En particular consideró que, al devolver a estas personas a Grecia, Italia además había violado el artículo 3 (CEDH) por exponerlos a riesgos derivados de la deficiencia en el procedimiento de asilo en dicho país, mientras que Grecia había violado el artículo 13 en relación con el artículo 3 (ambos del CEDH) ante la falta de acceso al procedimiento de asilo y el riesgo de expulsión a Afganistán, donde los actores podían sufrir tratos inhumanos y degradantes.

El TEDH aprovechó para manifestar que las Reglas de Dublín (UE)<sup>20</sup> debían aplicarse de forma que sean compatibles con el CEDH, y que no podía utilizarse como justificativo de las devoluciones colectivas, sino que el Estado que lleva adelante dichas devoluciones debía asegurarse que el país de destino de las personas ofrecía garantías suficientes en su política de asilo para prevenir que sean trasladadas a su país de origen sin que se lleve a cabo una evaluación de los riesgos que enfrentaban allí.

En el caso *Kblaiña y otros c. Italia* (2016)<sup>21</sup>, si bien en esta oportunidad el TEDH consideró que el Estado no había violado

19 STEDH (Sección Segunda) de 21/10/2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* [Aplicación No. 16643/09]. El caso trata sobre la situación de 32 personas nacionales de Afganistán, dos de Sudán y una de Eritrea que, tras alegar haber ingresado a Italia ilegalmente desde Grecia, fueron devueltos a dicho país inmediatamente con el temor de una posible deportación a sus respectivos países de origen donde enfrentaban riesgo de muerte, tortura o tratos inhumanos o degradantes. Esta sentencia adquirió carácter definitivo el 21/01/2015 bajo lo dispuesto por el artículo 44.2 del CEDH.

20 (párrafo previo enviado a la nota 6) Véase ZAMPEDRI, *Un mundo con un lugar y derechos... ¿para todos? La situación de los refugiados en la Unión Europea*, <http://www.derecho.uba.ar/internacionales/catedra-jean-monnet/ravista-digital-catedra-jean-monnet.php> (fecha de consulta: 25 de marzo de 2022).

21 STEDH (Gran Sala) de 15/12/2016, *Kblaiña y otros c. Italia* [Aplicación No. 16483/12]. El caso se refiere a la detención en un centro de acogida en Lampedusa

el artículo 4 del Protocolo N° 4 (CEDH), el pronunciamiento resulta de relevancia porque allí se señaló lo que debe entenderse por expulsión colectiva, esto es, toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que dicha medida sea tomada sobre la base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman parte de dicho grupo.<sup>22</sup>

De esta forma llegamos al caso *N.D. y N.T. c. España* (2020)<sup>23</sup> donde el TEDH convalidó las devoluciones en caliente o *push-backs* llevadas a cabo por las autoridades españolas en Melilla, un enclave español ubicado en territorio marroquí.<sup>24</sup> Este caso

---

y luego en barcos amarrados en el puerto de Palermo, así como la repatriación a Túnez de migrantes clandestinos que habían desembarcado en Italia en 2011 durante los hechos vinculados a la Primavera Árabe.

<sup>22</sup> Ídem, apartados 237 y ss.

<sup>23</sup> STEDH (Gran Sala) de 13/2/2020, *N.D. y N.T. c. España* [Aplicaciones Nos. 8675/15 y 8697/15].

<sup>24</sup> Conforme se desprende de la sentencia, N.D. y N.T. decidieron intentar ingresar a Melilla junto con un grupo de subsaharianos, luego de estar varios meses en el campamento no oficial de migrantes de Monte Gurugú, en situación de extrema precariedad. Para ingresar en tierra española, en agosto de 2014 los demandantes y otras personas migrantes treparon las diferentes vallas que dividen Marruecos de Melilla y fueron atacados mediante lanzamiento de piedras por las autoridades marroquíes. El primer demandante consiguió encaramarse a lo alto de la tercera valla y permaneció allí hasta la tarde sin recibir ninguna asistencia médica o jurídica, mientras que el segundo demandante dice haber sido alcanzado por una piedra cuando trepaba la primera valla y haber caído, pero consiguió después superar las dos primeras vallas. Según manifestaron, fueron testigos de actos violentos cometidos por los agentes de la Guardia Civil española y por las fuerzas del orden marroquíes hacia inmigrantes subsaharianos. Finalmente, luego de varias horas, bajaron de la tercera valla con la ayuda de las fuerzas de seguridad españolas y en cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil, quienes los esposaron y los devolvieron a Marruecos. En ningún momento fueron objeto de procedimiento de identificación alguno, no tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos. El 9 de diciembre y el 23 de octubre de 2014, N.D. y N.T. respectivamente lograron entrar en territorio español por el puesto fronterizo



se originó a partir de la demanda iniciada por N.D., nacional de Malí, y N.T., nacional de Costa de Marfil, contra España ante el TEDH. Ambas personas denunciaron la devolución inmediata a Marruecos ejecutada por las autoridades españolas el 13 de agosto de 2014 cuando intentaban entrar al territorio español trepando las vallas ubicadas alrededor de Melilla. Los demandantes alegaron que habían sido víctimas de una expulsión colectiva sin que se les hubiese permitido identificarse, alegar sus circunstancias personales y, por lo tanto, sin que las autoridades españolas hubiesen evaluado su situación individual, ni alertar sobre los malos tratos a los que corrían riesgo de ser sometidos de ser devueltos a Marruecos. Mucho menos habían sido sometidos a un procedimiento, gozado del derecho de impugnar la medida que dispuso su regreso inmediato a Marruecos mediante un recurso efectivo con efecto suspensivo, ni contar con asistencia legal o médica.

En este contexto, invocaron la violación del artículo 4 del Protocolo Nº 4, y los artículos 3 y 13 del CEDH. Se expidió en primer término la Sala de la Sección Tercera del TEDH mediante sentencia del 3 de octubre de 2017 en la que se condenó a España por su accionar, el que fue interpretado como una expulsión colectiva de migrantes realizada en la frontera de Melilla con Marruecos, quienes fueron desprovistos de su derecho a un recurso efectivo con efectos suspensivos contra dicha decisión<sup>25</sup>.

---

de Melilla. Ante ello, se iniciaron dos procedimientos contra ellos. N.D. fue devuelto a Malí en marzo de 2015 por una orden de expulsión decretada contra él y la denegación administrativa de su solicitud de asilo; N.T., por su parte, fue expulsado en noviembre de 2014.

25 STEDH (Gran Sala) de 13/2/2020, *N.D. y N.T. c. España* [Aplicaciones Nos. 8675/15 y 8697/15]. Es relevante destacar que al momento del dictado de la decisión se encontraba ya vigente la Ley Orgánica 4/2015 del 30/03/2015 de protección de la seguridad ciudadana –conocida como *ley mordaza*– que legalizó las devoluciones automáticas de migrantes que llegan a Ceuta y Melilla. Si bien la Sala de la Sección Tercera no se expidió sobre la legalidad de esta disposición, indicó expresamente que la política migratoria debe estar de conformidad con el CEDH y sus Protocolos, entre ellos, el Protocolo Nº 4.

No obstante, en diciembre de 2017, el Estado español solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala, lo cual fue aceptado en tanto se planteaba allí una cuestión grave sobre la interpretación o aplicación del CEDH de conformidad con el artículo 43 (CEDH) y la regla 73 de su Reglamento. Así, mediante su sentencia del 17 de febrero de 2020 la Gran Sala se distanció de la decisión de la Sala de la Sección Tercera y declaró, por unanimidad, que el Estado español no había violado el artículo 4 del Protocolo N° 4 del CEDH ni el artículo 13 de éste. El argumento principal con el que fundamentó su decisión fue que los propios demandantes se colocaron en una situación irregular o ilegal cuando deliberadamente habían intentado entrar a España en agosto de 2014 cruzando las vallas de protección fronteriza de Melilla, en una ubicación no autorizada, usando la fuerza, aprovechándose de la ventaja de formar parte de un grupo de muchas personas y en el contexto de una operación que –dice la sentencia– había sido planificada con antelación. Es decir que, según la interpretación de la Gran Sala, el Estado español no había violado la normativa en cuestión en tanto había sido la propia conducta de los demandantes la que les impidió a las autoridades fronterizas emitir una decisión individual de expulsión en la que se evaluara individualmente las circunstancias de los demandantes. Ello, a pesar de que al momento en que los hechos tuvieron lugar, existían procedimientos legales disponibles para entrar a España que garantizaban el derecho a solicitar protección en representaciones diplomáticas y consulares de España en sus países de origen o de tránsito e incluso en Marruecos sin que hubiera razones de peso para que los demandantes no se sometiesen a ellos.

Ahora bien, para adoptar esta decisión el TEDH echó por tierra los informes de los terceros que intervinieron en el proceso. Sobre dichos informes, la Gran Sala dijo que *no eran concluyentes* lo que resulta, cuanto menos, llamativo atento a la claridad con que se exponía allí que los migrantes de África subsahariana no podían acceder a los procedimientos de migración y asilo en el paso fronterizo de Melilla pues se les impedía sistemáticamente

llegar a la frontera por el lado marroquí; que la duración de los procedimientos de asilo y las condiciones de los centros de detención en Melilla como en Ceuta –otro enclave español que limita con Marruecos– desanimaban a los extranjeros que actuaban de buena fe a la hora de solicitar la protección internacional; y que la mayoría de los migrantes que trataban de llegar a la oficina de ACNUR en Rabat, que se ocupa de las demandas de asilo, eran arrestados o detenidos<sup>26</sup>.

Hacia el final de la sentencia, el Tribunal indicó que “la ausencia de resoluciones individuales de expulsión puede deberse al hecho de que los demandantes, si efectivamente deseaban hacer valer sus derechos en virtud del Convenio, no hicieron uso de los procedimientos formales de entrada existentes a tal efecto, lo que por tanto fue consecuencia de su propia conducta. Por consiguiente, no ha habido vulneración alguna del artículo 4 del Protocolo Nº 4”<sup>27</sup>, pero dejó a salvo que dicha decisión “no pone en tela de juicio el amplio consenso existente en la comunidad internacional en cuanto a la obligación y la necesidad de que los Estados contratantes protejan sus fronteras (...) de forma que se respeten las salvaguardas del Convenio y, en particular, la obligación del principio de no devolución”.<sup>28</sup>

26 Información que surge de los documentos del ACNUR, de la Comisión Española de ayuda al refugiado (CEAR) que están citados en los párrafos 155 y 158 respectivamente de la sentencia de la Gran Sala. A ello se le agrega el informe de 2018 del Embajador Tomáš Boček –Representante Especial del Secretario General para la migración y los refugiados– elaborado luego de la misión de investigación realizada en 2018, en el que se describe la situación en Ceuta y Melilla donde muchas personas sufren lesiones físicas al saltar las vallas y que poco después de recibir ayuda de la Cruz Roja española son devueltos a Marruecos sin que haya ninguna identificación o registro.

27 STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, *N.D. AND N.T. c. España* [Aplicaciones Nros. 8675/15 y 8697/15], apartado 231.

28 Ídem, apartado 232.

Según se ha indicado, la doctrina de la prueba de la propia conducta culpable (también llamada “excepción ND y NT”) requiere la verificación de cuatro requisitos, a saber: a) la entrada irregular al territorio, es decir, por una frontera

Luego del dictado de esta sentencia, el TEDH intervino meses más tarde en otros casos en los que tuvo que abordar la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros.

Si seguimos un orden cronológico, la primera sentencia dictada fue la del caso *Asady y otros c. Eslovaquia* (2020)<sup>29</sup> donde con una ajustada mayoría de cuatro votos contra tres y con opiniones disidentes, el TEDH interpretó que la expulsión de los solicitantes –19 ciudadanos afganos de un grupo mayor de 32 que habían intentado ingresar a Eslovaquia de manera irregular en 2014– a Ucrania por parte de la policía fronteriza eslovaca no implicaba una violación a la prohibición de expulsión colectiva del artículo 4 del Protocolo N° 4 del CEDH. Sostuvo que, aun cuando las decisiones de expulsión se hubiesen adoptado sobre la base de entrevistas breves de aproximadamente diez minutos, con preguntas estandarizadas en presencia de un intérprete de idioma persa en la comisaría, éstas no eran contrarias al CEDH pues los solicitantes habían tenido oportunidad suficiente –genuina y efectiva– para

---

no autorizada o sin hacer uso de los procedimientos oficiales de entrada; b) las modalidades de entrada, consideradas circunstancias agravantes, como son: i) la gran cantidad de migrantes, como el ingreso en masa o por asalto, ii) el uso de la fuerza, iii) la creación de una situación perturbadora que es difícil de controlar, iv) que la situación perturbadora ponga en peligro la seguridad pública; v) el apoyo y la planificación externa (en el caso ND y NT se indicó que la situación se había planeado de antemano); c) que existan procedimientos legales de entrada al territorio disponibles de manera genuina y efectiva y que no hayan sido utilizados sin razones convincentes; d) que el país al que se los expulsa sea un destino seguro, es decir, que no existan allí riesgo a sufrir algún tipo de maltrato, tortura, etc. GATTA, “*Tell me your story, but hurry up because I have to expel you*”- *Asady and Others v. Slovakia: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT ‘own culpable conduct’ test to collective expulsions*, <https://strasbourgobservers.com/2020/05/06/tell-me-your-story-but-hurry-up-because-i-have-to-expel-you-asady-and-others-v-slovakia-how-to-quickly-conduct-individual-interviews-and-not-apply-the-nd-nt-own-cul> (fecha de consulta: 25 de marzo de 2022).

29 STEDH (Tercera Sección) de 24/03/2020, *Asady y otros c. Eslovaquia* [Aplicación No. 24917/15]. Esta decisión adquirió carácter definitivo el 12/10/2020 bajo lo dispuesto por el artículo 44.2 del CEDH.

presentar sus argumentos en contra de su expulsión y se había realizado un examen individual de su situación.

Tampoco las circunstancias en que fueron realizadas las mencionadas entrevistas –durante la noche y en horas de la madrugada, con la presencia de un solo intérprete disponible y entrevistas que se superponían y, por lo tanto, sin contar con suficiente asistencia lingüística– eran relevantes ni suficientes para considerar que se había violado el CEDH. Cabe destacar que, en cuanto a la denominada prueba de la propia conducta culpable, si bien la sentencia del caso *Asady y otros c. Eslovaquia* (2020) fue dictada poco más de un mes después del caso *ND. y N.T.c. España* (2020), en el voto de la mayoría no se hace alusión a ésta. Ahora bien, los tres magistrados disidentes –que emitieron su voto de forma conjunta– se expresaron al respecto e indicaron que la doctrina del caso *ND. y N.T.* debía ser interpretada de forma restrictiva. Sostuvieron que, aun cuando los requirentes habían intentado ingresar de forma irregular, las circunstancias del caso *Asady y otros c. Eslovaquia* (2020) eran diferentes ya que: se trataba de un grupo de 32 personas (en contraposición con las 600 del caso contra España), no usaron la fuerza ni habían puesto en peligro la seguridad pública, Eslovaquia no había proporcionado suficiente acceso a los procedimientos de entrada legal pues los ciudadanos afganos no podían solicitar protección internacional en misiones diplomáticas o consulares en el extranjero, y había informes de diversas organizaciones que ponían de manifiesto los obstáculos para acceder a procedimientos de dicha índole. En atención a las condiciones en que llevaron a cabo las entrevistas, en el voto disidente concluyeron que se había tratado de una expulsión colectiva.

Algunos meses después el TEDH vuelve sobre la cuestión en el caso *Moustabi c. Francia* (2020)<sup>30</sup> donde se trata la situa-

30 STEDH (Quinta Sección) de 25/06/2020, *Moustabi c. Francia* [Aplicación No. 9347/14]. Esta decisión adquirió carácter definitivo el 25/09/2020 bajo lo dispuesto por el artículo 44.2 del CEDH.

ción del Sr. Moustahi y sus dos hijos, ciudadanos de las Comoras que residían en Mayotte luego de lograr la reunificación familiar en 2014. El actor entró a Mayotte en 1993 con un permiso de residencia temporario y residía allí de forma regular y continua desde entonces. Su esposa era comorana y residía allí de forma irregular. En 2011 ella fue expulsada y enviada a las Comoras con los dos niños. En 2013 los niños viajaron sin acompañamiento familiar a Mayotte a bordo en un bote improvisado para reunirse con su padre, pero fueron interceptados por autoridades francesas y detenidos con otros adultos hasta que se dispuso su inmediata expulsión. Durante todo ese tiempo los menores fueron incorrectamente asociados con otro adulto e incluidos en la orden de expulsión de este. Ante ello, se alegó en el caso que la detención de los menores fue contraria a los artículos 3, 5.1 y 5.4 y 8 (CEDH), y que fueron objeto de una expulsión colectiva, en violación al artículo 4 del Protocolo N° 4. En la sentencia, el tribunal caracterizó la expulsión como colectiva y resolvió por unanimidad, entre otras cuestiones, que el Estado había violado el artículo 3 (CEDH) debido a las condiciones de detención y de regreso a las Comoras de los demandantes; y del artículo 4 del Protocolo N° 4. A diferencia de la sentencia del caso *Asady y otros c. Eslovaquia* (2020) en esta ocasión no se hizo mención alguna al caso *ND. y N.T. c. España* (2020).

Luego se puede mencionar la sentencia del caso *M.K. y otros c. Polonia* (2020)<sup>31</sup> que trata la situación de 13 personas (cinco adultos y ocho menores de edad) que viajaron desde Bielorrusia y en la frontera con Polonia intentaron presentar sin éxito solicitudes de asilo en más de treinta ocasiones en menos de un año. De esta forma, las autoridades polacas emitían decisiones administrativas por medio de las cuales eran expulsados a

31 STEDH (Primera Sección) de 23/07/2020, *M.K. c. Polonia* [Aplicaciones Nos. 40503/17, 42902/17 y 43643/17]. Esta sentencia adquirió carácter definitivo el 14/12/2020 conforme al artículo 44.2 del CEDH.

Bielorrusia, sin que sus abogados pudiesen brindarle asistencia jurídica, supervisar las entrevistas con la policía fronteriza y aun cuando informaron el temor por su seguridad para el caso de ser devueltos a Chechenia donde habían sido objeto de maltratos, secuestros, acosos, torturas y detención. En definitiva, el TEDH consideró que las decisiones por las cuales se les denegó el ingreso a Polonia no habían tomado en consideración la situación individual de cada uno, se habían ignorado sus declaraciones sobre los deseos de solicitar asilo; fueron desconocidas sus manifestaciones sobre el temor a sufrir persecuciones, tratamiento inhumanos y degradantes y a tortura en Chechenia; no se les había permitido consultar a abogados, incluso aquellos que estaban en el puesto fronterizo; y, en suma, habían sido parte de una política más amplia y sistemática de rechazos colectivos, en virtud de la cual se negaban a recibir solicitudes de asilo de personas que se presentaran en la frontera entre Polonia y Bielorrusia, que eran devueltas a éste último país. En particular, se consideró por unanimidad que Polonia había violado el artículo 4 del Protocolo N° 4, y los artículos 3 y 13 (ambos del CEDH).

A diferencia de las sentencias de los casos *Asady y otros c. Eslovaquia* (2020) y *Moustahi c. Francia* (2020), en el caso *M.K. y otros c. Polonia* (2020) el TEDH luego de verificar que se trataba de una expulsión colectiva, procedió a analizar si procedía la llamada *excepción N.D. y N.T.* sobre la conducta culpable de los propios solicitantes. De esta forma, se expuso en primer término dicha doctrina al señalar que

[...] la ausencia de cooperación activa por parte de los solicitantes con el procedimiento disponible para realizar un examen individual de sus circunstancias o el recurso a medios no autorizados y claramente disruptivos para intentar ingresar al territorio de un Estado a pesar de la existencia de un acceso genuino y efectivo a medios de entrada legales podría llevar al Tribunal a concluir que el gobierno no puede ser considerado responsable por el

hecho de que las circunstancias de los solicitantes no fueron examinadas individualmente.<sup>32</sup>

Ahora bien, luego de analizar dicha doctrina a la luz de hechos del caso, se concluyó que la conducta de los demandantes no era pasible de reproche alguno, pues habían intentado ingresar a Polonia de forma legal al presentarse al puesto de control fronterizo oficial, se habían sometido a los procedimientos prescritos por las normas y no habían utilizado la violencia ni comportamientos clandestinos o agresivos.<sup>33</sup>

En un pronunciamiento más reciente en el caso *D.A. y otros c. Polonia* (2021)<sup>34</sup>, se trata la situación de tres personas nacionales de Siria que al momento de los hechos residían en Bielorrusia desde 2013 D.A. y M.A., y desde 2015 S.K. donde habían estudiado. Los demandantes no podían permanecer en Bielorrusia ya que se habían graduado, sus visas se habían expirado y en la práctica les sería imposible obtener la protección internacional en ese país. Manifestaron que habían sido víctimas de devoluciones en caliente en la frontera entre Polonia y

32 STEDH (Primera Sección) de 23/07/2020, *M.K. c. Polonia* [Aplicaciones Nos. 40503/17, 42902/17 y 43643/17], apartado 203, la traducción me pertenece.

33 En virtud de dicho análisis, se ha señalado que los casos “N.D. y N.T.” y “M.K. y otros” “pueden verse como antípodas, ejemplificaciones emblemáticas de circunstancias opuestas de migrantes ‘malos’ vs. ‘buenos’, que intentan ingresar al territorio del Estado: de manera irregular y violencia en el caso español de Melilla; de forma pacífica, ordenada y utilizando los procedimientos prescriptos y los controles fronterizos oficiales en el caso polaco de Terespol. Sin embargo, quedan abiertas varias cuestiones. ¿Qué pasa con los casos en los que los antecedentes fácticos pueden ser menos sencillos? ¿Cómo medirá la Corte las conductas de los migrantes para decidir si aplica la excepción de la propia conducta culpable?” (la traducción me pertenece). GATTA, Systematic push back of ‘well behaving’ asylum seekers at the Polish border: M.K. and Others v. Poland, <https://strasbourgobservers.com/2020/10/07/systematic-push-back-of-well-behaving-asylum-seekers-at-the-polish-border-m-k-and-others-v-poland> (fecha de consulta: 25 de marzo de 2022).

34 STEDH (Primera Sección) de 08/07/2021, *D.A. y otros c. Polonia* [Aplicación No. 51246/17].



Bielorrusia por parte de las autoridades polacas. Estas les negaron reiteradamente la posibilidad de presentar solicitudes de protección internacional y que su situación sea revisada individualmente como parte de una política general seguida por Polonia a fin de reducir el número de solicitudes de asilo registradas en el país. Según se desprende del desarrollo fáctico de la sentencia, en tres ocasiones entre el 14 y el 18 de julio de 2017 los demandantes viajaron al cruce fronterizo polaco-bielorruso en Terespol donde manifestaron su deseo de presentar una solicitud de protección internacional y expresaron a los guardias fronterizos tener temor por su seguridad si regresaban a Siria. No obstante, en todas esas ocasiones se emitieron decisiones administrativas que les prohibieron la entrada a Polonia bajo el argumento de que no contaban con documentación que autorizara su ingreso y que –según las autoridades polacas– no habían alegado que corrían riesgo de persecución en su país, sino que simplemente estaban tratando de migrar por razones económicas y personales.

Esas conclusiones estaban basadas en entrevistas realizadas por los guardias fronterizos en idioma polaco que no habían sido firmadas por los solicitantes. Al presentarse nuevamente en el cruce fronterizo de Terespol el 20 de julio de 2017 los demandantes hicieron una solicitud de medida provisional (de conformidad con el artículo 39 del Reglamento del TEDH) para evitar su expulsión a Bielorrusia la cual tuvo acogida favorable. La medida dictada por el TEDH (juez de turno) ese mismo 20 de julio de 2017 indicaba al gobierno polaco que los solicitantes no debían ser expulsados a Bielorrusia hasta el 3 de agosto de 2017, fecha que fue luego prorrogada hasta septiembre y más tarde hasta nuevo aviso. No obstante, ese mismo día fueron devueltos a Bielorrusia. El 21 de julio de 2017 los demandantes regresaron al puesto fronterizo de Terespol, les mostraron a los guardias fronterizos la medida cautelar dictada por el TEDH y expresaron nuevamente necesidad de protección internacional; pero fueron rechazados y devueltos una vez más a Bielorrusia.

Contra las decisiones que rechazaron su ingreso los días 20 y 21 de julio de 2017 los requirentes presentaron una apelación en la que intervino la Sección Primera del TEDH. La sentencia del caso se dictó el 8 de julio de 2021 y allí se citan varias de las resoluciones previamente analizadas. Allí adquiere especial relevancia la resolución del caso *M.K. y otros c. Polonia* (2020) en tanto se remite a ella para tener por acreditada la practica relativa a la concesión de protección internacional de extranjeros y al procedimiento de denegación de entrada, incluidos los informes sobre la situación en el puesto fronterizo de Terespol. En lo sustancial, el TEDH entendió que Polonia había violado el artículo 3 (CEDH) al negarles el acceso a un procedimiento de asilo y, en consecuencia, exponer a los demandantes al riesgo de sufrir tratos inhumanos, degradantes y tortura en Siria. Asimismo, se destacó en la resolución que las autoridades polacas estaban en conocimiento del deseo de los demandantes de solicitar protección internacional por temor a ser objeto de persecuciones, quienes también habían manifestado que no podía considerarse a Bielorrusia un tercer país seguro para ellos toda vez que, en su opinión, devolverlos allí los pondría en riesgo de una *devolución en cadena* (*chain-refoulement*). De esta forma, concluyó que cada una de aquellas ocasiones en que los solicitantes fueron devueltos a la frontera polaca con Bielorrusia, constituyeron violaciones al artículo 3 (CEDH). También interpretaron que Polonia había violado el artículo 4 del Protocolo N° 4 al CEDH en tanto que las denegaciones de entrada emitidas en el puesto de control fronterizo polaco-bielorruso en Terespol y su retorno a Bielorrusia, constituyeron expulsiones dentro del significado de la citada norma.

Con cita nuevamente de la sentencia del caso *M.K. y otros c. Polonia* (2020) se determinó que al momento de los hechos existía en Polonia una política estatal de negar la entrada a extranjeros provenientes de Bielorrusia, independientemente de si eran migrantes económicos o si expresaban temor a ser perseguidos en sus países de origen. Es importante destacar que, aun cuando el

TEDH reconoció que cada vez que los demandantes se presentaron en la frontera polaca fueron entrevistados por los oficiales de la guardia fronteriza y recibieron decisiones individuales en las que les negaron la entrada a Polonia, esas decisiones constituyeron expulsiones colectivas toda vez que no reflejaron adecuadamente las razones dadas por los solicitantes para justificar su temor de persecución en sus países de origen y que, en definitiva, no estaban basadas en un examen suficientemente individualizado de las verdaderas circunstancias del caso. En la sentencia del caso se consideró también que Polonia había violado el artículo 13 (CEDH) tomado en conjunto con el artículo 3 (CEDH) y el artículo 4 del Protocolo N° 4 porque los recursos disponibles en el derecho polaco contra la denegación de entrada no eran efectivos en los términos del CEDH pues no tenían efectos suspensivos automáticos. Y, por último, se sostuvo que Polonia no había cumplido con sus obligaciones en virtud del artículo 34 (CEDH) por no acatar las instrucciones dispuestas por la medida provisional del 20 de julio de 2017 que imponía a las autoridades polacas que se abstuvieran de devolver a los demandantes a Bielorrusia, quienes sin embargo fueron devueltos ese mismo 20 de julio y también el día posterior.

Cabe destacar que esta sentencia de la Sala de la Sección Primera adquirió carácter definitivo el 22 de noviembre de 2021 en virtud de lo dispuesto por el artículo 44.2 (CEDH), esto es, atento a que el colegio de la Gran Sala del TEDH rechazó la solicitud de remisión del caso formulada en los términos del citado artículo<sup>35</sup>. Lo mismo sucedió con sentencias en los casos *Moustabi c. Francia* (2020) y *M.K. y otros c. Polonia* (2020). Ello bien puede interpretarse como un retorno de la Gran Sala del TEDH a la doctrina anterior al caso *N.D. y N.T. c. España* (2020) en materia de expulsiones colectivas.

35 TEDH, *Grand Chamber Panel's Decisions*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7188910-9760525> (fecha de consulta: 02/04/2022).

#### 4. Conclusiones

Como se destacó en este trabajo el derecho internacional reconoce a los Estados la facultad soberana de regular la entrada de personas no nacionales a su territorio. Ahora bien, como también se indicó, dicha competencia no es un cheque en blanco sino que debe ser ejercida bajo estricto respeto a los derechos y garantías prescriptos por las normas internacionales de derechos humanos a las que los propios Estados se han sometido de forma voluntaria.

En un contexto mundial en que parece estar claro que los flujos migratorios, lejos de detenerse se presentan como un fenómeno en continuo aumento, resultan de relevancia las sentencias dictadas por el TEDH luego de febrero de 2020, en tanto aparentarían un replanteo de la doctrina asentada en el caso *N.D. y N.T. c. España* (2020). Ello pues, doctrinas de este estilo corren el foco de atención y análisis de esta problemática al hacer énfasis en el accionar de los migrantes más que en las omisiones en términos de derecho humanos de los Estados receptores. Esto implica condenar al migrante cuando lo que debería hacerse es garantizarles sus derechos. Significa desconocer la verdadera realidad de las personas en contexto de migración que huyen de la guerra, la violencia, las persecuciones, el hambre y, en general, de la afectación de sus derechos más básicos.

# CAPÍTULO III

## EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA): ALGUNAS CONSIDERACIONES

Solana Marisel Acosta<sup>1</sup> y Aldana Rohr<sup>2</sup>

### 1. Concepto del SECA

La UE, tiene, entre sus funciones, la de establecer políticas y acciones internas en materia de asilo, que estén en consonancia con los valores y fines humanitarios y, que estén regidos por el *principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad*. Así, uno de los elementos constitutivos del objetivo de la UE de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) abierto a quienes, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la UE, es la política común en materia de asilo, incluido un SECA.

Con fines de alcanzar tales objetivos nace el SECA que pretende armonizar y articular la protección subsidiaria y temporal del Estatuto de refugiado con el fin de ofrecer un status aceptable a toda persona nacional de un tercer Estado que necesite protección internacional y, asimismo, garantizar el respeto del principio de no devolución.<sup>3</sup>

1 Abogada (UBA). Auxiliar docente de Derechos Humanos y Garantías y Cooperación Jurídica Internacional, Derecho Internacional y Derechos Humanos (UBA).

2 Abogada (UBA). Magíster en Relaciones Internacionales por la UBA (Argentina). Profesora de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías (UBA), de Cooperación Jurídica Internacional, Derecho Internacional y Derechos Humanos (UBA) y Solución de Controversias Internacionales (UBA/UCA)(Argentina). Consejera del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales e integrante del Instituto de Derecho Internacional (CARI).

3 En el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el juez Pinto de Albuquerque, en su opinión concurrente, dijo que “la prohibición de devolución (*non refoulement*)

Los mecanismos de protección internacional<sup>4</sup> se extienden a cualquier persona que no sea ciudadano de la UE<sup>5</sup> y que no sea nacional de un Estado que participe de un acuerdo con la UE.

El sistema prevé tres tipos de protección internacional: el asilo, la protección subsidiaria y la protección temporal por afluencia masiva.

Así, el SECA busca desarrollar y establecer *criterios mínimos comunes* para el tratamiento de todas las personas solicitantes de asilo en toda la UE, con miras a establecer progresivamente un espacio de ELJS abierto a nacionales de terceros países o apátridas que busquen protección internacional en la UE.<sup>6</sup> Está conformado por estándares para los procedimientos de protección internacional, el reconocimiento y la protección regional que se ofrecen a nivel de la UE y para las condiciones de acogida y establece un sistema de determinación del Estado miembro responsable de examinar las solicitudes de protección internacional.

## 2. Fundamentos normativos

Desde la óptica sustantiva que emerge de la protección del instituto de asilo, la CDFUE establece el Derecho de asilo en su artículo

---

es un principio del derecho internacional consuetudinario, vinculante para todos los Estados, incluso aquellos que no son partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, o de cualquier otro tratado para la protección de los refugiados. Además, se trata de una norma de *jus cogens*, pues no admite excepción alguna y por su carácter perentorio las reservas no están permitidas (artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el artículo 42 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo VII 1 del Protocolo de 1967)<sup>9</sup>. *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, TEDH, Gran Sala, Sentencia de fondo y satisfacción equitativa, 23/02/2012. Opinión Concurrente del Juez Pinto de Albuquerque. (traducción libre).

4 Artículo 2, letra h), de la Directiva 2011/95/UE.

5 Artículo 20, apartado 1 (TFUE).

6 Véase 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). Exposición de Motivos.

18.<sup>7</sup>Atento a que ni el TFUE, ni la CDFUE definen los términos “asilo” y “refugio”, su alcance está determinado por la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado<sup>8</sup>, instrumentos a los cuales habitualmente se hace referencia en el andamiaje normativo europeo. De este modo, sujeta su alcance material y temporal a los estándares internacionales en la materia.

Por su parte, el artículo 19 —también de la CDFUE— establece la protección en caso de devolución, expulsión y extradición.<sup>9</sup> Aquí el umbral de riesgo (“grave”) que se considera parecería ser más elevado que el establecido en la Convención de Ginebra<sup>10</sup>, que solo requiere [No] “poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran”, y que la jurisprudencia y doctrina autorizada ha indicado que reviste, además el carácter de derecho consuetudinario, incluso goza de cierto apoyo como norma de *ius cogens*<sup>11</sup>.

7 La norma citada dice: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

8 El Protocolo de 1967 amplía el ámbito de aplicación material (temporal y territorial) de la protección internacional que emerge del estatuto de refugiado.

9 La norma citada dice: “1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

10 Artículo 33. - Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”) 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

11 Cuarto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial, Comisión de Derecho Internacional, 2019, párrafo 123.

Desde las competencias funcionales e institucionales del sistema articulado en el ámbito de la UE, el TFUE en su Título V denominado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, contiene el artículo 67, apartado 2 el cual expresa que se “Garantizará la *ausencia de controles* de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una *política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores* que esté basada en la *solidaridad* entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países”. En el mismo sentido se expresan el artículo 78 (TFUE)<sup>12</sup> y el artículo 80 (TFUE).<sup>13</sup> Este

12 La norma citada dice: “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. 2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo que incluya: a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión; b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional; c) un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria; e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria; f) normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria; g) la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal. 3. 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.”

13 La norma citada dice: “Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo 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.



último establece las pautas de interpretación y ejecución de las políticas comunes en materia de asilo, en aplicación del principio de solidaridad, incluso financieramente. Ello, con el objetivo de que las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración sean sustentables, y así, proporcionar asistencia técnica y operativa a los Estados miembros en la gestión de sus sistemas de asilo y acogida, en particular a aquellos cuyos sistemas estén sometidos a una presión desproporcionada.<sup>14</sup>

### 3. Antecedentes

El Tratado de Maastricht<sup>15</sup> ya contemplaba que para la realización de los fines de la UE, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la entonces Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común la política de asilo<sup>16</sup>. Este objetivo se ve reforzado en su Acta Final a través de la cual se adoptan ciertos textos, entre los que se incluye la “Declaración relativa al asilo” (31).<sup>17</sup>

---

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”.

14 Ante la ausencia de definición de lo que se entiende por presión desproporcionada, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) observa que se deberían incluir los indicadores necesarios para permitir dicha definición. Véase “Hacia dónde va el nuevo sistema europeo común de asilo: Retos, amenazas y propuestas”, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), 2017, Madrid. Disponible en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/03/INFORME-SECA.pdf>

15 Tratado de la Unión Europea (TUE) / Tratado de Maastricht. Firmado en: Maastricht (Países Bajos) el 7 de febrero de 1992 Entrada en vigor: 1 de noviembre de 1993

16 Artículo K.1, punto 1).

17 (31)Declaración relativa al asilo: “1. La Conferencia conviene en que, en el marco de los trabajos previstos en los artículos K.1 y K.3 de las disposiciones sobre cooperación en los ámbitos de la justicia y en los asuntos de interior, el Consejo estudiará prioritariamente las cuestiones referentes a la política de asilo de los Estados miembros, con la finalidad de adoptar, a principios de 1993, una acción común destinada a armonizar algunos de sus aspectos, a la luz del programa de

En las versiones consolidadas del Tratado de Ámsterdam y Niza, se establece expresamente que la UE tendrá, entre otros, como objetivo: “[...] mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”.<sup>18</sup>

En lo que respecta exclusivamente al asilo, en las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 1999 —apartado sobre una política de asilo y migración común de la UE— se precisó, entre otras cuestiones la necesidad de colaborar con países de origen en la lucha contra la pobreza, mejora en las condiciones de vida, posibilidades de trabajo, prevención de los conflictos, consolidación de los Estados democráticos y respeto de los derechos humanos, en particular los derechos de las minorías, de las mujeres y de los niños.

En aquella oportunidad se aprobó el mandato del Grupo de Alto Nivel sobre “Asilo y Migración” y se acordó la creación de un sistema europeo común de asilo que estuviera basado en la Convención de Ginebra y que refuerce el principio de no devolución.

El mandato del Grupo de Alto Nivel fue proyectado de manera paulatina. A corto plazo, dicho sistema debía incluir la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo así como normas procedimentales comunes, condiciones comunes de elegibilidad para la acogida, su reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado. Asimismo,

---

trabajo y de los plazos estipulados en el informe sobre asilo elaborado a petición del Consejo Europeo de Luxemburgo de los días 28 y 29 de junio de 1991. 2. En este contexto, el Consejo estudiará también, antes de que finalice 1993 y basándose en un informe, la posibilidad de aplicar el artículo K.9 a estas materias.”

18 Artículo 2 (antiguo artículo b) versión consolidada del Tratado de la Unión Europea <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11997M/TXT> . Tratado de la Unión Europea (versión consolidada Niza) - Tratado UE (Maastricht 1992) - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12002M/TXT>

debía incluir formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite esa protección.<sup>19</sup> A largo plazo, se planteó la necesidad de contar con normas comunitarias relativas a un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la UE, para las personas a las que se concede asilo.<sup>20</sup>

Con relación al trato justo de los nacionales de terceros países, se planteó la necesidad de una política de integración encaminada a conceder a los nacionales de los terceros países, que residan legalmente en el territorio de sus Estados Miembros, derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la UE, así como a fomentar la no discriminación por motivos económicos, sociales y culturales y promover el desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia.<sup>21</sup> Con tales fines, se reconoció la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países así como la capacidad de acogida de cada Estado miembro, teniendo en cuenta sus vínculos históricos y culturales.

19 Consejo Europeo de Tampere 15 y 16 de octubre de 1999, Conclusiones de la presidencia, párag. 14 .a. Una política de asilo y migración común de la unión europea. II. Un sistema europeo común de asilo. Allí el Consejo Europeo destacó la importancia de consultar al ACNUR y a otras organizaciones internacionales. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/summits/tampes.htm#:~:text=El%20Consejo%20Europeo%20ha%20celebrado,Presidenta%20del%20Parlamento%20Europeo%2C%20D.>

20 Ídem, parag. 15. Se pide a la Comisión que elabore, en el plazo de un año, una comunicación al respecto.

21 *Op. Cit* en 13, párag 21. El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un periodo de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia.

De esta manera, se dio inicio a la *primera fase* del SECA. Entre 1999 y 2004, se establecieron los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de solicitudes de asilo. El sistema del 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<sup>22</sup> se estableció por primera vez en 1990 y se actualizó posteriormente en 2003<sup>23</sup> y 2013.<sup>24</sup>

Los criterios y mecanismos estipulados en el Reglamento Dublín III para decidir sobre qué país recae la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo se fundan en consideraciones familiares; la titularidad reciente de un visado o permiso de residencia en un país de la UE; si el solicitante ha entrado de forma regular o irregular en la UE.<sup>25</sup>

Asimismo, el Reglamento Dublín III contiene garantías de protección para los solicitantes, tales como: el derecho a la información; entrevistas personales; más garantías para niños, niñas y adolescentes, que dan prioridad al interés superior de los niños a lo largo del procedimiento; una mayor protección para los hijos,

22 Su objetivo es determinar un único Estado miembro de la UE como responsable de la tramitación de una solicitud de asilo. El procedimiento se basa en varios criterios, incluido el de primer país de entrada. En la práctica, esto significa que un pequeño número de Estados miembros han sido responsables de tramitar la mayoría de las solicitudes de asilo.

23 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

24 Reglamento (UE) No 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)

25 Reglamento (UE) n° [604/2013](#) del Parlamento Europeo y el Consejo (Reglamento Dublín III), que sustituye al Reglamento (CE) n° [343/2003](#) del Consejo (Reglamento Dublín II).

familiares, personas dependientes y parientes de los solicitantes; la posibilidad de recibir asistencia jurídica gratuita, previa petición; el derecho a recurrir la decisión de traslado a otro país de la UE, con inclusión de la posibilidad de conceder un efecto suspensivo.

Una de las herramientas que se actualizó fue el Sistema EU-RODAC<sup>26</sup>, la base de datos biométricos de toda la UE que contiene las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo y nacionales de fuera de la UE o del Espacio Económico Europeo (EEE) para su comparación entre los países de la UE.

El sistema instaurado ayuda a los Estados a determinar el país responsable de examinar una solicitud de asilo mediante la comparación de impresiones dactilares de las personas solicitantes.

Asimismo durante la primera fase del SECA, se establecieron las *normas mínimas* comunes a las personas solicitantes de asilo que los Estados miembros tenían que respetar en materia de acogida, los requisitos para la protección internacional, la naturaleza de la protección otorgada, y los procedimientos para la concesión o retirada de la condición de refugiado<sup>27</sup>.

El Programa de La Haya<sup>28</sup> puso de manifiesto el deseo de la UE de desarrollar y establecer un procedimiento de asilo

26 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.

27 <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/151/la-politica-de-asilo>

28 El Programa plurianual de La Haya, que se adoptó en el Consejo Europeo del 4 y 5 de noviembre de 2004, recogió las 10 prioridades de la Unión destinadas a reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante los próximos cinco

único que incluyera garantías comunes y un estatuto uniforme para las personas a las que se concediera protección.<sup>29</sup>

El Programa de Estocolmo<sup>30</sup>, que parte de los logros de sus predecesores, los programas de Tampere y La Haya, pretendía hacer frente a los desafíos del futuro y busca reforzar aún más el espacio de libertad, seguridad y justicia, con medidas centradas en los intereses y las necesidades de los ciudadanos. Reafirmó, además, el objetivo de establecer un espacio común de protección y solidaridad con base en un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme para las personas a las que se conceda protección internacional. En particular, se enfatizó la necesidad de promover una verdadera solidaridad con los Estados miembros sometidos a presiones específicas y el importante papel que debe desempeñar la nueva Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO).<sup>31</sup>

La adopción de la *segunda fase* del SECA se produjo a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009)<sup>32</sup>, lo que cambió el foco de atención de *unas normas mínimas a un procedimiento común de asilo* sobre la base de un Estatuto de protección uniforme. Dicho Tratado, en lo que respecta al asilo, evoluciona hacia la proyección de creación de un sistema común que incluya: un

---

años. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l16002&from=SV>

29 <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/151/la-politica-de-asilo>

30 El Programa de Estocolmo fue adoptado por el Consejo Europeo el 10 de diciembre de 2009 y establece un plan de trabajo para el trabajo de la Unión Europea (UE) en el espacio de libertad, seguridad y justicia para el período 2010-2014. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0034>

31 La EASO fue creada mediante el Reglamento (UE) n.º 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo y asumió sus responsabilidades el 1 de febrero de 2011. La EASO refuerza la cooperación práctica entre los Estados miembros en el ámbito del asilo y asiste a los Estados miembros para cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del SECA.

32 El Tratado de Lisboa que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009

Estatuto uniforme de asilo; un Estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional; un sistema común de protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; procedimientos comunes para conceder o retirar el Estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria; criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud; normas relativas a las condiciones de acogida o de protección subsidiaria; asociación y cooperación con terceros países para gestionar flujos de solicitantes.<sup>33</sup>

#### 4. Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo

En el contexto de una reforma más general de las normas de la UE en materia de migración y asilo, el 23 de septiembre de 2020 la Comisión Europea propuso un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo con el objetivo de alcanzar un nuevo equilibrio entre responsabilidad y solidaridad, a través de un nuevo procedimiento fronterizo<sup>34</sup> para establecer con rapidez el Estatuto de los migrantes a su llegada.

Este procedimiento está diseñado para funcionar en sinergia con un procedimiento fronterizo de retorno a fin de devolver rápidamente a las personas cuya solicitud de asilo haya sido rechazada y un proceso de control previo a la entrada<sup>35</sup>, que debe aplicarse a todos los nacionales de terceros países que se encuentren en las

33 Art. 63 del Tratado de Lisboa.

34 Tras una evaluación europea de la aplicación, el Parlamento aprobó el 10 de febrero de 2021 una Resolución que criticaba la aplicación del procedimiento fronterizo en el marco del artículo 43 de la Directiva sobre procedimientos de asilo de 2013.

35 Propuesta de Reglamento sobre el control previo a la entrada. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1601291190831&uri=COM:2020:612:FIN>. 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

fronteras exteriores sin cumplir las condiciones de entrada o tras el desembarco posterior a una operación de búsqueda y rescate.

La reforma del SECA tiene por objeto: establecer un marco común que contribuya al enfoque global de la gestión del asilo y la migración; hacer que el sistema sea más eficiente y más resistente a la presión migratoria; eliminar los factores de atracción, así como los movimientos secundarios; luchar contra los abusos y prestar un mayor apoyo a los Estados miembros más afectados.<sup>36</sup>

En este nuevo contexto, existen distintas propuestas normativas para armonizar ciertos aspectos operativos en la gestión del asilo y migraciones con el objetivo de garantizar un impacto ecuánime en los Estados miembros, de modo tal que las llegadas irregulares sean asumidas por todos los Estados<sup>37</sup>, de manera equitativa y solidaria.

También, se están desarrollando iniciativas para hacer frente a situaciones excepcionales de afluencia masiva irregular de nacionales de terceros países, con el fin de ofrecer flexibilidad a los Estados miembros para reaccionar en un momento de crisis, y garantizar que el sistema de solidaridad previsto en el Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración se adapte a dichas circunstancias.<sup>38</sup>

Por otro lado, existe la propuesta modificada del ya mencionado Reglamento EUODAC de 2016<sup>39</sup> que prevé su optimización y conversión en una base de datos de la Unión para respaldar el marco común en materia de asilo, reasentamiento y migración irregular, incluidas las políticas de retorno, y para que sea plenamente interoperable con las bases de datos de la gestión de fronteras.

36 Véase Reforma del sistema de asilo de la UE, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/eu-asylum-reform/>

37 Propuesta de Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración (RAM) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1601291110635&uri=COM:2020:610:FIN>

38 Reglamento sobre situaciones de crisis y de fuerza mayor <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1601295614020&uri=COM:2020:613:FIN>

39 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1601295417610&uri=COM:2020:614:FIN>



En lo que respecta a la política exterior de la UE, el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad<sup>40</sup>, constituye el marco general de la política de migración exterior y de asilo de la Unión, y define las modalidades de diálogo político y cooperación operativa de esta con terceros países, basadas en unas prioridades claramente definidas.<sup>41</sup>

Una de las iniciativas clave presentadas en el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo fue la promoción de asociaciones a medida y mutuamente beneficiosas en el ámbito de la migración con países no pertenecientes a la UE.

A nivel universal, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad en septiembre de 2016 la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes<sup>42</sup>, con el objeto de poner de manifiesto la mejor manera en que la comunidad internacional debe responder a los desplazamientos masivos de refugiados y migrantes que, si bien tienen marcos jurídicos diferenciados, muchas veces enfrentan problemas y vulnerabilidades similares.

El 17 de diciembre de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Pacto Mundial sobre los Refugiados, cuyos principios rectores dimanaban de los principios fundamentales de humanidad y solidaridad internacional y tiene por objeto poner en práctica los principios de distribución de la carga y

40 La Comisión aprobó en 2011. Este Enfoque está firmemente anclado en la política exterior general de la Unión, incluida la cooperación al desarrollo, y tiene como principales objetivos organizar mejor la migración legal, prevenir y combatir la irregular, maximizar la repercusión en el desarrollo de la migración y la movilidad, y fomentar la protección internacional.

41 Por ejemplo, en marzo de 2016, el Consejo Europeo y Turquía llegaron a un acuerdo para reducir la afluencia de migrantes irregulares hacia Europa a través de Turquía.

42 La Declaración de Nueva York establece un marco de respuesta integral para los refugiados que establece medidas concretas necesarias para aliviar las presiones sobre los países de acogida, mejorar la autosuficiencia de los refugiados, ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países y mejorar las condiciones en los países de origen para permitir el regreso seguro y digno de los refugiados. Disponible en <https://daccess-ods.un.org/tmp/8869233.72745514.html>

la responsabilidad para proteger y asistir mejor a los refugiados y apoyar a los países y las comunidades de acogida<sup>43</sup>.

Los objetivos centrales del Pacto Mundial son: aliviar las presiones sobre los países que acogen refugiados; desarrollar la autosuficiencia de los refugiados; ampliar el acceso al reasentamiento en terceros países y otras vías complementarias y fomentar condiciones que permitan a los refugiados regresar voluntariamente a sus países de origen con condiciones de seguridad y dignidad.

En 2021 el Consejo Europeo adoptó el Reglamento sobre la Agencia de Asilo de la UE<sup>44</sup> por el que se crea la Agencia de Asilo de la UE, cuyo objeto es mejorar la aplicación de la política de asilo en la UE convirtiendo la actual Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO).<sup>45</sup> La Agencia ha de prestar atención a las últimas directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo procedentes de determinados países de origen del ACNUR, así como poder tener en cuenta otras fuentes pertinentes.

## 5. El Procedimiento en el SECA

Como ya se dijo, el artículo 78 (TFUE) afirma que la UE desarrollará una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal a todo aquel nacional o apátrida de un tercer país que necesite de algún tipo de protección. Para ello pone en cabeza

43 Véase <https://www.acnur.org/pacto-mundial-sobre-refugiados.html>

44 En el marco de sus propuestas en torno a un pacto sobre migración y asilo de septiembre de 2020, la Comisión Europea mantuvo su propuesta de 2016 sobre el Reglamento relativo a la Agencia de Asilo de la UE, y se reanudaron los debates al respecto. La Presidencia del Consejo y el Parlamento Europeo alcanzaron un acuerdo provisional el 29 de junio de 2021. El Consejo adoptó formalmente el Reglamento el 11 de noviembre de 2021. Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 439/2010

45 El 19 de enero de 2022, la Agencia de Asilo de la Unión Europea sustituyó a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO).

del Parlamento Europeo y al Consejo el dictado de un procedimiento legislativo ordinario.

La Directiva 2013/32/UE<sup>46</sup>, que sustituye la Directiva 2005/85/CE, regula el procedimiento común para conceder o retirar la condición de refugiado. El preámbulo pone como eje el principio de solidaridad y de reparto equitativo de las responsabilidades entre los Estados miembros.

Así, la Directiva 2013/32/UE tiene por fin completar el establecimiento del SECA estableciendo garantías mínimas para subsanar las disparidades existentes entre los Estados respecto de la concesión de la protección internacional. En este sentido, regula el procedimiento en primera instancia para el análisis de la solicitud de protección internacional, el procedimiento para su retirada y el procedimiento de recurso frente a decisiones denegatorias.

En su artículo 4 la Directiva 2013/32/UE establece que los Estados designarán como responsable de revisar las solicitudes a una única autoridad decisoria y les da la posibilidad de estipular una autoridad distinta solamente en la tramitación de casos por el Reglamento de Dublín III o en procedimientos fronterizos.

Asimismo, en el marco del procedimiento, las personas solicitantes tienen derecho a que se le autorice su permanencia en el Estado mientras se examina su solicitud, a obtener toda información acerca de sus derechos y sus obligaciones, la posibilidad de contar con un intérprete en todo el proceso, que no se les niegue la posibilidad de contactar al ACNUR y/o otra organización que preste asesoramiento, a contar con la representación legal.

### *A. Acceso al procedimiento*

Una persona nacional de un tercer país o apátrida tiene derecho a solicitar protección internacional cuando se encuentre en

<sup>46</sup> 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.

territorio de un Estado miembro, con inclusión de la frontera, las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de este.

Una vez formulada la solicitud, la Directiva 2013/32/UE dispone un plazo específico para que se registre, según si fue realizada ante una autoridad competente o no. También, prevé como excepción la extensión del plazo frente a un posible aumento de solicitudes que impida cumplir con el plazo fijado.

El derecho a formular la solicitud condiciona la observancia efectiva de los derechos a que se registre y pueda presentarse y examinarse dentro de los plazos fijados por la Directiva 2013/32/UE<sup>47</sup> y, en definitiva, a la efectividad del derecho de asilo garantizado en el artículo 18 (CDFUE).<sup>48</sup> Si bien los Estados pueden exigir que la solicitud deba ser presentada de forma personal y/o en algún lugar determinado, la manifestación de la voluntad de solicitar asilo no puede estar supeditada a formalidad administrativa alguna.<sup>49</sup>

El Reglamento Dublín III<sup>50</sup> establece cuál es el país de la UE responsable del examen de una solicitud de asilo y proporciona una mejor protección a los solicitantes hasta la determinación de su estado. Además, crea un nuevo sistema para detectar de forma

47 El artículo 31 establece un plazo para la resolución del procedimiento de examen de seis meses desde la presentación de la solicitud, y fija supuestos donde puede ser extendido el plazo.

48 TJUE de 17 de diciembre de 2020 (Gran Sala) C-808/18, “Asunto Comisión v. Hungría”. La Gran Sala determinó que Hungría había incumplido con la Directiva 2013/32/UE al disponer que las solicitudes de protección internacional solo podían formularse en zonas de tránsito específicas cuando al mismo tiempo adoptaba una práctica administrativa continuada y generalizada que limitaba drásticamente el número diario de solicitantes a los que autorizaba entrar a dichas zonas de tránsito.

49 Ídem.

50 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*

temprana los problemas en los sistemas nacionales de asilo y acogida y abordar sus causas primordiales antes de que se conviertan en crisis a gran escala.

Este Reglamento brinda garantías especiales en el caso de que los solicitantes sean menores, que dan prioridad al interés superior de los niños a lo largo del procedimiento; una mayor protección para los hijos, familiares, personas dependientes y parientes de los solicitantes; la posibilidad de recibir asistencia jurídica gratuita, previa petición; el derecho a recurrir la decisión de traslado a otro país de la UE, con inclusión de la posibilidad de conceder un efecto suspensivo.

## *B. Entrevista personal*

Los Estados miembros tienen la obligación de brindar a la persona solicitante la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal. La audiencia debe ser llevada a cabo por personal de la autoridad decisoria formada adecuadamente, en un ámbito de confidencialidad y respetándose las garantías establecidas.

La entrevista puede prescindirse, si tal autoridad basada en las pruebas disponibles decide adoptar una resolución favorable del Estatuto de refugio.

En los procesos de inadmisibilidad, las autoridades también tienen la obligación de tener entrevistas con los solicitantes.<sup>51</sup> Según lo dispone la jurisprudencia del Tribunal de Justicia <sup>52</sup>, la falta de una entrevista en el proceso de inadmisibilidad puede

51 El artículo 267 del TFUE establece que el TJUE es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones, órganos u organismos de la Unión, esto incluye la interpretación del Derecho primario y derivado de la Unión relacionadas con el SECA. La competencia del TFUE fue ampliada en relación con el asilo por el Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 (véase [https://euaa.europa.eu/sites/default/files/easo-introduction-to-ceas-ja\\_es.pdf](https://euaa.europa.eu/sites/default/files/easo-introduction-to-ceas-ja_es.pdf))  
52 STJ (Sala Quinta) de 16/07/2020, *Milkiyas Addis*, asunto C-517/17 [ECLI:EU:C:2020:579].

subsanarse si durante el trámite del recurso, el solicitante expone todos sus argumentos en una audiencia que respete los requisitos y garantías fundamentales contempladas en el artículo 15 (Directiva 2013/32/UE).

Ahora bien, en el ámbito judicial, un órgano jurisdiccional, puede desestimar un recurso contra la resolución denegatoria sin conceder audiencia al solicitante, si aquella solicitud de protección internacional es manifiestamente infundada y las circunstancias fácticas no dejan lugar a dudas de que la resolución resultó ajustada a derecho.

Para que tal solución proceda debe observarse que, en la etapa administrativa, se haya convocado efectivamente a una entrevista personal y que el informe o la transcripción de dicha entrevista, se hayan incorporado al expediente. Eso no obsta a que el órgano jurisdiccional pueda acordar una audiencia si lo considera necesario a efectos de un examen completo y *ex nunc* tanto de los hechos como de los fundamentos de derecho.<sup>53</sup> En caso de surgir elementos nuevos después de la adopción de la decisión recurrida, el órgano jurisdiccional debe ofrecer al solicitante, de conformidad con el artículo 47 (CDFUE), la posibilidad de expresar su parecer cuando estos elementos puedan afectar desfavorablemente a sus intereses.<sup>54</sup>

### C. Resolución

Las resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional deben ser dictadas tras un examen adecuado, lo que implica que sean analizadas en forma individual, objetiva e imparcial, con un análisis actualizado y pormenorizado del país de la persona solicitante y por personal capacitado para analizar el caso. El plazo estipulado para que culmine el trámite es de seis meses.

53 STJ (Sala Segunda) de 26/07/2017, *Moussa Sacko*, asunto C 348/16 [ECLI:EU:C: 2017:591].

54 STJ (GS) de 25/07/2018, *Albeto*, asunto C-585/16 [ECLI:EU:C: 2018:584].

Una vez dictada la resolución, la persona solicitante tiene derecho a que le notifique en un plazo razonable el resultado de la decisión de la autoridad competente, en una lengua que sea comprensible o que sea razonable suponer que lo es en caso de que la persona requirente no esté asistida o representada por un asesor jurídico u otro consejero. En el caso de que se desestime la solicitud de protección, también deberá informarse al solicitante cuales son las actuaciones requeridas para recurrir la resolución desestimatoria

En el caso de que se la resolución confiera el estatuto de persona refugiada u otorgue una protección subsidiaria, finaliza el procedimiento de primera instancia y dicha persona puede disfrutar de todos los derechos que están asociados a tal condición en territorio europeo sin más limitaciones.

#### *D. Etapa Recursiva*

Cuando una resolución sea negativa, el solicitante puede acudir a los tribunales contenciosos por vía de recurso, los cuales deberán examinar su solicitud, bien para revocar la decisión de primera instancia, o para confirmar la primera decisión de denegación, con la consecuente expulsión del solicitante a su país de origen o a uno de tránsito.

La Directiva 2013/32/UE reconoce el efecto suspensivo de la decisión, manteniendo el derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro para los solicitantes de asilo que recurran la decisión de la autoridad decisoria.

## **6. La Pandemia del COVID-19 y el procedimiento de Asilo**

La crisis sanitaria producto de la pandemia del COVID-19, supuso una amenaza para la protección internacional. La pandemia puso de manifiesto la fragilidad del sistema de asilo y del

acceso a los servicios esenciales, incluida la atención sanitaria, en muchos países.<sup>55</sup>

El ACNUR presentó un documento con consideraciones jurídicas, fundamentado en el derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos respecto al acceso al territorio de las personas que buscan protección internacional, en el contexto de las medidas de salud pública adoptadas por los Estados para restringir la entrada de personas extranjeras y contener la propagación de la pandemia del COVID-19.<sup>56</sup>

El mencionado documento resaltó que si bien los Estados pueden implementar medidas restrictivas que incluyan, por ejemplo, una revisión o exámenes médicos previos al ingreso y/o cuarentena de personas en necesidad de protección internacional, tales medidas no pueden resultar en la negación de una oportunidad efectiva de solicitar asilo o dar lugar a la devolución.<sup>57</sup>

Según el derecho internacional, los Estados tienen la facultad soberana de regular la entrada de las personas no-nacionales a su territorio. Sin embargo, el derecho internacional también establece que estas medidas no pueden impedir que quienes huyen de la persecución tengan la posibilidad de solicitar asilo. Los Estados tienen el deber frente a las personas que se presenten en sus fronteras, de examinar de manera independiente su necesidad de protección internacional y garantizar que no corran el riesgo de ser devueltas.<sup>58</sup>

55 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Nota sobre protección internacional. A/AC.96/1211 (2021), 9 Julio 2021, A/AC.96/1211, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/6192e4c54.html> [Accesado el 1 Abril 2022]

56 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Consideraciones jurídicas sobre el acceso al territorio para las personas en necesidad de protección internacional en el contexto de la respuesta frente al COVID-19, 16 Marzo 2020, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5e74e29a4.html>

57 Ídem.

58 Ídem.



La UE ha emitido directrices atinentes a la aplicación del procedimiento de asilo y la situación del COVID-19<sup>59</sup>. En ella subrayó que los principios fundamentales del DUE, incluida la CDFUE, que engloban al sistema de asilo, debían seguir aplicándose, y que las restricciones impuestas por las medidas de protección sanitaria introducidas por los Estados miembros debían ser proporcionadas. Así también, brindo asesoramiento práctico para llevar a cabo el procedimiento de asilo y retorno dado que la legislación vigente no contempla las circunstancias específicas derivadas de una situación de pandemia.

Acerca de procedimiento, los Estados informaron de las restricciones relativas al registro de solicitudes de protección internacional. El documento de la UE, puso en foco que, incluso en caso de que haya retrasos, los nacionales de terceros países que soliciten protección internacional debían poder presentar su solicitud, y esta ser registrada por las autoridades. Asimismo, señaló la aplicación de la norma excepcional relativa al plazo para registrar solicitudes y que los retrasos en el registro de las solicitudes no debían afectar los derechos que confiere la Directiva sobre las condiciones de acogida a los solicitantes, que es aplicable desde el momento de la presentación de una solicitud.

La Comisión Europea recomendó que, cuando sea necesario, las solicitudes de protección internacional puedan presentarse por medio de un formulario enviado por correo postal o, preferentemente, en línea.

Respecto a las entrevistas personales se recomendó a los Estados, en la medida de lo posible, hagan uso de mecanismos temporales específicos (videoconferencia, o instalación de vidrios de seguridad en oficinas), siempre que se establezcan los mecanismos necesarios en relación con las instalaciones y que las autoridades

59 Unión Europea: Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión UE: COVID-19: Directrices sobre la aplicación de las disposiciones pertinentes de la UE en materia de procedimientos de asilo y retorno y de reasentamiento*, 17 Abril 2020

competentes garanticen un servicio de interpretación y acceso a asistencia jurídica y representación legal.

Las directrices mencionan que la Directiva 2013/32/UE permite a los Estados miembros ampliar el período de seis meses para concluir el examen de las solicitudes por un período que no exceda de otros nueve meses cuando un gran número de nacionales de terceros países o apátridas soliciten simultáneamente protección internacional.

Podemos observar que el impacto de la pandemia ha sido el impulsor —según resalta el informe de la EASO sobre el asilo 2021— de los avances cruciales a escala nacional que conformaron la legislación, las políticas y las prácticas en materia de asilo en los países de la UE, ligadas especialmente a la digitalización de los procedimientos de asilo.

## 7. La aplicación de la Directiva de Protección Temporal y la situación de Ucrania

La UE mediante la Directiva 2001/55/CE<sup>60</sup> ha instaurado normas mínimas para la concesión de protección temporal<sup>61</sup>, en

60 Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, *relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida* (DO L 212 de 7.8.2001, pp. 12-23).

61 El artículo 17 de la Directiva 2001/55/CE titulado “Acceso al procedimiento de asilo en el contexto de la protección temporal” dice: 1. Las personas acogidas a la protección temporal deberán poder presentar una solicitud de asilo en cualquier momento. 2. El examen de una solicitud de asilo que no se haya tramitado antes de finalizar el período de protección temporal deberá completarse tras la finalización de dicho período”. Por su parte, el artículo 18 sostiene que: “Se aplicarán los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo. En particular, el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo presentada por el beneficiario del régimen de protección temporal adoptado en virtud de la presente Directiva será el Estado miembro que haya aceptado su traslado a su territorio”.

caso de afluencia masiva<sup>62</sup> de personas desplazadas<sup>63</sup> y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Desde su adopción, se han creado varias agencias de la UE o se han reforzado los mandatos de aquellas establecidas anteriormente vinculadas al asilo.<sup>64</sup>

La Directiva 2001/55/CE exige la coordinación entre los Estados, incluido el intercambio información sobre sus capacidades de acogida y el número de personas que gocen de protección temporal en sus territorios para facilitar la aplicación de la protección temporal.

Este procedimiento excepcional garantiza la protección inmediata y temporal de un número importante de personas, durante el plazo de un año, prorrogable automáticamente por períodos de seis meses, con una extensión máxima de un año, al que se recurre. La protección temporal es un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia

62 Por afluencia masiva se interpreta la llegada a la Comunidad de un número importante de personas desplazadas, procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, independientemente de que su llegada a la Comunidad se haya producido de forma espontánea o con ayuda, por ejemplo, de un programa de evacuación (cfr. artículo 2, Directiva 2001/55/CE).

63 Las personas desplazadas son los nacionales de un tercer país o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen, o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales, y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, que puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1A de la Convención de Ginebra u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional, y en particular: i) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente; ii) las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos (cfr. artículo 2, Directiva 2001/55/CE).

64 Por ejemplo, la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex), la Agencia de Asilo de la Unión Europea y la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), que hacen un seguimiento y una revisión constantes de la situación y prestan apoyo operativo a los Estados miembros que hayan solicitado asistencia para ayudarlos a hacer frente a la situación.

de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección.<sup>65</sup>

La Directiva 2001/55/CE contempla que las personas acogidas a protección temporal dispongan de los permisos de residencia necesarios durante el tiempo en que esté vigente la situación de protección temporal, y de los visados necesarios, incluidos los de tránsito, que se les expedirán a esos efectos.

También, conlleva que los Estados les autoricen a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, a recibir educación para adultos, formación profesional y práctica en su lugar de trabajo. Y supone, asimismo, la proporción de un alojamiento adecuado, ayuda social, atención médica y alimentación, cuando no cuenten con recursos suficientes, derecho al reagrupamiento familiar y garantía de una especial protección a los menores, a los que se les reconoce el derecho de acceso a la educación (PORRAS RAMÍREZ, 2017: 207-234).<sup>66</sup>

Cabe resaltar que la aplicación de este tipo de protección no impide a las personas beneficiarias solicitar asilo.

El ACNUR ha expresado acerca de la concesión de protección temporal en virtud de la Directiva de Protección Temporal de la UE, que esta puede ser una vía para garantizar coherencia en materia de protección y la armonización de las respuestas estatales en el seno de la UE, así también, para proporcionar protección inmediata contra devoluciones y normas de trato básicas.<sup>67</sup>

65 Cfr. artículo 2, Directiva 2001/55/CE.

66 Porras Ramírez, J. M. (2017). El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización. *Revista de Estudios Políticos*, 175, 207-234.

67 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Posición de ACNUR sobre los retornos a Ucrania - Marzo de 2022*,

La protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas fue aplicada por primera vez a través de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, de 4 de marzo de 2022<sup>68</sup>, 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.

El objetivo es iniciar la protección temporal para los nacionales ucranianos residentes en Ucrania desplazados desde el 24 de febrero de 2022 en adelante, como consecuencia de la invasión militar de las fuerzas armadas rusas que comenzó en dicha fecha.<sup>69</sup>

La aplicación de la Directiva 2001/55/CE está destinada a nacionales ucranianos que residieron en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022; apátridas y nacionales de terceros países distintos de Ucrania que gozaban de protección internacional o de una protección nacional equivalente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022, y a los respectivos miembros de sus familias.

Asimismo, la Directiva 2001/55/CE prevé que los Estados miembros apliquen la Decisión del Consejo o una protección adecuada en virtud de su derecho interno a las personas apátridas y a los nacionales de terceros países distintos de Ucrania que puedan demostrar que residían legalmente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022 sobre la base de un permiso de residencia permanente válido expedido de conformidad con el derecho ucraniano y que no puedan regresar a su país o región de origen en condiciones seguras y duraderas.

---

Marzo 2022, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/6226cd2b4.html> [Accesado el 1 Abril 2022]

68 Decisión de Ejecución 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 *por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal* (DO L 71 de 4.3.2022, pp. 1/6).

69 Ídem.



# CAPÍTULO IV

## LA RESPUESTA SOLIDARIA DE LA UE A LA CRISIS DE UCRANIA: LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE PROTECCIÓN TEMPORAL DE LOS DESPLAZADOS EN CASOS DE AFLUENCIA MASIVA

José María Porras Ramírez<sup>1</sup>

### 1. Introducción: el reto de construir una política migratoria común en la UE

La globalización incentiva los desplazamientos masivos poblacionales, provocados por motivaciones económicas o políticas tan variadas como la pobreza y la falta de oportunidades, los conflictos armados, las persecuciones, los desastres naturales, las crisis sanitarias, el cambio climático..., o las muy diversas formas de injusticia y desigualdad que, afectando de manera dispar a quienes viven en las diferentes regiones del planeta, alientan el legítimo anhelo humano de mejorar sus condiciones de vida.<sup>2</sup> De ahí que se hable ya, “*in fieri*”, pero sin ambages, de la necesidad de reconocer y garantizar un *derecho a migrar*, como derecho humano de carácter universal.<sup>3</sup>

1 Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Catedrático *Jean Monnet* de Derecho Constitucional Europeo.

2 Según ACNUR, en mayo de 2022 más de 100 millones de personas, frente a 89,3 en 2021, habían sido desplazadas por la fuerza en todo el mundo a causa de la persecución, los conflictos, la violencia, las violaciones de los derechos humanos o por graves alteraciones del orden público. Es decir, uno de cada setenta y ocho habitantes del planeta se ha visto forzado a abandonar su hogar. <https://www.acnur.org/es-es/noticias/press/2022/6/62aa42164/acnur-las-cifras-de-desplazamiento-forzado-en-el-mundo-alcanzan-un-nuevo.html>

3 Así, FERRAJOLI, L., *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*. (Trad. Esp., Madrid, Trotta, 2022, págs. 18 y ss). Así, el art. 14 de esa proyectada Constitución

El fenómeno migratorio es, pues, en palabras de Sami Naïr, un *hecho social* que ha existido, existe y existirá (NAÏR, S., 2016: 12 y ss.), aunque hoy se vea, sin duda, facilitado por la mejora de las comunicaciones. Por eso, el reto no está sólo en canalizar y gestionar los flujos migratorios previniendo, ordenando y controlando el acceso en las fronteras exteriores desde la restrictiva perspectiva que brinda una reforzada política de seguridad, sino también, en acoger a esas personas, por razones de humanidad y justicia a través de cauces legales, ordenados y seguros<sup>4</sup>.

Por ende, el desarrollo efectivo de una política migratoria no sólo ha de comportar la prevención y eliminación de la inmigración ilegal con la trata y explotación de seres humanos que aquélla supone sino también, la adecuada integración e inclusión social de los nacionales de terceros Estados residentes, hasta llegar a convertirlos en ciudadanos de pleno derecho, en igualdad de condiciones con los demás (PORRAS RAMÍREZ, 2021: 19-53).

Así, aun con todos los problemas que sufre, la UE es percibida por los países de su entorno como un espacio de paz, prosperidad y oportunidades, sólo comparable en el mundo al que, en América, ofrecen los Estados Unidos y Canadá. De ahí que se enfrente a la necesidad de administrar flujos migratorios significativos, alimentados por motivaciones muy diversas.

A ese fin, la UE se ha dotado, en el marco del llamado *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (Título V TFUE), de un haz de competencias en relación a las “políticas sobre control de

---

reconoce la “*libertad de circulación sobre la Tierra*”, que comporta que “*todo individuo tiene derecho a emigrar de cualquier país, incluido el propio, y de regresar a él*”.

4 Vid., a este respecto, en tanto que marco de cooperación no vinculante jurídicamente, el *Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, acordado, en el ámbito de la ONU, de 13 de julio de 2018. Dicho pacto internacional aborda el fenómeno migratorio en todas sus dimensiones, de forma integral, evitando la separación entre refugiados políticos y migrantes económicos, a fin de contribuir, en ese aspecto, a la mejora de la gobernanza de la globalización. Cfr., [https://refugeemigrants.un.org/sites/default/files/180713\\_agreed\\_outcome\\_global\\_compact\\_for\\_migration.pdf](https://refugeemigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf)



fronteras, asilo e inmigración” (Capítulo II), las cuales, aunque mediatizadas por el propósito de salvaguardar la seguridad (art. 67.3), se fundan “en la solidaridad entre los Estados miembros...” (art. 80). Tales competencias se explican como consecuencia de la supresión de las fronteras interiores de aquéllos y la conversión en comunes de las exteriores de la propia UE. Así sucede, de manera plena, en el llamado espacio integrado o “federal”, “Schengen”, de cooperación reforzada, incorporado, hoy, al Derecho de la Unión (arts. 67 y 77 y ss. TFUE y Protocolo N.º 19), del que forman parte aquellos Estados europeos, algunos ajenos a la propia Unión, que han acordado la creación de ese territorio o “espacio común” en el que hacer efectiva la libre circulación de personas, sea cual sea su nacionalidad, sin someterlas a controles o barreras de ningún tipo.

Tal medida no se orienta a favorecer a los ciudadanos europeos, los cuales ya gozan de ese derecho en cuanto que tales (art. 21 TFUE y 45.1 CDFUE), sino que pretende beneficiar, si bien “de conformidad con lo dispuesto en los Tratados”, a los nacionales de terceros Estados que hayan cruzado las fronteras de la Unión y se encuentren en situación regular en el territorio de la misma (arts. 77 y 79 TFUE y 45.2 CDFUE) (MANGAS M., 2008: 718-733). Se expresa así la necesidad, aun no plenamente satisfecha, a pesar de los indudables avances realizados, de crear un sistema europeo, común e integrado, de control de las fronteras exteriores y de desarrollo de una política auténticamente armonizada de regulación y gestión de los flujos migratorios (MARTÍNEZ ALARCON, 2018).

Sin embargo, es fácil advertir la dificultad que conlleva la prosecución de esos desarrollos, además de la tentación creciente de revertir los progresos alcanzados, restaurando, discrecional y duraderamente, los controles en las fronteras de los Estados miembros, en aras de preservar su supuestamente amenazada seguridad interior. En este sentido, cabe constatar, hoy, no sólo la resistencia de algunos Estados a desprenderse de competencias que consideran inherentes a su soberanía, en orden a profundizar en el sistema vigente, sino la tendencia a exigir la suspensión

de las reglas ya establecidas, que afectan a la libre circulación de los extranjeros en territorio europeo (JANER TORRENS, 2018: 899-932). Así ha sucedido, a pesar de que, paradójicamente, los propios Estados se han visto obligados a reconocer lo inviable que resulta apostar por una completa renacionalización de esas políticas, habida cuenta de su incapacidad para afrontar aisladamente un desafío que desborda sus recursos y que está llamado a perdurar en el tiempo, dado su carácter consustancial a la globalización (PORRAS RAMÍREZ, 2020: 163 y ss.).

Conviene así insistir en que las competencias que se atribuyen a la UE en la materia, en tanto que expreso objetivo asumido por la misma (art. 3.2 TUE), poseen, tan sólo, un carácter compartido con los Estados miembros (art. 4.2 j) TFUE). Este hecho explica por qué aquélla no puede dar la respuesta eficaz y cohesionada que se le exige, dada la dificultad que entraña alcanzar con los países integrantes de la UE un improbable consenso acerca de asuntos especialmente sensibles para ellos (DONAIRE VILLA, 2010: 337-364). Es así evidente que los Estados miembros de esta, a veces, inmanejable UE, compuesta por veintisiete socios, han demostrado a lo largo de las sucesivas crisis migratorias, planteamientos muy diferentes, si no contrarios, en la materia, opuestos, en muchos casos, a los propios principios manifestados en los Tratados constitutivos de la Unión, que abogan por políticas regidas “...por el principio de solidaridad y el reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros” (art. 80 TFUE).

La voluntad tantas veces manifestada por los mismos de preservar sus (a su juicio) amenazadas identidades nacionales ha obstaculizado y complicado la gestión de las crisis migratorias explicando, en parte, la descoordinación, lentitud e ineficacia de la respuesta europea. Ello ha exacerbado los errores de configuración del sistema e impedido hasta ahora su corrección a fin de hacerlo más eficaz y ajustado a las necesidades presentes, al tiempo que plenamente coherente con los valores y principios que se dicen inspiradores del mismo.

Aun así, a pesar de sus evidentes insuficiencias, la UE cuenta con un SECA, protección subsidiaria y protección temporal de desplazados, construido paulatinamente desde el Consejo Europeo de Tampere, en 1999, de resultados de la guerra de los Balcanes, que no se limita a establecer normas mínimas, sino que avanza en pos de la creación de un estatuto común de protección internacional, en beneficio de los nacionales de terceros Estados y apátridas que así lo soliciten y se les reconozca. El mismo determina un procedimiento uniforme, tendencialmente armonizador de los sistemas jurídicos nacionales y garante, en todo caso, del principio de no devolución (art. 78.1 TFUE) (DI FILLIPPO, 2018: 41-95).

Por ello, aunque debemos tener muy en cuenta los avances experimentados, lo cierto es que el sistema europeo común de protección internacional no sólo se ha visto desbordado por las afluencias masivas de potenciales solicitantes de asilo y protección subsidiaria, sino que su aplicación se ha visto frenada, de modo consciente, por los Estados, los cuales han hecho, bien una interpretación restrictiva del mismo, bien una incompleta aplicación de aquél (MOSCHETTA, T., 2018: 1-22 EN ESPECIAL 9-20). Se trata de un sistema compuesto por un conjunto de normas, las más de las cuales requieren un cambio urgente, a fin de corregir sus errores de diseño y su excesiva deferencia para con los Estados miembros; una consideración que ha propiciado el desarrollo de prácticas estatales muy distintas y marcadamente insolidarias (MORGADES GIL, 2021). En este sentido, de entre todas, la reforma del Reglamento Dublín III es la que se revela más perentoria, al ser ésta la norma más alejada de los principios de solidaridad y de responsabilidad compartida entre los Estados miembros, ya que traslada, principalmente, la presión migratoria a los Estados de entrada (España, Italia, Grecia y Malta), que son frontera exterior de la UE. El establecimiento de un registro común de demandantes de protección internacional y la fijación de un mecanismo permanente y automático de reparto y realojamiento de

aquéllos, gestionado por la Agencia de Asilo de la UE<sup>5</sup> que asegure una equitativa distribución de las responsabilidades entre todos los Estados miembros<sup>6</sup>, constituye así el reto principal a alcanzar (ABRISKETA URIARTE, 2019: 263-272).

No obstante, más allá de una necesaria modificación y actualización del SECA, tal reforma no debe desligarse, en el marco de un enfoque integral, del desafío que supone la adopción de una auténtica política migratoria común, digna de ese nombre, de la que hoy carece la UE. De tal modo, son continuos los llamamientos que instan al cumplimiento de ese mandato expreso, hasta ahora desatendido, que se encuentra expresamente enunciado en los Tratados (arts. 79.1 y 79.2 TFUE). La actual Comisión Europea, presidida por la Sra. Von der Leyen, ha señalado que este es uno de los objetivos prioritarios de su mandato. Y el Parlamento Europeo no ha dejado de insistir en la conveniencia de adoptar una estrategia global que proporcione un tratamiento conjunto a unas políticas inspiradas hasta ahora en propósitos, a veces, antagónicos, y orientadas preferentemente al reforzamiento de la seguridad de la “Europa fortaleza”. La Legislatura 2019-2024 debería ser, por tanto, aquélla en la que se adopte y ponga en práctica un acuerdo en torno a una política migratoria común<sup>7</sup>, inspirado en

5 Creada por el Reglamento (UE) 2021/2303, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2021.

6 El Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión, celebrado durante los días 9 y 10 de junio de 2022, llegó al compromiso político de establecer un mecanismo de solidaridad obligatorio de reparto de los refugiados entre los Estados europeos, pieza clave del pacto migratorio que actualmente se tramita. Los socios que no colaboren en el mismo harán una contribución económica, en forma de ayuda financiera al resto para costear la devolución de aquellos migrantes irregulares que no se beneficien del derecho de asilo. Este acuerdo desbloquea la posibilidad de establecer una política común de asilo en la UE. Vid. <https://elpais.com/internacional/2022-06-10/la-ue-logra-un-acuerdo-sobre-el-mecanismo-de-reparto-de-refugiados-en-caso-de-crisis-migratoria.html>

7 [https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_en)

el respeto escrupuloso a los derechos humanos en línea con lo estipulado en el Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular de Naciones Unidas, adoptado en Marrakech en 2018.

A tal fin, se deberían abrir vías legales de acceso a la UE, desincentivando, al tiempo, las formas irregulares de ingreso en la misma, las cuales son sinónimas de privación de derechos, abusos y explotación de seres humanos. Fomentar cauces comunes que faciliten la migración regular por causas económicas, agregados a los excepcionales ya existentes, requiere una cooperación estrecha con los Estados de origen, tránsito y destino final, que conlleve la concesión del necesario visado de entrada (BOLLO AROCENA, 2019: 219-264). Una más ágil autorización de llegada a territorio europeo de trabajadores cualificados profesionalmente, a ser posible contratados en origen, ayudaría, de manera considerable, en ese sentido, al tiempo que se garantizaría su imprescindible integración social con la ayuda de fondos europeos (art. 79.4 TFUE) (PORRAS RAMÍREZ, 2020: 16-40). Ello requeriría, asimismo, un amplio reconocimiento de sus derechos y la posibilidad final de obtención del estatus de ciudadanía. Todo lo indicado habría de verse acompañado de una gestión integrada de las fronteras exteriores de la UE (GARCÍA COSO, 2014), que destierre la práctica, hoy en boga, consistente en externalizar sus controles, como el acuerdo con Turquía de 2016, hoy renovado, puso de manifiesto, de forma muy destacada (CARREA, SANTOS VARA, STRIK, 2019: 155 y ss.); al tiempo que se asegura la escrupulosa aplicación del Código de Fronteras Schengen, restringiendo al máximo la apreciación unilateral, frecuente y extensiva de sus excepciones (REQUENA DE TORRE, 2022). Y la adopción, en fin, de una política sincera de buena vecindad, en relación a los Estados del entorno de la UE, que contribuya a su estabilización y desarrollo político y económico.

Un fenómeno global, análogo por su envergadura al del cambio climático, ha de ser abordado conjuntamente. Europa no puede cerrar sus puertas a los solicitantes de protección

internacional, que sufren persecución o el riesgo real y objetivo de padecer un daño grave para sus vidas o integridad física, si regresan a su país de origen o residencia; ni tampoco a aquéllos que demandan una oportunidad de trabajo digno, si no quiere renunciar a los valores que le son inherentes, queriendo sobrevivir como espacio civilizatorio, como la admirable, pese a todo, “Comunidad de Derecho” que aún es.

Así, pese a existir una desigual incidencia del peso de la población migrante o de origen migrante de unos Estados miembros a otros<sup>8</sup>, lo cierto es que quienes forman parte de esos colectivos desempeñan un papel cada vez más importante en la economía y la sociedad que los acoge. Una sociedad que se muestra como una agrupación de individuos diversa, multicultural, al tiempo que crecientemente desigual, cuyos miembros de origen extranjero, una vez establecidos, temporal o definitivamente, desean ser aceptados como titulares de derechos. A ese fin, precisan ayuda para recorrer un camino hacia su integración que pronto se revela largo y repleto de obstáculos. Que, en vez de verse culminado por el éxito, lo es, en demasiadas ocasiones, por el fracaso. Un resultado tantas veces adverso les aboca a la exclusión social y a la marginación, cuando no a caer en la radicalización extremista y en la violencia. O a convertirse, estigmatizados, en esos periódicos momentos de crisis interna en los que tan fácil es caer en la tentación de buscar culpables externos, en chivos expiatorios, destinados a reforzar los vínculos de una comunidad debilitada (AKKERMAN T., 2019: 51-66).

La integración e inclusión de los migrantes y de los extranjeros naturalizados de origen migrante, ya convertidos en ciudadanos (ALÁEZ CORRAL, 2021: 51 y ss.), en tanto que factor propiciatorio de la imprescindible cohesión social, conlleva una apuesta decidida por la interculturalidad y la asunción de un

8 En España la población extranjera ascendía en 2019 a 4.7 millones, el 10% del total.

enfoque holístico o integral, orientado desde el prisma de los derechos humanos. De ahí que pase por reconocer que en toda persona concurren expectativas y necesidades y no sólo una fría aportación objetiva al Producto Interior Bruto o una contribución nada desdeñable al mantenimiento de los costosos sistemas sociales del bienestar que las envejecidas sociedades europeas tratan, a toda costa, de apuntalar. Se impone así la construcción de sociedades más inclusivas, no sólo para garantizar “[...] el bienestar a largo plazo [...] y la estabilidad de nuestras economías [...]”; “para contribuir [...] a que prosperen”, si no, para que, empoderando a quienes se encuentran en situación de desventaja, las comunidades fragmentadas en las que vivimos se unan y cohesionen. Eso requiere ofrecer igualdad de oportunidades, luchar contra la discriminación en sus muy distintas formas y manifestaciones, garantizar el acceso a la educación, al empleo, a la vivienda, a la sanidad y a los demás servicios sociales, para que todos, sea cual sea su origen o procedencia, disfruten de derechos y participen activamente en los distintos niveles de gobierno que conforman la compleja comunidad política en la que habitan (ORGAD L., 2019: 524-543).

El éxito de ese proceso bidireccional, que requiere involucrar tanto a los migrantes, como a quienes los acogen, trae consigo ineludiblemente el reconocimiento de derechos y obligaciones. Eso explica, en ese último caso, la demanda de acatamiento y el compromiso de asunción de valores y principios que no son otros que la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y la voluntad efectiva de respeto a los derechos humanos de las personas pertenecientes a las minorías (SCUTO F., 2012: 311 y ss.).

9 *Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión Social para 2021-2027*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 24.11.2020. COM (2020) 758 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:758:FIN>

## 2. La invasión rusa de Ucrania y sus consecuencias: una nueva crisis masiva de refugiados

En ese contexto, la entrada masiva de refugiados que huyen de las guerras que asolan el entorno geopolítico cada vez más inestable de la UE generando catástrofes humanitarias terribles, exige una respuesta inclusiva inmediata por parte de aquella, que supone la movilización de recursos muy significativos, tanto personales como materiales, además de la activación de eficaces instrumentos jurídicos destinados a posibilitar su acogida digna. Su recurrencia en el tiempo obliga a la UE a anticipar, en su caso, esas situaciones, proveyendo lo necesario para atender a las mismas.

Ciertamente, la UE ha experimentado sucesivas crisis de refugiados desde finales del siglo pasado. Así, además de la generada por las Guerras de los Balcanes, tras la desintegración de la antigua Yugoslavia, que dio lugar a la creación del SECA; y las que han afectado al Atlántico y al Mediterráneo occidental y central, fue la crisis masiva de 2015 la que hizo que la Unión se tuviera que enfrentar a un problema de gestión, acogida e integración de refugiados de magnitud inédita desde el final de la Segunda Guerra Mundial, que puso a prueba las políticas sobre control de fronteras, asilo e inmigración de la UE, destacando sus insuficiencias y limitaciones. No en vano millón y medio de seres humanos huyendo de la situación vivida en Siria, Afganistán, Irak y Libia solicitaron protección internacional en territorio europeo en año y medio (ARANGO, MAHÍA, MOYA Y SÁNCHEZ-MONTIJANO, 2016: 12-26) (PORRAS RAMÍREZ, 2019: 5-39)<sup>10</sup>.

A esas sucesivas oleadas migratorias, alimentadas por motivaciones ya políticas, ya económicas, se ha añadido un gran desplazamiento de personas provenientes de *Ucrania* como consecuencia de la invasión rusa de ese país, iniciada el 24 de febrero de 2022. De todos modos, la escalada de tensión internacional que,

<sup>10</sup> En especial, págs. 28 y ss.



desde la ocupación rusa de Crimea en 2014, se venía produciendo, hizo que los Estados limítrofes de la UE comenzaran a preparar la recepción de refugiados.

Así, después de iniciada la invasión y la guerra consiguiente, se calcula que siete millones y medio de personas, la mayoría mujeres y niños, han abandonado ya el territorio ucraniano, calculándose que la cifra de desplazados pueda elevarse a ocho o, incluso, de extenderse y prolongarse la guerra, a diez millones en los próximos meses. Lo que Putin previó como una intervención relámpago, la autodenominada “operación militar especial”, se ha tornado una guerra de duración indefinida. De ese modo, la continuación del conflicto bélico durante meses o años, quizá, habida cuenta de la resistencia ucraniana y la creciente ayuda internacional ofrecida a su ejército, unida a la decidida voluntad rusa de conquistar sus objetivos, no hace sino profundizar en la crisis humanitaria más allá de lo esperado, superando así cualquier cálculo o vaticinio acerca de su alcance.

Se ha provocado así el mayor éxodo humano conocido después de la Segunda Guerra Mundial. La mayoría de los ucranianos huidos (mujeres, niños y ancianos) han encontrado refugio inicialmente, en los países limítrofes: Polonia (más de la mitad), Hungría, Moldavia, Rumanía y Eslovaquia; pero hoy, meses después, están siendo acogidos en prácticamente todos los Estados de Europa, en ejercicio de una demostración de solidaridad hasta ahora desconocida de la que, sin embargo, no se beneficiaron, en análoga medida en el pasado, sirios, afganos, libios, iraquíes, magrebíes o subsaharianos, hecho éste que debe movernos a la reflexión.<sup>11</sup> Incluso México ha instalado campos de refugiados

11 GONZÁLEZ ENRÍQUEZ C. apunta a “la simpatía y la identificación europeas con la causa ucraniana en su defensa ante la invasión rusa” como causa del tratamiento diferente, más favorable, que están recibiendo los migrantes de esa nacionalidad en Europa. Cfr., “La acogida a los refugiados ucranianos: algunos desafíos e incertidumbres”, en ARI 28/2022. <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-acogida-a-los-refugiados-ucranianos-algunos-desafios-e-incertidumbres/>

ucranianos en ciudades fronterizas del norte, como Tijuana, al tener muchos de ellos la intención de cruzar a los Estados Unidos y Canadá, donde poseen familiares dispuestos a acogerlos.<sup>12</sup>

### **3. La respuesta de la UE: la aplicación novedosa de la Directiva 55/2001 (CE) de 20 de julio de 2001, de protección temporal en casos de afluencia masiva de personas desplazadas**

¿Qué respuesta ha dado la UE a los ucranianos? Esto es, ¿qué medidas ha adoptado aquélla y sus Estados miembros para contrarrestar los efectos de la agresión rusa y gestionar la oleada masiva de personas que solicitan su amparo y protección? Además de las sanciones promovidas contra el Gobierno y la economía rusas y el envío de armamento y ayuda económica al Gobierno y la población ucraniana, la UE ha facilitado la entrada, inmediata y temporal, de desplazados procedentes de Ucrania a su territorio, sin apenas exigencias. Y así ha sucedido una vez que se ha tomado clara conciencia de que el sistema de asilo no puede gestionar una afluencia semejante de seres humanos, que desborda sus capacidades e impide su correcto funcionamiento, en interés de las personas afectadas. Es por ello que la protección temporal se ha ofrecido sin perjuicio del reconocimiento, futuro e individual, del estatuto de refugiado, de conformidad con la Convención de Ginebra y las normas expresadas en el SECA.<sup>13</sup>

12<https://elpais.com/mexico/2022-04-10/tijuana-la-ultima-frontera-de-la-crisis-de-refugiados-de-ucrania.html>

13 Art. 3 de la Directiva 2001/55. De este modo, se evita así la aplicación de la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional*; y la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, “por la que se aprueban normas sobre la acogida de los solicitantes de protección internacional”.

Por tanto, en el momento inicial del conflicto y de la migración masiva por aquél causada, no se ha requerido la demostración fehaciente de que cada persona solicitante de protección y acogida sea objeto de persecución. También se exige a los desplazados ucranianos de la prueba de que, en su defecto, huyen de una situación que les genera un riesgo real y objetivo de padecer una afectación lesiva o un daño grave para su vida, salud e integridad si regresan a su país de origen o residencia. Consecuentemente, los Estados miembros, ante la magnitud de la crisis humanitaria sobrevenida, han eludido aplicar el Reglamento Dublín III<sup>14</sup>, al permitir la entrada de potenciales refugiados, si bien renunciando a exigir el cumplimiento de los requisitos que aquella norma impone, los cuales, en condiciones normales, hubieran supuesto condicionar la llegada a sus respectivos territorios a la presentación y concesión de solicitudes de asilo o protección subsidiaria en los países a través de los que acceden a la UE, que constituyen su frontera exterior. Y, así mismo, a tratar de retener a aquéllos en los mismos, dificultando los “movimientos secundarios” en relación a otros Estados miembros, esto es, la práctica del llamado “*asylum shopping*” (MOYA MALAPEIRA, 2022).

De tal modo, sólo tres días después de iniciada la guerra la UE acordó facilitar la acogida indiscriminada de los refugiados procedentes de Ucrania<sup>15</sup>, de manera, además, ilimitada, durante un máximo, en su caso, de tres años, sin exigirles la solicitud de asilo. Tras ello, el 3 de marzo de 2022, la Instituciones de la UE aprobaron la aplicación, por primera vez en su historia, de la ya vigente, pero nunca aplicada, Directiva de Protección Temporal

14 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”.

15 Según cálculos de la Organización Internacional de la Migraciones 500.000 refugiados procedentes de Ucrania son nacionales de otros países.

(Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, “relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida”).<sup>16</sup>

Se hizo así posible, sin barreras u obstáculos legales, la entrada y, sobre todo, la permanencia temporal de los ucranianos y de las personas procedentes de Ucrania (nacionales y apátridas, además de las personas en régimen de protección internacional residentes en ese país, junto con sus familiares) durante, al menos, un año, plazo prorrogable automáticamente por períodos de seis meses durante un tiempo máximo de un año, si fuera necesario, en los casos en que su regreso a su país de origen, en condiciones seguras y duraderas, no pudiera garantizarse debido a la situación de guerra persistente que sufre aquél. No obstante, la Directiva ha previsto que, si subsisten los motivos para la protección temporal, el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, pueda prorrogar dicha protección temporal durante un año más como máximo<sup>17</sup>. Además, quienes alcancen protección temporal tendrán libertad para moverse por cualquier Estado miembro de la UE, teniendo garantizados sus derechos durante el período reconocido de estancia. Aun así, la Comisión Europea podrá, también, proponer un acortamiento del plazo “siempre que se pase a una situación en Ucrania que permita el retorno seguro y duradero”.

Así pues, el Consejo de Ministros de la Unión, a propuesta de la Comisión Europea, tardó más de veinte años en acordar la aplicación de una norma ya existente, constatando la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas, tras negarse a

16 Denunció su inaplicación durante la crisis siria INELI-CIGER, M., “Time to activate the Temporary Protection Directive. 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, págs. 1-33; en especial, págs. 16 y ss.

17 Art. 4 Directiva 2001/55.

hacerlo con anterioridad, a pesar de las graves crisis sufridas, como la que se ocasionó particularmente en 2015, la cual fue consecuencia de la guerra civil siria. La invasión de Ucrania ha despejado las dudas de los países europeos al respecto, a pesar de la resistencia inicial de algunos del Este a la acogida de migrantes, al haberse convertido ahora éstos, en relación a la presente crisis, en frontera exterior de la UE, viéndose así afectados de lleno por la misma. De este modo, se han derribado tabúes que han permitido la adopción de una decisión sin precedentes, la cual obedece a la alta sensibilización de que ha hecho gala la población europea en relación al conflicto ucraniano (GARCÉS MASCAREÑAS, 2022: Nº 708).

Dicha constatación del Consejo, de conformidad con el art. 5 de la Directiva<sup>18</sup>, de la que únicamente ha quedado fuera Dinamarca<sup>19</sup>, ofrece una “respuesta a la presión migratoria resultante de la invasión militar de Ucrania por parte de Rusia”; y determina qué colectivos se beneficiarán de la protección temporal dispuesta: así, en primer lugar, lo serán los ucranianos residentes en Ucrania, desplazados desde el 24 de febrero de 2022 en adelante; en segundo lugar, los nacionales de terceros países distintos de Ucrania, desplazados de ese país desde esa fecha, si disponían en Ucrania del estatuto de refugiados o de una protección nacional equivalente antes de la data señalada, con el fin de preservar la unidad de las familias y evitar que miembros de una misma tengan estatutos diferentes; en tercer lugar, se acuerda, así mismo, establecer la protección de los apátridas y de los nacionales de terceros países distintos de Ucrania que puedan demostrar que residían legalmente en ese país antes del 24 de febrero de 2022, contando con un permiso de residencia permanente válido, los cuales no pueden regresar a su país de origen en condiciones seguras y duraderas. También, por

18 Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022. DOUE núm. 71, de 4 de marzo de 2022, páginas 1 a 6.

19 Arts. 1 y 2 del Protocolo Nº 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

razones humanitarias, se admitirá en la UE a quienes estuvieran estudiando o trabajando por períodos breves en Ucrania y les sorprendiera la guerra que condujo a la afluencia masiva de personas desplazadas. Y, finalmente, se contempla que los Estados miembros puedan ampliar la protección temporal a categorías adicionales de personas desplazadas, cuando lo sean por las mismas razones y procedan de Ucrania, incluso habiendo huido de ella antes de la fecha de comienzo de la guerra, como consecuencia de las tensiones previas a su inicio.<sup>20</sup>

En definitiva, esta Directiva alcanza a los ucranianos que salgan de su país y a quienes residan en Ucrania y tengan el estatus legal de refugiados. Pero no se aplicará a quienes vivan en Ucrania por trabajo o estudios, quedando su asistencia al criterio de los Estados miembros. No obstante, se les permitirá la entrada y se les ofrecerá ayuda, aunque se les inste a regresar a sus países de origen. De este modo la propuesta abierta e indiscriminada de la Comisión europea, formulada inicialmente, consistente en acoger y proteger, sin acepción de nacionalidad, a quienes provengan de Ucrania, ha quedado restringida a ciertos colectivos, fiándose a la discrecionalidad de los Estados miembros ampliar su alcance a los demás existentes.<sup>21</sup>

La Directiva expresa, en todo caso, un conjunto de *normas mínimas*<sup>22</sup>, de lo que se desprende que los Estados miembros tienen competencia para establecer o mantener condiciones más

20 Art. 2 Decisión.

21 La mayor parte de los Estados miembros han hecho una interpretación extensiva de la Directiva, aplicándose la Protección Temporal incluso a los ucranianos que ya estaban en el país de acogida antes del comienzo de la invasión rusa. De este modo se abre una vía a la legalización de la estancia de los que habían pasado a situación irregular después de haber superado el tiempo máximo de permanencia como turistas: 90 días. Así, en referencia España, vid. la *Orden del Ministerio de la Presidencia PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto de Ucrania*. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2022, pág. 28304.

22 Art. 1 Directiva 2001/55.

favorables para las personas beneficiarias de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. En suma, la Decisión en cuestión que activa la aplicación de la norma europea insta a compatibilizar la Directiva con los sistemas nacionales de protección temporal, que pueden considerarse su desarrollo o transposición. Así, podrá suceder que un sistema nacional disponga medidas más favorables que las que se expresan en la Directiva. Pero si el sistema nacional se revela menos beneficioso, el Estado miembro deberá, en todo caso, garantizar el reconocimiento de los derechos contemplados en la Directiva que tengan carácter básico.

Es así que, en todo caso, los Estados contraen *obligaciones equitativas*, que han de proporcionar un “nivel adecuado de protección” a los interesados, así como facilitar su retorno a su país de origen o residencia, una vez que la protección temporal haya concluido. Ello les supone, en cualquier caso, el sometimiento a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y al espíritu de la Directiva 55/2001, lo que implica garantizar el respeto a la dignidad humana y un nivel de vida digno: esto es, asegurar el derecho de residencia, el acceso a medios de subsistencia y alojamiento, a cuidados de urgencia y a que se proporcione una atención adecuada a los menores.<sup>23</sup>

Aun así, la Directiva reconoce que corresponde a los Estados miembros salvaguardar el orden y la seguridad interior, por lo que podrán excluir de la protección temporal a una persona desplazada que haya cometido un crimen contra la paz, de guerra o contra la humanidad, conforme al Derecho internacional; haya realizado un delito grave de carácter no político fuera del Estado de acogida antes de su admisión, como persona que goza de protección temporal; o haya sido declarada culpable de actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Y, también,

23 Así entiende por “protección adecuada”, en tanto que alternativa a la protección temporal, la Comisión Europea en la Comunicación C/2022/1806 mencionada.

cuando existan motivos razonables para considerar a una persona un peligro para la seguridad del Estado de acogida o para su comunidad.<sup>24</sup> En todo caso, las personas excluidas de los beneficios de la protección temporal por parte de un Estado miembro podrán interponer un recurso jurisdiccional ante aquél.<sup>25</sup>

Además, se considera de todo punto necesario que exista una coordinación adecuada y un intercambio fluido de información entre los Estados miembros y la Comisión Europea, para facilitar la aplicación de la protección temporal. A tal fin, se crea una “plataforma de solidaridad” que dará a conocer las capacidades de acogida de los Estados y el número de personas que alcancen el estatuto de protección temporal en sus territorios. A este respecto, la Comisión ha establecido *directrices operativas*, conforme al art. 5 de la Directiva, que se irán actualizando de acuerdo con la experiencia obtenida, para orientar y coordinar a los Estados miembros ante un desafío de una magnitud tan enorme como desconocida. Tales directrices afectan al ámbito de aplicación; a la forma de tratar a los menores (particularmente a los no acompañados); al derecho a circular libremente entre los Estados miembros; y al registro y suministro de información. Dichas directrices se están viendo suplementadas, en la actualidad, con recomendaciones específicas sobre temas concretos en relación a las necesidades identificadas por los Estados miembros. De este modo, se facilita la movilización de los recursos de la UE y la organización del traslado de personas entre Estados miembros o, cuando, proceda, a terceros países.<sup>26</sup>

24 Art. 28 Directiva 55/2001

25 Art. 29 Directiva 55/2001. En general, insistiendo en la relevancia de las garantías procesales, vid., REQUENA DE TORRE, M<sup>a</sup> D., “La tutela judicial efectiva en los procedimientos migratorios”, en PORRAS RAMÍREZ, J. M<sup>a</sup> (Dir.), *La integración de los migrantes en la Unión Europea y España...*, op. cit., págs. 325 y 358.

26 Comunicación de la Comisión relativa a las directrices operativas para la aplicación de la Decisión de Ejecución 2022/382 del Consejo por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes



La *Red de Preparación y Gestión de Crisis Migratorias de la Unión Europea*<sup>27</sup> es, sin duda, el soporte más adecuado para asegurar la cooperación administrativa exigida por la Directiva 2001/55. Los Estados miembros se sirven así, a ese fin, del dispositivo de la Unión Europea de respuesta política integrada a las crisis<sup>28</sup>; del auxilio del Servicio Europeo de Acción Exterior, al tiempo que establecen un estrecho contacto con ACNUR.

Además, los Estados miembros contarán con el apoyo financiero del Fondo de Asilo, Migración e Integración<sup>29</sup> y de los demás Fondos de la Unión. A su vez, los mecanismos de emergencia y flexibilidad, en el contexto del Marco Financiero Plurianual 2021-2017, permiten, también, la movilización de fondos para hacer frente a las necesidades urgentes que se presentan dentro de los Estados miembros. Así, el Mecanismo de Protección Civil de la Unión ha sido activado en orden a que los Estados miembros puedan solicitar artículos esenciales para atender a las necesidades de las personas desplazadas de Ucrania que estén presentes en su territorio. Al tiempo, aquéllos pueden beneficiarse de cofinanciación para prestar dicha asistencia.

De forma simultánea, las múltiples agencias de la UE han sido convocadas para efectuar un seguimiento de la acogida y protección dispensadas. La Agencia Europea de Guardia de Fronteras y Costas (FRONTEX), la Agencia de Asilo de la Unión Europea y la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (AAUE) y EUROPOL prestan apoyo operativo a los Estados miembros que solicitan su asistencia para hacer

---

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. DOUE núm. 126, de 21 de marzo de 2022.

27 Recomendación (UE) 2020/1366, de la Comisión, de 23 de septiembre de 2020 (DO L 317 de 1.10.2020, p. 26).

28 Decisión de Ejecución (UE) 2018/1993 del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 (DO L 320 de 17.12.2018, p. 28).

29 El Reglamento (UE) 2021/1147 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2021, crea el *Fondo de Asilo, Migración e Integración* (DO L 251 de 15.7.2021, p. 1).

frente a la situación y aplicar la Directiva 2001/55, activada por la Decisión 2022/382<sup>30</sup>.

Por expreso mandato de la Directiva, los Estados miembros han de acoger, con “*espíritu de solidaridad comunitaria*”, a las personas que opten al régimen de protección temporal, indicando, a esos efectos, sus disponibilidades de manera numérica o general. Si dicha capacidad se ve superada a raíz de una afluencia masiva de dimensiones extraordinarias, el Consejo estudiará con urgencia la situación y adoptará las medidas necesarias, que comportarán la movilización de ayuda adicional a los Estados más afectados. Así ha sucedido, de manera especial, con Polonia, en relación a la crisis ucraniana<sup>31</sup>. En todo caso, se contempla también el traslado de un Estado miembro a otro de personas acogidas a protección temporal, siempre que éstas hayan manifestado su consentimiento al respecto. A tal fin, cada Estado miembro comunicará su disponibilidad de acogida al Estado miembro solicitante.<sup>32</sup>

A lo indicado hay que añadir que la activación de la protección temporal a las personas desplazadas que son víctimas de la crisis de Ucrania ha visto multiplicada su eficacia y allanada su ejecución por el hecho de que la mayoría de los ucranianos disponían, previamente a la crisis suscitada en 2022, de un *pasaporte biométrico*. Este les da derecho a cruzar las fronteras exteriores de la Unión Europea *sin necesidad de visado de entrada y a permanecer en su territorio hasta noventa días*, por período de ciento ochenta días, como reconoce el Anexo II del Reglamento 2018/1806, del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>33</sup>. Ha sido,

30 Art. 3 Decisión

31 Art. 25 Directiva 55/2001

32 Art. 26 Directiva 55/2001

33 No obstante, a quienes no estén exentos de la obligación de visado, porque no sean titulares de un pasaporte biométrico y no sean titulares de un visado para estancia de corta duración, de un visado de estancia larga o un permiso de residencia expedido por un Estado miembro, y tengan derecho a acceder a la protección temporal o a una protección adecuada en virtud del Derecho interno,

por tanto, la necesidad de anticipar la finalización de esa “estancia corta” de tres meses, así prevista, lo que hizo necesario activar la aplicación de la Directiva para prolongar el período de estancia, dada la previsión de que la situación extraordinaria causante del flujo migratorio, con la consiguiente crisis de refugiados que lleva aparejada, perdure en el tiempo.

Además, los ucranianos acogidos pueden desplazarse hacia otros países diferentes del de entrada, habida cuenta de la *libre circulación garantizada en el Espacio Schengen*. Por tanto, *no precisan de visados de tránsito*. Así, se ha comprobado cómo, en el caso de Rumanía, más de la mitad de las personas llegadas a ese país procedentes de Ucrania se han traslado a otros Estados miembros de la UE donde cuentan con familiares y amigos, y en los que desean buscar empleo o solicitar protección internacional. Así mismo, aun habiéndose apreciado cómo Polonia es, en cualquier caso, el destino más probable y solicitado de la mayoría de ucranianos huidos de su país, dada la gran afinidad cultural existente, lo cierto es que los movimientos en dirección a otros países de la UE son cada vez más frecuentes. No en vano, existen comunidades ucranianas importantes en Italia, España (ciento cincuenta mil personas), Portugal, Alemania y Chequia<sup>34</sup>.

Dicho esto, ¿cuáles son las *obligaciones que contraen los Estados miembros para con los beneficiarios de la protección temporal*? O, dicho de otro modo, ¿qué *derechos* se reconocen a las personas desplazadas que son objeto de esta norma de la UE? Ciertamente la Directiva 2001/55, que representa, de forma paradigmática y

---

se les proporcionarán todas las facilidades para obtener los visados necesarios, reduciéndose la duración de los trámites al máximo, dada la situación de emergencia existente. Cfr. Comunicación C/2022/1806.

<sup>34</sup> Los Estados miembros de primera entrada deben comunicar de forma anónima qué personas están interesadas en trasladarse a otro Estado miembro, y a cuál desean ir. La información se recopilará a través de la *red Blueprint*. La finalidad no es otra que saber el número de personas que se encuentran en esa situación. Cfr. Comunicación C/2002/1806.

ejemplar, la respuesta inclusiva inmediata de la UE a la crisis ucraniana, reconoce un amplio elenco de derechos a quienes huyen de algún tipo de catástrofe, concepto éste que incluye, por supuesto, las situaciones de guerra. Así, ofrece amparo en ámbitos como los permisos de residencia y trabajo, acceso a la vivienda, asistencia social y médica, y derecho a la educación de los menores. De este modo, fomenta “un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida”. Es, pues, expresión de un sistema temporal de protección que evita la humillante acumulación indefinida de desplazados en campos de refugiados (FERNANDEZ ROJO, 2018: 1013-1056), promoviendo, mediante una simplificación de las formalidades, la preservación de la unidad de las familias, sin exigir la tramitación de la, habitualmente prolija e individualizada, solicitud de asilo o protección subsidiaria.

En primer lugar, la Directiva prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que los beneficiarios dispongan de *permisos de residencia* durante todo el período de la protección temporal, para lo que se les expedirá la documentación necesaria, de manera inmediata.<sup>35</sup> El permiso de residencia acredita su estatuto o situación ante otras autoridades, tales como oficinas, servicios de empleo, escuelas y hospitales. No obstante las facilidades dadas para su concesión, la Comisión europea insta a los Estados miembros a que, antes de otorgarlo, consulten las bases de datos internacionales, de la UE y las nacionales para evitar que se sirvan o aprovechen de él personas autoras de delitos graves.

A su vez, los Estados miembros deberán proporcionar a los beneficiarios de la protección temporal un documento informativo o folleto, en una lengua que puedan comprender, en el que se expongan claramente las ventajas, derechos y obligaciones que aquella comporta. A este respecto, se les facilita intérprete si lo requieren. De este modo, se hace así posible su *derecho a la*

35 Art. 8 Directiva 55/2001.

*información*, a través de la creación de un sistema de ventanilla única en el sitio web de la Comisión Europea, al que se vinculan las distintas webs nacionales. Muy especialmente, los menores desplazados reciben información comprensible conforme a su edad y grado de madurez.<sup>36</sup> En todo caso, el *registro de los datos personales* de los beneficiarios de la protección temporal se considera necesario para su identificación.<sup>37</sup> Por tanto, su nombre, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, estado civil y vínculo familiar se incorporan a los registros nacionales de extranjeros, si bien respetando el Reglamento general de Protección de Datos<sup>38</sup>. En este sentido, la Agencia de Asilo de la UE colabora con los Estados miembros para proporcionar una plataforma de intercambio de información entre aquéllos, orientada a evitar que una misma persona se beneficie de derechos en más de un Estado miembro.<sup>39</sup>

Así mismo, se reconoce a los beneficiarios de la protección temporal el derecho a acceder a un *puesto de trabajo retribuido*, por cuenta ajena o propia, con arreglo a las normas aplicables a su profesión, y a participar en actividades tales como la *educación para adultos*, la *formación profesional* y la *formación práctica en el lugar de trabajo*. No obstante, la Directiva prevé que, “por razones de mercado laboral”, los Estados miembros puedan dar prioridad a los ciudadanos de la UE y a otros con los que tengan una relación previa. La *remuneración* que perciban estará garantizada por el derecho general de los Estados miembros. A su vez, los beneficiarios de la protección temporal tendrán *acceso al sistema de seguridad social* correspondiente a la actividad laboral que realicen.<sup>40</sup> Complementariamente, al ser muy consciente de las dificultades que entraña a los extranjeros desconocedores del idioma oficial

36 Art. 9 Directiva 55/2001.

37 Art. 10 Directiva 55/2001.

38 Reglamento (UE)2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

39 El canal Seguro DubliNet facilita el intercambio de datos entre Estados.

40 Art. 12 Directiva 55/2001

del Estado miembro de acogida acceder a un empleo acorde con su cualificación y aptitudes, la Comisión Europea ha añadido a la lengua ucraniana a la plataforma *EU Skills Profile Tool for Third Country Nationals*, que permite crear un perfil de capacidades.<sup>41</sup> Las múltiples carencias del mercado laboral europeo, tan falto de empleos cualificados, hecho éste que, en parte, obedece al creciente envejecimiento de la sociedad europea, suponen una oportunidad de la que claramente pueden favorecerse tanto los desplazados como sus empleadores, en el marco de una legislación específica garante de la equiparación de sus derechos con los que gozan los nacionales (MONEREO PÉREZ, 2021: 179-257).<sup>42</sup>

De igual forma, los Estados miembros se han de comprometer a garantizar a los beneficiarios de la protección temporal el “*acceso a un alojamiento adecuado*” o, más bien, a proporcionarles medios o recursos suficientes (económicos, se entiende) para obtenerlo<sup>43</sup>. No en vano, las ayudas para la vivienda deben ser consideradas “prestaciones básicas” cuya concesión se ha de realizar en igualdad de condiciones con los nacionales, a fin de contribuir decisivamente a la cohesión social y económica, y a la inclusión de quienes forman parte de un grupo social especialmente vulnerable. Y así se ha de considerar en tanto que mandato imperativo derivado de la interpretación extensiva, conforme a los arts. 34.3 CDFUE y 153 TFUE, de la Directiva 2003/109/CE, “relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración” (AGUILAR CALAHORRO, 2021: 393-409).<sup>44</sup>

También se ha de proporcionar a los beneficiarios de la protección temporal asistencia necesaria, en materia de “ayuda social

41 <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=89&newsId=10202&furtherNews=yes>

42 En especial, págs. 213 y ss.

43 El Auto del TJUE de 16 de julio de 2015, Asunto C-539/14, interpreta el significado del art. 34.3 CDFUE, aludiendo a “un derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda”.

44 En especial, págs. 404 y ss.

y alimentación”, cuando no dispongan de recursos suficientes<sup>45</sup>, así como *atención médica*, que incluirá, con carácter mínimo, los cuidados de urgencia y el tratamiento esencial de enfermedades (BALAGUER PÉREZ, A, 2021: 411-442). En todo caso, el nivel y cuantía de las medidas de ayuda dependerá de la capacidad económica de estas personas, en el supuesto de que ejerzan una actividad retribuida. No obstante, los miembros de colectivos vulnerables, beneficiarios de protección temporal, con necesidades particulares, como los menores no acompañados o las personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas de violencia moral, física o sexual serán objeto de asistencia preferente, ya sea médica o de otro tipo.<sup>46</sup> Así, aunque la UE respeta la organización y prestación de los servicios sanitarios y la atención médica definida por los Estados miembros, al poseer sólo competencias de apoyo en la protección y mejora de la salud, pudiendo únicamente coordinar o complementar la acción de aquéllos, ex art. 168.1 TFUE, lo cierto es que, con base en el art. 35 CDFUE, precepto éste que establece los contenidos materiales de la asistencia a dispensar, referidos a “toda persona” (REQUENA DE TORRE, 2020: 22 y ss.), la aplicación de la Directiva 2001/55 supone un avance en pos del establecimiento de una garantía básica de sanidad universal que los Estados miembros se han de ver obligados a satisfacer.

De forma muy relevante, la Directiva insta a los Estados miembros a escolarizar a *los menores de dieciocho años*, reconociéndoles, por tanto, el *derecho a acceder al sistema educativo* “en las

45 El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones aprobó el 20 de junio de 2022 la entrega de una ayuda mínima de 400 euros mensuales durante seis meses a cada familia de desplazados ucranianos que hayan accedido al estatuto de protección temporal, pero no estén acogidos en alojamientos facilitados por las Administraciones Públicas. A esa cantidad se sumarán 100 euros por cada menor a su cargo. Por tanto, se calcula que se pueden beneficiar de dicha ayuda la gran mayoría de los 125.000 ucranianos que llegaron a España hasta esa fecha. <https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/ministro/detalle/4287>

46 Art. 13 Directiva 55/2001

mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de acogida”, si bien dichos Estados podrán limitarlo al sistema de enseñanza pública. También se contempla que los *adultos* accedan, si lo requieren, al sistema general de educación<sup>47</sup>. A este respecto, cabe recordar que, si bien hay que tener nuevamente presentes las recortadas competencias de apoyo, coordinación y complemento con que cuenta la Unión en relación a la materia (art. 165 TFUE), la CDFUE reconoce, en su art. 14, el derecho a la educación a “toda persona”, a fin de que pueda “recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria”, sin hacer, por tanto, distinción entre nacionales y extranjeros. El carácter esencial y mínimo de esa prestación exige un tratamiento igual básico, que, por ende, han de prestar todos los Estados miembros a los demandantes de aquél pertenecientes a cualesquiera colectivos.<sup>48</sup>

A su vez, se reconoce el *derecho a la reagrupación familiar* a los miembros de una familia que haya sufrido una separación<sup>49</sup> y disfruten de protección temporal en diferentes Estados miembros, siempre que cumplan los requisitos dispuestos. A tal efecto, se considerarán miembros de la familia que son susceptibles de reagrupamiento, yéndose así más allá de lo dispuesto, con carácter general, en la Directiva 2003/86, la cual sólo hace referencia a sus miembros nucleares: al cónyuge del reagrupante o su pareja de hecho; a los hijos menores solteros; y a los demás parientes cercanos que estuviesen viviendo juntos en el momento de producirse los acontecimientos que dieron lugar a la afluencia masiva. Estos últimos sólo serán reagrupados teniendo en cuenta las “dificultades extremas que dichos miembros afrontarían en caso

47 Art. 14 Directiva 55/2001

48 Así, cfr., VIDAL PRADO, C., “El derecho a la educación de los migrantes” en PORRAS RAMÍREZ, J. M<sup>a</sup> (Dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España...*, op. cit., págs. 147-177; en especial, pág. 161.

49 El derecho a la reagrupación familiar está regulado, con carácter general, en la Unión Europea, por medio de la Directiva 2003/66, que expresamente no se aplica en situaciones de protección temporal.



de no efectuarse la reagrupación”. A todos ellos se les concederán permisos de residencia en el Estado miembro de acogida, con arreglo al régimen de protección temporal, que lógicamente perderán en el Estado miembro de procedencia. De este modo, la Directiva de protección temporal establece una clara flexibilización de las condiciones de ejercicio del derecho<sup>50</sup>, que minora las exigencias, considerablemente más onerosas, que aparecen determinadas en la normativa general de la UE.

En todo caso, merecen una especial atención los *menores no acompañados*<sup>51</sup>, beneficiarios de protección temporal, que son considerados miembros de un grupo o colectivo especialmente vulnerable. Por ello, y con carácter urgente, se les asignará la necesaria representación a través de un tutor legal o, en su caso, de una organización encargada de su cuidado y bienestar, o se les proporcionará otro tipo adecuado de representación. Además, se dispone su alojamiento con miembros adultos de su familia; en una familia de acogida; en centros de dotados de instalaciones especiales para menores o con la persona que se ocupaba del menor en el momento de la huida. En todos los supuestos se tendrá en cuenta la opinión del menor, con arreglo a su edad y a su grado de madurez.<sup>52</sup>

En este sentido, la Comisión Europea hace hincapié en las obligaciones que contrae el *Estado miembro de primera entrada* para con los menores no acompañados, especialmente cuando estos vayan a continuar viaje a otro Estado miembro para reunirse con su familia, y cuando estén a cargo de personas conocidas que no sean sus familiares u organizaciones públicas o privadas de otros Estados miembros, con vistas a que el menor llegue a ser acogido, sin interferencias, en estos últimos. En tales casos, las autoridades

50 Art. 15 Directiva 55/2001.

51 En relación a esta categoría, vid., FAGGIANI, V., “El derecho a la vida familiar y la tutela preferente de la niñez migrante”, en PORRAS RAMÍREZ, J. M<sup>a</sup> (Dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España...*, op. cit., págs. 293-323; en especial, págs. 322-323.

52 Art. 16 Directiva 55/2001

competentes registrarán la identidad de los menores y de los adultos con quienes vayan a proseguir viaje y el Estado miembro de destino declarado antes de que los menores continúen con aquél. Además, efectuarán controles rápidos, con la presencia de un representante de los servicios nacionales de protección del menor, para cerciorarse de que no existe riesgo de abuso o trata de seres humanos, si media sospecha al respecto. Así, introducirán una descripción preventiva en el Sistema de Información de Schengen sobre menores en riesgo de sustracción; y de menores en riesgo de ser trasladados ilegalmente al extranjero, o a los que se deba impedir viajar por su propia protección.

En relación a los *Estados miembros de destino*, la Comisión Europea ha pedido que éstos pongan en marcha un procedimiento rápido para registrar la presencia de menores no acompañados en su territorio y así poder designar un tutor o representante legal al que confiar el cuidado legal del menor. En estos casos se considera muy relevante el papel que han de jugar las organizaciones civiles existentes. En todo caso, se ha previsto que las familias o centros de acogida, dotadas de instalaciones adecuadas para menores, reciban los subsidios necesarios por los menores a su cargo.<sup>53</sup>

A este respecto, ha de repararse en que todas estas cautelas y garantías, determinadas, de forma adicional, por la Comisión Europea, obedecen al hecho de que, en su mayoría, las personas desplazadas de Ucrania son mujeres<sup>54</sup> (a las que la Directiva, cuestionablemente, no ofrece un tratamiento específico, a pesar de la problemática especial que plantean) y niños. Por tanto, el riesgo de que se vean afectados por la trata de seres humanos es muy elevado. Así, tanto la Directiva 2011/36/UE, como la legislación que la transpone en los diferentes Estados miembros está siendo

53 Comunicación C/2022/1806

54 En relación a la problemática especial que afecta a la mujer migrante, vid. MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., “La inclusión de la mujer migrante”, en PORRAS RAMÍREZ, J. M<sup>a</sup> (Dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España...*, op. cit., págs. 259-292.

aplicada para prevenir riesgos y evitar todas las formas posibles de explotación relacionadas con la trata de personas. Por eso, dichos Estados están adoptando en la actualidad múltiples medidas que consideran necesarias. Proporcionar información a los miembros de esos grupos vulnerables, en una lengua comprensible y adaptada a su grado de madurez, se revela, en este aspecto, algo esencial. Además, dicha información se encuentra disponible en internet, incluyendo una línea de atención directa de urgencia con la que se puede contactar en varias lenguas, las veinticuatro horas del día, los siete días a la semana.

A su vez, las autoridades policiales y fronterizas, cooperando entre sí y colaborando con las organizaciones de la sociedad civil, están recibiendo la debida instrucción acerca de esta situación para prevenir la trata de seres humanos y detectar víctimas potenciales en una fase temprana. Así, las medidas de asistencia, apoyo y protección que dispone la Directiva 2011/36 se vienen activando cuando se detectan casos concretos y existen indicios razonables para creer que una persona ha sido víctima de cualquier forma de explotación, con independencia de si manifiesta, o no, voluntad de cooperar. Y, en su caso, las víctimas son atendidas, asegurándoles un alojamiento adecuado, tratamiento médico, asistencia psicológica, asesoramiento e información, recurriéndose, cuando se precisa, a tal fin, a los servicios de traducción e interpretación<sup>55</sup>.

A pesar de todo lo expuesto y analizado, es importante insistir en que el estatus de protección temporal no supone, sin

55 En España la Fiscalía ha enviado una nota interna a todos los fiscales delegados de menores para que sean proactivos ante la llegada de menores ucranios, solos o acompañados por adultos que no son sus padres. La principal preocupación concierne a los niños procedentes de orfanatos, de escuelas o equipos deportivos, o que son traídos por ONGs o por ciudadanos particulares, que no son sus tutores legales, sin coordinación con las autoridades autonómicas. A todos ellos, pero sobre todo a estos últimos, dado el vacío normativo existente, se les considera en situación de "riesgo activo", planteando especiales problemas, ya que, en ocasiones, comparten su situación de desprotección con el responsable que los acompaña.

embargo, considerar como refugiados a los que se acogen a este mecanismo. Para ser reconocidos como tales deberán presentar una solicitud de asilo en cualquier momento y así pasar, en su caso, a esa situación, de conformidad con la normativa vigente de la UE.<sup>56</sup> Y corresponde a los Estados miembros, en ejercicio de la competencia que se les ha reconocido, decidir si admiten su solicitud o no. Consecuentemente habrá que estar a los criterios de determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo, que, en los casos que afectan a los beneficiarios de protección temporal, implican que lo sea aquél que previamente aceptó el traslado a su territorio.<sup>57</sup> De ese modo se alivia la presión sobre los Estados miembros que afrontan llegadas masivas y se reduce el riesgo de que se presenten solicitudes múltiples en varios Estados miembros, con las ventajas que ello supone para los sistemas nacionales de asilo.

Sin embargo, de forma cuestionable, al debilitarse así el nivel de amparo dispensado, la Directiva señala que es prerrogativa de los Estados miembros disponer que no pueda acumularse el beneficio de la protección temporal con el ya de por sí débil estatuto de solicitante de asilo, mientras se estudia su petición. No obstante, se ha dispuesto que, si esta demanda fuera denegada, los Estados miembros podrán acordar que la persona en cuestión siga, al menos, disfrutando del beneficio de la protección temporal durante el tiempo que a ésta le reste.<sup>58</sup>

Con todo, hemos de ser plenamente conscientes de que si el conflicto perdura, la Directiva 2001/55, en tanto que “dispositivo excepcional” se revelará una solución limitada e insuficiente, ya que, finalizada la protección temporal, los ucranianos que no hayan solicitado y obtenido asilo o protección subsidiaria en el territorio de la Unión se verán sometidos al Derecho general en

56 Art. 17 Directiva 55/2001

57 Art. 18 Directiva 55/2001

58 Art. 19 Directiva 55/2001

materia de protección y de extranjería de los Estados miembros<sup>59</sup> o, en el peor de los casos, a una situación indeseada de *regreso forzoso* (MOYA MALAPEIRA, 2022: Nº 713).

En uno y otro supuesto, la Directiva insta a los Estados a tratar a esas personas con respeto a su dignidad humana.<sup>60</sup> Así, en este último supuesto, quienes, debido a su estado de salud no estén en condiciones razonables de viajar, o demuestren que una interrupción del tratamiento médico que reciben pudiera acarrear un agravamiento importante de su estado, no serán expulsadas mientras dure esa situación. De igual forma, los menores escolarizados en un Estado miembro recibirán la autorización necesaria para completar el período escolar en curso.<sup>61</sup>

En cualquier caso, los Estados miembros facilitarán el *regreso voluntario*, plenamente consciente de sus consecuencias, de las personas acogidas a la protección temporal, adoptando las medidas necesarias con respeto a su dignidad humana. Y allanarán el retorno de aquéllas al Estado de acogida de la Unión en el caso de que hayan ejercido su derecho a regresar de su país, al haber resultado su vuelta al mismo poco realista o imposible. En todo caso, mientras se produce o materializa el regreso, los Estados miembros podrán seguir reconociendo y garantizando derechos, a título personal, a los beneficiarios de protección temporal cuyo estatus se considere finalizado<sup>62</sup>.

No obstante, las personas que no se beneficien de la protección temporal o, en su caso, de una protección adecuada en virtud del Derecho interno, y no tengan derecho a permanecer en el territorio de los Estados miembros con arreglo al DUE o al Derecho interno, tendrán que ser objeto de *repatriación* a sus países de origen. En tanto en cuanto ésta se produce, lo ideal es que, siguiendo las

59 Art. 20 Directiva 55/2001

60 Art. 22 Directiva 55/2001

61 Art. 23 Directiva 55/2001

62 Art. 21 Directiva 55/2001

recomendaciones de la Comisión Europea, los Estados miembros concedan permisos o autorizaciones que reconozcan un derecho de estancia de duración limitada por motivos humanitarios, lo que permite, cuando menos, a los desplazados el acceso a una asistencia básica, esto es, a alojamiento y asistencia social y médica hasta su *repatriación*. Sea como fuere, dicho proceso requiere a menudo del auxilio y la cooperación entre los Estados miembros que prestarán apoyo a las personas afectadas, recurriendo, si lo precisan, a la asistencia de Frontex, con el máximo respeto a su dignidad.

#### 4. Conclusiones

En razón a la actual crisis migratoria que sufre Europa vinculada a la acogida de los desplazados por la guerra de Ucrania, ha de exigirse que la solidaridad admirable que está desplegando la UE se generalice a fin de que no resulte discriminatoria beneficiando, tan sólo, a quienes nos parecen afines étnica y culturalmente, o se hicieran merecedores de nuestra simpatía política. Ciertamente, Europa se ha forjado en la adversidad y es ahora cuando debe dar muestra de su condición de Comunidad de Derecho para dar respuesta ecuánime y digna a situaciones que representan catástrofes humanitarias terribles que aquella, en la medida de sus posibilidades, se encuentra en condiciones de paliar.

Por eso entiendo, en primer lugar, que el *mecanismo de protección temporal*, debería incorporarse a toda política de protección internacional digna de ese nombre, en supuestos de afluencia masiva, activándose *de forma automática*, sin requerir decisión ejecutiva de los gobiernos que lo autorice, una vez que esa profusión de desplazados se pueda verificar, conforme a los criterios dispuestos en la propia norma, en cuanto a su alcance e incidencia y, así mismo, cuantificar, siquiera proyectivamente, en tanto que constitutiva de una auténtica crisis. En consecuencia, se debería evitar su aplicación selectiva y discrecional en beneficio de sólo ciertos colectivos de

nacionales, para convertir en destinatarios suyos a cuantas personas se revelen víctimas de situaciones análogas con independencia de cuál sea origen o nacionalidad (NICOLISI, S. F., 2016: 338-361).

En segundo lugar, en previsión de crisis futuras o, incluso, en el caso de que la actual vea incrementada su incidencia, se ha de insistir en la necesidad de proceder a la creación, ligado al Pacto Europeo de Inmigración y Asilo<sup>63</sup>, de un *mecanismo de distribución intracuropeo de personas desplazadas y de refugiados*. Un mecanismo que sea equitativo y obligatorio, para evitar que la responsabilidad de la acogida e integración recaiga, de forma desequilibrada, más en unos Estados miembros que en otros, dada su condición de frontera exterior de la UE, desbordando sus capacidades.

Y, en tercer lugar, hay que seguir apostando por la conveniencia de *activar vías legales y seguras de acceso a la protección internacional*, dimensión ausente, hoy, del SECA, que ha de ser regulada con prontitud. No en vano, Europa defiende valores universales, que no deben dejar de garantizarse por razones que, a la postre, conducen a diferenciar, de manera inmotivada e irrazonable, a unos con respecto a otros. Pues todos cuantos sufren estas crisis migratorias son víctimas de una privación flagrante de derechos, no debiendo ser considerados, como tantas veces sucede, meros agentes desestabilizadores de la seguridad de que gozan sociedades opulentas. No en vano, en las fronteras de Europa las catástrofes humanitarias se acumulan por doquier. Y eso conlleva el aumento de los desplazados por diferentes causas. Lo que nos exige ir más lejos: aplicar el Convenio de Ginebra plenamente y crear un estatuto específico para los que huyen del hambre y del cambio climático, y no sólo de las guerras y las persecuciones. Porque es necesario construir una política migratoria común, integral, digna y universal, la cual, por desgracia, pese a los indudables avances realizados en la UE, sigue sin existir, hoy, de manera plena, en ninguna parte del mundo.

63 [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum_es)





# CAPÍTULO V

## LOS PROCEDIMIENTOS COMUNES RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL INTERPRETADOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

Calogero Pizzolo<sup>1</sup>

### 1. Algunos circuitos interpretativos que recorren los jueces de Luxemburgo

El presente trabajo tiene por objeto comentar algunos de los circuitos interpretativos seguidos por el Tribunal de Justicia al interpretar el *bloque normativo* —desarrollado en capítulos precedentes— que, en el ámbito de la UE, refiere a la protección de migrantes y solicitantes de asilo.

Con el fin de sistematizar dichos recorridos, se apela a la elaboración de categorías conceptuales que permitan un acceso rápido a los contenidos de la jurisprudencia de Luxemburgo en la materia que tratamos. No se debe olvidar, por otro lado, que los citados circuitos interpretativos son *multidireccionales*. Esto es, en el ámbito internacional, responden a diversas terminales no solo el Tribunal de Justicia sino —en el sistema europeo— el TEDH, sin olvidarnos de las terminales nacionales como los TTCC y TTSS. Ello debido a que se trata contenidos relacionados con el sistema de derechos, materia convergente a los diversos sistemas jurídicos involucrados.<sup>2</sup>

1 Catedrático de Derechos Humanos y Garantías, y Catedrático de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la UBA (Argentina). Coordinador académico del Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración regional & Derechos Humanos”. Catedrático Jean Monnet en Derecho Constitucional europeo.  
2 Véase PIZZOLO Calogero, *El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto*, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2022.

Observamos, por lo tanto, un sistema de protección de derechos humanos *multinivel* con las particularidades propias del sistema europeo de naturaleza compuesta en la medida que en él se mezcla un derecho de carácter subsidiario —como el que se desarrolla a partir del CEDH—, con otro de carácter supranacional del tipo del DUE. Esto último será determinante para garantizar la *tutela efectiva* de los derechos involucrados, en especial con el reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de efecto directo al artículo 47 (CDFUE) y a numerosas normas que integran el SECA.

## 2. Sobre el concepto de “refugiado” y “persona con derecho a protección subsidiaria”. Mantenimiento de la unidad familiar

Como ya sabemos, ni el TFUE ni la CDFUE definen los términos “asilo” y “refugio” cuyos alcances están determinados por la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado.<sup>3</sup> El derecho *derivado* de la UE, por su parte, se propone avanzar en este tipo de definiciones. Es el caso de la Directiva 2011/95/UE<sup>4</sup> —conocida como “Directiva del retorno”— que reconoce que la citada Convención y el nombrado Protocolo “constituyen la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de refugiados”.<sup>5</sup>

3 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 [*Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 189, p. 137, n.º 2545 (1954)], entró en vigor el 22 de abril de 1954. Fue completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, que entró en vigor el 4 de octubre de 1967.

4 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* (DO L 337 de 20.12.2011, p. 9-26).

5 Cfr. Directiva 2011/95/UE, considerando 4.

El circuito interpretativo recorrido en esta materia por el Tribunal de Justicia nos lleva, en particular, a la interpretación que éste hace del artículo 2 (letras d) y f), Directiva 2011/95/UE) que contemplan las definiciones de “refugiado” y “persona con derecho a protección subsidiaria” respectivamente.

Por “refugiado” la Directiva 2011/95/UE entiende

[...] un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o un apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él, y al que no se aplica el artículo 12 [“Causales de exclusión”].

Mientras que, por “persona con derecho a protección subsidiaria”, la Directiva 2011/95/UE se refiere a

[...] un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves *definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2*, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país.<sup>6</sup>

Para el Tribunal de Justicia, cuando una persona cumple con las *normas mínimas* establecidas por el DUE para ser beneficiario de alguno de los estatutos de que se trata, “los Estados miembros

<sup>6</sup> Véase STJ (Sala Segunda) de 4/10/2018, *Ahmedbekova*, asunto C 652/16 [ECLI:EU:C: 2018: 801], apartado 47, y STJ (Sala Quinta) de 23/05/2019, *Mohammed Bilali*, asunto C-720/17 [ECLI:EU:C: 2019:448], apartado 36.

estarán obligados, sin perjuicio de las causas de exclusión que la propia Directiva prevé, a conceder la protección internacional solicitada, *sin que dispongan de facultades discrecionales al respecto*.<sup>7</sup>

El alcance de la protección a partir de “normas más favorables” prevista por el derecho nacional (cfr. artículo 3, Directiva 2011/95/UE) —interpretadas en relación con el “mantenimiento de la unidad familiar” (artículo 23, Directiva 2011/95/UE)— influyen también en relación al alcance reconocido en Luxemburgo al estatuto de refugiado.

En el asunto *L.W.* (2021), el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo (Alemania) pide al Tribunal de Justicia se dilucide si los artículos citados deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro, en virtud de disposiciones nacionales más favorables, conceda, con carácter derivado y con el fin de mantener la unidad familiar, el estatuto de refugiado a un menor soltero, hijo de un nacional de un tercer país al que se ha reconocido ese estatuto en virtud del régimen establecido por la Directiva 2011/95/UE, “incluso en el caso de que el menor haya nacido en el territorio de ese Estado miembro y posea, a través de su otro progenitor, la nacionalidad de otro tercer país en cuyo territorio *no correría el riesgo de sufrir persecución*”. En este contexto, dicho órgano jurisdiccional pregunta también si, para responder a esta cuestión, resulta relevante saber si es posible y razonable que el menor y sus padres se instalen en el territorio de ese otro tercer país.<sup>8</sup>

Un menor que se encuentre en una situación como la mencionada —afirma el Tribunal de Justicia— “no cumple los

7 STJ (Sala Primera) de 24/6/2015, *T.*, asunto C 373/13 [ECLI:EU:C:2015:413]. apartado 63; STJ (Sala Segunda) de 12/04/2018, *A y S.*, asunto C 550/16 [ECLI:EU:C:2018:248] apartado 52; y STJ (GS) de 14/05/2019, *M y otros*, asuntos acumulados C-391/16, C-77/17 y C-78/17 [ECLI:EU:C:2019:403], apartado 89. Sin resaltar en el original.

8 STJ (GS) de 09/11/2021, *L.W.*, asunto C-91/20 [ECLI:EU:C:2021:898], apartado 26. Sin resaltar en el original.

requisitos para que se le conceda, a título individual, el estatuto de refugiado” con arreglo al régimen establecido por la Directiva 2011/95/UE. De la definición expuesta en el artículo 2 letra d) se desprende que la condición de refugiado exige la concurrencia de dos requisitos intrínsecamente vinculados, a saber, por un lado, *el temor a ser perseguido* y, por otro lado, *la falta de protección contra actos de persecución del tercer país del que el interesado es nacional*.<sup>9</sup>

De la lectura conjunta de las letras d) y n)<sup>10</sup> del artículo 2 (Directiva 2011/95/UE) —en opinión del Tribunal de Justicia— resulta que solo se considerará que un solicitante que tenga la nacionalidad de varios terceros países está privado de protección si no puede o, debido a temores a ser perseguido, no quiere acogerse a la protección de ninguno de esos países. Esta lectura se ve confirmada, de hecho, por el artículo 4, apartado 3, letra e), de la Directiva 2011/95/UE, en virtud del cual el hecho de que sea razonable esperar que el solicitante se acoja a la protección de otro país del que pueda reclamar la ciudadanía es uno de los elementos que cabe tener en cuenta en la evaluación individual de una solicitud de protección internacional.

Según señala el órgano jurisdiccional remitente —en el asunto *L.W.* (2021)—, la demandante en el litigio principal podría beneficiarse de una protección efectiva en Túnez, tercer país del que posee la nacionalidad a través de su madre. Ese órgano jurisdiccional subraya, a este respecto, que nada permite pensar que dicho país no esté dispuesto o en condiciones de brindar a la demandante la protección necesaria contra actos de persecución o contra una devolución a Siria, país de origen del padre de esta al que las autoridades alemanas han concedido el estatuto de refugiado, o a otro tercer país.

<sup>9</sup> Véase STJ (Sala Segunda) de 20/01/2021, *Secretary of State for the Home Department*, asunto C-255/19 [ECLI:EU:C: 2021:36], apartado 56.

<sup>10</sup> La norma citada dice: “«país de origen»: el país o los países de la nacionalidad o, en el caso de los apátridas, de la anterior residencia habitual”.

En este contexto —recuerdan en Luxemburgo— que, con arreglo al régimen establecido por la Directiva 2011/95/UE, no puede admitirse una solicitud individual de protección internacional “por el mero hecho” de que un miembro de la familia del solicitante albergue fundados temores a ser perseguido o corra un riesgo real de sufrir daños graves, si se acredita que, a pesar de su relación con ese miembro de la familia y de la particular vulnerabilidad que, como pone de manifiesto el considerando 36 (Directiva 2011/95/UE), se deriva generalmente de tal relación, el solicitante no está expuesto él mismo a amenazas de persecución o de daños graves. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia señala que la Directiva 2011/95/UE “no prevé la extensión, con carácter derivado, del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria a los miembros de la familia de una persona a la que se haya concedido ese estatuto que no cumplan individualmente los requisitos para conseguirlo”. La Directiva 2011/95 conforme a su artículo 23 se limita a obligar a los Estados miembros a que adapten su derecho nacional para que tales miembros de la familia puedan obtener, con arreglo a los procedimientos nacionales y en la medida en que ello sea compatible con su condición jurídica personal, determinadas prestaciones, como la concesión de un permiso de residencia o el acceso al empleo o a la educación, que tienen por objeto mantener la unidad familiar.<sup>11</sup>

Por otra parte, siguiendo con el recorrido que hace el Tribunal de Justicia en su interpretación de la Directiva 2011/95/UE, de una lectura conjunta del artículo 2, letra j) —que define el concepto de “miembros de la familia” a efectos de dicha Directiva 2011/95/UE—, y el citado artículo 23, apartado 2, se desprende que la obligación de los Estados miembros de permitir el acceso a esas prestaciones no se extiende a los hijos de un beneficiario de protección internacional nacidos en el Estado miembro de acogida de una familia que ha sido creada en este.

<sup>11</sup> Ídem, apartados 35-36. Sin resaltar en el original.

Ahora bien, las normas más favorables a las que alude el citado artículo 3 “pueden consistir, en particular, en flexibilizar los requisitos que ha de reunir un nacional de un tercer país o un apátrida para disfrutar del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria”. En cuanto a la precisión contenida en dicho artículo 3, según la cual cualquier norma más favorable debe ser compatible con la Directiva 2011/95, el Tribunal de Justicia ha declarado que

[...] esa precisión significa que tal norma no puede ir en contra del sistema general o de los objetivos de esta Directiva. Están prohibidas, en particular, las normas que reconocen el estatuto de refugiado o el estatuto de protección subsidiaria a nacionales de terceros países o apátridas que se hallan *en situaciones carentes de todo nexo con la lógica de la protección internacional*.<sup>12</sup>

En consecuencia, “el reconocimiento automático con arreglo al Derecho nacional del estatuto de refugiado a miembros de la familia de una persona a la que se haya concedido ese estatuto en virtud del régimen establecido por la Directiva 2011/95 no carece, a priori, de todo nexo con la lógica de la protección internacional”.<sup>13</sup>

Por lo tanto, observan en Luxemburgo, la extensión automática —con carácter derivado— del estatuto de refugiado al hijo menor de una persona a la que se haya concedido ese estatuto, con independencia de que el menor cumpla individualmente o no los requisitos para obtener dicho estatuto e incluso cuando ese menor haya nacido en el Estado miembro de acogida, establecida por

12 Ídem, apartado 40. Véase también STJ (Sala Segunda) de 4/10/2018, *Abmedbekova*, asunto C 652/16 [ECLI:EU:C: 2018: 801], apartado 71. Sin resaltar en el original.

13 STJ (Sala Segunda) de 4/10/2018, *Abmedbekova*, asunto C 652/16 [ECLI:EU:C: 2018: 801], apartado 72.

la disposición nacional controvertida en el litigio principal, que, como expone el órgano jurisdiccional remitente, persigue el objetivo de proteger a la familia y mantener la unidad familiar de los beneficiarios de protección internacional, presenta un nexo con la lógica de la protección internacional.<sup>14</sup>

Sin embargo, pueden darse situaciones en que —para el Tribunal de Justicia— pese a la existencia de ese *nexo*, tal extensión automática, con carácter derivado y con el fin de mantener la unidad familiar, del estatuto de refugiado al hijo menor de una persona a la que se haya concedido ese estatuto sea *incompatible* con la Directiva 2011/95/UE. En efecto, por un lado, habida cuenta de la finalidad de las causas de exclusión previstas en dicha Directiva, que es preservar la credibilidad del sistema de protección establecido por esta dentro del respeto de la Convención de Ginebra, la reserva contenida en el artículo 3 de la Directiva 2011/95/UE se opone a que un Estado miembro introduzca o mantenga disposiciones que concedan el estatuto de refugiado previsto por la misma Directiva a una persona que esté excluida de él con arreglo al artículo 12, apartado 2 (Directiva 2011/95).<sup>15</sup>

Para el Tribunal de Justicia los artículos 3 y 23, apartado 2, (ambos de la Directiva 2011/95/UE) deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro, en virtud de disposiciones nacionales más favorables, conceda, con carácter derivado y con el fin de mantener la unidad familiar, el estatuto de refugiado a un menor soltero, hijo de un nacional de un tercer país al que se ha reconocido ese estatuto en virtud del régimen establecido por esta Directiva, incluso en el caso de que el menor haya nacido en el territorio de ese Estado miembro y posea, a través de su otro progenitor, la nacionalidad de otro tercer país en cuyo territorio no

14 Véase STJ (Sala Segunda) de 20/01/2021, *Secretary of State for the Home Department*, asunto C-255/19 [ECLI:EU:C: 2021:36], apartado 44.

15 -STJ (GS) de 9/11/2010, *B y D, C y otros*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09 [ECLI:EU:C: 2010:661], apartado 115.



correría el riesgo de sufrir persecución, *siempre que ese menor no esté comprendido en alguna de las causas de exclusión* a las que se refiere el artículo 12, apartado 2 (Directiva 2011/95/UE) y no tenga derecho, por su nacionalidad o por cualquier otro elemento que caracterice su condición jurídica personal, a un mejor trato en dicho Estado miembro que el resultante de la obtención del estatuto de refugiado. A este respecto, resulta irrelevante saber si es posible y razonable que el menor y sus progenitores se instalen en ese otro tercer país.<sup>16</sup>

### **3. Requisitos para la concesión de protección subsidiaria: concepto de “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**

Al analizar esta temática, debemos prestar atención a la cuestión prejudicial respecto de la interpretación del artículo 15, letra c) “Daños graves” (Directiva 2011/95) que plantea el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Wurtemberg (Alemania). Se pregunta aquí sí, la norma citada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la interpretación de una normativa nacional según la cual, en caso de que un civil no se vea afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal, la constatación de que existen amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de ese civil motivadas por “una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado”, está supeditada al requisito de que la relación entre el número de víctimas en la zona de que se trate y el número total de personas que componen la población de esa zona alcance un umbral determinado.<sup>17</sup>

16 Véase STJ (Sala Segunda) de 20/01/2021, *Secretary of State for the Home Department*, asunto C-255/19 [ECLI:EU:C: 2021:36], apartado 62.

17 STJ de 10/06/2021, *Bundesrepublik Deutschland (Notion de “menaces graves et individuelles”)*, asunto C-901/19 [ECLI:EU:C: 2021:472].

La Directiva 2011/95 —adoptada sobre la base de, entre otros, el artículo 78 (TFUE), apartado 2, letra b)—, tiene particularmente por objeto establecer un *régimen uniforme de protección subsidiaria*. En este sentido, del considerando 12 de dicha Directiva se desprende que uno de los objetivos principales de esta última es asegurar que todos los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección internacional.

En el sentido anterior, del artículo 18 —en relación con la definición de las expresiones “persona con derecho a protección subsidiaria”, recogida en el artículo 2, letra f), y “estatuto de protección subsidiaria”, recogida en su artículo 2, letra g)—, se desprende que el estatuto de protección subsidiaria a que hace referencia la Directiva 2011/95 debe concederse, en principio, a todo nacional de un tercer país o a todo apátrida que, en caso de regreso a su país de origen o al país de su residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir daños graves, en el sentido del artículo 15 de la misma Directiva.<sup>18</sup>

La Directiva 2011/95 que derogó y sustituyó a la Directiva 2004/83/CE no modificó el régimen jurídico de la concesión de protección subsidiaria vigente hasta entonces. Así pues, el tenor del artículo 15, letra c), de la Directiva 2011/95 es “estrictamente idéntico” al del artículo 15, letra c), de la Directiva 2004/83, de modo que la jurisprudencia relativa a esta segunda disposición es pertinente para interpretar la primera.<sup>19</sup>

El citado artículo 15 (Directiva 2011/95) prevé tres tipos de “daños graves” que, en caso de apreciarse su existencia, dan lugar a la concesión de protección subsidiaria a favor de la persona que los sufre. Por cuanto se refiere a los motivos que figuran en la letra

18 STJ (Sala Quinta) de 23/05/2019, *Mohammed Bilali*, asunto C-720/17 [ECLI:EU:C: 2019:448], apartado 36.

19 STJ de 10/06/2021, *Bundesrepublik Deutschland (Notion de “menaces graves et individuelles”)*, asunto C-901/19 [ECLI:EU:C: 2021:472], apartado 24.

a), a saber, “la pena de muerte o la ejecución”, y en la letra b), a saber, el riesgo de “tortura o [de] tratos inhumanos”, estos “daños graves” cubren situaciones en las que el solicitante de protección subsidiaria está expuesto específicamente al riesgo de un daño de un tipo concreto. En cambio, ha precisado el Tribunal de Justicia, el daño definido en el artículo 15, letra c), consistente en “amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física” del solicitante, cubre un riesgo de daño “más general” que los mencionados en las letras a) y b) del mismo artículo. De este modo, más que actos de violencia determinados, dicha disposición contempla con mayor amplitud las “amenazas” contra la vida o la integridad física de un civil. Además, tales amenazas son inherentes a una situación general de conflicto armado que haya dado lugar a “una violencia indiscriminada”, lo cual implica que esta puede extenderse a personas sin consideración de su situación personal.

En otras palabras, la constatación de que existen “amenazas graves e individuales” —a efectos del artículo 15, letra c), de la Directiva 2011/95—, no queda supeditada al requisito de que el solicitante de protección subsidiaria demuestre estar afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal. En este contexto, debe entenderse que el término “individuales” cubre los daños dirigidos contra civiles, sin consideración de su identidad, cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado existente —apreciado por las autoridades nacionales competentes ante las que se ha presentado una solicitud de protección subsidiaria o por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante los que se ha impugnado la denegación de tal solicitud— llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil que regresase al país o, en su caso, a la región de que se trate se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en ese territorio, a un riesgo real de sufrir las amenazas graves a las que se refiere el artículo 15, letra c), de la citada Directiva.<sup>20</sup>

20 Ídem, apartados 26-28.

En el asunto que tratamos, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo Contencioso-Administrativo alemán, la constatación de que existen tales amenazas graves e individuales requiere imperativamente una previa evaluación cuantitativa del “riesgo de muerte y lesiones”, expresado como la relación entre el número de víctimas en la zona de que se trate y el número total de personas que componen la población de dicha zona, relación que debe alcanzar obligatoriamente un determinado “valor mínimo”. Si no se alcanza ese valor mínimo, no se realizará ninguna apreciación global de las circunstancias específicas del caso concreto. Este criterio, en opinión del Tribunal de Justicia, puede considerarse ciertamente pertinente para apreciar que existen tales amenazas. Una relación elevada entre el número total de civiles que viven en la región de que se trate y las víctimas efectivas de la violencia perpetrada por las partes en conflicto contra la vida o la integridad física de los civiles en esa región puede llevar a la conclusión de que, en el futuro, podrían producirse otras víctimas civiles en dicha región. Por lo tanto, tal constatación permitiría acreditar la existencia de las amenazas graves contempladas en el artículo 15, letra c), de la Directiva 2011/95.<sup>21</sup>

No obstante, aclaran en Luxemburgo, que la referida constatación no puede constituir el único criterio determinante para declarar la existencia de “amenazas graves e individuales”, a efectos del artículo 15, letra c), de la Directiva 2011/95. En concreto, la falta de esa constatación no basta, por sí sola, para excluir sistemáticamente y en todas las circunstancias la existencia de un riesgo de sufrir tales amenazas, a efectos de dicha disposición, “ni para descartar, en consecuencia, de un modo automático y sin excepciones la protección subsidiaria”. Tal enfoque, sería contrario a las finalidades de la Directiva 2011/95 consistentes en conferir la protección subsidiaria a cualquier persona necesitada de tal protección. En particular, como se desprende de los considerandos 6 y 12 de

<sup>21</sup> Ídem, apartados 29-32.

dicha Directiva, uno de los objetivos principales de esta última es asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección internacional, ofreciéndoles un estatuto apropiado. En consecuencia, el hecho de que las autoridades competentes de un Estado miembro apliquen sistemáticamente un único *criterio cuantitativo*, cuya fiabilidad puede ser incierta a la vista de la concreta dificultad de hallar fuentes de información objetivas e independientes en las inmediaciones de una zona de conflicto armado, como puede ser un número mínimo de víctimas civiles, heridas o fallecidas, para denegar la concesión de protección subsidiaria, puede dar lugar a que las autoridades nacionales denieguen la concesión de protección internacional incumpliendo la obligación que incumbe a los Estados miembros de identificar a las personas auténticamente necesitadas de protección subsidiaria.<sup>22</sup>

Tal interpretación para el Tribunal de Justicia, podría incitar a los solicitantes de protección internacional a desplazarse a los Estados miembros que no apliquen el criterio de un umbral determinado de víctimas declaradas o que impongan a este respecto un umbral menos elevado, lo cual podría alentar una práctica de *forum shopping* con el fin de eludir las normas establecidas por la Directiva 2011/95. Ahora bien, debe recordarse que, a tenor del considerando 13 de la citada Directiva, la aproximación de las normas sobre el reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado y de la protección subsidiaria debe ayudar, en particular, a “limitar los movimientos secundarios de los solicitantes de protección internacional entre los Estados miembros” cuando tales movimientos obedezcan meramente a diferencias entre las normativas.<sup>23</sup>

El artículo 15, letra c), de la Directiva 2011/95 debe interpretarse, por lo tanto, en el sentido de que se opone a la interpretación de una normativa nacional según la cual, en caso de que un civil no

22 Ídem, apartados 33-35.

23 Ídem, apartado 36.

se vea afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal, la constatación de que existen amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de ese civil motivadas por “una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado”, a efectos de esa disposición, está supeditada al requisito de que la relación entre el número de víctimas en la zona de que se trate y el número total de personas que componen la población de esa zona alcance un umbral determinado.<sup>24</sup>

El órgano jurisdiccional remitente también pregunta, en esencia, si el artículo 15, letra c), de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que, para determinar si existen “amenazas graves e individuales”, a efectos de dicha disposición, se requiere una consideración global de todas las circunstancias del caso concreto y, en el supuesto de que no sea así, qué otros requisitos deben cumplirse a tal fin.

Para el Tribunal de Justicia —al igual que para el Abogado General interviniente—, el nombrado concepto de “amenazas graves e individuales” contra la vida o la integridad física del solicitante de protección subsidiaria, debe interpretarse en sentido amplio. De este modo, para determinar si existen tales amenazas, se requiere una consideración global de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto, en particular de aquellas que caracterizan la situación en el país de origen del solicitante. En este sentido, aunque en la solicitud no se aleguen elementos propios de la situación del solicitante, del artículo 4, apartado 3 (Directiva 2011/95) se desprende que tal solicitud ha de ser objeto de una evaluación individual, a cuyo fin deben tenerse en cuenta una serie de datos. Entre estos datos figuran “todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud”. El hecho de que las autoridades competentes de un Estado miembro apliquen sistemáticamente un criterio, como puede ser un número mínimo de víctimas civiles, heridas o

<sup>24</sup> Ídem, apartado 37.

fallecidas, para determinar el grado de intensidad de un conflicto armado, sin examinar el conjunto de circunstancias pertinentes que caracterizan la situación en el país de origen del solicitante de protección subsidiaria, es contrario a lo dispuesto en la Directiva 2011/95, ya que puede dar lugar a que dichas autoridades denieguen la concesión de esa protección incumpliendo la obligación que incumbe a los Estados miembros de identificar a las personas auténticamente necesitadas de tal protección.<sup>25</sup>

#### 4. Calificación de “país de origen seguro” y “tercer país seguro”

En el asunto *A.* (2018)<sup>26</sup> el Tribunal de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Malmö (Sala de Inmigración) de Suecia pregunta fundamentalmente si el artículo 31, apartado 8, letra b)<sup>27</sup>, en relación con el artículo 32, apartado 2 (“Solicitudes infundadas”) —ambos de la Directiva 2013/32/UE<sup>28</sup>—, debe interpretarse en el sentido de que permite considerar manifiestamente infundada una solicitud de protección internacional en una situación en la que, por un lado, *de la información sobre el país de origen del solicitante resulta que en este se le puede garantizar un nivel de protección aceptable* y, por otro lado, *el solicitante no ha facilitado información suficiente para justificar que se le conceda*

25 Ídem, apartados 41-42.

26 STJ (Sala Primera) de 25/07/2018, *A.*, asunto C-404/17 [ECLI:EU:C:2018:588].

27 La norma citada dice: “Los Estados miembros podrán disponer que se accelere y/o se lleve a cabo en la frontera o en zonas de tránsito de conformidad con el artículo 43 un procedimiento de examen de conformidad con los principios y garantías fundamentales del capítulo II, si: (...) el solicitante procede de un país de origen seguro a efectos de la presente Directiva”.

28 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* (DO L 180 de 29.6.2013, pp. 60-95).

*protección internacional*, cuando el Estado miembro en el que se ha presentado la solicitud no ha adoptado normas de aplicación del concepto de país de origen seguro.

La Oficina de Inmigración de Suecia había denegado fundamentalmente la solicitud de A. por considerarla “manifiestamente infundada”, con arreglo al derecho nacional que transpone la Directiva 2013/32/UE, basándose en dos motivos: el primero, en su país de origen —Serbia— existía una “protección eficaz” y, segundo, no había demostrado que ese país no le garantizaría una protección suficiente frente a las amenazas que consideraba sufrir. La citada Oficina fundamentó su decisión en un razonamiento análogo al contemplado en los artículos 36 y 37 (Directiva 2013/32/UE) en relación con la tramitación de las solicitudes de protección internacional presentadas por los nacionales de países de origen seguros. Estos preceptos —según el Tribunal de Justicia— “establecen un régimen especial de examen basado en una especie de presunción *iuris tantum* de protección suficiente en el país de origen, que el solicitante puede destruir probando que existen razones imperiosas atinentes a su situación particular”.<sup>29</sup> Si no existen razones imperiosas de este tipo, puede denegarse la solicitud por ser manifiestamente infundada, de conformidad con el citado artículo 31, apartado 8, letra b), de la Directiva 2013/32/UE, en relación con el artículo 32, apartado 2, de la misma, si la situación considerada —en el caso de autos, el hecho de que el solicitante proceda de un país de origen seguro— se define así en la legislación nacional.

Una de las consecuencias para el interesado cuya solicitud ha sido denegada por tal motivo es que, al contrario de lo que se preceptúa para el caso de denegación simple, *puede no autorizársele a permanecer en el territorio del Estado en que ha presentado la solicitud en espera de que se resuelva su recurso*, tal y como

29 STJ (Sala Primera) de 25/07/2018, A., asunto C-404/17 [ECLI:EU:C:2018:588], apartado 25.



resulta de lo dispuesto en el artículo 46, apartados 5 y 6, de la Directiva 2013/32/UE.

En este contexto, corresponde a cada Estado miembro designar los países de origen seguros en el sentido de esta legislación con arreglo a las modalidades contempladas en los artículos 36 y 37 y en el anexo I de la Directiva 2013/32/UE, que no son otras que la adopción por parte del legislador nacional de una lista de países terceros conforme a los criterios establecidos en el anexo I, el establecimiento de normas y procedimientos de aplicación adicionales, la notificación a la Comisión de la lista de países de origen seguros o incluso su revisión periódica.

El órgano jurisdiccional remitente señala que, en la fecha en que se dictó la resolución impugnada en el procedimiento principal, en la cual ya había expirado el plazo de transposición de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2013/32/UE, el Reino de Suecia no había adoptado disposiciones como las mencionadas en el apartado anterior ni había preceptuado que el hecho de proceder de un país de origen seguro pudiera acarrear la denegación de la solicitud por ser manifiestamente infundada en el sentido del artículo 32, apartado 2 (Directiva 2013/32/UE).

Ahora bien, el Tribunal de Justicia recuerda que, a tenor de los considerandos 11 y 12 y del artículo 1 (Directiva 2013/32/UE), el marco que rige la concesión de protección internacional se fundamenta en el concepto de procedimiento único y se basa en normas mínimas comunes.<sup>30</sup> Por lo tanto,

[...] un Estado miembro no puede hacer uso de la presunción *iuris tantum* prevista en las normas de la Directiva 2013/32/UE relativas a los procedimientos basados en el concepto de país de origen seguro si a su vez no ha aplicado por completo dichas normas en lo que respecta a las disposiciones

30 Véase STJ (Sala Segunda) de 31/01/2013, *H. I. D. y B. A.*, asunto C 175/11 [ECLI:EU:C:2013:45], apartado 57.

legislativas, reglamentarias y administrativas que le corresponde adoptar.<sup>31</sup>

Además, interpretan en Luxemburgo, del tenor del artículo 31, apartado 8, letra e), de la Directiva 2013/32/UE, en relación con el artículo 32, apartado 2, de la misma, “resulta que un Estado miembro no puede considerar manifiestamente infundada una solicitud de protección internacional por ser insuficientes las declaraciones del solicitante”.<sup>32</sup>

En otro asunto posterior —en este caso involucra a Hungría<sup>33</sup>—, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szeged en dicho país, planteó una cuestión prejudicial donde se preguntó si el artículo 33 (“Solicitudes inadmisibles”, Directiva 2013/32/UE) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite denegar una solicitud de protección internacional por inadmisibles *cuando el solicitante haya llegado al territorio del Estado miembro de que se trata por el territorio de un Estado en el que no haya estado expuesto a persecución o a un riesgo de daño grave*, en el sentido de la disposición nacional que transpone el artículo 15 (“Daños graves”, Directiva 2011/95/UE), o en el que se garantice un adecuado nivel de protección.

De acuerdo al citado artículo 33, apartado 1 (Directiva 2013/32/UE) —además de los casos en que la solicitud no se examine con arreglo al Reglamento N.º 604/2013<sup>34</sup> (Dublín III)—, los Estados miembros no estarán obligados a examinar si el

31 STJ (Sala Primera) de 25/07/2018, *A.*, asunto C-404/17 [ECLI:EU:C:2018:588], apartado 31.

32 Ídem, apartado 34.

33 STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C:2020:367].

34 Reglamento (UE) no 604/2013 del Parlamento Europeo y el Consejo (Reglamento Dublín III), que sustituye al Reglamento (CE) no 343/2003 del Consejo (Reglamento Dublín II), *establece los criterios y mecanismos para decidir*

solicitante cumple los requisitos para la protección internacional de conformidad con la Directiva 2011/95/UE cuando una solicitud se considere inadmisibile con arreglo a dicha disposición. Para el Tribunal de Justicia, citado el artículo 33, apartado 2 “enumera de forma exhaustiva las situaciones en las que los Estados miembros pueden considerar inadmisibile una solicitud de protección internacional”.<sup>35</sup> En este normativo, en relación con el motivo de inadmisibilidat relativo al tercer país seguro, los Estados miembros podrán considerar inadmisibile una solicitud de protección internacional si un país que no sea un Estado miembro se considera tercer país seguro para el solicitante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 (“Concepto de tercer país seguro”, Directiva 2013/32/UE).

En este contexto, el Tribunal de Justicia ha interpretado que la circunstancia de que un solicitante de protección internacional “haya transitado por el territorio de un tercer país no puede, por sí sola, constituir una relación”, en el sentido del citado artículo 38, apartado 2 (Directiva 2013/32/UE).<sup>36</sup> Asimismo, la obligación impuesta por la misma norma, a los Estados miembros, para la aplicación del concepto de “tercer país seguro”, de fijar normas que establezcan el método aplicable para apreciar, en cada caso, si el tercer país de que se trate cumple los requisitos para ser considerado seguro para el solicitante, y 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

---

*sobre qué país recae la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo* (DO L 180 de 29.6.2013, pp. 31-59).

35 STJ (GS) de 19/03/2019, *Bashar Ibrahim y otros*, asuntos acumulados C 297/17, C 318/17, C 319/17 y C 438/17 [ECLI:EU:C: 2019:219], apartado 76; y STJ (Sala Primera) de 19/03/2020, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa)*, asunto C-564/18 [ECLI:EU:C: 2020:218], apartado 29.

36 STJ (Sala Primera) de 19/03/2020, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa)*, asunto C-564/18 [ECLI:EU:C: 2020:218], apartados 45-47.

se trate constituyera una relación suficiente o significativa a tal efecto”.<sup>37</sup> El Tribunal de Justicia concluye en que, el tránsito del solicitante de protección internacional por el tercer país de que se trate no puede constituir una “relación”, en el sentido del artículo 38, apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/32/UE. Por consiguiente, la normativa nacional controvertida en los litigios principales no puede constituir, en ningún caso, una aplicación del motivo de inadmisibilidad relativo al tercer país seguro establecido en el artículo 33, apartado 2, letra c), de dicha Directiva.<sup>38</sup>

En consecuencia, interpretan en Luxemburgo, el artículo 33 (Directiva 2013/32/UE) debe interpretarse en el sentido de que se *opone* a una normativa nacional que permite denegar una solicitud de protección internacional por inadmisibile cuando el solicitante haya llegado al territorio del Estado miembro de que se trata a través de un Estado en el que no haya estado expuesto a persecución o a un riesgo de daño grave, en el sentido de la disposición nacional que transpone el artículo 15 (Directiva 2011/95), o en el que se garantice un adecuado nivel de protección.

## 5. Situaciones de hecho y de derecho que pueden obstaculizar la presentación de una solicitud de asilo

El Tribunal de Justicia tuvo oportunidad, en el marco de un procedimiento por incumplimiento contra Hungría (cfr. art. 258, TFUE), de analizar situaciones de hecho y de derecho que pueden obstaculizar la presentación de una solicitud de asilo.

<sup>37</sup> Ídem, apartados 48-49.

<sup>38</sup> STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367], apartados 159-160. Ver también STJ (Sala Primera) de 19/03/2020, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompá)*, asunto C-564/18 [ECLI:EU:C: 2020:218], apartado 51.

En particular se analizó: a) el hecho de que la solicitud de asilo deba presentarse ante la autoridad competente en materia de asilo “en persona y exclusivamente en las zonas de tránsito; a las que solo autoriza a acceder a un reducido número de personas”; b) la aplicación, con carácter general, de un procedimiento especial en el cual no se asegura el cumplimiento de las garantías recogidas en la Directiva 2013/32/UE; c) la obligación de aplicar a todos los solicitantes de asilo (a excepción de los menores de 14 años no acompañados) un procedimiento a resultas del cual “deben quedar internados en las instalaciones de las zonas de tránsito durante todo el procedimiento de asilo, que solo pueden abandonar en dirección a Serbia”, y al no dotar a dicho internamiento de las garantías previstas en la Directiva 2013/33/UE<sup>39</sup>; d) el traslado al otro lado de la valla fronteriza, sin respetar los procedimientos y garantías previstos en los artículos 5, 6, apartado 1, 12, apartado 1, y 13, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE), de los nacionales de terceros países que se encuentran en su territorio en situación irregular; y e) la no transposición al ordenamiento jurídico interno del artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32/UE y “la adopción de disposiciones que se apartan de la regla general relativa al *efecto suspensivo automático* de los recursos de los solicitantes de protección internacional en situaciones que no están incluidas en el artículo 46, apartado 6, de esta Directiva”.<sup>40</sup>

La Comisión consideró que Hungría infringió los artículos 3 y 6 (Directiva 2013/32/UE) al exigir que la solicitud de asilo se presente “en persona y exclusivamente” en las zonas de tránsito de Röszke y de Tompa —ambas en territorio húngaro<sup>41</sup>—, a las que las auto-

39 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* (DO L 180 de 29.6.2013, pp. 96/116).

40 STJ (GS) de 17/12/2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C:2020:1029], apartado 1. Sin resaltar en el original.

41 Ambas zonas de tránsito fueron clausuradas a causa de la STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C:

ridades restringían drásticamente el acceso.<sup>42</sup> Desde el 23 de enero de 2018 —afirma la Comisión—, solo puede entrar en cada una de dichas zonas de tránsito una persona al día, lo cual genera un tiempo de espera de varios meses para poder entrar en alguna de ellas a fin de formular una solicitud de protección internacional.<sup>43</sup> Esta situación hace que Hungría no ofrezca, a las personas que se encuentran en sus fronteras, la posibilidad de formular una solicitud de protección internacional y de que esta se registre en el plazo establecido en la Directiva 2013/32/UE. En opinión de la Comisión, con independencia del número exacto de personas que estén a la espera,

[...] un sistema que supedita el derecho al registro conferido por el artículo 6 de la Directiva 2013/32/UE a que la solicitud se formule en un lugar concreto, al cual se limita el acceso durante un dilatado período, no es conforme con el mandato de dicho artículo de que el acceso al procedimiento se garantice oportunamente.<sup>44</sup>

Hungría, por su parte, interpretó que los solicitantes de protección internacional “no tienen derecho a elegir su país de asilo y que una parte de las personas que se presentan en sus fronteras no huyen de persecuciones que los amenacen directamente”.

---

2020:367]. Al respecto, el Tribunal de Justicia afirma que, en contra de lo que sostiene Hungría, la clausura de estas dos zonas de tránsito “carece de pertinencia para el examen del presente recurso”. En efecto, “la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como se presentaba al finalizar el plazo fijado en el dictamen motivado remitido por la Comisión, a saber, en el caso de autos, a fecha de 8 de febrero de 2018” (cfr. STJ (GS) de 17/12/2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C: 2020:1029], apartado 156).

42 La Comisión observa que, cuando se declara una situación de crisis provocada por una inmigración masiva, el artículo 80/J, apartado 1, de la Ley sobre el Derecho de Asilo húngara, introducido por la Ley XX de 2017, obliga, en principio, a que toda solicitud de asilo se presente, en persona, en las zonas de tránsito de Röszke y de Tompa, en la frontera serbo-húngara.

43 STJ (GS) de 17/12/2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C: 2020:1029], apartado 73.

44 Ídem, apartado 77.

Además, según Hungría, la Directiva 2013/32/UE no determina el número de lugares en los que cada Estado miembro debe garantizar la posibilidad de presentar solicitudes de asilo. Aduce que, al expirar el plazo fijado en el dictamen motivado, había en su territorio dos zonas de tránsito, una en Röszke y la otra en Tompa, en la ruta de los solicitantes de protección internacional y en las cuales se podían presentar tales solicitudes; además, la mayor parte de las personas que entran ilegalmente en Hungría intentan cruzar la frontera serbo-húngara cerca de estas zonas de tránsito, de modo que era razonable esperar que presentaran sus solicitudes en ellas. Por lo tanto, Hungría entiende que, el DUE no se opone al artículo 80/J, apartado 1, de su Ley sobre el Derecho de Asilo, el cual, por lo demás, solamente se aplica en caso de que se haya declarado una “situación de crisis provocada por una inmigración masiva”.<sup>45</sup>

El Tribunal de Justicia en su recorrido interpretativo afirma, ante todo, que la Directiva 2013/32/UE se aplica a todas las solicitudes de protección internacional formuladas en el territorio de los Estados miembros, “con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de estos”. Además agrega que, el legislador de la Unión, “adoptó una concepción amplia de las autoridades que, pese a carecer de competencia para registrar las solicitudes de protección internacional, pueden no obstante recibir tales solicitudes”<sup>46</sup>, en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo segundo (Directiva 2013/32/UE). Así, una autoridad nacional debe, en principio, tener tal consideración cuando resulte plausible que un nacional de un tercer país o un apátrida formule ante ella una solicitud de protección internacional.<sup>47</sup> Los Estados miembros —concluye en este punto el Tribunal de Justicia—

<sup>45</sup> Ídem, apartados 78-81.

<sup>46</sup> Ídem, apartados 88-90.

<sup>47</sup> Véase en este sentido STJ (Sala Cuarta) de 25/06/2020, *Ministerio Fiscal (Autoridad que es probable que reciba una solicitud de protección internacional)*, asunto C-36/20 PPU [ECLI:EU:C: 2020:495], apartados 57-59.

[...] están obligados, con carácter general, a registrar, en un plazo fijado en el artículo 6 (Directiva 2013/32/UE), todas las solicitudes de protección internacional formuladas por nacionales de terceros países o apátridas ante las autoridades nacionales comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Directiva y que, seguidamente, *deben velar por que las personas interesadas tengan efectivamente la oportunidad de presentar su solicitud lo antes posible*.<sup>48</sup>

En Luxemburgo resaltan, además, que la formulación de la solicitud de protección internacional ante alguna de las autoridades a que se refiere la Directiva 2013/32/UE “constituye una fase fundamental del procedimiento de concesión de protección internacional”. En efecto, el nacional de un tercer país o el apátrida adquiere la condición de solicitante de protección internacional, en el momento en que formula la solicitud. El derecho a formular dicha solicitud “condiciona la observancia efectiva” de los derechos a que se registre y pueda presentarse y examinarse dentro de los plazos fijados por la Directiva 2013/32/UE y, en definitiva, la efectividad del derecho de asilo garantizado en el artículo 18 (CDFUE). Por lo tanto, so pena de “menoscabar el *efecto útil* del artículo 6 de esta Directiva, un Estado miembro *no puede demorar injustificadamente el momento en que se pone a la persona interesada en condiciones de formular la solicitud de protección internacional*”.<sup>49</sup> Para el Tribunal de Justicia, el objetivo mismo de la Directiva 2013/32/UE, en particular el de su artículo 6,

48 STJ (GS) de 17/12/2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C: 2020:1029], apartado 93. Sin resaltar en el original. Véase también STJ (Sala Tercera) de 25/01/2018, *Aziz Hasan*, asunto C 360/16 [ECLI:EU:C: 2018:35], apartado 76.

49 STJ (GS) de 17/12/2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C: 2020:1029], apartados 99-103. Sin resaltar en el original.



apartado 1, “*consiste en garantizar un acceso efectivo, sencillo y rápido al procedimiento de protección internacional*”.<sup>50</sup>

Para resolver en el asunto *Comisión c. Hungría* (2020), el Tribunal de Justicia tiene en cuenta numerosos informes de organismos internacionales (ACNUR, el Consejo de Europa para la Migración y los Refugiados, y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes) presentados por la Comisión en su demanda. De ello se sigue que la Comisión ha demostrado, de manera suficientemente documentada y pormenorizada, la existencia “de una *práctica administrativa continuada y generalizada* de las autoridades húngaras dirigida a limitar el acceso a las zonas de tránsito de Röszke y de Tompa de *forma sistemática* y hasta tal punto drástica que los nacionales de terceros países o los apátridas que llegaban desde Serbia y deseaban acceder en Hungría al procedimiento de protección internacional se vieron, en la práctica, en la casi imposibilidad de formular una solicitud de protección internacional en este Estado miembro”. Para los jueces de Luxemburgo, dicha práctica administrativa, “es incompatible con las exigencias dimanantes del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2013/32/UE”, y ninguna de las alegaciones de Hungría puede desvirtuar esta conclusión.<sup>51</sup>

## **6. Obligación de brindar al solicitante de protección internacional la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal antes de adoptar una resolución de inadmisibilidad**

<sup>50</sup> Ídem, apartado 104. En igual sentido sentido STJ (Sala Cuarta) de 25/06/2020, *Ministerio Fiscal (Autoridad que es probable que reciba una solicitud de protección internacional)*, asunto C-36/20 PPU [ECLI:EU:C: 2020:495], apartado 82.

<sup>51</sup> STJ (GS) de 17/12/2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C: 2020:1029], apartados 119-120.

En el asunto *Milkiyas Addis* (2020)<sup>52</sup> se pretende dilucidar si el artículo 14, apartado 1 (“Entrevista personal”, Directiva 2013/32/UE) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el 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 —basada en el artículo 33, apartado 2, letra a), de esa Directiva— no dará lugar a la *anulación de tal resolución* y a la devolución del asunto a la autoridad decisoria cuando dicho solicitante tenga ocasión de presentar en el procedimiento de recurso todos sus argumentos contra la mencionada resolución, sin que los mismos puedan modificarla.

Lo primero que aclara el Tribunal de Justicia, ante la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en lo Contencioso-Administrativo de Alemania, es que la Directiva 2013/32/UE “proclama de modo inequívoco la obligación de brindar al solicitante de protección internacional la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal antes de adoptar una decisión sobre su solicitud”. Esta obligación, “es válida tanto para las resoluciones de admisibilidad como para las resoluciones en cuanto al fondo”.<sup>53</sup>

En el supuesto —aclara el Tribunal de Justicia— de que la autoridad decisoria pretenda considerar inadmisibile una solicitud de protección internacional con arreglo al motivo mencionado en el artículo 33, apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/32/UE (otro Estado miembro ha concedido la protección internacional), “la entrevista personal sobre la admisibilidad de la solicitud tendrá por objetivo 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

52 STJ (Sala Quinta) de 16/07/2020, *Milkiyas Addis*, asunto C-517/17 [ECLI:EU:C:2020:579].

53 Ídem, apartados 46-47.

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)*.<sup>54</sup>

Para Luxemburgo la apreciación de dicho riesgo debe efectuarse después de haber ofrecido al solicitante la posibilidad de aportar todos los datos —en particular de carácter personal— que puedan confirmar la existencia de dichas circunstancias. Por tanto, la entrevista personal sobre la admisibilidad de la solicitud, reviste una importancia fundamental para garantizar la tutela efectiva del artículo 4 (CDFUE). En efecto, “esa entrevista permite a la autoridad decisoria evaluar las circunstancias concretas del solicitante y su grado de vulnerabilidad, al igual que le permite asegurarse de que se requirió el solicitante para que presentase todos los datos que pudieran demostrar que el traslado al Estado miembro que le concedió la protección internacional lo expondría al riesgo de tratos contrarios al mencionado artículo 4 (CDFUE)”.<sup>55</sup>

Ahora bien, ¿el incumplimiento, en el procedimiento en primera instancia ante la autoridad decisoria, de la obligación de brindar al solicitante de protección internacional la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal, dará necesariamente lugar a la anulación de la resolución denegatoria y a la devolución del asunto a esa autoridad? Dado que la Directiva 2013/32/UE no regula expresamente las consecuencias jurídicas del incumplimiento de esa obligación, es —según el Tribunal de Justicia— el derecho nacional el que debe hacerlo, “siempre que las disposiciones nacionales aplicables al respecto sean equivalentes a las que protegen a los particulares en situaciones de Derecho nacional comparables (principio de equivalencia) y no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los

54 Ídem, apartado 49. Sin resaltar en el original.

55 Ídem, apartados 53-54.

derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)”.<sup>56</sup>

Al respecto el derecho nacional (artículo 46 de la Ley de Procedimiento Contencioso-Administrativo alemana) prevé que la solicitud de anulación de un acto administrativo que no sea nulo “no podrá basarse únicamente en el argumento de que el acto se originó infringiendo disposiciones de procedimiento, de forma o de competencia territorial, si es evidente que dicha infracción no afectó al contenido de la decisión”. Para el Tribunal de Justicia, la exigencia de un examen completo y *ex nunc* tanto de los hechos como de los fundamentos jurídicos en un recurso, establecida en el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32/UE, “también puede abarcar los motivos de inadmisibilidad de la solicitud de protección internacional contemplados en el artículo 33, apartado 2, de esta Directiva cuando el Derecho nacional lo permite. En caso de que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso pretenda examinar un motivo de inadmisibilidad que no ha sido examinado por la autoridad decisoria, debe oír al solicitante para permitirle expresar en persona y en una lengua que domine su punto de vista respecto de la aplicabilidad de tal motivo en sus circunstancias particulares”.<sup>57</sup> Es por lo tanto, en principio, posible que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso oiga al solicitante acerca de la aplicabilidad en sus circunstancias particulares de alguno de los motivos de inadmisibilidad previstos en el artículo 33, apartado 2 (Directiva 2013/32/UE) cuando la resolución denegatoria se haya basado en ese motivo y la autoridad decisoria no haya brindado previamente al solicitante la posibilidad de ser oído sobre dicho particular en una entrevista personal.

56 Ídem, apartado 57. Véase también STJ (Sala Segunda) de 10/09/2013, *G. y R.*, asunto C 383/13 PPU [ECLI:EU:C:2013:533], apartado 35.

57 STJ (GS) de 25/07/2018, *Albeto*, asunto C-585/16 [ECLI:EU:C: 2018:584], apartado 130.

En consecuencia, sería incompatible con el *efecto útil* de la Directiva 2013/32/UE “que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso pueda confirmar una resolución adoptada por la autoridad decisoria que incumple la obligación de brindar al solicitante la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal sobre su solicitud de protección internacional, sin que el propio órgano jurisdiccional oiga al solicitante respetando las condiciones y garantías fundamentales aplicables al caso de autos”. En ausencia de esa audiencia, “el derecho del solicitante a una entrevista personal en condiciones que garanticen la adecuada confidencialidad y le permitan exponer las razones de su solicitud, incluidos los datos favorables a la admisibilidad de dicha solicitud, no estaría garantizado en todas las fases del procedimiento de asilo, lo que reduciría a la nada una garantía que el legislador de la Unión considera fundamental en este procedimiento”.<sup>58</sup>

Lo afirmado por el Tribunal de Justicia no es menor pues, según surge de su jurisprudencia, para que una vulneración del derecho de defensa dé lugar a la anulación de la decisión adoptada al término del procedimiento administrativo del que se trata, es preciso, en principio, que este hubiera podido llevar a un resultado diferente de no concurrir tal irregularidad.<sup>59</sup> Sin embargo, esa jurisprudencia —siempre según Luxemburgo— “no es extrapolable a la infracción de los artículos 14, 15 y 34 (Directiva 2013/32/UE)”. Por una parte, estos artículos establecen, en términos vinculantes, tanto la obligación de los Estados miembros de brindar al solicitante la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal como normas concretas y detalladas en cuanto a la forma de celebrarla. Por otra, tales normas pretenden asegurarse de que se requirió al solicitante para que presentase, en

58 STJ (Sala Quinta) de 16/07/2020, *Milkiyas Addis*, asunto C-517/17 [ECLI:EU:C:2020:579], apartados 68-69.

59 Véase STJ (Sala Segunda) de 10/09/2013, *G. y R.*, asunto C 383/13 PPU [ECLI:EU:C:2013:533], apartado 38.

colaboración con la autoridad responsable de dicha entrevista, todos los datos pertinentes para apreciar la admisibilidad y, en su caso, la procedencia de su solicitud de protección internacional, lo que confiere a la mencionada entrevista “una importancia primordial en el procedimiento de examen de esa solicitud”.<sup>60</sup>

No bastan para subsanar la ausencia de audiencia —sostiene el Tribunal de Justicia— ni la posibilidad con que cuenta el solicitante de exponer por escrito, en su recurso, los datos que desvirtúan la validez de la resolución de inadmisibilidad adoptada sobre su solicitud de protección ni la obligación, impuesta por el derecho nacional a la autoridad decisoria y al órgano jurisdiccional que conoce del recurso, de que investiguen de oficio todos los hechos pertinentes. Además, en ausencia de entrevista personal ante la autoridad decisoria en primera instancia, “solo cabe garantizar la efectividad del derecho a ser oído en esa fase posterior del procedimiento si esa entrevista se celebra ante el órgano jurisdiccional” que conoce del recurso contra la decisión de inadmisibilidad adoptada por dicha autoridad observando todos los requisitos establecidos por la Directiva 2013/32/UE.<sup>61</sup>

En el asunto *Milkiyas Addis* (2020) —de la respuesta del tribunal remitente a una solicitud de aclaración formulada por el Tribunal de Justicia— se desprende que, en caso de incumplimiento de la obligación de brindar al solicitante la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal en el procedimiento en primera instancia ante la autoridad decisoria, el derecho alemán *no garantiza* de manera sistemática el derecho del solicitante a una audiencia personal en el procedimiento de recurso. Además, según esa misma respuesta, aunque interpretando y aplicando las disposiciones nacionales de conformidad con el DUE

60 STJ (Sala Quinta) de 16/07/2020, *Milkiyas Addis*, asunto C-517/17 [ECLI:EU:C: 2020:579], apartado 70.

61 Ídem, apartado 71.

se puede garantizar esa audiencia a todo solicitante, las normas procesales nacionales *no garantizan* que en una audiencia ante el órgano jurisdiccional que conoce del recurso se observen todos los requisitos a los que somete la entrevista personal el artículo 15 (Directiva 2013/32/UE).<sup>62</sup>

## **7. Obligación de revisar de oficio la solicitud de asilo: procedencia y principio de cosa juzgada**

El Tribunal de Justicia se pregunta si la Directiva 2013/32/UE —en relación con el artículo 18 (“Derecho de asilo”, CDFUE) y el *principio de cooperación leal* que se deriva del artículo 4, apartado 3 (TUE)—, debe interpretarse en el sentido de que, cuando una solicitud de asilo ha sido objeto de una *resolución desestimatoria basada en un motivo de inadmisibilidad contrario al DUE* y ha sido confirmada por una resolución judicial definitiva, la autoridad decisoria, en el sentido del artículo 2, letra f), de la Directiva 2013/32/UE, está obligada a volver a examinar de oficio dicha solicitud, o bien en el sentido de que, en tales circunstancias, si el interesado presentara una nueva solicitud, esta no podría declararse inadmisibile con arreglo al artículo 33 (“Solicitudes inadmisibles”), apartado 2, letra d), de la Directiva 2013/32/UE como “solicitud posterior”, en el sentido del artículo 2, letra q), de la citada Directiva.

En Luxemburgo interpretan que el citado artículo 33 (Directiva 2013/32/UE) enumera de “forma exhaustiva”, los casos en los que cabe desestimar una solicitud de protección internacional por inadmisibile, “ese artículo enuncia una norma cuyo contenido es incondicional y suficientemente preciso para poder ser

<sup>62</sup> Ídem, apartado 72.

invocado por un justiciable y aplicado por el juez. De ello se sigue que dicho artículo tiene *efecto directo*”.<sup>63</sup>

La obligación de dejar inaplicada, si es preciso, una norma nacional contraria a una disposición del DUE dotada de *efecto directo* —según el Tribunal de Justicia— “no solo corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a *cualquier otro órgano del Estado*, lo cual incluye a las autoridades administrativas encargadas de aplicar el [DUE] en el ámbito de sus respectivas competencias”.<sup>64</sup> De ello se sigue que una autoridad administrativa o jurisdiccional de un Estado miembro vinculado por la Directiva 2013/32/UE no puede declarar inadmisibles una solicitud de protección internacional basándose en un motivo como el establecido en el artículo 51, apartado 2, letra f), de la Ley sobre el Derecho de Asilo húngara.<sup>65</sup>

El Tribunal de Justicia recuerda —en este contexto— la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la UE como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el *principio de cosa juzgada*. Con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las

63 STJ (GS) de 25/07/2018, *Albeto*, asunto C-585/16 [ECLI:EU:C: 2018:584], apartados 98-99. Sin resaltar en el original.

64 STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367], apartado 183.

65 Ídem, apartado 184. El citado artículo 51, apartado 2, letra f), de la Ley sobre el Derecho de Asilo húngara -en la versión que está en vigor desde el 1 de julio de 2018-, establece un nuevo motivo de inadmisibilidad de la solicitud de asilo, definido en los siguientes términos: “La solicitud será inadmisibles cuando el solicitante haya llegado a Hungría a través de un país en el que no estuviera expuesto a persecución en el sentido del artículo 6, apartado 1, o al riesgo de daños graves, en el sentido del artículo 12, apartado 1, o en el que se garantice un adecuado nivel de protección”.



vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos. Si bien una norma de DUE interpretada por el Tribunal de Justicia debe ser aplicada por una autoridad administrativa, en el marco de sus competencias, incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se dictara la sentencia del Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre la petición de interpretación, no es menos cierto que, con arreglo al principio de seguridad jurídica, el DUE “no exige, en principio, que una autoridad administrativa esté obligada a reconsiderar una resolución administrativa que haya adquirido firmeza por expiración de los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso. La observancia de dicho principio permite evitar que puedan ponerse indefinidamente en cuestión actos administrativos que surtan efectos jurídicos”.<sup>66</sup>

Sin embargo, también resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la autoridad administrativa responsable de la adopción de una resolución administrativa está obligada —en aplicación del principio de cooperación leal derivado del artículo 4, apartado 3 (TUE)—, a examinar de nuevo dicha resolución y, en su caso, a revocarla, si concurren *cuatro requisitos*. En primer lugar, que la autoridad administrativa disponga, según el derecho nacional, de la facultad de reconsiderar dicha resolución. En segundo lugar, que la resolución controvertida haya adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia. En tercer lugar, que dicha sentencia esté basada en una interpretación del DUE que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, sea errónea y que se haya adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 267, párrafo tercero (TFUE). En cuarto lugar, que el interesado se haya dirigido a la autoridad administrativa inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha

<sup>66</sup> Ídem, apartados 185-186.

jurisprudencia. En relación con el cuarto de esos requisitos, el Tribunal de Justicia ha precisado, además, que los Estados miembros pueden exigir, en nombre del principio de seguridad jurídica, que una solicitud de revisión de una resolución administrativa firme y contraria al DUE, según ha sido interpretado posteriormente por el Tribunal de Justicia, “sea presentada en un plazo razonable ante la administración competente”.<sup>67</sup>

De razonamiento anterior se sigue que, incluso suponiendo que el derecho nacional permita a la autoridad competente en materia de asilo volver a examinar una resolución que, infringiendo el DUE, haya declarado inadmisibile una solicitud de protección internacional, no es menos cierto que el DUE “no obliga a que dicha autoridad vuelva a tramitar de oficio dicha solicitud”. La Directiva 2013/32/UE, por tanto, en relación con el artículo 18 (CDFUE) y el *principio de cooperación leal*,

[...] no obliga a la autoridad decisoria, en el sentido del artículo 2, letra f), de la Directiva 2013/32, a *revisar de oficio* una solicitud de protección internacional que haya sido objeto de una resolución desestimatoria confirmada por una resolución judicial firme antes de que se haya declarado que dicha resolución desestimatoria es contraria al (DUE).<sup>68</sup>

Por otro lado, la existencia de una resolución judicial firme por la que se confirma la desestimación de una solicitud de protección internacional por un motivo contrario al DUE “no impide al interesado presentar una solicitud posterior”, en el sentido del artículo 2, letra q), de la Directiva 2013/32/UE. De esta forma, el interesado aún puede, a pesar de dicha resolución, ejercer su derecho, consagrado en el artículo 18 (CDFUE) y concretado por las Directivas 2011/95/95 y 2013/32/UE, a obtener el estatuto de beneficiario de protección internacional, siempre que cumpla los

<sup>67</sup> Ídem, apartados 187-188.

<sup>68</sup> Ídem, apartados 189-190.

requisitos establecidos por el DUE. Ciertamente, a tenor del artículo 33, apartado 2, letra d), de la Directiva 2013/32/UE, es posible considerar inadmisibles tal solicitud posterior cuando no hayan surgido ni se hayan aportado por el solicitante nuevas circunstancias o datos relativos al examen de los requisitos para ser beneficiario de protección internacional. No obstante, la existencia de una sentencia del Tribunal de Justicia por la que se declara incompatible con el DUE una normativa que permite desestimar por inadmisibles una solicitud de protección internacional debido a que el solicitante ha llegado al territorio del Estado miembro de que se trata a través de un Estado en el que no ha estado expuesto a persecución o a un riesgo de daño grave o en el que se garantiza un adecuado nivel de protección (ver punto 4 de este capítulo) constituye una circunstancia nueva relativa al examen de una solicitud de protección internacional —en el sentido del citado artículo 33, apartado 2, letra d)—, “por lo que dicha solicitud posterior no puede desestimarse sobre la base de esta última disposición. Esta conclusión se impone incluso cuando el solicitante mencionado en el apartado anterior no invoque la existencia de tal sentencia del Tribunal de Justicia”.<sup>69</sup>

El *efecto útil* del derecho —que se reconoce al solicitante de protección internacional— se vería seriamente comprometido si fuera posible declarar inadmisibles una solicitud posterior por el motivo contemplado en el artículo 33, apartado 2, letra d), de la Directiva 2013/32/UE cuando la desestimación de la primera solicitud se haya producido infringiendo el DUE. Semejante interpretación de esta disposición supondría que la aplicación incorrecta del DUE podría reproducirse con cada nueva solicitud de protección internacional, sin posibilidad de ofrecer al solicitante el derecho a que su solicitud sea examinada sin incurrir en una infracción de ese Derecho. Tal obstáculo a la aplicación efectiva de las normas del DUE relativas al procedimiento de concesión de

<sup>69</sup> Ídem, apartados 191-196.

protección internacional “no podría estar razonablemente justificado por el principio de seguridad jurídica”.<sup>70</sup>

Consiguientemente, para el Tribunal de Justicia —el artículo 33, apartado 2, letra d), de la Directiva 2013/32/UE— debe interpretarse en el sentido de que no es de aplicación a una solicitud posterior —en el sentido del artículo 2, letra q), de dicha Directiva—, cuando la autoridad decisoria, —en el sentido del artículo 2, letra f), de la misma Directiva—, constate que la desestimación definitiva de la solicitud anterior es contraria al DUE. Esta constatación se impone necesariamente a esa autoridad decisoria cuando la contrariedad con el DUE se desprenda, como ocurre en este caso, de una sentencia del Tribunal de Justicia o haya sido declarada con carácter incidental por un órgano jurisdiccional nacional.

En el asunto que tratamos, la autoridad decisoria adoptó, en cada uno de los dos asuntos principales, una resolución por la que desestimaba la solicitud de asilo de los demandantes en los litigios principales, así como una resolución por la que se les ordenaba abandonar el territorio húngaro hacia Serbia, en un mismo y único acto, como así se lo permite el artículo 6, apartado 6 (Directiva 2008/115/UE<sup>71</sup>, conocida como “Directiva del retorno”). Esas resoluciones concomitantes fueron confirmadas por resoluciones judiciales firmes. En estas circunstancias —sostiene el Tribunal de Justicia—, es preciso aclarar, para el supuesto de que las resoluciones por las que se modifican las decisiones de retorno iniciales y se ordena a los demandantes en los litigios principales que regresen a sus países de origen resultaran finalmente anuladas, que la fuerza de cosa juzgada de que están dotadas las resoluciones judiciales por las que se confirman tanto las resoluciones desestimatorias de las solicitudes de asilo como las decisiones de retorno adoptadas al

<sup>70</sup> Ídem, apartado 197.

<sup>71</sup> 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* (DO L 348 de 24.12.2008, pp. 98-107).

mismo tiempo que dichas resoluciones desestimatorias “*no puede constituir un obstáculo para que se aplaque la expulsión de dichos demandantes, como así lo exige, por lo demás, el artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2008/115/UE, cuando esa expulsión se haya acordado vulnerando el principio de no devolución*”. Así debe ser, incluso en ausencia de cualquier circunstancia sobrevenida desde la adopción de las decisiones de retorno iniciales, cuando resulte que, contrariamente a preceptuado por el artículo 5 (Directiva 2008/115/UE), ni la autoridad administrativa que desestimó las solicitudes de protección internacional y ordenó el retorno ni el órgano jurisdiccional que se ha pronunciado sobre la validez de dichas decisiones han examinado correctamente si el tercer país mencionado en dichas decisiones de retorno iniciales respeta el *principio de no devolución*.<sup>72</sup>

El Tribunal de Justicia interpreta, en consecuencia, que la Directiva 2013/32/UE —en relación con el artículo 18 (CDFUE) y el *principio de cooperación leal*—, debe interpretarse en el sentido de que, cuando una solicitud de asilo ha sido objeto de una resolución desestimatoria confirmada por una resolución judicial firme antes de que se haya declarado que dicha resolución desestimatoria es contraria al DUE, la autoridad decisoria —en el sentido del artículo 2, letra f), de la Directiva 2013/32/UE—, no está obligada a volver a examinar de oficio dicha solicitud. El artículo 33, apartado 2, letra d) de la Directiva 2013/32/UE, por su parte, debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una sentencia del Tribunal de Justicia por la que se declara incompatible con el DUE una normativa nacional que permite desestimar por inadmisibile una solicitud de protección internacional cuando el solicitante haya llegado al territorio del Estado miembro de que se trata por el territorio de un Estado en el que no haya estado expuesto a persecución o a un riesgo de daño grave o en el que se garantice un adecuado nivel de protección “constituye una circunstancia nueva” relativa al

72 Ídem, apartados 198-202.

examen de una solicitud de protección internacional, en el sentido de esa disposición. Dicha disposición, además, no es de aplicación a una solicitud posterior, en el sentido del artículo 2, letra q), de la Directiva 2013/32/UE, cuando la autoridad decisoria constate que la desestimación definitiva de la solicitud anterior es contraria al DUE. Esta constatación se impone necesariamente a esa autoridad cuando la contrariedad se desprenda de una sentencia del Tribunal de Justicia o haya sido declarada con carácter incidental por un órgano jurisdiccional nacional.<sup>73</sup>

### **8. Derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate en espera de que se resuelva el procedimiento de examen del recurso judicial interpuesto contra la decisión por la que se haya denegado en primer grado su solicitud. El necesario efecto suspensivo**

En el asunto *Comisión c. Hungría* (2020) el ejecutivo comunitario señala que, según el derecho húngaro, la interposición de recurso contra una decisión administrativa no tiene, en principio, *efectos suspensivos*, en la medida en que el artículo 50 del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de dicho país solamente prevé la posibilidad de que un tribunal ordene tales efectos suspensivos si se reúnen determinados requisitos. Arguye que, como *lex specialis* la Ley sobre el Derecho de Asilo húngara establece las normas en materia contencioso-administrativa aplicables al control de las decisiones en el ámbito del asilo. La Ley de Gestión de la Inmigración Masiva —que entró en vigor el 1 de agosto de 2015—, derogó las disposiciones de la Ley sobre el Derecho de Asilo que consagraban expresamente el efecto suspensivo de los recursos dirigidos contra las decisiones denegatorias de

73 Ídem, apartado 203.

las solicitudes de protección internacional. Esta derogación también afecta a los casos en que no se ha declarado una situación de crisis provocada por una inmigración masiva. Por lo que respecta al “control judicial” de las decisiones por las que se declara inadmisibile la solicitud de asilo —contemplado en el artículo 46, apartado 6 (Directiva 2013/32/UE)—, la Comisión señala que el artículo 53, apartado 6, de la citada Ley sobre el Derecho de Asilo húngara establece que la interposición del recurso a tal efecto no produce, en principio, efectos suspensivos, lo cual no es conforme con el referido artículo 46, apartado 6, en virtud del cual “los Estados miembros deben garantizar el *efecto suspensivo automático* de los recursos contra las decisiones de inadmisibilidad o velar por que un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre tal efecto suspensivo”.<sup>74</sup>

Hungría, por su lado, replica que su normativa garantiza adecuadamente la posibilidad de que los solicitantes de protección internacional permanezcan en su territorio, de conformidad con el artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE, aun cuando este artículo no se haya transpuesto literalmente en su derecho nacional.

Un Estado miembro, interpreta el Tribunal de Justicia, no puede imponer condiciones de ejercicio al *derecho a permanecer en su territorio* —consagrado en el artículo 46, apartado 5 (Directiva 2013/32/UE)—, que vulneren los derechos garantizados a los solicitantes de protección internacional por las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE. Hungría, en consecuencia, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 46, apartado 5 (Directiva 2013/32/UE) al supeditar, en caso de declaración de una situación de crisis provocada por una inmigración masiva, la permanencia en su territorio de los solicitantes de protección internacional cuya solicitud haya sido denegada en primer grado por

74 STJ (GS) de 17/12/2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C:2020:1029], apartados 268-274.

la autoridad decisoria a la condición de que estén internados de manera contraria a las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE.<sup>75</sup>

### **9. Principio de confianza mutua. Riesgo real y efectivo de recibir un trato inhumano o degradante. Condiciones de vida de los beneficiarios de protección subsidiaria en este último Estado.**

En el asunto *Basbar Ibrahim y otros* (2019)<sup>76</sup> —los demandantes en el litigio principal son solicitantes de asilo palestinos apátridas que residieron en Siria— el Tribunal Supremo en lo Contencioso-Administrativo de Alemania plantea una cuestión prejudicial sobre si el artículo 33 (“Solicitudes inadmisibles”), apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/32/UE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro ejerza la facultad que ofrece esta disposición de denegar una solicitud de concesión del estatuto de refugiado por considerarla inadmisibile debido a que otro Estado miembro ya haya concedido “protección subsidiaria” al solicitante, *en el supuesto de que las condiciones de vida de los beneficiarios de protección subsidiaria en ese otro Estado miembro sean contrarias al artículo 4 (CDFUE) o a las disposiciones del capítulo VII de la Directiva 2011/95/UE, aun cuando no lleguen a infringir el referido artículo 4. Dicho órgano jurisdiccional pregunta si, de ser así, es equiparable a dicho supuesto aquel en el que tales beneficiarios no reciban en ese Estado miembro ninguna prestación de subsistencia o en el que la que reciban sea netamente inferior a las concedidas en otros Estados miembros*, aun cuando dichas

<sup>75</sup> Ídem, apartado 294.

<sup>76</sup> STJ de 19/03/2019 (GS), *Basbar Ibrahim y otros*, asuntos acumulados C 297/17, C 318/17, C 319/17 y C 438/17 [ECLI:EU:C: 2019:219].



personas no sean tratadas a tal respecto de manera diferente que los nacionales de ese Estado miembro.<sup>77</sup>

Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente indaga si el artículo 33, apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/32/UE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro ejerza esa misma facultad *cuando el procedimiento de asilo en el otro Estado miembro hubiera adolecido o todavía adolezca de deficiencias sistemáticas*.<sup>78</sup>

Lo que el tribunal remitente pregunta a Luxemburgo es, en el fondo, si el *principio de confianza mutua* permite excepciones cuando lo que se discute es la vigencia de los derechos en el país receptor. En este sentido, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia sobre el DUE afirmado que éste

[...] se asienta en la premisa fundamental de que *cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el artículo 2 (TUE)*. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del (DUE) que los aplica y en el hecho de que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por la (CDFUE), en particular en los artículos 1 y 4 de esta, que consagran uno de los valores fundamentales de la Unión y de sus Estados miembros.<sup>79</sup>

77 STJ de 19/03/2019 (GS), *Bashar Ibrahim y otros*, asuntos acumulados C 297/17, C 318/17, C 319/17 y C 438/17 [ECLI:EU:C:2019:219], apartado 81.  
78 Ídem, apartado 82.

79 Ídem, apartado 83. Sin resaltar en el original. Véase también STJ de 19/03/2019, *Jawo*, asunto C-163/17 [ECLI:EU:C:2019:218], apartado 80.

El principio de confianza mutua entre los Estados miembros —razona Luxemburgo— tiene una importancia fundamental en el DUE,

[...] dado que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. Más específicamente, el principio de confianza mutua obliga a cada uno de esos Estados, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, *salvo en circunstancias excepcionales*, que todos los demás Estados miembros respetan el [DUE] y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho.<sup>80</sup>

Por consiguiente, en el contexto del SECA, “debe presumirse que el trato dispensado a los solicitantes de protección internacional en cada Estado miembro es conforme con las exigencias de la [CDFUE], de la Convención de Ginebra y del CEDH”. Así ocurre, en particular, respecto a la aplicación del artículo 33, apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/32/UE, que, en el marco del procedimiento común de asilo establecido por esta Directiva, constituye una expresión del principio de confianza mutua.<sup>81</sup>

Sin embargo —aclara el Tribunal de Justicia—, “no cabe excluir que este sistema se enfrente, en la práctica, a *graves dificultades de funcionamiento en un Estado*<sup>82</sup> *miembro determinado*, de manera que exista *un grave riesgo* de que los solicitantes de protección internacional reciban en ese Estado miembro un trato incompatible con sus derechos fundamentales”<sup>83</sup>. En este contex-

80 Ídem, apartado 84. Véase también STJ de 19/03/2019, *Jawo*, asunto C-163/17 [ECLI:EU:C:2019:218], apartado 81.

81 Ídem, apartado 85.

82 En el asunto en cuestión los interesados abandonaron Siria en 2012 para dirigirse a Bulgaria, país en el que se les concedió la protección subsidiaria. Luego, prosiguieron su viaje por Rumanía, Hungría y Austria hasta llegar a Alemania, donde presentaron nuevas solicitudes de asilo.

83 Véase STJ de 19/03/2019, *Jawo*, asunto C-163/17 [ECLI:EU:C:2019:218], apartado 83.

to, en Luxemburgo resaltan, habida cuenta del *carácter general y absoluto* de la prohibición contenida en el artículo 4 (CDFUE),

[...] que es indisociable del respeto de la dignidad humana y que prohíbe, sin posibilidad de excepción, los tratos inhumanos o degradantes en todas sus formas, es irrelevante, a los efectos de aplicar el referido artículo 4, que sea en el momento mismo del traslado, durante el procedimiento de asilo o una vez finalizado este cuando la persona afectada corra un grave riesgo de sufrir ese trato.

Así pues, cuando el órgano jurisdiccional que conozca de un recurso interpuesto contra una decisión que deniega una nueva solicitud de protección internacional por inadmisión disponga de datos aportados por el solicitante para acreditar la existencia de tal riesgo en el Estado miembro que concedió la protección subsidiaria, dicho órgano jurisdiccional “está obligado a evaluar, sobre la base de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados y con respecto al estándar de protección de los derechos fundamentales que garantiza el (DUE), la existencia de deficiencias, bien sistemáticas o generalizadas, o bien que afecten a ciertos grupos de personas”.<sup>84</sup>

En este punto, el Tribunal de Justicia cuida y garantiza una *convergencia* con la jurisprudencia del TEDH en relación al artículo 3 (CEDH) de contenido similar al citado artículo 4 (CDFUE). Ambas normas —sentencia—, de acuerdo al artículo 52, apartado 3 (CDFUE), poseen un igual “sentido y alcance”. Por lo tanto, las deficiencias apuntadas “deben alcanzar un nivel especialmente elevado de gravedad, que dependerá del conjunto de circunstancias del asunto”.<sup>85</sup> Este umbral particularmente elevado de gravedad se

84 STJ de 19/03/2019 (GS), *Bashar Ibrahim y otros*, asuntos acumulados C 297/17, C 318/17, C 319/17 y C 438/17 [ECLI:EU:C: 2019:219], apartados 86-88. Sin resaltar en el original.

85 Ídem, apartado 89. Véase también STJ de 19/03/2019, *Jawo*, asunto C-163/17 [ECLI:EU:C:2019:218], apartado 91.

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 menoscabase su salud física o mental o la colocase en una situación de degradación incompatible con la dignidad humana”.<sup>86</sup> Dicho umbral, según el Tribunal de Justicia, “no puede abarcar situaciones caracterizadas incluso por una gran precariedad o por una notable degradación de las condiciones de vida de la persona afectada cuando estas no impliquen una privación material extrema que coloque a esa persona en una situación de tal gravedad que pueda equipararse a un trato inhumano o degradante”.<sup>87</sup>

La respuesta de Luxemburgo se encamina, por lo tanto, a precisar que habida cuenta de la importancia que reviste el *principio de confianza mutua* para el SECA, “las infracciones de las disposiciones del capítulo VII (Directiva 2013/32/UE) que no tengan como consecuencia la infracción del artículo 4 (CDFUE) no obstan a que los Estados miembros ejerzan la facultad ofrecida por el artículo 33, apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/32/UE”.<sup>88</sup>

En cuanto a la circunstancia, también mencionada por el órgano jurisdiccional remitente, de que los beneficiarios de protección subsidiaria no reciban, en el Estado miembro que concedió tal protección al solicitante, ninguna prestación de subsistencia o de que la que reciban sea netamente inferior a la concedida en otros Estados miembros, sin ser tratados de manera diferente a los nacionales de dicho Estado miembro,

86 Ídem, apartado 90. Véase también STJ de 19/03/2019, *Jawo*, asunto C-163/17 [ECLI:EU:C:2019:218], apartado 92.

87 Ídem, apartado 91. Véase también STJ de 19/03/2019, *Jawo*, asunto C-163/17 [ECLI:EU:C:2019:218], apartado 93.

88 Ídem, apartado 92.

“tal circunstancia solo permite concluir que el solicitante está expuesto en dicho Estado a un riesgo real de sufrir un trato contrario al artículo 4 (CDFUE) si tiene como consecuencia que este se encuentre, debido a su especial vulnerabilidad, al margen de su voluntad y de sus decisiones personales, en una situación de privación material extrema” conforme a los criterios ya expuestos. En cualquier caso,

[...] el mero hecho de que la protección social o las condiciones de vida sean más favorables en el Estado miembro en el que se ha presentado la nueva solicitud de protección internacional que en el Estado miembro que había concedido la protección subsidiaria no permiten afianzar la conclusión de que la persona afectada se verá expuesta, en caso de ser trasladada a este último Estado miembro, a un riesgo real de sufrir un trato contrario al artículo 4 (CDFUE).<sup>89</sup>

## **10. Alcance de las prestaciones sociales reconocidas a los refugiados: prestaciones ofrecidas a un nivel inferior al de las prestaciones garantizadas a los nacionales de esos Estados miembros. Violación del DUE**

En el asunto *Ahmad Shah Ayubi* (2018) el Tribunal Regional en lo Contencioso-Administrativo de la Alta Austria plantea una cuestión prejudicial donde se pregunta —entre otras cuestiones— si el artículo 29 (“Protección social”, Directiva 2011/95/UE) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que se concederá a los refugiados, beneficiarios de un derecho de residencia temporal en un Estado miembro, prestaciones de asistencia social *de un importe inferior* al de las prestaciones concedidas a los nacionales de ese Estado miembro y

<sup>89</sup> Ídem, apartados 93-94.

a los refugiados beneficiarios de un derecho de residencia permanente en dicho Estado miembro.<sup>90</sup>

El citado artículo 29, en su apartado 1, establece la *regla general* de que los beneficiarios de protección internacional, entre los que se incluyen los refugiados, recibirán en el Estado miembro que les haya concedido tal protección, “la misma asistencia social que la prevista para los nacionales de ese Estado miembro”.<sup>91</sup>

Si bien el mismo artículo 29 —interpreta el Tribunal de Justicia—, en su apartado 2, permite a los Estados miembros “establecer una excepción a esta regla general y limitar la asistencia social concedida a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria a las prestaciones básicas, se desprende del propio tenor de esta disposición que la excepción solo es aplicable a los beneficiarios de dicha protección y no a los refugiados”. Es más, el hecho de que el artículo 29, apartado 1 (Directiva 2011/95/UE) disponga que se conceda a los beneficiarios de protección internacional la asistencia social “necesaria” no implica que el legislador de la Unión haya querido autorizar a los Estados miembros a conceder a los refugiados prestaciones sociales de un importe que estimen suficiente para responder a las necesidades de tales refugiados, pero que sea inferior al de las prestaciones sociales concedidas a los nacionales. En opinión del Tribunal de Justicia, por un lado, resulta de la propia estructura del citado artículo 29 que “debe entenderse que la referencia hecha al término «necesaria» en el apartado 1 de este artículo está destinada simplemente a subrayar la oposición entre las prestaciones cubiertas por el principio mencionado en él, por una parte, y las prestaciones «básicas» a las que puede limitarse la asistencia social en virtud del apartado 2 de dicho artículo, por otra”. Esta afirmación queda

90 STJ (Sala Tercera) de 21/11/2018, *Ahmad Shab Ayubi*, asunto C-713/17 [ECLI:EU:C: 2018:929], apartado 18.

91 STJ (GS) de 1/03/2016, *Ibrahim Aloy Amira Osso*, asuntos acumulados C 443/14 y C 444/14 [ECLI:EU:C: 2016:127], apartado 48.

corroborada por el hecho de que “este último apartado quedaría privado de todo *efecto útil*” si se interpretase que el artículo 29, apartado 1, “permite, de forma general, a los Estados miembros establecer, para limitarlas a lo estrictamente necesario, las prestaciones ofrecidas a los beneficiarios de protección internacional a un nivel inferior al de las prestaciones garantizadas a los nacionales de esos Estados miembros”.<sup>92</sup>

Atribuir tal facultad a los Estados miembros en relación con las prestaciones concedidas a los refugiados —sostienen en Luxemburgo— sería incompatible con el principio de trato nacional en materia de asistencia y socorro públicos a estos últimos, enunciado en el artículo 23<sup>93</sup> de la Convención de Ginebra, a la luz del cual debe interpretarse el artículo 29 (Directiva 2011/95).<sup>94</sup> Ambos artículos “*se refieren a todos los refugiados y no supeditan los derechos que se les reconocen a la duración de su presencia en el Estado miembro de que se trate o a la duración del permiso de residencia de que disponen*”.<sup>95</sup>

El Tribunal de Justicia concluye en que, el nivel de las prestaciones sociales otorgadas a los refugiados por el Estado miembro que haya concedido ese estatuto —ya sea por una duración definida o indefinida— “ha de ser el mismo que el ofrecido a los nacionales de ese Estado miembro”.<sup>96</sup>

92 STJ (Sala Tercera) de 21/11/2018, *Ahmad Shah Ayubi*, asunto C-713/17 [ECLI:EU:C: 2018:929], apartados 20-23. Sin resaltar en el original.

93 La norma citada dice: “Los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos”.

94 STJ (GS) de 1/03/2016, *Ibrahim Alo y Amira Osso*, asuntos acumulados C 443/14 y C 444/14 [ECLI:EU:C: 2016:127], apartado 51.

95 STJ (Sala Tercera) de 21/11/2018, *Ahmad Shah Ayubi*, asunto C-713/17 [ECLI:EU:C: 2018:929], apartado 28. Sin resaltar en el original.

96 STJ (GS) de 1/03/2016, *Ibrahim Alo y Amira Osso*, asuntos acumulados C 443/14 y C 444/14 [ECLI:EU:C: 2016:127], apartados 48-50.

## 11. Revocación del estatuto de protección subsidiaria

En el asunto *Mohammed Bilali* (2019) el Tribunal Supremo en lo Contencioso-Administrativo de Austria plantea la siguiente cuestión prejudicial:

¿Se oponen las disposiciones de [DUE], en concreto, el artículo 19, apartado 3 [Directiva 2011/95/UE], a una disposición nacional de un Estado miembro relativa a la posibilidad de revocar el estatuto de protección subsidiaria, según la cual puede procederse a la revocación [de dicho estatuto] sin que las circunstancias que condujeron a la concesión del mismo hayan variado, *sino únicamente el nivel de conocimientos* que la autoridad tiene de dichas circunstancias y sin que hayan sido decisivas para la concesión del estatuto de protección subsidiaria una tergiversación u omisión de hechos por parte del nacional de un tercer país o apátrida?<sup>97</sup>

De la resolución de remisión se desprende que la autoridad austriaca competente, que examinó la solicitud de protección internacional presentada por el demandante en el litigio principal, incurrió en error al determinar la supuesta nacionalidad de éste. También resulta de esa resolución que, para el caso de retorno a su país de origen o al país de su anterior residencia habitual, nunca ha estado expuesto a un riesgo real de sufrir daños graves.<sup>98</sup>

En este contexto, el Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 19, apartado 3, letra b) de la Directiva 2011/95/UE solo prevé la *pérdida* del estatuto de protección subsidiaria si la tergiversación u omisión de hechos por parte del interesado han sido decisivas para la concesión de tal estatuto. Además, ninguna otra disposición de dicha Directiva establece expresamente que dicho estatuto deba o pueda ser retirado cuando, como sucede en el

97 STJ (Sala Quinta) de 23/05/2019, *Mohammed Bilali*, asunto C-720/17 [ECLI:EU:C: 2019:448], apartado 30.

98 Ídem, apartado 38.



asunto que es objeto del litigio principal, la decisión de concesión de que se trate *haya sido adoptada sobre la base de datos erróneos, sin tergiversación ni omisión por parte del interesado*. No obstante —indican en Luxemburgo—, ha de observarse que dicho artículo tampoco excluye expresamente que pueda perderse el estatuto de protección subsidiaria cuando el Estado miembro de acogida descubra que ha concedido ese estatuto sobre la base de datos erróneos que no son imputables al interesado.<sup>99</sup>

Respondiendo a la cuestión planteada, el Tribunal de Justicia señala que ya ha declarado que “sería contrario al sistema general y a los objetivos de la Directiva 2011/95/UE conceder los estatutos que esta prevé a nacionales de terceros países que se hallan en situaciones carentes de nexo alguno con la lógica de protección internacional”.<sup>100</sup> Pues bien —para Luxemburgo—, “la situación de una persona que ha obtenido el estatuto de protección subsidiaria sobre la base de datos erróneos sin haber cumplido nunca los requisitos para obtenerlo *no presenta nexo alguno con la lógica de la protección internacional*”.<sup>101</sup>

La pérdida del estatuto de protección subsidiaria en tales circunstancias es, por consiguiente, conforme con la finalidad y el sistema general de la Directiva 2011/95/UE y, en particular, con

99 Ídem, apartados 41-43.

100 STJ (GS) de 18/12/2014, *Mohamed M’Bodj*, asunto C 542/13 [ECLI:EU:C:2014:2452], apartado 44.

101 STJ (Sala Quinta) de 23/05/2019, *Mohammed Bilali*, asunto C-720/17 [ECLI:EU:C:2019:448], apartado 44. Sin resaltar con el original. En este caso la Oficina Federal en materia de Asilo denegó la solicitud de asilo del Sr. Bilali, si bien le concedió el estatuto de protección subsidiaria, señalando que no había podido acreditarse su identidad y que “este era probablemente nacional argelino”. Se le concedió la protección subsidiaria porque se consideró que, “dados el elevado desempleo, la falta de infraestructuras y la inseguridad permanente en Argelia”, el Sr. Bilali podía verse expuesto, en caso de regreso a ese país, a tratos inhumanos en el sentido del artículo 3 (CEDH). Luego se determinó que se había deducido que la suposición de que Argelia era el país de origen del Sr. Bilali era errónea y que este podía invocar tanto la nacionalidad marroquí como la nacionalidad mauritana.

el artículo 18 de esta, que prevé la concesión del estatuto de protección subsidiaria únicamente a las personas que cumplan dichos requisitos. Si el Estado miembro de que se trata no podía conceder legalmente ese estatuto, con mayor razón debe tener la obligación de revocarlo cuando se detecte su error.<sup>102</sup>

Para el Tribunal de Justicia, de la interpretación conjunta de los artículos 16 y 19, apartado 1 (ambos de la Directiva 2011/95/UE), a la luz de la finalidad y del sistema general de ésta, se desprende que, cuando el Estado miembro de acogida disponga de nueva información que acredite que, contrariamente a su apreciación inicial de la situación de un nacional de un tercer país o de un apátrida al que ha concedido la protección subsidiaria, basada en datos erróneos, este nunca ha corrido el riesgo de sufrir daños graves, en el sentido del artículo 15 (Directiva 2011/95/UE), “dicho Estado miembro debe concluir de ello que las circunstancias que originaron la concesión del estatuto de protección subsidiaria han cambiado de tal forma que ya no se justifica mantener el referido estatuto”.<sup>103</sup>

La circunstancia de que el error cometido por el Estado miembro de acogida al conceder tal estatuto no sea imputable al interesado

[...] no puede desvirtuar el hecho de que, en realidad, este último nunca tuvo la condición de «persona con derecho a protección subsidiaria», en el sentido del artículo 2, letra f), de la Directiva 2011/95, y, por lo tanto, nunca cumplió los requisitos que justifican la concesión del estatuto de protección subsidiaria, en el sentido del artículo 2, letra g), de dicha Directiva.<sup>104</sup>

102 Ídem, apartado 45.

103 Ídem, apartado 51.

104 Ídem, apartado 52.

En apoyo de su interpretación el Tribunal de Justicia refiere a que, aunque ninguna disposición de la Convención de Ginebra establezca expresamente la pérdida del estatuto de refugiado cuando posteriormente resulta que nunca debería haberse concedido este estatuto, el ACNUR considera que, en tal supuesto, debe anularse, en principio, la decisión por la que se concedió el estatuto de refugiado.<sup>105</sup>

## **12. Alcance reconocido por el DUE a un recurso efectivo en materia migratoria: la relevancia del artículo 47 (CDFUE) y su efecto directo.**

El artículo 46, apartado 1 (“Derecho a un recurso efectivo”, Directiva 2013/32/UE) reconoce expresamente a los solicitantes de protección internacional el derecho a un recurso efectivo ante un órgano judicial contra las resoluciones administrativas relativas a la correspondiente solicitud.<sup>106</sup>

El apartado 3 del citado artículo 46 define el alcance del derecho a un recurso efectivo, precisando que los Estados miembros *garantizarán* que el juzgado o tribunal de primera instancia ante el que se presenta el recurso contra la resolución relativa a la solicitud de protección internacional lleve a cabo un “examen completo y *ex nunc* tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho, incluido cuando proceda un examen de las

105 Ídem, apartado 58. Véase el Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 1992, apartado 117.

106 Véase PIZZOLO Calogero, “El recurso efectivo como derecho de los solicitantes de asilo”, AA.VV “Migraciones y Asilo en la Unión Europea”, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 255-294.

necesidades de protección internacional de conformidad con la Directiva 2011/95/UE”.<sup>107</sup>

La expresión *ex nunc* —sostienen en Luxemburgo— destaca la obligación del juez de proceder a una apreciación que tenga en cuenta, en su caso, los nuevos elementos surgidos después de la adopción de la resolución objeto de recurso. El adjetivo “completo”, por su parte, “confirma que el juez deberá examinar tanto los elementos que la autoridad decisoria tuvo o pudo tener en cuenta como aquellos que hayan surgido con posterioridad a la adopción por dicha autoridad de su decisión”.<sup>108</sup>

Los Estados miembros, en consecuencia, están obligados —por mandato del artículo 46 (Directiva 2013/32/UE)— a establecer en sus derechos nacionales una tramitación de los recursos que comprenda un examen, por el juez, del conjunto de elementos de hecho y de derecho que le permitan elaborar una apreciación actualizada del asunto de que se trate, de modo que la solicitud de protección internacional pueda ser tramitada de “manera exhaustiva sin que sea necesario devolver el asunto a la autoridad decisoria”. Tal interpretación favorece el objetivo perseguido por la Directiva 2013/32/UE, “consistente en garantizar que las resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional *sean adoptadas cuanto antes*, sin perjuicio de que se efectúe un examen suficiente y completo”.<sup>109</sup>

No obstante —aclara el Tribunal de Justicia—, el citado artículo 46, apartado 3 (Directiva 2013/32/UE) “*regula exclusivamente el examen del recurso* y no se refiere, por tanto, al resultado de una eventual anulación de la resolución recurrida. De este modo, con la adopción de la citada Directiva, el legislador de la Unión no pretendía introducir una norma común que dispusiera

107 Véase, en este sentido STJ (GS) de 25/07/2018, *Albetto*, asunto C-585/16 [ECLI:EU:C:2018:584], apartados 105-106.

108 Ídem, apartados 111-113.

109 Ídem, apartados 109-112. Sin resaltar en el original.

que el órgano cuasi-judicial o administrativo mencionado en el artículo 2, letra f), de la propia Directiva quedara desprovisto de competencia tras la anulación de su decisión inicial relativa a una solicitud de protección internacional, de manera que los Estados miembros siguen siendo competentes para establecer la obligación de que, tras la referida anulación, el expediente sea devuelto al órgano cuasi-judicial o administrativo para que adopte una nueva decisión”.<sup>110</sup>

Ahora bien, interpreta el Tribunal de Justicia, es cierto que la Directiva 2013/32/UE reconoce a los Estados miembros cierto margen de maniobra —concretamente en cuanto a la determinación de las normas relativas a la tramitación de una solicitud de protección internacional cuando la resolución inicial de un órgano cuasi-judicial o administrativo ha sido anulada por un órgano judicial—,

[...] no lo es menos que es preciso destacar, en primer lugar, que, a pesar de tal margen de maniobra, *los Estados miembros están obligados, al aplicar la citada Directiva, a respetar el artículo 47 [CDFUE], que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en favor de toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el [DUE] hayan sido vulnerados. Así pues, las características del recurso previsto en el artículo 46 [Directiva 2013/32/UE] deben determinarse de conformidad con el artículo 47 [CDFUE], que constituye una reafirmación del principio de tutela judicial efectiva.*<sup>111</sup>

En segundo lugar, para el Tribunal de Justicia, es preciso recordar que el artículo 47 [CDFUE] “*es suficiente por sí solo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal,*

110 Ídem, apartados 145-146.

111 Ídem, apartado 114. Véase también STJ (Sala Segunda) de 26/07/2017, *Moussa Sacko*, asunto C 348/16 [ECLI:EU:C: 2017:591], apartados 30-31.

*sin que requiera ser desarrollado por otras normas del [DUE] o del Derecho nacional”*.<sup>112</sup>

En tercer lugar —siguiendo con el recorrido que proponen en Luxemburgo—, 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”.<sup>113</sup> Es precisamente en este contexto en el que el Tribunal de Justicia ha interpretado que el artículo 46, apartado 3 (Directiva 2013/32/UE)

[...] 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.<sup>114</sup>

Por consiguiente —para la jurisprudencia comunitaria—, si bien la Directiva 2013/32/UE 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 la Directiva 2013/32/UE consistente en lograr una tramitación lo más rápida posible de

112 STJ (GS) de 14/04/2018, *Vera Egenberger*, asunto C 414/16 [ECLI:EU:C:2018:257], apartado 78.

113 STJ (Sala Segunda) de 30/06/2016, *Toma y Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci*, asunto C 205/15 [ECLI:EU:C:2016:499], apartado 43.

114 STJ (GS) de 29/07/2019, *Alekszjij Torubarov*, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], apartado 58. Sin resaltar en el original.

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 (CDFUE)— 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”.<sup>115</sup>

La cuestión que tratamos se discutió —entre otros— en el asunto *Alekszj Torubarov* (2019) donde el Tribunal en lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Pécs (Hungria) plantea al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debe interpretarse el artículo 46, apartado 3 [Directiva 2013/32/UE], en relación con el artículo 47 [CDFUE], *en el sentido de que los tribunales húngaros están facultados para modificar las resoluciones administrativas de la autoridad competente en materia de asilo mediante las que se deniegue la protección internacional, así como para conceder tal protección?*”.<sup>116</sup>

El tribunal remitente indicó que, en virtud del derecho nacional, está obligado a someterse a la normativa nacional que transpone al derecho interno la Directiva 2013/32/UE, —normativa que entró en vigor el 15 de septiembre de 2015— y que *prohíbe que un órgano judicial modifique una resolución administrativa en materia de solicitud de protección internacional*, también en el marco de aquellos procedimientos judiciales que, aunque se refieran a una solicitud de protección internacional presentada antes del 20 de julio

115 Véase, en este sentido STJ (GS) de 25/07/2018, *Alheto*, asunto C-585/16 [ECLI:EU:C:2018:584], apartado 48.

116 STJ (GS) de 29/07/2019, *Alekszj Torubarov*, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], apartado 37. Sin resaltar en el original.

de 2015, se hayan iniciado, como en el caso del litigio principal, con posterioridad a aquella fecha. Esta información fue confirmada por el Gobierno húngaro en sus observaciones escritas.

En efecto, el artículo 109, apartado 4, de la Ley de procedimiento administrativo húngara afirma que el fallo o parte dispositiva y los fundamentos de Derecho de la resolución del tribunal en lo contencioso-administrativo “serán vinculantes para la Administración, que deberá acatarlos al tramitar el nuevo procedimiento y al dictar una nueva resolución”. Esta redacción, en opinión de Luxemburgo, “parece dar cumplimiento a la obligación de resultado que incumbe a los Estados miembros en virtud del artículo 46, apartado 3 [Directiva 2013/32/UE], en relación con el artículo 47 [CDFUE]”. Obligación que consiste en garantizar que, a resultas de la anulación de una resolución administrativa en materia de solicitud de protección internacional y en caso de que el expediente sea devuelto al órgano administrativo que la adoptó, la nueva resolución de este órgano administrativo “se atenga a la apreciación contenida en la sentencia que anuló la resolución inicial”<sup>117</sup>

Sin embargo, en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno húngaro alegó que el citado artículo 109, apartado 4

[...] debe interpretarse en el sentido de que, a fin de preservar el reparto competencial entre, por una parte, la Administración, que debe desempeñar un papel central en los procedimientos en materia de solicitudes de protección internacional, y, por otra parte, el órgano judicial que conoce del recurso previsto en el artículo 46, apartado 3 [Directiva 2013/32/UE], el órgano judicial puede impartir instrucciones sobre los hechos que hayan de examinarse y sobre los nuevos elementos de prueba que hayan de recabarse, y puede también proporcionar una interpretación de la ley e indicar los elementos pertinentes que la autoridad administrativa ha de tomar en consideración, *pero no puede vincular a esta última en*

117 Ídem, apartado 61.



*cuanto a la apreciación concreta del caso, apreciación que podrá basarse en elementos de hecho y de Derecho diferentes a los que haya tenido en cuenta el propio órgano judicial, tales como, por ejemplo, elementos nuevos sobrevenidos con posterioridad a la resolución judicial.*<sup>118</sup>

Esta interpretación del Gobierno húngaro es considerada por el Tribunal de Justicia contraria al DUE. Ello en razón de que, al prever que el órgano judicial competente para resolver un recurso contra una resolución administrativa que deniega una solicitud de protección internacional estará obligado a examinar, en su caso, la “necesidad de protección internacional” del solicitante, el legislador de la Unión, mediante la adopción del artículo 46, apartado 3 (Directiva 2013/32), “tuvo el propósito de atribuir al citado órgano judicial, cuando este último considera que dispone de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, la facultad de pronunciarse con *carácter vinculante*, al término de un examen completo y *ex nunc* —es decir, exhaustivo y actualizado— de tales elementos, sobre la cuestión de si el mencionado solicitante cumple los requisitos previstos en la Directiva 2011/95/UE para que se le reconozca el derecho a protección internacional”.<sup>119</sup> En consecuencia, en el marco de la devolución del expediente,

[...] el órgano administrativo o cuasi-judicial *ya no dispondrá de la facultad discrecional de conceder o denegar la protección solicitada a la luz de los mismos motivos que los que se invocaron ante el órgano judicial*, so pena de privar de todo efecto útil tanto al artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32/UE, en relación con el artículo 47 [CDFUE], como a los artículos 13 y 18 [Directiva 2011/95/UE].<sup>120</sup>

118 Ídem, apartado 62.

119 Ídem, apartado 65.

120 Ídem, apartado 66.

El tribunal remitente de la cuestión prejudicial, en el asunto *Alekszj Torubarov* (2019) se plantea si, en virtud del DUE, dispone de la facultad de sustituir la resolución de la Oficina de Inmigración por la suya propia, modificando tal resolución en un sentido conforme con su propia sentencia anteriormente dictada, y ello a pesar de que exista una normativa nacional que le prohíbe proceder de tal manera. Se hace hincapié aquí en el hecho de que el Derecho nacional no prevé mecanismos que le permitan hacer que se cumpla su sentencia y que la única sanción prevista en ese ordenamiento jurídico es la nulidad de la resolución de la Oficina de Inmigración, lo que propicia que se produzca una sucesión interminable de anulaciones de resoluciones administrativas y de interposición de recursos judiciales, que puede suponer prolongar la situación de inseguridad jurídica del solicitante de protección internacional.

El Gobierno húngaro, con ocasión de la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, invocó la nueva Ley de procedimiento administrativo —que entró en vigor el 1 de enero de 2018—, es decir, con posterioridad a la fecha de la petición de decisión prejudicial. Esta Ley establece determinados procedimientos y mecanismos destinados a permitir que los tribunales contencioso-administrativos puedan obligar a los órganos administrativos a dar cumplimiento a sus sentencias. Dicho esto, el Gobierno húngaro subrayó igualmente que la referida modificación legislativa no se aplica *ratione temporis* al litigio principal y que, “en todo caso, los mencionados mecanismos no pueden aplicarse en el ámbito de la protección internacional”, de manera que la situación a la que se enfrenta el tribunal remitente, esto es, la inexistencia de cualquier mecanismo que en este ámbito le permita hacer cumplir su sentencia, persiste sin variación alguna.

Una normativa nacional —como la del derecho húngaro que se cuestiona aquí—, que conduce a una situación como la descrita, en opinión del Tribunal de Justicia, “priva en la práctica al solicitante de protección internacional de un recurso judicial efectivo” y

[...] vulnera el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 47 [CDFUE], en la medida en que la sentencia de un órgano judicial que ha sido dictada tras un examen realizado de conformidad con lo que exige el artículo 46, apartado 3 [Directiva 2013/32/UE], y en cuya virtud el órgano judicial ha declarado que el solicitante reúne los requisitos que la Directiva 2011/95/UE establece para poder obtener el estatuto de refugiado o la condición de beneficiario de protección subsidiaria, *sigue siendo ineficaz, al carecer el órgano judicial en cuestión de cualquier mecanismo para hacer que se cumpla la sentencia.*

En tales circunstancias,

[...] sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del [DUE] toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica —legislativa, administrativa o judicial— que *tuviera como efecto disminuir la eficacia* del [DUE] por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el momento mismo de tal aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudieran constituir un obstáculo para la plena eficacia de las normas de la Unión dotadas de efecto directo.<sup>121</sup>

121 Ídem, apartados 72-73. Sin resaltar en el original. En consecuencia, sentencia el Tribunal de Justicia, a fin de garantizar al solicitante de protección internacional una tutela judicial efectiva en los términos del artículo 47 (CDFUE) y de conformidad con el principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4, apartado 3 (TUE), “corresponde al órgano judicial nacional que conoce del recurso modificar la resolución del órgano administrativo o cuasi-judicial -en este caso, la resolución de la Oficina de Inmigración- que no resulte conforme con una sentencia suya dictada anteriormente y sustituir esa resolución administrativa por su propia decisión sobre la solicitud de protección internacional del interesado, dejando inaplicada, si es preciso, la normativa nacional que le prohíba proceder de tal manera” (*Ídem*, apartado 74).

El alcance de la tutela efectiva en el DUE vuelve a quedar expuesto en la segunda cuestión prejudicial planteada en el asunto *B. M. M. y otros* (2020). El Concejo de Estado belga —actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo— pregunta, si el artículo 18 —vinculado al derecho al recurso— (Directiva 2003/86/CE),<sup>122</sup> a la luz del artículo 47 (CDFUE), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se declare la inadmisibilidad de un recurso interpuesto contra la resolución denegatoria de una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar presentada en nombre de un menor de edad *por el único motivo de que el menor haya alcanzado la mayoría de edad durante el procedimiento judicial*.<sup>123</sup>

Esta cuestión prejudicial parte de la premisa de que el hijo menor que alcanza la mayoría de edad durante el procedimiento judicial contra la resolución por la que se le deniega su solicitud de reagrupación familiar deja de tener interés en obtener la anulación de dicha resolución, de modo que su recurso debe ser necesariamente desestimado por el órgano jurisdiccional competente. Para el Tribunal de Justicia esta premisa “es errónea” en la medida que la solicitud de reagrupación no puede denegarse por el único motivo de que el hijo menor de que se trate haya alcanzado la mayoría de edad durante el procedimiento judicial. En Luxemburgo, destacan que los Estados miembros están obligados, al aplicar la Directiva 2003/86/CE, a respetar el artículo 47 (CDFUE). En consecuencia, interpretado el citado artículo 18 (Directiva 2003/86), a la luz del artículo 47 (CDFUE),

[...] significa que las vías de recurso nacionales que permiten al reagrupante y a los miembros de su familia ejercer su

122 Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *sobre el derecho a la reagrupación familiar* (DO L 251 de 3.10.2003, pp. 12-18).

123 STJ (Sala Tercera) de 16/07/2020, *Estado belga (Reagrupación familiar — hijo menor)*, asuntos acumulados C 133/19, C 136/19 y C 137/19 [ECLI:EU:C:2020:577], apartado 48.

derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos legalmente previstos han de ser efectivas y reales”. El recurso “no puede declararse inadmisibile por el único motivo de que el menor afectado haya alcanzado la mayoría de edad durante el procedimiento judicial.<sup>124</sup>

En un caso posterior *H. A.* (2021) el Tribunal de Justicia confirma que, el Reglamento Dublín III, debe asegurar de conformidad con el artículo 47 (CDFUE), una protección efectiva a las personas de que se trate y, por otro lado, de “garantizar con celeridad la determinación del Estado miembro responsable de la tramitación de una solicitud de protección internacional”. El solicitante “debe poder acceder a una tutela judicial efectiva y rápida que le permita alegar circunstancias posteriores a la adopción de la decisión de trasladarlo, cuando el hecho de tener en cuenta estas resulten determinante para la correcta aplicación del Reglamento”.<sup>125</sup>

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta, asimismo, que una normativa nacional que permite al solicitante de protección internacional interesado alegar, en el marco de un recurso interpuesto contra la decisión de trasladarlo, circunstancias posteriores a la adopción de ésta, “satisface la obligación de establecer una tutela judicial efectiva y rápida”.<sup>126</sup> Sin embargo, esta última jurisprudencia no implica que, con arreglo al artículo 27 (Reglamento Dublín III), los Estados miembros deban organizar necesariamente su sistema de recursos de modo que se garantice la exigencia de que se tengan en cuenta circunstancias determinantes

124 Ídem, apartados 50-58.

125 STJ de 15/04/2021, *H. A.*, asunto C-194/19 [ECLI:EU:C: 2021:270], apartado 35. En el mismo sentido, STJ (GS) de 25/10/2017, *Shiri*, asunto C 201/16 [ECLI:EU:C: 2017:805], apartado 44; y STJ (Sala Tercera) de 25/01/2018, *Aziz Hasan*, asunto C 360/16 [ECLI:EU:C: 2018:35], apartado 31.

126 STJ (GS) de 25/10/2017, *Shiri*, asunto C 201/16 [ECLI:EU:C: 2017:805], apartado 45; y STJ (Sala Tercera) de 25/01/2018, *Aziz Hasan*, asunto C 360/16 [ECLI:EU:C: 2018:35], apartado 32.

posteriores a la adopción de la decisión de traslado, en el marco del examen del recurso que permita cuestionar la legalidad de dicha decisión. El legislador de la Unión solo ha armonizado algunas de las modalidades procesales del recurso contra la decisión de traslado o de la revisión, de hecho y de derecho, de dicha decisión ante un órgano jurisdiccional de que debe disponer la persona interesada. A este respecto, el Reglamento Dublín III únicamente aporta precisiones sobre el plazo en el que debe poder interponerse dicho recurso, las condiciones de suspensión de la ejecución de la decisión de traslado en caso de interposición de tal recurso y la asistencia jurídica de la que debe poder disfrutar la persona interesada.

En cambio, el citado artículo 27 (Reglamento Dublín III) no precisa si el derecho a recurrir que establece implica necesariamente que el juez que conoce del asunto pueda proceder a un examen *ex nunc* de la legalidad de la decisión de traslado. La redacción de dicho artículo 27 difiere así de la del artículo 46, apartado 3 (Directiva 2013/32/UE), que establece que el recurso efectivo de que se ha de disponer contra los actos contemplados en el artículo 46, apartado 1 (Directiva 2013/32/UE), entre los que no figuran las decisiones de traslado, supone un “examen completo y *ex nunc* tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho”.

Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a falta de normas de la UE en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos de los justiciables, en virtud del *principio de autonomía procesal*, a condición, sin embargo, de que dicha regulación no sea menos favorable que la que rige situaciones similares de carácter interno (*principio de equivalencia*) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento

jurídico de la UE (*principio de efectividad*).<sup>127</sup> Es preciso recordar igualmente que, cuando aplican el DUE, los Estados miembros “están obligados a garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47, párrafo primero [CDFUE] que constituye una reafirmación del principio de tutela judicial efectiva”.<sup>128</sup>

En relación al *principio de equivalencia*, según Luxemburgo, este exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del DUE y a aquellos, similares, basados en la infracción del Derecho interno.<sup>129</sup> En cuanto al *principio de efectividad*, es preciso subrayar que un recurso de anulación interpuesto contra una decisión de traslado, en el marco del cual el órgano jurisdiccional que conoce del asunto no puede tener en cuenta circunstancias posteriores a la adopción de dicha decisión que son determinantes para la correcta aplicación del Reglamento Dublín III, “no garantiza una tutela judicial suficiente” que permita a la persona interesada ejercer los derechos que le confieren ese Reglamento y el artículo 47 (CDFUE).

No obstante, no puede excluirse que pueda garantizarse una tutela judicial suficiente, en el marco del sistema jurisdiccional nacional considerado en su conjunto, de otra manera que no sea la de la consideración de circunstancias determinantes posteriores a la adopción de la decisión de traslado a la hora de examinar el recurso destinado a garantizar el control de la legalidad de dicha

127 STJ (Sala Sexta) de 18/106/2002, *HI*, asunto C 92/00 [ECLI:EU:C:2002:379], apartado 67; STJ (Sala Primera) de 13/12/2017, *El Hassani*, asunto 403/16 [ECLI:EU:C:2017:960], apartado 26; y STJ (Sala Primera) de 09/09/2020, *Commissaire général aux réfugiés y aux apatrides*, asunto C-651/19 [ECLI:EU:C:2020:681], apartado 34.

128 STJ (GS) de 19/12/2019, *Deutsche Umwelthilfe*, asunto C 752/18 [ECLI:EU:C:2019:1114], apartado 34.

129 STJ (Sala Primera) de 15/03/2017, *Aquino*, asunto C 3/16 [ECLI:EU:C:2017:209], apartado 50.

decisión. *Para conferir una tutela judicial suficiente a la persona interesada, una vía de recurso específica, distinta del recurso mencionado, debe garantizar, en la práctica, a esa persona, que podrá lograr que las autoridades competentes del Estado miembro requirente no puedan proceder al traslado de dicha persona a otro Estado miembro cuando una circunstancia posterior a la decisión de traslado se oponga a su ejecución.* Dicha vía de recurso también debe garantizar que, cuando una circunstancia posterior a la decisión de traslado implique la responsabilidad del Estado miembro requirente, las autoridades competentes de este estén obligadas a adoptar las medidas necesarias para admitir dicha responsabilidad y para iniciar sin demora el examen de la solicitud de protección internacional presentada por la misma persona.

De lo expuesto, se deduce que debe ser posible ejercer el recurso específico que permita tener en cuenta circunstancias posteriores a la adopción de la decisión de traslado que son determinantes para la correcta aplicación del Reglamento Dublín III, cuando se produzcan tales circunstancias, sin que dicho ejercicio esté supeditado al hecho de que la persona afectada se vea privada de libertad o que la ejecución de la decisión de traslado de que se trate sea inminente.<sup>130</sup>

En el asunto *J.P.* (2020), por su parte, el órgano jurisdiccional remitente preguntó si el artículo 46 (Directiva 2013/32/UE) —a la luz del artículo 47 (CDFUE)—, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que fija para el recurso contra la decisión de inadmisibilidad de una solicitud de protección internacional posterior *un plazo preclusivo de diez días, el cual incluye los festivos, desde la notificación de la decisión, incluido cuando, en defecto de designación de domicilio en dicho Estado miembro por el solicitante, la notificación*

130 STJ de 15/04/2021, *H. A.*, asunto C-194/19 [ECLI:EU:C: 2021:270], apartados 46-48; y STJ (GS) de 25/10/2017, *Shiri*, asunto C 201/16 [ECLI:EU:C: 2017:805], apartado 43.



*se practica en la sede de la autoridad nacional competente para examinar tales solicitudes.*

La notificación de las decisiones sobre las solicitudes de protección internacional a los solicitantes —sostiene el Tribunal de Justicia— resulta fundamental para garantizar su derecho a un recurso efectivo, puesto que les permite tener conocimiento de ellas y, en caso de que la decisión notificada sea desestimatoria, impugnarla judicialmente dentro del plazo fijado por el Derecho nacional. Si bien la Directiva 2013/32/UE menciona que debe reconocerse a los solicitantes de protección internacional el derecho a que se les notifiquen correctamente las decisiones sobre sus solicitudes, esta Directiva no contempla, sin embargo, las formas concretas de notificación de las mismas. La jurisprudencia comunitaria, en este sentido, vimos dispone que a falta de normas de la UE en la materia corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos de los justiciables, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que dicha regulación no sea menos favorable que la que rige situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).<sup>131</sup>

Por lo tanto, las normas de procedimiento en materia de notificación de las resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional están comprendidas en el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, con sujeción a los principios de equivalencia y de efectividad.

El recurrente en el litigio principal alegó que la normativa nacional controvertida viola el *principio de equivalencia* por cuanto, por una parte, de la jurisprudencia del Consejo de Estado belga

131 STJ (Sala Primera) de 19/03/2020, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa)*, asunto C-564/18 [ECLI:EU:C: 2020:218], apartado 63.

no resulta, salvo en materia de asilo, que la notificación practicada en el domicilio que se reputa designado, por efecto de la ley nacional, en la sede de una autoridad nacional permita que se inicie el cómputo de un plazo preclusivo y, por otra parte, conforme a dicha jurisprudencia, cuando se trata de un acto que no debe publicarse ni notificarse, la circunstancia que da inicio al cómputo del plazo para interponer recurso es el conocimiento suficiente de ese acto. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, según el Tribunal de Justicia, si la normativa nacional controvertida en el litigio principal respeta el principio de equivalencia.<sup>132</sup>

En lo atinente al requisito relativo al *principio de efectividad* en el caso de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, el Tribunal de Justicia recuerda que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procedimental nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del DUE debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento, su desarrollo y las peculiaridades de este, ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento.<sup>133</sup>

En consecuencia, para el Tribunal de Justicia, una norma de procedimiento nacional como la que se discute en el asunto *J.P.* (2020) puede, en principio, estar justificada por razones referentes a la seguridad jurídica y al buen desarrollo del procedimiento de examen de las solicitudes de protección internacional. A falta de tal norma, las decisiones relativas a los solicitantes que no hayan designado domicilio no podrían notificárseles oficialmente y desplegar así sus efectos. Además, si la notificación practicada en la

132 STJ (Sala Primera) de 09/09/2020, *Commissaire général aux réfugiés y aux apátrides*, asunto C-651/19 [ECLI:EU:C: 2020:681], apartado 41.

133 Véase STJ (GS) de 24/10/2018, *XC y otros*, asunto C 234/17 [ECLI:EU:C: 2018:853], apartado 49.

sede de la autoridad nacional no diera inicio al cómputo de los plazos para interponer recurso que se establecen en relación con las decisiones relativas a estos solicitantes, “podrían impugnarse judicialmente sin sujeción a límite temporal alguno, e incluso no adquirir jamás firmeza, con el resultado de que las autoridades nacionales competentes se verían en la imposibilidad de extraer las consecuencias necesarias de las decisiones desestimatorias en lo relativo, en particular, a la estancia de los solicitantes en cuestión”.<sup>134</sup>

En Luxemburgo coinciden con lo señalado por el Gobierno belga respecto a que una normativa nacional como la controvertida ofrece a los solicitantes que no estén en condiciones de indicar a las autoridades competentes una dirección postal segura la posibilidad de remediar este inconveniente mayor, ya que disponen de un mecanismo legal que permite que las resoluciones, citaciones y demás solicitudes de información que los conciernan se pongan a su disposición en un lugar seguro, al que, en principio, ya han acudido. Desde esta perspectiva, tal normativa facilita el ejercicio del derecho de estos solicitantes a un recurso efectivo y contribuye al respeto de su derecho de defensa.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia establece que esta normativa solo puede tener tal efecto si se cumple el siguiente doble requisito: por un lado, que se informe debidamente al solicitante de que, si no comunica una dirección en el Estado miembro de que se trata, los correos que la Administración competente le dirija en el marco del examen de su solicitud de protección internacional se le remitirán a la sede del Comisionado General para los Refugiados y Apátridas y, por otro lado, que las condiciones de acceso a dicha sede no hagan excesivamente difícil la recepción de dichos correos.<sup>135</sup>

134 STJ (Sala Primera) de 09/09/2020, *Commissaire général aux réfugiés y aux apátrides*, asunto C-651/19 [ECLI:EU:C: 2020:681], apartados 43-44.

135 Ídem, apartado 48.

En cuanto al plazo preclusivo de diez días, el cual incluye los días festivos, para interponer recurso contra una decisión por la que se declara inadmisibile una solicitud de protección internacional posterior, el Tribunal de Justicia entiende que el artículo 46, apartado 4 (Directiva 2013/32/UE) atribuye a los Estados miembros el cometido de establecer plazos razonables para que los solicitantes de protección internacional puedan ejercitar su derecho a un recurso efectivo, precisando que los plazos que se establezcan no deben hacer imposible o excesivamente difícil dicho ejercicio. En este sentido se ha reconocido, en interés de la seguridad jurídica, la compatibilidad con el DUE de la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, ya que unos plazos de este tipo no son de naturaleza tal que hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la UE. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que corresponde a los Estados miembros determinar, para las normativas nacionales que entren en el ámbito de aplicación del DUE, plazos en función, en particular, de la importancia para los interesados de las decisiones que han de adoptarse, la complejidad de los procedimientos y de la legislación que debe aplicarse, el número de personas a las que pueden afectar y los demás intereses públicos o privados que deban tenerse en cuenta.<sup>136</sup>

No obstante, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para respetar las exigencias del *principio de efectividad*, dicho plazo “debe ser materialmente suficiente para la preparación e interposición de un recurso efectivo”.<sup>137</sup> Solamente puede considerarse que un plazo con dichos requisitos si se garantiza el acceso del solicitante a las garantías procesales —tales como la posibilidad de obtener asistencia jurídica y representación gratuitas, así como el acceso a un asesor jurídico dentro de ese plazo—, extremo que corresponde comprobar al órgano

136 Ídem, apartado 53.

137 Ídem, apartado 57.

jurisdiccional remitente. A este respecto, y sin perjuicio de esta comprobación, un plazo de diez días que incluye los festivos no resulta materialmente insuficiente para preparar e interponer un recurso efectivo contra una decisión por la que se declara inadmisibles una solicitud de protección internacional posterior.<sup>138</sup>

En el asunto *F.M.S. y otros* (2020) se discute si el artículo 13 (“Vías de recurso”, Directiva 2008/115/UE)<sup>139</sup> —en relación con el artículo 47 (CDFUE)— debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual *la modificación, por parte de una autoridad administrativa, del país de destino mencionado en una decisión de retorno anterior* solo puede ser impugnada por el nacional del tercer país de que se trate por medio de un recurso presentado ante una autoridad administrativa cuyas resoluciones no son recurribles por vía judicial, y, por otra parte, obliga, en tales circunstancias, a ese órgano jurisdiccional a declararse competente para resolver el recurso presentado ante él por el que se impugna la legalidad de tal modificación. En el asunto que tratamos, después de que la autoridad competente en materia de asilo desestimara, por considerarlas inadmisibles, las solicitudes de protección internacional de los demandantes en los litigios principales y adoptara, al mismo tiempo, las decisiones de retorno por las que se les requiere para que abandonen el territorio húngaro hacia Serbia, la autoridad de policía de extranjería de primer grado modificó las referidas decisiones, ordenando a dichos demandantes que abandonaran el territorio húngaro hacia sus países de origen (Afganistán e Irán). Dichos demandantes solo pudieron impugnar las resoluciones modificativas formulando impugnación de las mismas ante la autoridad a que se refiere el artículo 65, apartado 3, ter, de la Ley

138 Ídem, apartados 63-64.

139 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.*

húngara relativa a la entrada y permanencia de nacionales de terceros países, y que, con arreglo a la última frase del mencionado precepto, no cabe ningún recurso contra las resoluciones por las cuales la autoridad competente en materia de asilo, actuando en calidad de autoridad de policía de extranjería, desestimó las impugnaciones formuladas por los citados demandantes contra las resoluciones modificativas.<sup>140</sup>

El citado artículo 13, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE), garantiza al nacional de un tercer país de que se trate el derecho efectivo a interponer recurso contra las *decisiones de retorno*, las *decisiones de prohibición de entrada en el territorio de los Estados miembros* y las *decisiones de expulsión*, ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia.

El Tribunal de Justicia, el asunto *F.M.S. y otros* (2020), examina si la resolución por la que se modifica el país de destino mencionado en una decisión de retorno anterior constituye una de las decisiones contra las que dicho precepto garantiza el derecho efectivo a interponer recurso. En virtud del artículo 5 (Directiva 2008/115/UE) —sentencian en Luxemburgo—, cuando la autoridad nacional competente tenga intención de adoptar una *decisión de retorno*, deberá velar en particular por que se respete el *principio de no devolución*.<sup>141</sup>

El respeto de tal principio se aprecia en relación con el país hacia el cual se tiene la intención de ordenar el retorno de la persona de que se trate. De ello se infiere que, antes de que se pueda modificar el país de destino, la autoridad nacional competente

140 STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367], apartados 109-110.

141 Véase STJ (Sala Quinta) de 11/12/2014, *Khaled Boudjlida*, asunto C 249/13 [ECLI:EU:C: 2014:2431], apartado 49; y -STJ (GS) de 8/05/2018, *K. A. y otros (Reagrupación familiar en Bélgica)*, asunto C 82/16 [ECLI:EU:C: 2018:308], apartado 103.

debe proceder a una nueva evaluación del respeto del *principio de no devolución*, distinta de la que tuvo que realizar con ocasión de la adopción de la decisión de retorno anterior. Asimismo, contrariamente a lo que parece sugerir el Gobierno húngaro, la modificación de una decisión de retorno anterior *no puede considerarse una decisión de expulsión adoptada como consecuencia de esa decisión de retorno*, en el sentido del artículo 8 (Directiva 2008/115/UE). En efecto, de este último artículo se desprende que “una decisión de expulsión se adopta en ejecución de una decisión de retorno, por lo que debe respetar el contenido de esta última. De ello se sigue que *una decisión de expulsión no puede modificar el país de destino mencionado en la decisión de retorno que ejecuta*”.<sup>142</sup>

Esta interpretación es conforme con el objetivo perseguido por la Directiva 2008/115/UE, que consiste en establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, respetando plenamente los derechos fundamentales y la dignidad de las personas afectadas. El hecho de equiparar la resolución por la que se modifica el país de destino mencionado en una decisión de retorno anterior a una nueva decisión de retorno supone, en consecuencia, que la autoridad nacional competente debe, en el momento en que se plantea esa modificación de la decisión de retorno, velar por que se respete el conjunto de normas procedimentales establecidas en la Directiva 2008/115/UE como marco regulador de la decisión de retorno. Por lo tanto, esa equiparación permite garantizar una aplicación de la política de expulsión y de repatriación que sea al tiempo eficaz y respetuosa con los derechos fundamentales de la persona de que se trate. Consiguientemente,

[...] una modificación del país de destino mencionado en una decisión de retorno anterior constituye una nueva decisión de retorno, en el sentido del artículo 3, punto 4, de

142 STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C:2020:367], apartados 118-120. Sin resaltar en el original.

la Directiva 2008/115/UE, contra la que el nacional de un tercer país de que se trate debe tener el derecho efectivo a interponer un recurso, en el sentido del artículo 13, apartado 1, de dicha Directiva”.<sup>143</sup>

Al determinar la naturaleza del recurso garantizado por el citado artículo 13, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE), el Tribunal de Justicia entiende que según surge de la propia redacción de esta disposición se desprende que, tal recurso, debe poder ser ejercitado por la persona que es objeto de la decisión de retorno. En consecuencia, contrariamente a lo que parece sostener el Gobierno húngaro, la existencia en virtud del derecho nacional de unas facultades generales de vigilancia de la legalidad de las decisiones de retorno, reconocidas al Ministerio Fiscal y que lo habilitan con carácter exclusivo para impugnar, en su caso, dicha decisión por vía judicial, no constituye un recurso que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 13, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE).

Ahora bien, según vimos, surge de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las características del derecho efectivo a interponer un recurso —en conformidad con el artículo 13, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE)—, deben determinarse de acuerdo con el artículo 47 (CDFUE). Por consiguiente, este último artículo “impone a los Estados miembros la obligación de garantizar, en algún punto del procedimiento, la posibilidad para el nacional de un tercer país de que se trate de someter a la consideración de un órgano jurisdiccional toda impugnación relativa a una decisión de retorno adoptada por una autoridad administrativa”.<sup>144</sup> De ello se sigue que una normativa nacional en virtud de la cual el destinatario de una decisión administrativa de retorno no puede denunciar su irregularidad ante, al menos, un órgano jurisdiccional

<sup>143</sup> Ídem, apartado 123.

<sup>144</sup> Ídem, apartado 129. Véase además -STJ (Sala Primera) de 13/12/2017, *El Hassani*, asunto 403/16 [ECLI:EU:C: 2017:960], apartado 41.



no cumple los requisitos del artículo 13, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE) y del artículo 47 (CDFUE).

En el asunto *F.M.S. y otros* (2020), en virtud de la normativa nacional pertinente, solo cabe impugnar la resolución administrativa que modifica la decisión de retorno inicial ante la autoridad competente en materia de asilo y que contra la resolución que desestime tal impugnación no cabe ningún recurso. De ello se sigue que semejante normativa solo sería compatible con el artículo 13, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE) si la autoridad que se pronunció sobre tales impugnaciones pudiera ser considerada un órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 47 (CDFUE), “lo que supone que dicha autoridad cumpla el requisito de independencia, en el sentido de dicho artículo”. Para el Tribunal de Justicia “no es este el caso”. La autoridad competente en materia de asilo está sometida al ministro responsable de las fuerzas del orden, por lo que forma parte del Poder Ejecutivo. Por lo tanto, el aspecto externo del requisito de independencia que caracteriza a un órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 47 (CDFUE) “supone que el órgano en cuestión ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a nadie y sin recibir órdenes ni instrucciones, cualquiera que sea su procedencia, estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios de los que conozca e influir en sus decisiones”. Más concretamente, y “conforme al principio de separación de poderes que caracteriza el funcionamiento de un Estado de Derecho, debe garantizarse la independencia de los tribunales frente a los poderes Legislativo y Ejecutivo”. De lo expuesto hasta el momento se infiere que una normativa nacional que establece que una resolución debe impugnarse por la persona afectada ante una autoridad que no reúne los requisitos impuestos por el artículo 47 (CDFUE), y sin que se garantice un control judicial posterior de la resolución que dicha autoridad

adopte, es incompatible con el artículo 13, apartado 1 (Directiva 2008/115) y vulnera, asimismo, el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 47 (CDFUE), “al privar al interesado de toda tutela judicial efectiva frente a una decisión de retorno que lo afecte”.<sup>145</sup>

El Tribunal de Justicia también examina si el DUE autoriza, en las circunstancias expuestas hasta aquí, al órgano jurisdiccional remitente a declararse competente para conocer de los recursos interpuestos ante él por los demandantes en el litigio principal y dirigidos a que se anulen las resoluciones mediante las cuales la autoridad competente en materia de asilo, actuando como autoridad de policía de extranjería, desestimó las impugnaciones de aquellos frente a las resoluciones administrativas por las que se les requiere para que regresen a sus países de origen. En virtud del principio de primacía del DUE —aclaran en Luxemburgo—, en el supuesto de que no resulte posible interpretar la normativa nacional conforme a las exigencias del DUE, cualquier juez nacional que conozca de un asunto en el marco de su competencia estará obligado, como órgano de un Estado miembro,

[...] a abstenerse de aplicar cualquier disposición nacional contraria a una disposición de [el DUE] con efecto directo en el litigio de que conoce. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 47 [CDFUE] *se basta por sí solo y no es preciso que sea desarrollado por otras normas del [DUE] o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal.*<sup>146</sup>

145 Ídem, apartados 133-137.

146 Véase -STJ (GS) de 14/04/2018, *Vera Egenberger*, asunto C 414/16 [ECLI:EU:C: 2018: 257], apartado 78; STJ (GS) de 29/07/2019, *Alekszij Torubarov*, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C: 2019:626], apartado 56; y STJ (GS) de 9/11/2019, *A. K. y otros* (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), asuntos acumulados C 585/18, C 624/18 y C 625/18 [ECLI:EU:C: 2019:982], apartado 162. Sin resaltar en el original.

Lo mismo cabe decir del artículo 13, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE), habida cuenta de que las características del recurso contemplado en esa disposición deben determinarse de conformidad con el artículo 47 (CDFUE), que viene a reafirmar el *principio de tutela judicial efectiva*.<sup>147</sup>

El Tribunal de Justicia pone énfasis en si bien, ante la inexistencia de una normativa de la UE en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos individuales conferidos por el ordenamiento jurídico de la misma Unión, “incumbe no obstante a los Estados miembros la responsabilidad de garantizar, en cada caso, la observancia del derecho a la tutela judicial efectiva de dichos derechos como esta se garantiza en el artículo 47 [CDFUE]”.<sup>148</sup>

El DUE no obliga, en principio, a los Estados miembros a crear, para garantizar la defensa de los derechos que el mismo confiere a los justiciables, vías de recurso ante sus tribunales nacionales distintas de las existentes en el derecho nacional. Sin embargo, no sucede así en el supuesto de que se desprenda del sistema del ordenamiento jurídico nacional en cuestión que no existe ninguna vía de recurso judicial que permita, siquiera sea por vía incidental, garantizar el respeto de los derechos que el DUE confiere a los justiciables, o en el caso de que la única vía de los justiciables para acceder a un juez fuera verse obligados a infringir el Derecho.

147 STJ (GS) de 29/07/2019, *Alekszjij Torubarov*, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], apartados 55-56; y STJ (GS) de 9/11/2019, *A. K. y otros* (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), asuntos acumulados C 585/18, C 624/18 y C 625/18 [ECLI:EU:C:2019:982], apartado 163.

148 STJ (GS) de 9/11/2019, *A. K. y otros* (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), asuntos acumulados C 585/18, C 624/18 y C 625/18 [ECLI:EU:C:2019:982], apartado 115.

Corresponde, por tanto, a los órganos jurisdiccionales nacionales, declararse competentes para conocer del recurso presentado por la persona interesada para defender los derechos que le garantiza el DUE si las normas de procedimiento internas no ponen a su disposición un recurso en semejante caso. De esta manera, el hecho de que en el derecho del Estado miembro de que se trate no exista un recurso judicial que permita controlar la legalidad, a la luz DUE, de una decisión administrativa de retorno —como la que se describe en el asunto *F.M.S. y otros* (2020)—, no puede exonerar al juez nacional de su obligación de garantizar la plena efectividad del artículo 13, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE) que, “al estar dotado de *efecto directo*, puede constituir, por sí mismo, un título de competencia directamente aplicable, cuando no ha sido transpuesto correctamente en el ordenamiento jurídico nacional”. De ello se infiere que el *principio de primacía* del DUE y el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 47 (CDFUE), obligan al órgano jurisdiccional remitente a declararse competente para conocer de los recursos interpuestos por los demandantes en el litigio principal contra las resoluciones de la autoridad competente en materia de asilo por las que se desestiman sus impugnaciones frente a las resoluciones administrativas que les requieren para regresar a sus países de origen, y a “dejar inaplicada, si es preciso, cualquier disposición nacional que le prohíba proceder de tal manera”.<sup>149</sup>

#### 14. Tipificación del delito de “Facilitación de la inmigración irregular”. Medidas restrictivas de la libertad. El concepto de “pena de prisión” en el Reglamento Dublín III

149 STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367], apartados 145-146.

El artículo 353/A del Código Penal húngaro —de 13 de julio de 2012—, titulado “Facilitación de la inmigración irregular”, establece lo siguiente:

(1) Quien realice actividades de organización dirigidas: a) a *permitir que se inicie un procedimiento de asilo* a una persona que no ha sufrido persecución en el país del que es nacional, en su país de residencia habitual o en cualquier otro país por el que haya llegado, por razón de su raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular, convicciones religiosas o políticas, y no tenga motivos válidos para temer persecuciones directas, o b) a ayudar a una persona que haya entrado o que resida ilegalmente en Hungría a obtener un permiso de residencia, *podrá ser puesto en confinamiento, a menos que haya cometido un delito más grave.* (2) *Quien proporcione recursos materiales* que permitan cometer el delito tipificado en el apartado 1 o realice las mencionadas actividades de organización de forma regular será castigado con una pena de prisión de un año como máximo. (3) Quien cometa el delito tipificado en el apartado 1: a) para obtener un beneficio económico, b) ayudando a más de una persona o c) a una distancia de menos de ocho kilómetros de la frontera o de un marcador fronterizo de la frontera exterior en el sentido del artículo 2, punto 2, del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (código de fronteras Schengen) [(DO 2016, L 77, p. 1)], será castigado con la pena prevista en el apartado 2. (4) La condena del autor del delito tipificado en el apartado 1 podrá reducirse sin restricciones o levantarse, en los casos que merezcan un trato particular, si el autor revela las circunstancias en las que cometió el delito, a más tardar, en el momento de su procesamiento. (5) A efectos del presente artículo, *se entenderá por actividades de organización*, dirigidas al fin indicado en el apartado 1, en particular: a) la vigilancia en las fronteras, en la frontera o en un marcador fronterizo de la frontera exterior de Hungría en

el sentido del artículo 2, punto 2, del Reglamento 2016/399; b) *la elaboración o difusión de documentos informativos u ordenar a un tercero que lleve a cabo tales actos y c) la creación o explotación de una red.*<sup>150</sup>

Al impulsar el recurso por incumplimiento contra Hungría (cfr. art. 258 TFUE), la Comisión estima que dicho país infringió la Directiva 2013/32/UE y la Directiva 2013/33/UE. Se sostiene en particular que la formulación de los elementos constitutivos de este delito es “extensiva” e “imprecisa”. Aun cuando —según la exposición de motivos del citado artículo 353/A—, la instauración de este delito se justifica por el mayor riesgo de uso abusivo del procedimiento de asilo, el ámbito de aplicación del delito que tratamos no se limita únicamente a cubrir la presentación de una solicitud deliberadamente abusiva o el hecho de inducir a error a las autoridades. Según la propia Comisión, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional húngaro relativa al citado artículo 353/A no ha conseguido aclarar esta cuestión, ya que ha remitido a los tribunales ordinarios la responsabilidad de determinar en qué casos la asistencia al solicitante de asilo puede equipararse a la “ayuda humanitaria” y, por lo tanto, eludir la tipificación como delito.<sup>151</sup>

Por otra parte, la Comisión considera que la obligación de demostrar una intención caracterizada del autor del delito tipificado en el artículo 353/A (Código Penal húngaro) tampoco ofrece garantías suficientes a quienes presten asistencia a los solicitantes de asilo. En su opinión, dicho artículo se basa en la premisa errónea de que quien ejerce una actividad de organización para ofrecer tal asistencia sabe de antemano si esos solicitantes de asilo cumplen los requisitos exigidos para obtener asilo en Hungría, siendo así que no le corresponde decidir si tienen la condición de refugiados. Además —en línea con el artículo 51, apartado 2,

150 Se cita según versión en español en STJ de 16/11/2021, *Comisión/Hungría*, asunto C-821/19 [ECLI:EU:C:2021:930], apartado 20. Sin resaltar en el original.

151 Ídem, apartados 44-46.

letra f), de la Ley sobre el Derecho de Asilo húngara—, el artículo 353/A, apartado 1, del Código Penal permite sancionar una actividad de organización dirigida a permitir que una persona que no sufre persecución en un país a través del cual haya llegado o que no tiene motivos válidos para temer una persecución directa en él presente una solicitud de asilo. La Comisión señala que, en el marco de la situación de crisis generada por una inmigración masiva decretada en Hungría desde 2015, las solicitudes de asilo solo pueden presentarse en las zonas de tránsito de Röszke (Hungría) y de Tompa (Hungría), situadas en la frontera serbo-húngara, a las que únicamente se puede acceder desde Serbia (calificado como “tercer Estado seguro”). Por consiguiente, en la gran mayoría de los casos, se declara la inadmisibilidad de dichas solicitudes en virtud de la legislación húngara. En tal contexto, quienes proporcionan asistencia o información sobre la presentación de las solicitudes de asilo deben saber inevitablemente que los solicitantes que se encuentren en una zona de tránsito solo pueden haber llegado a ella a través de Serbia y que, en principio, no podrán obtener el derecho de asilo en virtud del derecho húngaro. En consecuencia, estima que resulta fácil probar el elemento intencional en quienes ejercen tales actividades.<sup>152</sup>

En tercer lugar, la Comisión considera que el hecho de que la comisión del delito tipificado en el artículo 353/A, apartado 1, del Código Penal requiera el ejercicio de una actividad de organización tampoco constituye una garantía suficiente. En su opinión, la definición de la actividad de organización es objeto de una formulación “extensiva” e “imprecisa” que no permite excluir que el mero hecho de ayudar a una persona a presentar una solicitud de asilo esté sancionado penalmente, ya que el artículo 353/A, apartado 5, de dicho Código se limita a enumerar ejemplos, particularmente generales, de actividades de organización. La jurisprudencia constitucional húngara, por otra parte, no ha aportado

152 Ídem, apartados 47-49.

seguridad jurídica a este respecto, ya que encomienda a los tribunales ordinarios la tarea de definir con precisión qué constituye una actividad de organización.

Que una actividad puede calificarse de actividad de organización, a efectos del artículo 353/A, aunque no se lleve a cabo de forma regular y únicamente pretenda ayudar a una sola persona y, por otro lado, que quien preste apoyo económico, aunque sea modesto, a una organización de la sociedad civil que proporcione documentación sobre las normas de la UE en materia de asilo a los solicitantes de asilo que se encuentren en una zona de tránsito puede exponerse a una sanción penal.

El gobierno húngaro alega, entre otras cuestiones que, habida cuenta de la expresión “dirigidas a”, el artículo 353/A, apartado 1, del Código Penal únicamente puede entenderse en el sentido de que tipifica un delito doloso. Por consiguiente, una persona solo puede ser sancionada sobre la base de dicho artículo en el supuesto de que las autoridades puedan probar, más allá de toda duda razonable, que actuó sabiendo que la persona en cuyo interés ejerció la actividad de organización no estaba expuesta a persecución o que los temores de esta al respecto carecían de fundamento, y que quiso que, gracias a esa actividad, dicha persona pudiera iniciar un procedimiento de asilo u obtener un permiso de residencia. Considera que de la exposición de motivos del artículo 353/A del Código Penal se desprende claramente que este último “tiene como objetivo sancionar la asistencia al recurso abusivo al procedimiento de asilo y la ayuda a la inmigración basada en el engaño, así como los actos dirigidos a organizar tales actividades”. Por lo tanto, a efectos de las actuaciones penales, las autoridades húngaras deben probar que el autor tuvo como objetivo ayudar a quienes deseaban presentar una solicitud de protección internacional a eludir la normativa, a abusar del régimen de asilo o a esquivar las normas relativas a los permisos de residencia. Consiguientemente, el delito tipificado en el artículo 353/A del Código Penal “no puede ser cometido por personas y organizaciones de buena fe, que



no pretendan alcanzar objetivos prohibidos por la ley o eludir la aplicación del Derecho”.<sup>153</sup>

El Tribunal de Justicia, a su turno, decide declarar —en lo que aquí interesa— que Hungría ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud: de los artículos 8, apartado 2 (“Información y asesoramiento en centros de internamiento y en puestos fronterizos”)<sup>154</sup>, y 22, apartado 1 (“Derecho a asistencia jurídica y representación legal en todas las fases del procedimiento”)<sup>155</sup>, ambos de la Directiva 2013/32/UE, así como del artículo 10, apartado 4, (“Condiciones del internamiento”)<sup>156</sup> de la Directiva

153 Ídem, apartados 60-61.

154 La norma citada dice: “Los Estados miembros *garantizarán que las organizaciones y personas que presten asesoramiento y consejo a los solicitantes tengan acceso efectivo a los solicitantes que se encuentren en los puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores*. Los Estados miembros podrán establecer normas que regulen la presencia de estas organizaciones y personas en dichos puestos fronterizos y, en particular, que el acceso esté sujeto a un acuerdo con las autoridades competentes del Estado miembro. Podrán imponerse limitaciones de acceso solo cuando, en virtud del Derecho nacional, sean necesarias objetivamente para la seguridad, el orden público o la gestión administrativa de los puestos fronterizos en cuestión, siempre y cuando con ello el acceso no resulte seriamente limitado o imposibilitado”. Sin resaltar en el original.

155 La norma citada dice: “Se brindará a los solicitantes la oportunidad de consultar, a su costa, de manera efectiva a un asesor jurídico u otro consejero, admitido o permitido como tal en virtud del Derecho nacional, sobre asuntos relativos a sus solicitudes de protección internacional, en todas las fases del procedimiento, incluso después de una resolución desestimatoria”.

156 La norma citada dice: “*Los Estados miembros garantizarán que los familiares, los asesores jurídicos o consejeros y las personas representantes de organizaciones no gubernamentales competentes reconocidas por el Estado miembro de que se trate tengan la posibilidad de ponerse en contacto con los solicitantes y de visitarlos en condiciones que respeten la intimidad*. Podrán imponerse límites al acceso solo cuando, en virtud del Derecho nacional, sean objetivamente necesarios para la seguridad, el orden público o la gestión administrativa del centro de internamiento, siempre que el acceso no resulte por ello seriamente restringido o imposibilitado”. Sin resaltar en el original.

2013/33/UE<sup>157</sup>. Ello al sancionar penalmente en su derecho interno el comportamiento de todo aquel que, en el marco de una actividad de organización, preste asistencia para formular o presentar una solicitud de asilo en su territorio, cuando pueda demostrarse, más allá de toda duda razonable, que era consciente de que dicha solicitud no podía prosperar con arreglo a ese Derecho. Además, se le atribuye el incumplimiento de los artículos 8, apartado 2 (“Información y asesoramiento en centros de internamiento y en puestos fronterizos”), 12, apartado 1, letra c) (“Garantías para los solicitantes”)<sup>158</sup>, y 22, apartado 1 (“Derecho a asistencia jurídica y representación legal en todas las fases del procedimiento”), de la Directiva 2013/32/UE, así como del ya citado artículo 10, apartado 4, de la Directiva 2013/33/UE, al privar del derecho a aproximarse a sus fronteras exteriores a toda persona sospechosa de haber cometido tal delito.<sup>159</sup>

#### *A. Internamiento de los solicitantes de protección internacional*

En el ámbito de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal en lo Contencioso-Administrativo y en lo Social de Szeged (Hungría), se discute sobre la legalidad del régimen de internamientos

157 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* (DO L 180 de 29.6.2013, pp. 96-116).

158 La norma citada dice: “Los Estados miembros garantizarán, respecto de los procedimientos establecidos en el capítulo III, que todos los solicitantes disfruten de las siguientes garantías: (...) no poder negarles la posibilidad de ponerse en contacto con el ACNUR o con otra organización que preste asesoramiento jurídico o consejo a los solicitantes de conformidad con el Derecho del Estado miembro de que se trate”.

159 STJ de 16/11/2021, *Comisión/Hungría*, asunto C-821/19 [ECLI:EU:C:2021:930], parte resolutiva.

a solicitantes de protección internacional que dicho país aplicaba al momento de iniciarse el asunto ante el Tribunal de Justicia.<sup>160</sup>

El órgano jurisdiccional remitente se interroga si el artículo 2, letra h) (“Definiciones”), de la Directiva 2013/33/UE y el artículo 16 (“Condiciones del internamiento”)<sup>161</sup> de la Directiva 2008/115/UE, deben interpretarse en el sentido de que la *obligación que recae en un nacional de un tercer país de permanecer, sin solución de continuidad, en una zona de tránsito situada en la frontera exterior de un Estado miembro y que no puede abandonar legalmente de forma voluntaria en ninguna dirección, constituye un “internamiento”, en el sentido de dichas Directivas.*

El asunto en cuestión es trascendente porque permite al Tribunal de Justicia fijar un concepto propio de “internamiento” siguiendo el siguiente circuito interpretativo.<sup>162</sup>

En lo que respecta al concepto de internamiento —incluido en la Directiva 2013/33/UE—, en Luxemburgo interpretan, que, de la propia redacción del citado artículo 2, letra h) “resulta que el internamiento supone una privación, y no una mera restricción, de la libertad de circulación que se caracteriza por el hecho de aislar a la persona de que se trate del resto de la población en un lugar determinado”. Esta interpretación se ve confirmada, además, por la génesis de esta disposición<sup>163</sup>: el régimen jurídico del

160 STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367].

161 La norma citada dice: “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: (...) «internamiento»: el confinamiento de un solicitante por un Estado miembro en un lugar determinado donde se priva al solicitante de la libertad de circulación”.

162 STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367], apartados 216-225.

163 Véase título 3, punto 4, de la exposición de motivos de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros [COM(2008) 815 final], que dio lugar a la Directiva 2013/33

internamiento establecido por la Directiva 2013/33/UE se basa en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las medidas de detención de solicitantes de asilo —de 16 de abril de 2003—, y en las Directrices del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) —de 26 de febrero de 1999— sobre los criterios y normas aplicables a las detenciones de solicitantes de asilo.<sup>164</sup>

La nombrada Recomendación define las medidas de reclusión de los solicitantes de asilo como “el hecho de mantener[los] en un perímetro estrechamente delimitado o restringido, en el que están privados de libertad”, precisando, al mismo tiempo, que, “en términos generales, no se considera que las personas que están sujetas a limitaciones de domicilio o residencia se encuentran sometidas a medidas de reclusión”. Por otra parte, las referidas Directrices del ACNUR definen la reclusión de los solicitantes de asilo como “la privación de libertad o el confinamiento en un lugar cerrado que el solicitante de asilo no es libre de abandonar, lo cual incluye —aunque no únicamente— las prisiones o centros de reclusión, de recepción en régimen cerrado, de internamiento y las instalaciones construidas a estos efectos”, precisando al mismo tiempo que la diferencia entre la privación de libertad (reclusión) y las restricciones menores a la libertad de circulación es “de grado o de intensidad, y no de naturaleza o de sustancia”.<sup>165</sup>

El contexto en el que se inserta el artículo 2, letra h), de la Directiva 2013/33/UE también demuestra —según el Tribunal de Justicia— que por el término “internamiento” ha de entenderse “una medida coercitiva que se utiliza como *último recurso* y que no constituye una mera limitación de la libertad de circulación del solicitante de protección internacional”. De esta forma, el artículo

164 Véase STJ (Sala Cuarta) de 14/09/2017, *K*, asunto C 18/16 [ECLI:EU:C:2017:680], apartado 46.

165 Véase STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C:2020:367], apartado 220.

8, apartado 2 (“Internamiento” Directiva 2013/33/UE) dispone que “solo es posible ordenar una medida de internamiento cuando no se puedan aplicar efectivamente medidas menos coercitivas”. Por otra parte, con arreglo al artículo 8, apartado 4 (Directiva 2013/33/UE) los Estados miembros velarán por que el derecho nacional “establezca normas que ofrezcan alternativas al internamiento, como la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza o la obligación de permanecer en un lugar determinado”. Debe interpretarse que esta última alternativa al internamiento remite a las restricciones a la libertad de circulación del solicitante de protección internacional autorizadas por el artículo 7 (Directiva 2013/33/UE), “debiéndose entender que, conforme a dicho artículo, esas restricciones *no pueden afectar a la esfera inalienable de la vida privada de ese solicitante* y deben ofrecerle suficiente margen para garantizar el acceso a todos los beneficios concedidos con arreglo a dicha Directiva”.<sup>166</sup>

De lo expuesto el Tribunal de Justicia concluye en que, el internamiento de un solicitante de protección internacional —en el sentido del citado artículo 2, letra h), de la Directiva 2013/33/UE—, “*constituye una 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*”.<sup>167</sup>

En lo que respecta al “concepto de internamiento” en la Directiva 2008/115/UE, ha de señalarse —afirman en Luxemburgo— que no se encuentran elementos que permitan considerar que el legislador de la UE haya pretendido dotar a dicho concepto de un significado diferente del que reviste en el contexto de la Directiva 2013/33/UE. Esta última, en particular su artículo 8, apartado 3, letra d), contempla expresamente entre los casos admisibles de “internamiento”, aquel en el que el nacional de un

<sup>166</sup> Ídem, apartado 222. Sin resaltar en el original.

<sup>167</sup> Ídem, apartado 223. Sin resaltar en el original.

tercer país de que se trate ya está internado en el marco de un procedimiento de retorno con arreglo a la Directiva 2008/115/UE. Ello “viene a ratificar la interpretación según la cual el concepto de «internamiento», en el sentido de ambas Directivas, abarca una única y misma realidad”.<sup>168</sup>

Enfocándose directamente en la cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia resalta que 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 Rösztke, 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 m<sup>2</sup>. 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. Los jueces de Luxemburgo coinciden con el Abogado General en que, la permanencia de los demandantes en los litigios principales en esa zona de tránsito, no se distingue de un régimen de internamiento.

El Tribunal de Justicia recuerda, además, que el argumento esgrimido por el Gobierno húngaro según el cual los demandantes en el litigio principal tienen libertad para abandonar la zona de tránsito de Rösztke para desplazarse a Serbia, no desvirtúa la apreciación de que la permanencia de esos demandantes en dicha zona de tránsito no se diferencia de un régimen de internamiento: una eventual entrada de los demandantes en los litigios principales en Serbia sería considerada ilegal por ese tercer país y, por consiguiente, estos se expondrían a sanciones. En consecuencia, por esa razón concreta, no puede considerarse que dichos demandantes tengan posibilidades reales de abandonar la zona de tránsito de Rösztke. Por otra parte, si abandonan el territorio

168 Ídem, apartado 224.

húngaro, se arriesgan a perder la oportunidad de conseguir el estatuto de refugiado en Hungría.<sup>169</sup>

Finalmente, el Tribunal de Justicia interpreta que las Directivas 2008/115/UE y 2013/33/UE han de interpretarse en el sentido de que la obligación impuesta a un nacional de un tercer país de permanecer sin solución de continuidad en una zona de tránsito cuyo perímetro está delimitado y cerrado, y en cuyo interior sus movimientos están limitados y sometidos a vigilancia, sin que sea legalmente posible abandonarla de forma voluntaria en ninguna dirección, “constituye una privación de libertad, característica de un «internamiento» en el sentido de dichas Directivas”.<sup>170</sup>

### *B. Internamiento superior a cuatro semanas*

El Tribunal en lo Contencioso-Administrativo y en lo Social de Szeged (Hungría) también pregunta si el artículo 43 (“Procedimientos fronterizos”, Directiva 2013/32), debe interpretarse en el sentido de que *se opone al internamiento de un solicitante de protección internacional en una zona de tránsito durante un período superior a cuatro semanas*. El Gobierno húngaro, por su lado, niega que las solicitudes de asilo de los demandantes en los litigios principales hayan sido de objeto de un procedimiento de examen basado en las disposiciones nacionales de transposición del artículo 43 de la Directiva 2013/32/UE.

169 Con arreglo al artículo 80/J de la Ley sobre el Derecho de Asilo húngara, solo pueden formular una nueva solicitud de asilo en una de las dos zonas de tránsito de Röszke y de Tompa. Asimismo, según el artículo 80/K de la misma ley, la autoridad competente en materia de asilo puede decidir archivar el procedimiento de protección internacional si el solicitante abandona cualquiera de esas dos zonas, sin que esa decisión pueda ser impugnada a través de un procedimiento contencioso-administrativo.

170 STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367], apartado 233.

El Tribunal de Justicia señala, en primer lugar, que el citado artículo 43, apartado 1 (Directiva 2013/32/UE) ofrece a los Estados miembros la posibilidad de estipular, en la frontera o en las zonas de tránsito, procedimientos específicos para tomar decisiones sobre la admisibilidad, con arreglo al artículo 33 (Directiva 2013/32/UE), de una solicitud de protección internacional presentada en estos lugares o sobre el fondo de esa solicitud en alguno de los casos establecidos en el artículo 31, apartado 8 (Directiva 2013/32/UE), “siempre que esos procedimientos cumplan los principios y garantías fundamentales del capítulo II” de la misma Directiva. En virtud del artículo 43, apartado 2 (Directiva 2013/32), esos procedimientos específicos deben tramitarse dentro de un *plazo razonable*, debiendo entenderse que, si no se ha adoptado una decisión desestimatoria de la solicitud de protección internacional transcurrido el plazo de cuatro semanas, el Estado miembro de que se trate debe conceder al solicitante la entrada en su territorio y su solicitud debe resolverse, transcurrido ese plazo de cuatro semanas, de conformidad con el procedimiento ordinario. Además, del considerando 38 (Directiva 2013/32/UE) se desprende que ese procedimiento fronterizo va dirigido a que los Estados miembros puedan pronunciarse sobre las solicitudes de protección internacional formuladas en la frontera o en una zona de tránsito de un Estado miembro antes de que se tome una decisión sobre la entrada de los solicitantes en su territorio.

De esta manera, los Estados miembros están autorizados a obligar a los solicitantes de protección internacional a permanecer, *durante un plazo máximo de cuatro semanas*, en sus fronteras o en una de sus zonas de tránsito con objeto de examinar, antes de tomar una decisión sobre su derecho de entrada en su territorio, si su solicitud no es inadmisibile, en virtud del artículo 33 (Directiva 2013/32/UE), o si no debe considerarse infundada con arreglo al artículo 31, apartado 8 (Directiva 2013/32/UE). Esta situación está contemplada en el artículo 8, apartado 3, letra c), de la Directiva 2013/33/UE, con arreglo al cual los Estados miembros podrán internar a un solicitante de protección internacional con objeto de



decidir, en el marco de un procedimiento, sobre su derecho a entrar en el territorio. Por lo demás, los artículos 10, apartado 5, y 11, apartado 6, de la Directiva 2013/33/UE se refieren expresamente a la regulación del internamiento de un solicitante de protección internacional en un puesto fronterizo o en una zona de tránsito en el marco de la aplicación de los procedimientos específicos mencionados en el artículo 43 (Directiva 2013/32).

En Luxemburgo interpretan, por lo tanto, que el artículo 43 (Directiva 2013/32/UE) autoriza a los Estados miembros a proceder al “internamiento”, en el sentido del artículo 2, letra h), de la Directiva 2013/33/UE, de los solicitantes de protección internacional que se presenten en sus fronteras, en las condiciones enunciadas en dicho artículo 43 y con objeto de asegurar la efectividad de los procedimientos que contempla. Ahora bien, del mencionado artículo 43, apartados 1 y 2, se desprende que un internamiento basado en dichas disposiciones “*no puede durar más de cuatro semanas*. Aunque en esas disposiciones no se precise la fecha a partir de la cual empieza a correr ese plazo, ha de considerarse que debe contarse a partir de la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional, en el sentido del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2013/32/UE, debiendo entenderse que esa fecha es la del inicio del procedimiento de examen de dicha solicitud”.<sup>171</sup>

De lo dicho, el Tribunal de Justicia infiere que no puede justificarse en virtud del artículo 43, apartados 1 y 2 (Directiva 2013/32/UE) el internamiento de un solicitante de protección internacional en una zona de tránsito más allá de un período de cuatro semanas que empieza a contarse desde la presentación de la solicitud, en el sentido del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2013/32/UE.<sup>172</sup>

El Tribunal de Justicia también expone que, con arreglo al artículo 43, apartado 3 (Directiva 2013/32/UE), cuando la llegada “masiva” de solicitantes de protección internacional imposibilite la

171 Ídem, apartado 240.

172 Ídem, apartado 241.

aplicación de procedimientos específicos establecidos por los Estados miembros, con arreglo al artículo 43, apartado 1, de dicha Directiva, en sus fronteras o en sus zonas de tránsito, dichos procedimientos podrán seguir aplicándose a condición de que los solicitantes de protección internacional de que se trate sean alojados en condiciones normales en las proximidades de esas fronteras o de esas zonas de tránsito. Por lo tanto, el apartado 3 del artículo 43 (Directiva 2013/32/UE) permite a los Estados miembros, en el caso concreto de una llegada masiva de solicitantes de protección internacional, seguir aplicando los procedimientos establecidos en el apartado 1 de dicho artículo aun cuando se haya superado el plazo de cuatro semanas en el que deben tramitarse normalmente esos procedimientos, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo. Sin embargo, de la redacción del apartado 3 del artículo 43 (Directiva 2013/32/UE) se desprende que tales procedimientos solo pueden continuar aplicándose si los solicitantes de protección internacional son alojados, al agotarse el plazo de cuatro semanas establecido en el apartado 2 de dicho artículo, en condiciones normales en las proximidades de la frontera o de la zona de tránsito. Pues bien, al exigir que esos solicitantes sean alojados en “condiciones normales”, el artículo 43, apartado 3, de la Directiva 2013/32 “ha descartado necesariamente que puedan seguir internados”.

En efecto, las condiciones normales de alojamiento de los solicitantes de protección internacional están reguladas en los artículos 17 y 18 (Directiva 2013/33/UE), a tenor de los cuales cualquier solicitante de protección internacional tiene, en principio, derecho a una asignación financiera que le permita alojarse o a un alojamiento en especie en un sitio que no sea un centro de internamiento.

El Tribunal de Justicia infiere, por tanto, que el artículo 43, apartado 3 (Directiva 2013/32) “no autoriza a un Estado miembro a internar a los solicitantes de protección internacional en sus fronteras o en una de las zonas de tránsito más allá del plazo de cuatro semanas”, aun cuando, debido a la llegada masiva de solicitantes de protección internacional, “sea imposible” aplicar los

procedimientos mencionados en el artículo 43, apartado 1, de dicha Directiva en dicho plazo.<sup>173</sup>

### C. Distinción entre “centros de internamiento” y alojamiento “en especie”

El Tribunal de Justicia ha sostenido que, un solicitante de protección internacional que carezca de medios de subsistencia, tiene derecho a una *asignación financiera* que le permita alojarse, o bien a un alojamiento en especie en uno de los lugares contemplados en el artículo 18 (Directiva 2013/33/UE). Estos lugares no pueden confundirse con los centros de internamiento mencionados en el artículo 10 (Directiva 2013/33).

La concesión al solicitante de protección internacional que no dispone de medios de subsistencia de un alojamiento en especie, en el sentido de dicho artículo 18, no puede tener, por lo tanto, como efecto privarle de su libertad de circulación, sin perjuicio de las sanciones que puedan imponérsele con arreglo al artículo 20 (Directiva 2013/33/UE).<sup>174</sup> En consecuencia, para el Tribunal de Justicia, el artículo 8, apartado 3, párrafo primero, de la Directiva 2013/33/UE “*se opone a que un solicitante de protección internacional sea internado por la única razón de que no puede satisfacer sus necesidades*”.<sup>175</sup>

### D. Formalidad y fundamento de la orden de internamiento: examen de la necesidad y proporcionalidad de la misma

De acuerdo con el artículo 9, apartado 2 (Directiva 2013/33/UE), el internamiento de un solicitante de protección internacional

<sup>173</sup> Ídem, apartado 246.

<sup>174</sup> En sentido véase STJ de 12/11/2019, Zubair Haqbin, asunto C-233/18 [ECLI:EU:C: 2019:956], apartado 52.

<sup>175</sup> STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367], apartado 256. Sin resaltar en el original.

debe ser ordenado por escrito por una autoridad judicial o administrativa y, además, dicha orden de internamiento deberá reflejar los motivos de hecho y de derecho en que se fundamenta. El artículo 8, apartado 2 (Directiva 2013/33/UE), por su parte, establece que el internamiento solo puede realizarse cuando ello resulte necesario sobre la base de una evaluación individual de cada caso y siempre que no se puedan aplicar efectivamente medidas menos coercitivas. Las autoridades nacionales “no pueden internar a un solicitante de protección internacional hasta después de haber comprobado, caso por caso, si ese internamiento es proporcionado a los objetivos perseguidos”.<sup>176</sup>

En síntesis, según la interpretación del Tribunal de Justicia, los artículos 8, apartados 2 y 3, y 9, apartado 2, de la Directiva 2013/33/UE se oponen al internamiento de un solicitante de protección internacional sin haber examinado previamente “la necesidad y la proporcionalidad” de esa medida y sin haber adoptado una resolución administrativa o judicial en la que se indiquen los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se ha ordenado.<sup>177</sup>

### *E. Necesidad de un control judicial rápido. Falta de mención del plazo de duración del internamiento*

El artículo 9, apartado 3, párrafo primero (“Garantías de los solicitantes internados”, Directiva 2013/33/UE) exige que cuando una autoridad administrativa ordene el internamiento del solicitante de protección internacional, los Estados miembros “someterán a un control judicial rápido la legalidad del internamiento”, el cual se efectuará de oficio y/o a instancia de la persona internada. Asimismo, el artículo 9, apartado 5 (Directiva 2013/33/UE) prevé

176 STJ (Sala Cuarta) de 14/09/2017, *K.*, asunto C 18/16 [ECLI:EU:C:2017:680], apartado 48.

177 STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C:2020:367], apartado 259.

que la continuidad del internamiento será objeto de control por la autoridad judicial a intervalos de tiempo razonables, de oficio y/o a instancia del solicitante interesado. Por lo tanto, el artículo 9, apartados 3 y 5, de la Directiva 2013/33/UE “se opone a que un Estado miembro no establezca ningún control judicial de la legalidad de la resolución administrativa por la que se ordene el internamiento de un solicitante de protección internacional”.<sup>178</sup>

En cuanto al artículo 9, apartado 1 (Directiva 2013/33/UE), éste dispone que el período de internamiento del solicitante de protección internacional será

[...] lo más breve posible y que solo se le mantendrá internado mientras el motivo de su internamiento siga siendo aplicable, que los procedimientos administrativos que correspondan a ese motivo de internamiento deben tramitarse con la debida diligencia y que las demoras en esos procedimientos que no sean imputables al solicitante no pueden justificar una prórroga del internamiento.

En cambio, no hay ninguna disposición en la Directiva 2013/33/UE que establezca un plazo determinado transcurrido el cual los Estados miembros estarían obligados a poner fin al internamiento de los solicitantes de protección internacional. A este respecto, debe señalarse que, mientras que el artículo 9 de la propuesta de Directiva [COM(2008) 815 final] preveía expresamente que la orden de internamiento debía precisar la duración máxima del mismo, esta exigencia no figura en texto final de la Directiva 2013/33/UE.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia señala que el hecho de que no se determine la duración máxima del internamiento de un solicitante de protección internacional solo es conforme con su derecho a la libertad, en los términos en que figura consagrado en el artículo 6 (CDFUE), en la medida en que dicho solicitante disfrute, como

<sup>178</sup> Ídem, apartado 261.

exige el artículo 9 (Directiva 2013/33/UE), de “garantías procesales efectivas que permitan poner fin a su internamiento en cuanto deje de ser necesario o proporcionado en relación con el objetivo que persigue”. En particular, cuando el internamiento de un solicitante de protección internacional no esté sujeto a un límite temporal, la autoridad decisoria, en el sentido del artículo 2, letra f), de la Directiva 2013/32/UE, debe actuar con la máxima diligencia.<sup>179</sup>

De lo dicho, el Tribunal de Justicia infiere que el artículo 9 (Directiva 2013/33/UE)

[...] no se opone a una normativa de un Estado miembro que no establece un plazo al final del cual deba considerarse automáticamente que el internamiento del solicitante de protección internacional es irregular, siempre y cuando dicho Estado miembro vele, de una parte, porque el internamiento solo dure mientras el motivo que lo justifique siga siendo aplicable y, de otra parte, porque los procedimientos administrativos relacionados con ese motivo se tramiten con diligencia.<sup>180</sup>

## F. Internamiento y decisión de retorno

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szeged (Hungría) pregunta al Tribunal de Justicia si los artículos 15 “Internamiento” y 16 “Condiciones del internamiento” (Directiva 2008/115/UE) deben interpretarse en el sentido de que se oponen —en concreto— a que un nacional de un tercer país *sea internado solo por haber sido objeto de una decisión de retorno y no poder satisfacer sus necesidades*. Para Luxemburgo, el artículo 15 (Directiva 2008/115) se *opone* a dicha práctica.<sup>181</sup>

179 En el mismo sentido STEDH de 22 de junio de 2017, S. M. M. c. Reino Unido, apartado 84.

180 STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367], apartado 267.

181 Ídem, apartado 272.

La cuestión vuelve a plantearse en el asunto *V.L.* (2020)<sup>182</sup> donde el Juzgado de Instrucción N.º 3 de San Bartolomé de Tirajana de Las Palmas (España) pregunta si el artículo 6, apartado 1, párrafo segundo (“Acceso al procedimiento”, Directiva 2013/32/UE) debe interpretarse en el sentido de que el juez de instrucción ante el que se insta el internamiento de un nacional de un tercer país que se halla en situación irregular a los efectos de su devolución está incluido entre las “otras autoridades” a las que se refiere esta disposición, que, pese a ser probable que reciban solicitudes de protección internacional, *no son competentes para registrarlas conforme a su derecho nacional*.

El artículo 6 citado establece que, cuando una persona formule una solicitud de protección internacional ante una autoridad competente para el registro de estas solicitudes con arreglo al derecho nacional, el registro se realizará en el plazo máximo de los tres días hábiles siguientes a que se formule la solicitud. Por su parte, precisa que, en caso de que la solicitud de protección internacional se formule ante “otras autoridades” que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas conforme a su derecho nacional, los Estados miembros velarán por que el registro se realice en el plazo máximo de los seis días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud.

Del tenor del citado artículo 6 —mantienen en Luxemburgo— se desprende con claridad que el legislador de la Unión pretendió adoptar una “concepción amplia” de las autoridades que, pese a carecer de competencia para registrar las solicitudes de protección internacional, pueden no obstante recibir tales solicitudes.<sup>183</sup>

En consecuencia —razonan en Luxemburgo—, dado que resulta plausible que un nacional de un tercer país que se halla en situación irregular formule una solicitud de protección

182 STJ (Sala Cuarta) de 25/06/2020, *V.L.*, asunto C-36/20 PPU [ECLI:EU:C:2020:495].

183 Ídem, apartados 55-58.

internacional ante una autoridad judicial que ha de resolver sobre una petición de internamiento instada por las autoridades nacionales, en particular a los *efectos de su devolución*, procede considerar que el concepto de “otras autoridades” —en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2013/32/UE —, engloba a tal órgano judicial. Por otra parte, no cabe oponer a este razonamiento la circunstancia de que el artículo 6, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 2013/32/UE solamente menciona, como autoridades que es probable que reciban solicitudes de protección internacional, a la policía, los guardias de fronteras, las autoridades de inmigración y el personal de los centros de internamiento. En efecto, esta enumeración, puesto que se introduce mediante la locución “tales como”, no es exhaustiva.<sup>184</sup>

En el asunto *V.L.* (2020) se desprende que éste no había sido informado de la posibilidad de solicitar protección internacional antes de su comparecencia ante la juez de instrucción. Por lo tanto, la circunstancia mencionada por el Gobierno español y el Ministerio Fiscal de que el interesado podía formular posteriormente su solicitud en el centro de internamiento no constituye una razón válida para considerar que no se le debía autorizar a hacerlo ante la juez de instrucción competente para resolver sobre su internamiento. De ello se sigue que, en unas circunstancias como las del procedimiento principal, prohibir a una autoridad judicial como el Juzgado de Instrucción N.º 3 de San Bartolomé de Tirajana que reciba solicitudes de protección internacional “obstaculizaría la consecución del objetivo de garantizar el *acceso efectivo* al procedimiento de concesión de la protección internacional”.<sup>185</sup>

En el asunto *M y otros* (2021), el Consejo de Estado de los Países Bajos, interroga a Luxemburgo sobre si los artículos 3, 4, 6 y 15 (Directiva 2008/115/UE) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro disponga el

184 Ídem, apartados 59-60.

185 Ídem, apartados 66-67. Sin resaltar en el original.



internamiento administrativo de un nacional de un tercer país que se encuentra en situación irregular en su territorio *sin que se haya dictado previamente una decisión de retorno contra él*, con el fin de llevar a cabo su traslado forzoso a otro Estado miembro en el que disfruta del estatuto de refugiado, cuando el nacional del tercer país se haya negado a acatar la orden que se le ha impartido de dirigirse a ese otro Estado miembro.<sup>186</sup>

Según su considerando 2, la Directiva 2008/115/UE pretende establecer una política eficaz de *expulsión y repatriación*, basada en normas comunes, para que las personas afectadas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad. El considerando 4 de dicha Directiva precisa a este respecto que esta “política efectiva de retorno constituye un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada”. Como resulta tanto de su título como de su artículo 1, la Directiva 2008/115/UE establece a estos efectos “normas y procedimientos comunes” que debe aplicar cada Estado miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Sin perjuicio de las excepciones establecidas en su artículo 2, apartado 2 (Directiva 2008/115/UE) se aplicará a todos los nacionales de terceros países que se hallen en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. El concepto de “situación irregular” aparece definido en el artículo 3, punto 2, de dicha Directiva como “la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones [...] de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro”.

De esta definición se desprende —según el Tribunal de Justicia— que todo nacional de un tercer país que se halle en el territorio de un Estado miembro sin cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en él se encuentra, por esa mera razón, en

186 STJ de 24/02/2021, *M y otros*, asunto C-673/19 [ECLI:EU:C:2021:127].

situación irregular. Esto puede ocurrir incluso si, como sucede en el presente caso, el nacional del tercer país disfruta de un permiso de residencia válido en otro Estado miembro por haberle otorgado este el estatuto de refugiado. Además, si un nacional de un tercer país está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115/UE, deben serle, en principio, de aplicación las normas y los procedimientos comunes previstos por esta a los efectos de su expulsión, salvo que hubiera regularizado su situación. Desde ese punto de vista, se desprende, por una parte, del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115/UE que, una vez comprobada su situación irregular, todo nacional de un tercer país debe ser objeto de una decisión de retorno, sin perjuicio de las excepciones previstas en los apartados 2 a 5 de dicho artículo y respetando estrictamente los requisitos establecidos en el artículo 5 de la citada Directiva. De conformidad con el artículo 3, punto 3, de esa Directiva, el retorno tiene lugar hacia el país de origen de dicho nacional, un país de tránsito o un tercer país al que el mencionado nacional decida regresar voluntariamente y que esté dispuesto a admitirlo en su territorio. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115/UE, el apartado 2 del mismo artículo establece, por otra parte, que cuando un nacional de un tercer país en situación irregular disponga de un permiso de residencia en otro Estado miembro, deberá regresar inmediatamente al territorio de dicho Estado miembro. No obstante, según esta disposición, cuando ese nacional de un tercer país no cumpla esta exigencia o cuando su salida inmediata sea necesaria por motivos de orden público o de seguridad nacional, el Estado miembro en el que se encuentre en situación irregular dictará una decisión de retorno a su respecto.<sup>187</sup>

Por lo tanto, del referido artículo 6, apartado 2, se desprende que, a un nacional de un tercer país, titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro, que se halla en situación irregular en el territorio de otro Estado miembro, ha de

<sup>187</sup> Ídem, apartados 29-34.

permitírsele viajar a aquel en vez de adoptar, de entrada, una decisión de retorno contra él, a menos que así lo exijan el orden público o la seguridad nacional.<sup>188</sup>

Ahora bien, esta disposición no puede interpretarse en el sentido de que introduce un supuesto de exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115/UE, que vendría a sumarse a los contemplados en su artículo 2, apartado 2, y que permitiría que los Estados miembros decidieran no aplicar las normas y los procedimientos comunes de retorno a los nacionales de terceros países incurso en situación irregular cuando se niegan a regresar inmediatamente al territorio del Estado miembro que les concede un derecho de residencia. Por el contrario, en tal caso, los Estados miembros en cuyo territorio se encuentran esos nacionales de países terceros en situación irregular están obligados, en principio, en virtud del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115/UE, en relación con el apartado 1 del citado artículo, a adoptar una decisión de retorno que obligue a aquellos a abandonar el territorio de la Unión.<sup>189</sup>

En el asunto en cuestión los nacionales de terceros países de que se trata en los litigios principales disfrutaban del estatuto de refugiado en un Estado miembro distinto del Reino de los Países Bajos. Por lo tanto, no pueden ser devueltos a su país de origen, ya que ello vulneraría el principio de no devolución, que se garantiza en los artículos 18 y 19, apartado 2 (CDFUE) y que, como recuerda el artículo 5 de la Directiva 2008/115/UE, debe ser respetado por los Estados miembros al aplicar dicha Directiva y, por lo tanto, en particular, al considerar la adopción de una decisión de retorno. Por otra parte, de la resolución de remisión se desprende que estos nacionales de terceros países tampoco pueden ser devueltos a un país de tránsito o a un tercer país al que hayan decidido regresar voluntariamente y que los admita en su territorio, en el sentido del artículo 3, punto 3, de la Directiva 2008/115/UE. De ello se

188 Ídem, apartado 35.

189 Ídem, apartados 36-37.

desprende que, en circunstancias como las de los litigios principales, en que ninguno de los países mencionados en el artículo 3, punto 3, de la Directiva 2008/115/UE puede ser destino para el retorno, el Estado miembro de que se trata no puede cumplir jurídicamente la obligación, que le impone el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2008/115/UE, de adoptar una decisión de retorno contra el nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio y que se niegue a dirigirse inmediatamente al Estado miembro en el que disfruta de un permiso de residencia. Además, “esa Directiva no prevé ninguna norma o procedimiento que permita la expulsión de aquel, aunque se encuentre en situación irregular en el territorio de un Estado miembro”.<sup>190</sup>

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 3, 4, 6 y 15 de la Directiva 2008/115/UE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro disponga el internamiento administrativo de un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, con el fin de llevar a cabo su traslado forzoso a otro Estado miembro en el que disfruta del estatuto de refugiado, cuando el nacional del tercer país se haya negado a acatar la orden que se le ha impartido de dirigirse a ese otro Estado miembro y no sea posible adoptar una decisión de retorno contra él.<sup>191</sup>

### *G. Internamiento “manifiestamente contrario” al DUE: el artículo 47 (CDFUE) como garantía*

El órgano jurisdiccional remitente pregunta si el DUE el artículo 47 (CDFUE) deben interpretarse en el sentido de que, cuando el internamiento de un solicitante de protección internacional o de un nacional de un tercer país en situación irregular en el territorio

<sup>190</sup> Ídem, apartados 40-42.

<sup>191</sup> Ídem, apartado 48.

de un Estado miembro *sea manifiestamente contrario a las normas del DUE*, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede, como medida cautelar, *obligar a la autoridad nacional competente a designar en favor de la persona internada ilegalmente un lugar de alojamiento que no sea un lugar de internamiento*.<sup>192</sup>

A este respecto, el Tribunal de Justicia procede señalar que el artículo 15 (“Internamiento”, Directiva 2008/115/UE) “es de contenido incondicional y suficientemente preciso y que, por lo tanto, *tiene efecto directo*. Por razones similares, debe considerarse que el artículo 9 (“Garantías de los solicitantes internados” Directiva 2013/33/UE) también está dotado de *efecto directo*”. Ambos artículos, por lo tanto, constituyen una concreción, en el ámbito de que se trata, del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 47 (CDFUE). Este artículo “*se basta a sí mismo y no es preciso que sea desarrollado por otras normas del [DUE] o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal*”.<sup>193</sup>

El principio de primacía del DUE, así como el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 47 (CDFUE), obligan al órgano jurisdiccional remitente, si considera que los demandantes en el litigio principal son objeto de internamiento, a declararse competente para examinar la regularidad de tal internamiento, dejando inaplicada, si fuera necesario, cualquier disposición nacional que le prohíba actuar en ese sentido.

El artículo 15, apartado 2, último párrafo, de la Directiva 2008/115/UE y el artículo 9, apartado 3, último párrafo, de la Directiva 2013/33/UE disponen expresamente además que, cuando el internamiento se considere ilegal, la persona de que se trate debe ser liberada de inmediato. De ello se infiere que, en un caso semejante, el órgano jurisdiccional nacional debe poder sustituir por su propia decisión la de la autoridad administrativa que ordenó el

192 Ídem, apartado 282.

193 Ídem, apartado 288-289. Sin resaltar en el original.

internamiento y acordar, o bien una medida alternativa al internamiento, o bien la puesta en libertad de la persona de que se trate. Sin embargo, solo puede contemplarse la posibilidad de acordar una medida alternativa al internamiento si el motivo que justificó el internamiento de la persona de que se trata era y sigue siendo válido, pero ese internamiento no es o ha dejado de ser necesario o proporcionado en relación con ese motivo.

En consecuencia, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2008/115/UE y el artículo 9, apartado 3, de la Directiva 2013/33/UE habilitan al órgano jurisdiccional remitente, si no existe ningún órgano jurisdiccional competente con arreglo al Derecho nacional, a poner inmediatamente en libertad a los demandantes en los litigios principales si considera que la permanencia de estos en el sector de la zona de tránsito de Röske reservado a los nacionales de terceros países cuya solicitud de asilo ha sido desestimada constituye un internamiento contrario a las disposiciones del Derecho de la Unión que son aplicables en dicha zona.<sup>194</sup>

Por otra parte, el Tribunal de Justicia recuerda que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, el juez nacional que conoce de un litigio regido por el DUE debe estar facultado para adoptar *medidas provisionales* que garanticen la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados sobre la base del DUE. De lo dicho se infiere que el artículo 26 (“Recursos”, Directiva 2013/33/UE) obliga a que el solicitante de protección internacional cuyo internamiento haya finalizado pueda invocar, ante el órgano jurisdiccional competente con arreglo al derecho nacional, su derecho a que se le conceda una asignación financiera que le permita alojarse o un alojamiento en especie, y que, en virtud del DUE, ese órgano jurisdiccional está habilitado para ordenar medidas cautelares en espera de su resolución definitiva.<sup>195</sup>

194 Ídem, apartado 294.

195 Ídem, apartado 298.

El principio de primacía del DUE y el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 47 (CDFUE), obligan al órgano jurisdiccional remitente a declararse competente para conocer del recurso mencionado si, con arreglo al derecho nacional, no hay ningún otro órgano jurisdiccional competente para ello.

#### *H. Sistema generalizado de internamiento: violación del DUE*

En el asunto *Comisión c. Hungría* (2020) el ejecutivo comunitario reprocha al Estado demandado, en esencia, el incumplimiento de la Directiva 2013/32/UE y de la Directiva 2013/33/UE al haber establecido un *sistema de internamiento generalizado de los solicitantes de protección internacional*, en las zonas de tránsito de Rösztke y de Tómpa<sup>196</sup>, sin respetar las condiciones y garantías que se derivan de estas disposiciones. Hungría, por su parte, rechazó la alegación de la Comisión según la cual la obligación de permanecer en una de esas dos zonas de tránsito constituye internamiento, en el sentido del artículo 2, letra h), de la Directiva 2013/33/UE.

El Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 8, apartado 3, párrafo primero, de la Directiva 2013/33/UE enumera con carácter exhaustivo los distintos motivos que pueden justificar el internamiento de un solicitante de protección internacional. Cada uno de esos motivos responde a una necesidad específica y reviste un “carácter autónomo”. Aunque es cierto que, como indica su considerando 17, esta Directiva no se opone a que los Estados miembros establezcan otros motivos de internamiento, en particular en el marco de un proceso penal, a condición de que sean ajenos al estatuto de solicitante de protección internacional, procede señalar que, “en el caso de autos, el sistema de internamiento de los solicitantes de protección internacional establecido en el artículo

196 Ambas zonas de tránsito fueron clausuradas a causa de la STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C:2020:367].

80/J, apartado 5, de la Ley sobre el Derecho de Asilo no se basa en un motivo ajeno al estatuto de estos”.<sup>197</sup>

Es cierto que, con arreglo al artículo 8, apartado 3, párrafo primero, letras a) y b), de la Directiva 2013/33/UE, se puede internar al solicitante de protección internacional, en particular en las inmediaciones de las fronteras de un Estado miembro, para determinar o verificar su identidad o nacionalidad o para determinar los elementos en que se basa su solicitud de protección internacional y que no podrían obtenerse sin el internamiento. Ahora bien, aunque el correcto funcionamiento del SECA exige que las autoridades nacionales competentes dispongan de información fiable relativa a la identidad o nacionalidad del solicitante de protección internacional y a los elementos en que se basa su solicitud, “tal objetivo no puede justificar que se adopten medidas de internamiento sin que estas autoridades nacionales hayan comprobado previamente, caso por caso, si son proporcionadas a los objetivos perseguidos. Tal comprobación requiere cerciorarse, en particular, de que *el internamiento se utilice como último recurso*”.<sup>198</sup>

Hungría —para el Tribunal de Justicia— no refuta que el sistema de internamiento de los solicitantes de protección internacional consagrado en su Ley sobre el Derecho de Asilo no impone examen individualizado alguno de la proporcionalidad de este internamiento a la luz del objetivo perseguido consistente en verificar la identidad o nacionalidad de estos o los elementos en que se basa su solicitud. Tampoco demuestra —siempre según el Tribunal de Justicia— por qué, a fin de garantizar el mantenimiento del orden público y de la seguridad interior, las infracciones que invoca hacían necesario inaplicar, las garantías asociadas al internamiento de los solicitantes de protección internacional que impone la Directiva 2013/32/UE. El legislador de la Unión

197 Ídem, apartado 169.

198 STJ (Sala Cuarta) de 14/09/2017, *K*, asunto C 18/16 [ECLI:EU:C:2017:680], apartado 48



tuvo debidamente en cuenta el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en virtud del artículo 72 (TFUE)<sup>199</sup> al permitirles, de conformidad con el artículo 8, apartado 3, párrafo primero, letra e), de la Directiva 2013/33/UE,

[...] internar a cualquier solicitante de protección internacional cuando así lo exija la protección de la seguridad nacional y el orden público, lo cual, no obstante, presupone que se haya acreditado que el comportamiento individual del solicitante de protección internacional represente una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad o de la seguridad interior o exterior del Estado miembro de que se trate.

De ello se sigue que —según el Tribunal de Justicia— Hungría no puede ampararse en el artículo 72 TFUE para justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2013/32/UE. Dicho Estado ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 24, apartado 3, y 43 de la Directiva 2013/32/UE y de los artículos 8, 9 y 11 de la Directiva 2013/33/UE “al establecer un sistema de internamiento generalizado de los solicitantes de protección internacional en las zonas de tránsito de Röszye y de Tompa, sin respetar las garantías recogidas en estas disposiciones”.<sup>200</sup>

## 15. Concepto de “centro de internamiento especializado”

En el asunto *K.* (2022)<sup>201</sup> se discute si el artículo 16, apartado 1 (“Condiciones del internamiento”, Directiva 2008/115/UE) debe

199 La norma citada dice: “El presente título se entenderá *sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior*”. Sin resaltar en el original. 200 STJ (GS) de 17/12/2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C:2020:1029], apartado 226.

201 -STJ de 10/03/2022, *K.*, asunto C-519/20 [ECLI:EU:C:2022:178].

interpretarse en el sentido de que una sección específica de un centro penitenciario que, por una parte, aunque dispone de su propio director, está subordinada a la dirección de ese centro y sometida a la autoridad del ministro bajo cuya autoridad se hallan los centros penitenciarios y en la que, por otra parte, se interna, a efectos de expulsión, a nacionales de terceros países en edificios específicos, que disponen de instalaciones propias y separadas de los otros edificios de esa sección en los que están encarceladas personas a las que se ha impuesto una condena penal, puede considerarse un “centro de internamiento especializado”, en el sentido de dicha disposición.

Para el Tribunal de Justicia se debe subrayar que, ni el citado artículo 16 ni ninguna otra disposición de la Directiva 2008/115/UE, definen lo que debe entenderse por este concepto. De ello se deduce que este debe interpretarse conforme al sentido habitual de las expresiones que lo componen en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utilizan dichas expresiones y los objetivos perseguidos por la normativa de la que tales expresiones forman parte. A este respecto, procede señalar que la primera frase del artículo 16, apartado 1, de esta Directiva establece el principio según el cual el internamiento a efectos de expulsión de nacionales de terceros países en situación irregular se efectúa en centros de internamiento especializados. De ello se deduce que los centros de internamiento especializados, en el sentido de esta disposición, tienen por objeto permitir a los Estados miembros ejecutar una decisión por la que se ordena, con arreglo al artículo 15 de dicha Directiva, el internamiento de un nacional de un tercer país en situación irregular, a saber, una medida coercitiva que priva al interesado 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. Asimismo, del tenor de dicho artículo 16, apartado 1, se desprende que “los centros de internamiento especializados se distinguen de los centros penitenciarios, lo que implica que las condiciones de internamiento en esos centros deben presentar ciertas particularidades

respecto de las condiciones normales de ejecución de las penas privativas de libertad en centros penitenciarios”.<sup>202</sup>

En segundo término —para el Tribunal de Justicia—, del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115/UE resulta expresamente que, de no existir otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo que pudieran aplicarse con eficacia, el internamiento de un nacional de un tercer país en situación irregular en el territorio de un Estado miembro

[...] solo puede justificarse con vistas a preparar su retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, en particular cuando haya riesgo de fuga o cuando dicho nacional de un tercer país evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión. Por tanto, únicamente en el supuesto de que la ejecución de la decisión de retorno en forma de expulsión pueda verse dificultada por el comportamiento del interesado, tras una apreciación de cada situación específica, podrán los Estados miembros privar de libertad a ese último mediante un internamiento.<sup>203</sup>

En consecuencia, cuando se ordena a efectos de la expulsión, el internamiento de un nacional de un tercer país en situación irregular solo está destinado a garantizar la efectividad del procedimiento de retorno y no persigue ninguna finalidad punitiva.

En tercer término, —para el Tribunal de Justicia— procede recordar que la Directiva 2008/115/UE tiene por objeto establecer una “política eficaz de expulsión y repatriación”, respetando plenamente los derechos fundamentales y la dignidad de las personas afectadas.<sup>204</sup> Más concretamente, todo internamiento com-

202 Ídem, apartados 33-36.

203 Véase STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367], apartados 268-269.

204 Véase -STJ (Sala Primera) de 14/01/2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d'un mineur non accompagné)*, asunto C-441/19 [ECLI:EU:C: 2021:9], apartado 70.

prendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115/UE está estrictamente regulado por las disposiciones de su capítulo IV, con el fin de garantizar, por una parte, el respeto del principio de proporcionalidad por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos, y, por otra, el respeto de los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países.<sup>205</sup>

En suma, las medidas de internamiento adoptadas en virtud del capítulo IV de la Directiva 2008/115/UE deben, en particular, no vulnerar el derecho a la libertad de los nacionales de terceros países objeto de tales medidas, tal y como se garantiza en el artículo 6 (CDFUE). A este respecto en Luxemburgo recuerdan que, en la medida en que la CDFUE contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por CEDH, su artículo 52, apartado 3, establece que su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere el CEDH, a la vez que precisa que el DUE podrá conceder una protección más extensa. Por tanto, a efectos de la interpretación del artículo 6 (CDFUE), procede tener en cuenta el artículo 5 (CEDH) como nivel mínimo de protección.<sup>206</sup>

En cuarto término, es preciso señalar que el considerando 3 de la Directiva 2008/115/UE se remite a las “directrices sobre el retorno forzoso”, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Según la décima de estas directrices, los nacionales de terceros países internados a efectos de su expulsión “normalmente [...] serán alojad[o]s lo antes posible en centros especialmente designados al efecto, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen adaptados a su situación legal y cuenten con una plantilla integrada por personal cualificado”.<sup>207</sup>

205 Véase STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367], apartado 274.

206 Véase -STJ de 10/03/2022, *K.*, asunto C-519/20 [ECLI:EU:C: 2022:178], apartado 42.

207 Ídem, apartado 44.

El Tribunal de Justicia concluye en que un “centro de internamiento especializado”, en el sentido del artículo 16, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE),

[...] se caracteriza por una disposición y un equipamiento de sus locales y por unas modalidades de organización y de funcionamiento que permiten obligar al nacional de un tercer país en situación irregular alojado en él a permanecer sin solución de continuidad en un perímetro restringido y cerrado, al tiempo que limitan tal imposición a aquello que es estrictamente necesario para garantizar la preparación efectiva de su expulsión. Por lo tanto, las condiciones de internamiento aplicables en tal centro deben ser tales que eviten, en la medida de lo posible, que el internamiento de dicho nacional se asemeje a un encierro en un entorno carcelario, propio de una detención con fines punitivos.

Además, esas condiciones de internamiento deben concebirse de tal manera que se respeten tanto los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE como los derechos consagrados en el artículo 16, apartados 2 a 5, y en el artículo 17 de la Directiva 2008/115/UE.<sup>208</sup>

En segundo término, como subrayó el Abogado General interviniente, el mero hecho de que un lugar de internamiento, que dispone de su propia estructura de dirección, esté vinculado administrativamente a una autoridad que también dispone de competencias respecto de los centros penitenciarios no basta para excluir que ese lugar sea calificado de “centro de internamiento especializado”, en el sentido del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115/UE. En efecto, tal vinculación de carácter meramente administrativo carece, en principio, de pertinencia a este respecto. Solo sería distinto si la aplicación de determinadas condiciones de internamiento guardase relación con tal vinculación.<sup>209</sup>

208 Ídem, apartados 45-46.

209 Ídem, apartado 50.

En tercer término, conforme a la segunda frase del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115/UE, en los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar a los nacionales de terceros países un alojamiento en un centro de internamiento especializado a la espera de su expulsión y tenga que internarlos en un centro penitenciario, dichos nacionales estarán separados de los presos ordinarios. Por tanto, la mera separación, dentro de un mismo centro de internamiento, de los nacionales de terceros países en situación irregular y de los presos ordinarios no basta para considerar que la parte de ese centro en la que esos nacionales están internados a efectos de expulsión constituya un “centro de internamiento especializado”, en el sentido del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115/UE. No obstante, y siempre que tal separación esté garantizada de manera efectiva, la calificación de un centro de internamiento de “centro de internamiento especializado” no queda automáticamente excluida por el hecho de que, como en el caso de autos, una parte separada de un complejo en el que estén internados nacionales de terceros países a efectos de expulsión se destine a encarcelar a personas a las que se haya impuesto una condena penal.<sup>210</sup>

Para el Tribunal de Justicia, si bien es cierto que tal configuración debe por supuesto tenerse en cuenta en la apreciación a la que proceda el órgano jurisdiccional remitente, este debe prestar especial atención igualmente a la disposición de los locales específicamente dedicados al internamiento de nacionales de terceros países, a las normas que precisen sus condiciones de internamiento y a las calificaciones específicas y atribuciones del personal encargado del centro en el que se lleve a cabo ese internamiento y determinar si, a la vista de todos esos elementos,

[...] las imposiciones a las que se hallan sometidos los nacionales de terceros países de que se trata *se limitan a aquello que*

210 Ídem, apartados 51-53.

*es necesario para garantizar un procedimiento de retorno eficaz y evitan, en la medida de lo posible, que dicho internamiento se asemeje a un encierro en un entorno carcelario característico de una detención con fines punitivos.*<sup>211</sup>

Desde esta perspectiva, la circunstancia de que las normas nacionales relativas a la ejecución de las penas sean aplicables, aunque sea por analogía, al internamiento de nacionales de terceros países en espera de su expulsión, constituye un indicio sólido de que ese internamiento no tiene lugar en un “centro de internamiento especializado”, en el sentido del artículo 16, apartado 1 (Directiva 2008/115/UE). A la inversa, el hecho de que al menos la mayor parte del personal encargado de gestionar el internamiento de los nacionales de terceros países con vistas a su expulsión y los principales responsables encargados del funcionamiento del centro en el que se lleva a cabo el internamiento dispongan de una formación específica para ese tipo de gestión constituye un indicio que aboga a favor de la calificación de dicho centro de “centro de internamiento especializado”. Lo mismo cabe decir de la circunstancia de que el personal en contacto directo con esos nacionales de terceros países esté destinado exclusivamente al centro en el que se desarrolla su internamiento y no, simultáneamente, a un centro destinado a encarcelar a personas objeto de condenas penales.<sup>212</sup>

## **16. Concepto de “pena de prisión” en el Reglamento (UE) N.º 604/2013**

El artículo 29 del Reglamento (UE) N.º 604/2013 —conocido como Dublín III— menciona el concepto “pena de prisión”.<sup>213</sup>

211 Ídem, apartado 54.

212 Ídem, apartados 55-56.

213 El artículo citado dice: “1. El traslado del solicitante o de otra persona mencionada en el artículo 18, apartado 1, letras c) o d), desde el Estado miembro requirente al Estado miembro responsable se efectuará de conformidad con el

Mediante el planteo de una cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo en lo Contencioso-Administrativo (Austria) pregunta, en esencia, si el citado el artículo 29, apartado 2, segunda frase, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “pena de prisión” que se menciona en esta disposición *es aplicable al internamiento de un solicitante de asilo en un servicio psiquiátrico hospitalario con autorización judicial con motivo de que dicha persona, a causa de una enfermedad psíquica, representa un peligro manifiesto para sí misma o para la sociedad*.<sup>214</sup>

El referido concepto de “pena de prisión” no está definido por el legislador de la Unión y la disposición que lo contempla no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance. Por lo tanto — sostiene el Tribunal de Justicia—, “es necesaria una interpretación autónoma y uniforme del referido concepto”.<sup>215</sup>

En cuanto al término “*Inhaftierung*”, utilizado en la versión alemana, el Gobierno austriaco sostiene que abarca, en el lenguaje corriente, en particular, la “privación de libertad” y, por tanto, no puede reducirse a una pena de prisión ordenada por un órgano jurisdiccional en el marco de un proceso penal, mientras que el

---

Derecho nacional del Estado miembro requirente, previa concertación entre los Estados miembros afectados, en cuanto sea materialmente posible y a más tardar en el plazo de seis meses a partir de la fecha de aceptación de la petición por otro Estado miembro de hacerse cargo de la persona interesada o de readmitirla, o a partir de la resolución definitiva de un recurso o revisión que, con arreglo al artículo 27, apartado 3, tenga efecto suspensivo (...) 2. Si el traslado no se produce en el plazo de seis meses, el Estado miembro responsable quedará exento de la obligación de hacerse cargo o de readmitir a la persona interesada, y la responsabilidad se transferirá al Estado miembro requirente. *Este plazo podrá ampliarse hasta un año como máximo en caso de que el traslado no pudiera efectuarse por motivo de pena de prisión de la persona interesada o hasta un máximo de 18 meses en caso de fuga de la persona interesada*. Sin resaltar en el original.

214-STJ de 31/03/2022, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Placement d'un demandeur d'asile dans un hôpital psychiatrique*, asunto C-231/21 [ECLI:EU:C:2022:237], apartado 41.

215 Ídem, apartado 43.



Gobierno alemán considera que este concepto podría entenderse en dicho sentido más reducido.<sup>216</sup>

Más concretamente, en su acepción habitual, el término “pena de prisión” o “pena privativa de libertad” —interpretan en Luxemburgo— denota una pena privativa de libertad que, por regla general, debe ser cumplida en un centro penitenciario y que es impuesta por un órgano jurisdiccional al considerar, al término de un proceso penal, que puede declararse a una persona culpable de un delito. Además, según su significado habitual, este mismo término incluye también la prisión provisional, ordenada, en principio, mediante decisión judicial en el marco de un proceso penal, de una persona sospechosa de haber cometido una infracción penal. En consecuencia,

[...] de acuerdo con este sentido ordinario, el internamiento involuntario de una persona en un servicio psiquiátrico hospitalario, con la autorización de un tribunal, debido a que sufre una enfermedad psíquica que la hace especialmente peligrosa para sí misma o para la sociedad no puede calificarse de «pena de prisión» en el sentido del artículo 29, apartado 2, segunda frase, del Reglamento Dublín III.<sup>217</sup>

El Tribunal de Justicia agrega que, una medida de internamiento con arreglo a la Ley de internamiento se produce sin que la persona en cuestión haya sido condenada por haber cometido una infracción penal o sin que sea sospechosa de haber cometido tal infracción. Por lo tanto, tal internamiento difiere, por obedecer a fundamentos distintos, del internamiento psiquiátrico de una persona que se ordenó por haber cometido una infracción por la que, sin embargo, no puede ser considerada penalmente responsable a causa de una enfermedad psíquica que sufría en el momento en que se produjeron los hechos que se le imputan.

216 Ídem, apartado 47.

217 Ídem, apartados 49-50.

Una interpretación del concepto de “pena de prisión” en sentido amplio, a efectos del artículo 29, apartado 2, segunda frase, del Reglamento Dublín III, “según la cual dicho concepto incluye todas las medidas privativas de libertad, incluidas las que no se imponen en el marco de un proceso penal por una infracción cometida por la persona en cuestión o porque se sospecha que esta la ha cometido, no tendría en cuenta el carácter excepcional, subrayado por el Tribunal de Justicia, de tal prórroga”. Dicho artículo, “debe interpretarse en sentido estricto, según un principio consagrado por reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.<sup>218</sup>

218 Ídem, apartado 56.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRISKETA URIARTE, J., “The reform of the Dublin III Regulation: how to build further enforcing mechanisms”, en *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. 23, 2019, pp. 263-272.
- ACNUR, Comité Español, *¿Qué Es El Convenio De Dublín?*
- ACNUR, *Consideraciones jurídicas sobre el acceso al territorio para las personas en necesidad de protección internacional en el contexto de la respuesta frente al COVID-19*, 2020.
- ACNUR, *Nota sobre Protección Internacional*, 52º período de sesiones, 13 de septiembre de 2001 (A/AC.96/951),
- ACNUR, *Nota sobre Protección Internacional*, 9 Julio 2021 (A/AC.96/1211).
- ACNUR, *Persecución por motivos de género: Posición del ACNUR, 2000*. ACNUR, “*The Refugee Legal Woman Group RLWG, Gender Guidelines*”, 2017.
- ACNUR, *Posición de ACNUR sobre los retornos a Ucrania*, 2022.
- ACNUR, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of R.A. and Others v. Poland (Appl. No. 42120/21) before the European Court of Human Rights, February 2022*.
- ACNUR, *Trabajos En Europa*
- AGUILAR CALAHORRO, A., “El derecho a la vivienda de los migrantes”, 2021, en PORRAS RAMÍREZ, J. M.<sup>a</sup> (Dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España*.

- AKKERMAN, T. “Partidos de extrema derecha y políticas de inmigración en la UE”, en *Anuario CIDOB de la Inmigración 2019*, Barcelona, 2019, pp. 51-66.
- ARANGO, J., MAHÍA, R., MOYA, D. Y SÁNCHEZ-MONTIJANO, E. (Dir.), “El año de los refugiados” en *Anuario CIDOB de Inmigración 2015-2016*, Barcelona, 2016, pp. 12-26.
- BALAGUER PÉREZ, A., “El derecho a la salud de los migrantes”, en PORRAS RAMÍREZ, J. M.<sup>ª</sup> (Dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*; Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 411-442.
- BAUMAN, Zygmunt, *Archipiélagos de excepciones*, 1ª ed., Madrid, Katz Editores, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt, *Extraños llamando a la puerta*, 1ª ed., CABA, Paidós, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2005.
- BOLLO AROCENA, M.<sup>ª</sup> D., “Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el Derecho de la Unión: el incierto futuro del Visado Humanitario Europeo y del Marco Europeo de Reasentamiento”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, N.º 60, 2019, pp. 219-264.
- BOROWSKI, Martín, “Libertades de mercado y derechos fundamentales en la Unión Europea”, en AA:VV, *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1ª ed., Buenos Aires, Eudeba, Fundación Alexander von Humboldt, 2012.
- CARRERA, S., SANTOS VARA, J., STRIK, T. (Eds.), *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis. Legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar publishing, 2019, pp. 155 y ss.

- CATALDI, Giuseppe; DEL GUERCIO, Adele y LIGUORI, Anna (Ed.), *Migration and asylum policies systems, challenges and perspectives*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- CLAYTON, Gina, “Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v Belgium and Greece”, *Human Rights Law Review*, Oxford University Press, 2011.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Hacia dónde va el nuevo sistema europeo común de asilo: Retos, amenazas y propuestas*, 2017, Madrid.
- Commissioner for Human Rights, *Position Paper from the Council of Europe Commissioner for Human Rights. Positions on the right to seek and enjoy asylum*, Estrasburgo, 24 de junio de 2010.
- Comunicación de la Comisión UE, *COVID-19: Directrices sobre la aplicación de las disposiciones pertinentes de la UE en materia de procedimientos de asilo y retorno y de reasentamiento*, 17 Abril 2020.
- Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana, 35º período de sesiones, A/HRC/35/25, 28 de abril de 2017*.
- Consejo de Derechos Humanos, *Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar, 47º período de sesiones, A/HRC/47/30, 12 de mayo de 2021*.
- Consejo Europeo de Tampere, Conclusiones de la presidencia, 1999.
- Council of Europe, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of Protocol nro. 4 to the Convention, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto*, Strasbourg, 1976.
- Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1994.

- DI FILLIPPO, M., “*The allocation of competences in asylum procedures under EU Law*”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 59, 2018, pp. 41-95.
- DONAIRE VILLA, F.J., “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia tras el Tratado de Lisboa: entre supranacionalidad e integración diferenciada”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, N.º. 35, 2010, pp. 337-364.
- European Court of Human Rights, *Guide on article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights. Prohibition of collective expulsions of aliens*, Council of Europe, updated on 31/12/2021.
- European Union Agency for Aylum (EUAA), *Quarterly Overview of Asylum Case Law, Issue No. 1, March 2022*.
- European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration, Edition 2020*.
- FAGGIANI, V., “El derecho a la vida familiar y la tutela preferente de la niñez migrante”, en PORRAS RAMÍREZ, J. M.ª (Dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*; Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 293-323.
- Anna FAZZINI, “The protection of migrants against collective expulsions between restriction and uncertainty: reading the ECtHR’s N.D. and N.T. v. Spain judgment”, *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (eds), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- FERNÁNDEZ ROJO, D., “Los *hotspots*: expansión de las tareas operativas y cooperación multilateral de las agencias europeas Frontex, Easo y Europol”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º. 61, 2018, pp. 1013-1056.
- FERRAJOLI, L., *Per una Costituzione della Terra. L’umanità al bivio*. (Trad. Esp., Madrid, Trotta, 2022).

- GARCÉS MASCAREÑAS, B., “Por qué esta crisis de refugiados es distinta”, en *CIDOB Opinión*, N.º 708, 2022.
- GARCÍA COSO, E., *La regulación de la inmigración irregular: derechos humanos y el control de fronteras en la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- GATTA, Francesco Luigi, “*Tell me your story, but hurry up because I have to expel you*”- *Asady and Others v. Slovakia: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT ‘own culpable conduct’ test to collective expulsions*, Strasbourg Observers, 6 de mayo de 2020.
- GATTA, Francesco Luigi, *Systematic push back of ‘well behaving’ asylum seekers at the Polish border: M.K. and Others v. Poland*, Strasbourg Observers, 7 de Octubre de 2020.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ C., “*La acogida a los refugiados ucranianos: algunos desafíos e incertidumbres*”, en ARI 28/2022.
- HERNÁNDEZ BOLOGNA, Agostina Carla, “Expulsiones colectivas de personas migrantes en España”, *Papeles el tiempo de los derechos*, Red tiempo de los derechos (Huri-Age), nro. 17, 2020.
- HOBSBAWN, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, 2ª ed., Barcelona, Crítica Grijalbo Mondadorí, 1995.
- JANER TORRENS, J. D., “El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y la seguridad interior”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 61, 2018, págs. 899-932-
- ANNA LIGUORI, “Two Courts but a similar outcome – No Humanitarian Visas”, en *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (eds), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- MANGAS MARTÍN, A., “Artículo 45: libertad de circulación y residencia”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 718-733.

- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., “La inclusión de la mujer migrante”, en PORRAS RAMÍREZ, J. M.<sup>a</sup> (Dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*; Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 259-292.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.<sup>a</sup> L., *La política europea de protección internacional. Sistema Europeo Común de Asilo*, Madrid, Aranzadi, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “Políticas de inmigración y mercados de trabajo inclusivos”, 2021, en PORRAS RAMÍREZ, J. M.<sup>a</sup> (Dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España*.
- MOLE, Nuala y MEREDITH, Catherine; “Asylum and the European Convention on Human Rights”, *Human rights files*, No. 9, Council of Europe Publishing, 2010.
- MORARU, Madalina; CORNELISSE, Galina; y DE BRUYCKER, Philippe (Ed.), *Law and judicial dialogue on the return of irregular migrants from the European Union*, Series Modern Studies in European Law, Hart, 2020.
- MORGADES GIL, S., *De refugiados a rechazados: el Sistema Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- MOSCHETTA, T. M.<sup>a</sup>, “I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d’asilo nei recenti sviluppi dell’iter di riforma del regime di Dublino”, en *Rivista di Diritto Pubblico, Comparato ed Europeo* N.º 5, 2018, pp. 1-22.
- MOYA MALAPEIRA, D., “La crisis humanitaria de Ucrania debe forzar avances inesperados en el Sistema Europeo de Asilo”, en *CIDOB*, 713, 2022.
- NAÏR, S., *Refugiados: frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*. Madrid, Crítica, 2016.
- ORGAD, L. “The citizen makers: ethical dilemmas in immigrant integration”, en *European Law Journal*, 25, 6, 2019, pp. 524-543.



- PACELLI Angela, “The Reception Directive 2013/33/EU: legal framework and analysis in recent judgments of the European Courts”, *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, A. Del Guercio, A. Liguori (eds), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- PAPA, Anabel Soledad, “Las expulsiones colectivas en el caso “N.D. y N.T. vs. España” de la Gran Sala ¿Un giro inexplicable?”, *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, Año VII, nro. 2, 2020.
- PIZZOLO, Calogero (Coord.), *Integración Regional & Derechos Humanos, Puntos de Convergencia*, ASTREA, Buenos Aires, 2021.
- PIZZOLO, Calogero, *El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto*, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2022.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M<sup>a</sup>, “La estrategia común europea para la integración e inclusión de los migrantes y de los ciudadanos de origen migrante” en PORRAS RAMÍREZ, J. M<sup>a</sup> (Dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 19-53.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M<sup>a</sup>, “La respuesta europea a la crisis de los refugiados”, en *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, Año VII, N.º 2, 2019, pp. 5-39.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M<sup>a</sup>, “Un pacto sobre inmigración y asilo en la Unión Europea”, en PORRAS RAMÍREZ, J. M<sup>a</sup> (Dir.), *Migraciones y Asilo en la Unión Europea*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp.145-171.
- JOSÉ M. PORRAS RAMÍREZ, “El Derecho al Asilo en la Unión Europea”, *Integración Regional y Derechos Humanos, Puntos de Convergencia*, Calogero Pizzolo (Coord.), Editorial Astrea, 2021, pp. 305-326.
- PORRAS RAMÍREZ, José María, “El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la

- globalización”, *Revista de Estudios Políticos*, N.º 75, 2017, pp. 207-234.
- Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 12 de mayo 2021, *Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar* (A/HRC/47/30).
- Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 30 Julio 2021, *Un año y medio después: el impacto de la Covid en los derechos humanos de los migrantes* (A/76/257).
- REQUENA DE TORRE, M. D., “La asistencia sanitaria a inmigrantes irregulares y a solicitantes de protección: ¿un derecho universal a la salud?”, en AA.VV, *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro homenaje a Jörg Luther*, Madrid, Thomson Reuters, 2020, págs. 22 y ss.
- REQUENA DE TORRE, M<sup>a</sup>. D., “El restablecimiento de los controles fronterizos como excepción normalizada”, en *La Ley. Unión Europea*, N.º. 103, 2022.
- SCUTO, F., *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, Milano, Giuffré, 2012.
- ŠUTOVA, Milica y DIMOVSKI, Aleksandar, “Fundamental rights of refugees/migrants during migration influx”, *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, Napoli, Editoriale Scientifica s.r.l., 2020.
- VIDAL PRADO, C., “El derecho a la educación de los migrantes” en PORRAS RAMÍREZ, J. M<sup>a</sup> (Dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*; Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 147-177.
- ZAMPEDRI, Vanesa, “Un mundo con un lugar y derechos... ¿para todos? La situación de los refugiados en la Unión Europea”, *Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet*, año VI, nro. 1, 2018, pp. 31 a 54.

# ÍNDICE JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO

## 1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH (Primera Sección) de 30/06/2022, *A.I. y otros c. Polonia* [Aplicación No. 39028/17].
- STEDH (Primera Sección) de 30/06/2022, *A.B. y otros c. Polonia* [Aplicación No. 42907/17].
- STEDH (Primera Sección) de 08/07/2021, *D.A. y otros c. Polonia* [Aplicación No. 51246/17].
- STEDH (Primera Sección) de 23/07/2020, *M.K. c. Polonia* [Aplicaciones Nos. 40503/17, 42902/17 y 43643/17].
- STEDH (Quinta Sección) de 25/06/2020, *Moustabi c. Francia* [Aplicación No. 9347/14].
- STEDH (Gran Sala) de 05/03/2020, *M.N. y otros c. Bélgica* [Aplicación No. 3599/18].
- STEDH (Tercera Sección) de 24/03/2020, *Asady y otros c. Eslovaquia* [Aplicación No. 24917/15].
- STEDH (Gran Sala) de 13/2/2020, *N.D. y N.T. c. España* [Aplicaciones Nos. 8675/15 y 8697/15].
- STEDH (Tercera Sección) de 20/12/2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia* [Aplicaciones Nos. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07].
- STEDH (Tercera Sección) de 20/12/2016, *Shioshvili y otros c. Rusia* [Aplicación No. 19356/07].

- STEDH (Gran Sala) de 15/12/2016, *Khlaifia y otros c. Italia* [Aplicación No. 16483/12].
- STEDH (Sección Segunda) de 21/10/2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* [Aplicación No. 16643/09].
- STEDH (Gran Sala) de 3/7/2014, *Georgia c. Rusia* [Aplicación No. 13255/07].
- STEDH (Gran Sala) de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Aplicación No. 27765/09].
- STEDH (Segunda Sección) de 26/04/2007, *Gebremedhin [Gebre-ramadhien] c. Francia* [Aplicación No. 25389/05].
- STEDH (Tercera Sección) de 05/02/2002, *Čonka y otros c. Bélgica* [Aplicación No. 51564/99].

## 2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJ de 31/03/2022, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Placement d'un demandeur d'asile dans un hôpital psychiatrique)*, asunto C-231/21 [ECLI:EU:C: 2022:237].
- STJ de 10/03/2022, *K.*, asunto C-519/20 [ECLI:EU:C: 2022:178].
- STJ de 03/03/2022, *N. B. y A.B.*, asunto C-349/20 [ECLI:EU:C: 2022: 151].
- STJ de 22/02/2022, *Commissaire général aux réfugiés y aux apatrides (Unité familiale – Protection déjà accordée)*, asunto C-483/20 [ECLI:EU:C: 2022: 103].
- STJ de 16/11/2021, *Comisión/Hungría (Incrimination de l'aide aux demandeurs d'asile)*, asunto C-821/19 [ECLI:EU:C: 2021:930].
- STJ (GS) de 09/11/2021, *L.W.*, asunto C-91/20 [ECLI:EU:C: 2021: 898].
- STJ de 09/09/2021, *Bundesrepublik Deutschland (Membre de la famille)*, asunto C-768/19 [ECLI:EU:C: 2021:709].

- STJ de 02/08/2021, *A y B*, asunto C-262/21 PPU [ECLI:EU:C: 2021:640].
- STJ de 10/06/2021, *Bundesrepublik Deutschland (Notion de “menaces graves et individuelles”)*, asunto C-901/19 [ECLI:EU:C: 2021:472].
- STJ de 10/06/2021, *Land Oberösterreich (Aide au logement)*, asunto C-94/20 [ECLI:EU:C: 2021:477].
- STJ de 15/04/2021, *Estado belga (Éléments postérieurs à la décision de transfert)*, asunto C-194/19 [ECLI:EU:C: 2021:270].
- STJ de 10/03/2021, *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N.*, asunto C-949/19 [ECLI:EU:C: 2021:186].
- STJ de 24/02/2021, *M y otros (Transfert vers un État membre)*, asunto C-673/19 [ECLI:EU:C: 2021:127].
- STJ (Sala Segunda) de 20/01/2021, *Secretary of State for the Home Department*, asunto C-255/19 [ECLI:EU:C: 2021:36].
- STJ (Sala Primera) de 14/01/2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d’un mineur non accompagné)*, asunto C-441/19 [ECLI:EU:C: 2021:9].
- STJ (GS) de 17/12/2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C: 2020:1029].
- STJ (Sala Sexta) de 08/10/2020, *Subdelegación del Gobierno en Toledo (Conséquences de l’arrêt Zaizoune)*, asunto C-568/19 [ECLI:EU:C: 2020:807].
- STJ de 30/09/2020, *CPAS de Liège*, asunto C-233/19 [ECLI:EU:C: 2020:757].
- STJ (Sala Primera) de 09/09/2020, *Commissaire général aux réfugiés y aux apátrides*, asunto C-651/19 [ECLI:EU:C: 2020:681].
- STJ (Sala Quinta) de 16/07/2020, *Milkiyas Addis*, asunto C-517/17 [ECLI:EU:C: 2020:579].
- STJ (Sala Tercera) de 16/07/2020, *Estado belga (Reagrupación familiar — hijo menor)*, asuntos acumulados C 133/19, C 136/19 y C 137/19 [ECLI:EU:C: 2020:577].

- STJ (Sala Cuarta) de 25/06/2020, *V.L.*, asunto C-36/20 PPU [ECLI:EU:C: 2020:495].
- STJ (GS) de 14/05/2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, asuntos acumulados C 924/19 PPU y C 925/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:367].
- STJ de 02/04/2020, *Ruska Federacija*, asunto C-897/19 PPU [ECLI:EU:C: 2020:262].
- STJ (Sala Primera) de 19/03/2020, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tómpa)*, asunto C-564/18 [ECLI:EU:C: 2020:218].
- STJ de 19/03/2020, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, asunto C-406/18 [ECLI:EU:C: 2020:218].
- STJ de 12/12/2019, *E.P. (Amenaza para el orden público)*, asunto C-380/18 [ECLI:EU:C: 2019:1071].
- STJ (GS) de 19/12/2019, *Deutsche Umwelthilfe*, asunto C 752/18 [ECLI:EU:C: 2019:1114].
- STJ de 12/11/2019, *Zubair Haqbin*, asunto C-233/18 [ECLI:EU:C: 2019:956].
- STJ (GS) de 9/11/2019, *A. K. y otros* (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), asuntos acumulados C 585/18, C 624/18 y C 625/18 [ECLI:EU:C: 2019:982].
- STJ (GS) de 29/07/2019, *Alekszij Torubarov*, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C: 2019:626].
- STJ (Sala Quinta) de 23/05/2019, *Mohammed Bilali*, asunto C-720/17 [ECLI:EU:C: 2019:448].
- STJ (GS) de 14/05/2019, *M y otros*, asuntos acumulados C-391/16, C-77/17 y C-78/17 [ECLI:EU:C: 2019: 403], apartado 89.
- STJ (GS) de 19/03/2019, *Bashar Ibrahim y otros*, asuntos acumulados C 297/17, C 318/17, C 319/17 y C 438/17 [ECLI:EU:C: 2019:219].
- STJ de 19/03/2019, *Jawo*, asunto C-163/17 [ECLI:EU:C: 2019:218].

- STJ de 23/01/2019, *M.A. y otros*, asunto C-661/17 [ECLI:EU:C:2019:53].
- STJ (Sala Tercera) de 21/11/2018, *Ahmad Shah Ayubi*, asunto C-713/17 [ECLI:EU:C:2018:929].
- STJ (GS) de 24/10/2018, *XC y otros*, asunto C 234/17 [ECLI:EU:C:2018:853].
- STJ (Sala Segunda) de 4/10/2018, *Ahmedbekova*, asunto C 652/16 [ECLI:EU:C:2018:801].
- STJ (Sala Primera) de 25/07/2018, *A.*, asunto C-404/17 [ECLI:EU:C:2018:588].
- STJ (GS) de 25/07/2018, *Albeto*, asunto C-585/16 [ECLI:EU:C:2018:584].
- STJ (GS) de 8/05/2018, *K. A. y otros (Reagrupación familiar en Bélgica)*, asunto C 82/16 [ECLI:EU:C:2018:308].
- STJ (GS) de 14/04/2018, *Vera Egenberger*, asunto C 414/16 [ECLI:EU:C:2018:257].
- STJ (Sala Segunda) de 12/04/2018, *A y S*, asunto C 550/16 [ECLI:EU:C:2018:248].
- STJ (Sala Tercera) de 25/01/2018, *Aziz Hasan*, asunto C 360/16 [ECLI:EU:C:2018:35].
- STJ (Sala Primera) de 13/12/2017, *El Hassani*, asunto 403/16 [ECLI:EU:C:2017:960].
- STJ (GS) de 25/10/2017, *Shiri*, asunto C 201/16 [ECLI:EU:C:2017:805].
- STJ (Sala Cuarta) de 14/09/2017, *K.*, asunto C 18/16 [ECLI:EU:C:2017:680].
- STJ (Sala Segunda) de 26/07/2017, *Moussa Sacko*, asunto C 348/16 [ECLI:EU:C:2017:591].
- STJ (Sala Primera) de 15/03/2017, *Aquino*, asunto C 3/16 [ECLI:EU:C:2017:209].
- STJ (Sala Segunda) de 30/06/2016, *Toma y Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci*, asunto C 205/15 [ECLI:EU:C:2016:499].

- STJ (GS) de 1/03/2016, *Ibrahim Alo y Amira Osso*, asuntos acumulados C 443/14 y C 444/14 [ECLI:EU:C: 2016:127].
- STJ (Sala Primera) de 24/6/2015, *T.*, asunto C 373/13 [ECLI:EU:C: 2015:413].
- STJ (Sala Cuarta) de 23/04/2015, *Samir Zaizoune*, asunto C 38/14 [ECLI:EU:C: 2015:260].
- STJ (GS) de 18/12/2014, *Mohamed M'Bodj*, asunto C 542/13 [ECLI:EU:C: 2014:2452].
- STJ (Sala Quinta) de 11/12/2014, *Khaleed Boudjlida*, asunto C 249/13 [ECLI:EU:C: 2014:2431].
- STJ (Sala Segunda) de 10/09/2013, *G. y R.*, asunto C 383/13 PPU [ECLI:EU:C:2013:533].
- STJ (Sala Segunda) de 31/01/2013, *H. I. D. y B. A.*, asunto C 175/11 [ECLI:EU:C:2013:45].
- STJ (GS) de 9/11/2010, *B y D, C y otros*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09 [ECLI:EU:C: 2010:661].
- STJ (Sala Sexta) de 18/06/2002, *HI*, asunto C 92/00 [ECLI:EU:C: 2002:379].

### 3. Derecho de la Unión Europea

- Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, *relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida* (DO L 212 de 7.8.2001, pp. 12-23).
- Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251 de 3.10.2003, pp. 12-18).
- 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* (DO L 348 de 24.12.2008, pp. 98-107).

- 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* (DO L 337 de 20.12.2011, pp. 9-26).
- 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* (DO L 180 de 29.6.2013, pp. 60-95).
- 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* (DO L 180 de 29.6.2013, pp. 96/116).
- Reglamento (UE) no 604/2013 del Parlamento Europeo y el Consejo (Reglamento Dublín III), que sustituye al Reglamento (CE) no 343/2003 del Consejo (Reglamento Dublín II), *establece los criterios y mecanismos para decidir sobre qué país recae la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo* (DO L 180 de 29.6.2013, pp. 31-59).

#### **4. Derecho internacional**

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 [*Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 189, p. 137, n.º 2545 (1954)], entró en vigor el 22 de abril de 1954. Fue completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, que entró en vigor el 4 de octubre de 1967.

- Asamblea General O.N.U, A/RES/ 428 (V), 14 de diciembre de 1950.
- Asamblea General O.N.U, A/RES/1400 (XV), 5 diciembre de 1960.
- Asamblea General O.N.U, A/RES/1673 (XVI), 18 diciembre 1961.
- Asamblea General O.N.U, A/RES/2039 (XX), 7 diciembre 1965.
- Asamblea General O.N.U, *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, 19 de septiembre de 2016.
- Asamblea General O.N.U, *Derechos humanos de los migrantes*, Septuagésimo sexto período de sesiones, A/76/257, 30 de julio de 2021.
- Asamblea General O.N.U, *Expulsión de extranjeros*, A/RES/69/119, 18 de diciembre de 2014.



¿Qué medidas ha adoptado la UE y sus Estados miembros para gestionar los flujos masivos de personas que solicitan protección a causa de la invasión rusa a Ucrania? ¿Cuáles son las obligaciones que contraen los Estados miembros [de la UE] para con los requirentes de asilo o beneficiarios de la protección temporal? El [presente] trabajo permite observar en funcionamiento un sistema de protección de derechos humanos multinivel con las particularidades propias del sistema europeo de naturaleza compuesta en la medida que en él se mezcla un derecho de carácter subsidiario —como el que se desarrolla a partir del CEDH—, con otro de carácter supranacional del tipo del DUE. Esto último será determinante para garantizar la tutela efectiva de los derechos involucrados, en especial con el reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de efecto directo al artículo 47 (CDFUE) y a numerosas normas que integran el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).



Universidad  
Nacional  
de Córdoba