

EL IMPACTO DEL PACTO EUROPEO DE MIGRACIÓN Y ASILO

Márgenes para una aplicación garantista con los derechos humanos



Manifestación de la sociedad en las calles de Barcelona 1 de julio 2022 exigiendo justicia a favor de las personas migrantes

(c) Pablo Tosco

El 14 de mayo de 2024 el Consejo Europeo aprobó los 9 reglamentos y la Directiva que forman parte del Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Este Pacto ha recibido importantes críticas por los riesgos que generan para los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas. Compartiendo gran parte de estas críticas, el objetivo de este informe es plantear el marco de interpretación más respetuoso posible con los derechos humanos. Dado que estas normas ofrecen un plazo de dos años para su implementación, se pretende con este texto aportar un elemento más para lograr que los efectos del Pacto sean los menos gravosos posibles para los derechos humanos.

ÍNDICE

Prólogo.....	04
1. Introducción	06
1.1 Planteamiento general	06
1.2 Estructura, objetivos y metodología empleada.....	08
2. Antecedentes y conformación de las reformas. Una nueva lógica: de la segunda fase del SECA al Pacto Europeo sobre Migración y Asilo.....	10
3. La “crisificación” de la migración y la vulneración de derechos fundamentales: una lectura transversal del Pacto.....	12
4. Reformas principales y transformaciones estructurales que el Pacto introduce sobre el sistema de gestión migratoria y de asilo.	15
4.1 Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración (2024/1351).....	15
4.1.1 Introducción al Reglamento.....	15
4.1.2 Cuestiones controvertidas en su interpretación en el ámbito español.....	17
4.1.3 Otras cuestiones problemáticas	20
4.2 Reglamento de introducción del triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores (2024/1356)	22
4.2.1 Introducción al Reglamento.....	22
4.2.2 Cuestiones controvertidas	24
4.2.3 Reglamento por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/816 y (UE) 2019/818 a efectos de la introducción del triaje de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores (2024/1352).....	31
4.3 Reglamento sobre la creación del sistema “Eurodac” (2024/1358)	32
4.3.1 Introducción al Reglamento.....	32
4.3.2 Cuestiones controvertidas	33
4.3.3 Algunas consideraciones a las problemáticas planteadas	35
4.4 Reglamento sobre el procedimiento fronterizo de retorno (2024/1349).....	36
4.4.1 Introducción al Reglamento.....	36
4.4.2 Cuestiones controvertidas	37
4.5 Reglamento sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección (2024/1347).....	39
4.5.1 Introducción al Reglamento.....	39
4.5.2 Cuestiones controvertidas	42
4.6 Reglamento de procedimiento común en materia de protección internacional (2024/1348).....	43
4.6.1 Introducción al Reglamento.....	43
4.6.2 Cuestiones controvertidas	44
4.7 Directiva por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (2024/1346)	50
4.7.1 Introducción a la Directiva	50
4.7.2 Cuestiones controvertidas	51
4.8 Reglamento sobre situaciones de crisis y fuerza mayor (2024/1359).....	54
4.8.1 Introducción al Reglamento.....	54
4.8.2 Cuestiones controvertidas	57
4.9 Reglamento por el que se establece el Marco de Reasentamiento y admisión Humanitaria de la Unión (2024/1350).....	59
4.9.1 Introducción al Reglamento.....	59
4.9.2 Cuestiones controvertidas	60

5. Algunas cuestiones transversales a las normas del Pacto y su encaje en el ordenamiento jurídico español	63
5.1 La configuración de los mecanismos de seguimiento.....	63
5.2 La identificación de los centros de migraciones actuales en el conjunto de centros derivados del PEMA	65
5.2.1 Planteamiento.....	65
5.2.2 Las referencias a ubicaciones o lugares para personas extranjeras en los procedimientos de triaje o fronterizos.....	66
5.3 El impacto del sistema de triaje en el modelo español.....	68
5.4 El interés superior del menor	69
6. Implementación	71
6.1 Proceso y fases de implementación.....	71
6.2 Sobre el Plan Nacional de Implementación español y la aplicación de los reglamentos (y directiva) en España.	74
Notas	78
Bibliografía	82

PRÓLOGO

La **política migratoria está en el centro de la actualidad política española y europea**. El ruido, en muchas ocasiones, de las noticias y los discursos políticos nos hacen olvidar que lo que está en juego es la vida, la dignidad y los derechos de millones de personas.

En los últimos años, la situación de las personas migrantes y demandantes de asilo se ha agravado por dos motivos: **el crecimiento de movimientos políticos abiertamente xenófobos**, que están logrando liderar o condicionar las agendas de muchos gobiernos europeos, **y una política migratoria europea inhumana e ineficaz**, que ahonda en la externalización de fronteras y en los acuerdos con terceros países para contener o rechazar a estas personas. Hasta el extremo que se producen violaciones de derechos empleando fondos europeos, incluso -en ocasiones- fondos destinados a la Ayuda Oficial al Desarrollo ¹.

Pese a que nos referimos al conjunto de normativas aprobadas como **Pacto Europeo de Migración y Asilo**, el entendimiento común no ha sido tal y fruto de ello las negociaciones se han prolongado cuatro años hasta su votación y aprobación el pasado 14 de mayo. Y, lo que es aún más elocuente, pese a lo sugerente y esperanzador del título que evoca la armonización y garantía de derechos en el despliegue de políticas migratorias de todos los estados miembros, la realidad es que básicamente nos encontramos ante reglamentos de gestión de fronteras y controles fronterizos.

Ante esta situación, **desde Oxfam Intermón** hemos generado dos documentos, éste que hoy presentamos y el documento ***El impacto del Pacto Europeo de Migración y asilo. Análisis jurídico de las bases para su implementación en el Estado español***, lanzado en diciembre de 2024. Ambos documentos contienen análisis jurídico para contribuir a la identificación de una interpretación menos lesiva de este acuerdo. Una implementación ajustada al marco normativo es una condición necesaria pero no suficiente. La adecuación de la normativa nacional para su adecuación a este marco no puede sino desplegarse desde el riguroso compromiso de garantía de protección de los derechos humanos de la población en movilidad, con especial atención al impacto indeseable que algunas de las medidas propuestas podrían conllevar para menores y población en situaciones de vulnerabilidad. Con la publicación del primer informe, alertábamos sobre el potencial riesgo de generación de mayores desigualdades y vulneración de derechos que puede traer consigo la implementación del Pacto en España si su aplicación no se traza desde la preservación -al menos- de aquellos estándares de protección y coberturas a la movilidad humana que atenúan los mayores riesgos de vulnerabilidad a los que están expuestas algunas poblaciones (ej. atención humanitaria). En este sentido, el *Informe sobre el Estado de las Migraciones y la Convivencia Intercultural* ²(CONVIVE Fundación Cepaim, 2023) analiza el estado de las migraciones con relación a su proceso de inclusión-exclusión y registra una realidad de ingresos insuficientes, dificultades financieras, falta de protección social (Ingreso Mínimo Vital), desempleo/subocupación o empleo sumergido, infravivienda, escasez o debilidad de redes familiares, rechazo o estigmatización social, y aislamiento.

En esta ocasión, bajo el título ***El impacto del Pacto Europeo de Migración y asilo. Márgenes para una aplicación garantista con los derechos humanos***, analizamos qué opciones observamos para la adecuación del marco normativo nacional bajo una escrupulosa vigilancia, compromiso y atención a la protección de los derechos humanos. Y, para ello, hemos vuelto a encargar este análisis al Observatori de Dret Públic de la Universitat de Barcelona. A través del Grupo de Estudio Sobre Derechos de los Inmigrantes (GESDI), seminario permanente que busca abrir el debate con especialistas en los principales temas y novedades de la inmigración, el Observatorio no sólo recoge las modificaciones procedimentales identificadas por el gobierno español en el plan nacional de implementación presentado el pasado diciembre sino que también avanza las necesidades y posibilidades administrativas para desplegar estas propuestas legales.

El potencial de una igualación de la visión y estándares de política migratoria a lo largo de toda la UE ha sido usado para seguir construyendo una Europa Fortaleza que se aleja de sus valores fundacionales, y niega la propia conformación de nuestras sociedades. El conjunto de la Unión y todos sus estados miembros han elegido negar la posibilidad misma de "existir" a millones de personas, perdiendo así la oportunidad de rediseñar y desplegar nuestros sistemas de protección

de las personas en situación de movilidad. En este sentido, Pilar Cancela Rodríguez, Secretaria de Estado de Migraciones del Gobierno de España, en su presentación de la reciente publicación *Análisis del impacto económico de la discriminación y la desigualdad entre la población autóctona y la extranjera residente en España*³ (promovida por dicha Secretaría y coordinada a través del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) reconoce que “la discriminación menoscaba los principios básicos sobre los que se asientan las sociedades europeas actuales, pues niega los derechos y libertades fundamentales que tienen reconocidas todas las personas en igualdad de condiciones. La lucha contra la discriminación es, por tanto, un imperativo para las autoridades públicas y para la sociedad en general si queremos lograr una ciudadanía plena”.

Sin embargo, **este Pacto se distancia de cualquier compromiso con la plena ciudadanía del conjunto de la población, que además facilitaría cohesionar nuestras sociedades y reforzar el valor de las instituciones públicas.** El resultado de las largas y complejas negociaciones evidencia y agrava una creciente brecha de desigualdades donde se discrimina y priva de derechos a una parte de la población “debido al hecho de ser extranjeras” (OBERAXE, 2023). En este sentido, además de verse obligados a la precariedad vital, la pobreza material, y la exclusión social, al mismo tiempo tienen limitada su participación en lo público institucional (y pese a ello, utilizan su agencia y despliegan prácticas y redes de vecindad en un ejercicio de construcción dinámica colectiva de nuestros barrios y ciudades).

Como país, está en juego que podamos contar con marcos normativos que realmente garanticen la **no discriminación, igualdad de trato, integración e inclusión.**

1. INTRODUCCIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO GENERAL

El 14 de mayo de 2024 el Consejo adoptó el Pacto de la UE sobre Migración y Asilo. Éste ha supuesto la aprobación de nueve Reglamentos y una Directiva que afectan de forma nítida a la regulación actual de las migraciones y, especialmente, del asilo en Europa y, en consecuencia, en España. Se trata de un paquete de reformas impulsadas por la Comisión Europea, que aglutinan los principales cambios normativos propuestos por la Comisión Von der Leyen en el año 2020 tras el fracaso del paquete de reformas de la Comisión Juncker. No obstante, a lo largo de sus casi cuatro años de discusión se han ido añadiendo otras propuestas normativas, planes y una serie de disposiciones no legislativas.

El alcance material del presente estudio requiere por tanto una cierta delimitación ya que los contornos del Pacto son difusos. El estudio se centrará principalmente en el núcleo de las reformas que constituyen el Pacto así como de aquellas que directamente se derivan del mismo y que se detallarán a continuación. No obstante, y ciertamente con un menor nivel de detalle, el estudio prestará también atención a las disposiciones que han acompañado el Pacto pero no forman parte integral del mismo (*European Integration Plan*, *Talent Pool* y *Talent Partnerships*, etc..) o que han sido objeto de reforma durante este período y están vinculados indirectamente (*Blue Card directive*, etc..);

A los efectos del presente estudio el núcleo duro de análisis se compone de las disposiciones legislativas que el Consejo, en fecha 14 de mayo de 2024, ha aprobado definitivamente. Se trata, como se indicaba, de nueve reglamentos y una directiva, en concreto, los siguientes:

1. Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre 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 que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Reglamento de reconocimiento);
2. Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un **procedimiento común en materia de protección internacional** en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE (Reglamento de procedimientos de asilo);
3. Reglamento (UE) 2024/1349 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un **procedimiento fronterizo de retorno** y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1148 (Reglamento de procedimiento fronterizo de retorno);
4. Reglamento (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece el **Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria** de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147 (Marco UE de Reasentamiento);
5. Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la **gestión del asilo y la migración**, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) n.º 604/2013 (Reglamento de gestión del asilo y la migración);
6. Reglamento (UE) 2024/1352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/816 y (UE) 2019/818 a efectos de la introducción del triaje de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores;
7. Reglamento 2024/1356 por el que se introduce el **triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores** (Reglamento de triaje);
8. Reglamento (UE) 2024/1358 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la creación del sistema "**Eurodac**" para la comparación de datos biométricos a efectos de la aplicación efectiva de los Reglamentos (UE) 2024/1351 y (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva 2001/55/CE del Consejo y de la identificación de

nacionales de terceros países y apátridas en situación irregular, y sobre 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, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Reglamento Eurodac);

9. Reglamento (UE) 2024/1359 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las **situaciones de crisis y de fuerza mayor** en el ámbito de la migración y el asilo y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147 (Reglamento de crisis);
10. Directiva (UE) 2024/1346 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por la que se establecen normas para la **acogida de los solicitantes de protección internacional** (Directiva acogida);

Como puede observarse, este paquete de reformas se formula principalmente mediante reglamentos comunitarios, un instrumento legislativo distinto de las Directivas. Este cambio resulta relevante puesto que, mientras que las Directivas requieren de una actuación ulterior de cada Estado miembro para la incorporación del contenido de tales disposiciones a la normativa estatal, en un proceso denominado de transposición, en el caso de los Reglamentos, estos resultan directamente aplicables sin necesidad de ningún procedimiento interno de adaptación en los Estados miembros, porque de acuerdo con el artículo 288 del TFUE, los reglamentos son normas directamente aplicables en los Estados miembros que no requieren transposición, sino implementación, es decir, un despliegue en aras de su ejecución. Cuestión distinta es que la mayoría de los Reglamentos que componen el Pacto (con la excepción del Reglamento sobre Reasentamiento y Admisión humanitaria), posponen su aplicación por un plazo de dos años (aunque hay diferencias entre ellos) de modo que se concede un plazo para que los Estados miembros puedan ajustar sus ordenamientos jurídicos a las reformas y asegurar así que se adoptan las disposiciones ejecutivas necesarias para su despliegue, es decir, para preparar el terreno para su aplicación. Este plazo de dos años es similar al que las Directivas suelen establecer para su transposición (este es el caso de la Directiva 2024/1346), lo cual en la práctica no ayuda a diferenciar netamente entre implementación y transposición en este paquete de reformas.

De hecho, es una de las peculiaridades del proceso de implementación del Pacto. Así, en junio de 2024 la Comisión publicó un Plan Común de Implementación que debía dar lugar a que los Estados elaborasen sus correspondientes planes nacionales de implementación para establecer las líneas fundamentales de las exigencias que la adopción del Pacto plantea en sus respectivos ordenamientos jurídicos y organizaciones institucionales, y que han sido remitidos a la Comisión Europea durante el mes de diciembre de 2024.

En este sentido, el presente estudio pretende proporcionar un análisis de las disposiciones mencionadas con el fin de ofrecer una guía que pueda orientar y acompañar a distintos actores del tercer sector (o sociedad civil) y a distintas instituciones públicas del Gobierno de España, en la fase de implementación de las nuevas disposiciones europeas en materia de migración y asilo, en un esfuerzo conjunto para garantizar al máximo el respeto y la salvaguarda de los derechos de las personas migrantes que se verán afectadas por los cambios normativos en su movilidad y demandas y necesidades de protección.

A este respecto, al Plan de Implementación redactado por el Gobierno español se ha conocido en la última fase de la elaboración de este informe. No obstante, en la medida de lo posible, ha tratado de incorporarse de forma cruzada, esto es, bien incorporando algunas de sus previsiones que no habían sido tenidas en cuenta en un primer momento, bien matizando o revisando sus disposiciones con el contenido del presente informe.

No obstante, el contenido del Plan ha sido tenido en cuenta de forma muy relevante en los apartados 6 y 7 sobre implementación y recomendaciones para ofrecer una visión más integral de los principales retos que en los próximos meses se plantean para las organizaciones sociales y la sociedad civil española a la hora de incidir en la efectiva y garante aplicación del Pacto para el respeto escrupuloso de los derechos humanos.

1.2 ESTRUCTURA, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA EMPLEADA

Estructura

El estudio parte de un primer bloque de análisis de los antecedentes al Pacto; en el segundo se ofrece un análisis de las principales reformas, así como de las transformaciones estructurales que el Pacto introduce sobre el sistema de gestión migratoria y de asilo; se revisa además el encaje de las nuevas disposiciones con los marcos internacionales y europeos de derechos humanos, así como con el propio ordenamiento jurídico español en materia de migración y asilo. En el tercer bloque se analiza cada una de las normas aprobadas así como algunos de los problemas transversales a las mismas. La cuarta sección analiza el proceso y las distintas fases de implementación del Pacto, y en particular, las necesidades de adaptación sustantiva de la normativa española de extranjería y asilo, y de su organización administrativa al mismo. Por último, la quinta parte ofrece un conjunto de conclusiones y recomendaciones sobre posibles líneas de acción para la incidencia política o litigiosa en la materia, incluyendo propuestas concretas sobre las reformas necesarias y el sentido de las mismas.

Objetivos y metodología

Como ya se ha mencionado, el objetivo del presente estudio es el de proveer de argumentos jurídicos a la acción concertada del tercer sector para lograr una aplicación del *Pacto Europeo de Inmigración y Asilo* lo más acorde posible con el marco internacional y europeo de derechos humanos, así como con los principios y derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico español. El objetivo es que su implementación resulte lo más protectora posible de las personas extranjeras y no suponga un retroceso en sus derechos.

Respecto de la metodología utilizada, se ha procedido a una tabulación de las distintas disposiciones del Pacto listadas anteriormente, descomponiendo el articulado de las mismas para hacer un seguimiento de su evolución, contenido, vínculos con otras disposiciones del Pacto y concordancia de la normativa española. En particular, este análisis de ajuste entre las nuevas disposiciones de Derecho de la UE y la normativa española actual es necesario porque permite identificar dos tipos de escenarios: primero, de concordancia normativa, donde es posible que no sea necesaria reforma alguna de la normativa (o práctica) española porque ésta resulta ya acorde con el pacto; segundo, de discordancia normativa o aplicativa en cuyo caso serán necesarias modificaciones de la normativa o práctica española (legislativa, reglamentaria o de prácticas administrativas). En este segundo escenario se incluye la posibilidad de anomalías o lagunas normativas, pues las mismas exigirán de la adopción de nuevas normas o introducción de prácticas administrativas novedosas en los nuevos ámbitos regulados por el Pacto.

La labor de análisis de la concordancia/discordancia normativa implica una labor hermenéutica de estudio de las disposiciones y de su marco normativo, a la luz de la normativa y jurisprudencia en materia de derechos humanos. De esta labor hermenéutica, especialmente respecto de las discordancias, podrán extraerse las distintas opciones normativas y de práctica administrativa en manos del legislador y del gobierno, identificando a priori las soluciones más respetuosas con los derechos humanos, que se recogerán en forma de conclusiones y recomendaciones.

El resultado de esta labor de tabulación y análisis pormenorizado ofrece un repaso normativo completo del Pacto y de su impacto en la normativa española.

Nota terminológica

En la realización de este informe se ha buscado utilizar un lenguaje neutral, inclusivo, sensible al género así como a cualquier otro tipo de discriminación. No obstante, al tratarse de un informe técnico, en ocasiones los términos empleados responden al contenido específico de las normas analizadas y no a la posición de las autoras y los autores del informe con respecto a estos términos. Es por ello que, en algunas ocasiones, pueden aparecer masculinos genéricos que responden a la literalidad de las normas y no denotan una visión excluyente por parte de los autores y las autoras del informe.

Es el caso, por ejemplo, del término menores que, a lo largo del texto, se acompaña con el determinante masculino genérico pero hace referencia, por supuesto, a las niñas y los niños que se ven afectados por la aplicación del paquete normativo analizado.

2. ANTECEDENTES Y CONFORMACIÓN DE LAS REFORMAS. UNA NUEVA LÓGICA: DE LA SEGUNDA FASE DEL SECA AL PACTO EUROPEO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO

La aprobación de los nueve reglamentos y la directiva que, finalmente, componen el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo supone la culminación de un complejo proceso que comenzó el 23 de septiembre de 2020 con la comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

La Comisión Von der Leyen planteaba así un paquete de nuevas reformas tras el fracaso del paquete propuesto por la Comisión Juncker en 2016, tras la crisis de gestión migratoria que eclosionó en 2015. El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo (el Pacto) incluía, por un lado, propuestas de modificación de legislación ya en vigor (algunas consistentes en la reformulación de propuestas anteriores de modificación de normas vigentes), y, por otro, determinadas iniciativas legislativas completamente nuevas, acompañadas a su vez de ciertas recomendaciones y otros documentos políticos.

Como se ha indicado, el Pacto se presentó poco tiempo después de que se constituyera un nuevo Parlamento Europeo tras las elecciones de 2019 por una Comisión recién nombrada. Como se ha apuntado también, durante el mandato de la anterior Comisión presidida por Jean-Claude Juncker, la UE tuvo que afrontar la gestión de los refugiados en el Mediterráneo entre 2014 y 2016, que desencadenó diferentes tipos de respuestas por parte de la UE, entre ellas también un paquete de reformas del sistema de asilo. A pesar de los esfuerzos por llegar a un acuerdo en diferentes propuestas de dicho paquete, y el principio de acuerdo alcanzado en 2019-2020 en algunas de sus partes, la reforma fracasó, entre otras razones, por el bloqueo dentro del Consejo y con el Parlamento Europeo en reformas clave. La razón principal de este bloqueo puede buscarse en la diversidad de enfoques hacia la reforma del Reglamento de Dublín. Fue un claro desafío intentar trabar un compromiso entre el Grupo de Visegrado (tras el que se esconden discretamente otros países occidentales “de línea dura” como Austria o Países Bajos), y otros países más inclinados a dar espacio a una mayor participación de las instituciones de la UE en la gestión de la migración y el asilo, así como a asumir mecanismos de solidaridad más exigentes entre los países de la UE. Algunos países centroeuropeos y mediterráneos -estos últimos responsables de las grandes fronteras externas de la UE- se encuentran entre este segundo grupo.

La dificultad de la Comisión Juncker para desplegar completamente su Agenda Europea de Migración al resultar bloqueado el paquete de reformas de 2016, no desalentó a la Comisión Von der Leyden a la hora de impulsar una nueva iniciativa. A decir de la Comisión, el Pacto se elaboró tras un intenso trabajo preparatorio y la circulación de borradores de documentos desde diciembre de 2019, tras dos rondas de consulta de los Estados miembros, el Parlamento Europeo, los parlamentos nacionales, la sociedad civil y las partes interesadas sociales y empresariales más relevantes. Aunque tal debate apenas trascendió a las opiniones públicas europeas, y algunas entidades de la sociedad civil criticaron fuertemente la escasa apertura de la Comisión para acoger sus propuestas, llegando a considerar verdaderas “convidadas de piedra”.

En realidad ello puede explicarse porque la clave del Pacto reside en la lectura política realizada por la Comisión Europea sobre dónde se encontraban los puntos de bloqueo, basándose en la experiencia de 2016, y los aspectos susceptibles de negociación. La Comisión era consciente de la necesidad de presentar una propuesta que pudiera ser aceptable para los diferentes bloques de Estados en el Consejo, así como para el Parlamento. Por ello, el nuevo equipo de la Comisión elaboró la propuesta de Pacto teniendo como objetivos no solo abordar una reforma del marco jurídico de inmigración y asilo, sino hacerlo fortaleciendo, al mismo tiempo, el papel de las instituciones de la UE y especialmente de sus agencias (Frontex, Easo, incluso Europol) e introduciendo mecanismos de solidaridad entre Estados (entendidos como mecanismos de redistribución de las cargas que

soportan en mayor medida los países con fronteras exteriores de la UE), pero dejando margen para que los Estados “de línea dura” sintieran que se había respetado un enfoque restrictivo respecto de la migración, especialmente en lo que se refiere a un control fronterizo más estricto.

Atendiendo a este delicado equilibrio, la propuesta presentada por la Comisión pretendía abrir el diálogo, aunque sobre la base de una serie de contrapartidas internas en el Pacto que permitieran hacerlo asumible por distintos países. En palabras de la Comisión, el Pacto supone un enfoque equilibrado que integra todas las perspectivas. Y, ciertamente, el Pacto en sus primeros meses de andadura fue asumido incluso por los actores más refractarios al mismo. La propia Hungría lo acogió afirmando que iba en la buena dirección.

Sin embargo, una vez aprobado el Pacto, son varios los Estados que han manifestado que no resulta suficiente para sus aspiraciones. De hecho, Países Bajos y Hungría han solicitado un *opt-out* de las normas migratorias y de asilo de la Unión Europea⁴ y, en relación con el proceso de implementación, cumplida la fecha límite del 12 de diciembre, únicamente 14 Estados habían enviado sus planes nacionales a la Comisión, con el agravante de que Polonia se negaba, de forma expresa, a hacerlo⁵.

3. LA “CRISIFICACIÓN” DE LA MIGRACIÓN Y LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA LECTURA TRANSVERSAL DEL PACTO

Desde la “crisis migratoria” de 2015 se ha experimentado una calculada imbricación del discurso humanitario y de la securitización en la UE, donde se ha utilizado un guión de “rescate”/“salvar vidas” para retratar al migrante individual (no deseado/irregular) como una víctima a la que hay que salvar de contrabandistas y traficantes sin escrúpulos y, al mismo tiempo, como una amenaza que requiere ser priorizada con el objetivo de mantener la seguridad de la UE y sus Estados miembros.

A través de la elaboración de normas de diversa índole se ha desarrollado la introducción de medidas cada vez más restrictivas que, supuestamente, tenían la doble finalidad de controlar y cuidar a los migrantes en la frontera exterior⁶. El resultado final ha sido la “**crisificación**” de la migración y el asilo y la degradación del marco jurídico que lo acompaña.

El término “crisificación” (de la legislación) se ha teorizado recientemente, para identificar las implicaciones normativas de las crisis y la formulación de políticas a nivel de la UE que plantean la forma en que las crisis, independientemente de si se consideran “positivas” o “negativas” en términos de resultados, configuran los medios y modos de gobernanza europea, ya sea para “avanzar” o “restringir” la integración.

Una sucesión de crisis (la crisis financiera, el Brexit, la guerra contra el terrorismo, la “crisis migratoria”, la pandemia de Covid-19 y la guerra en Ucrania) ha determinado la forma en que se toman las decisiones colectivas en la UE en tiempos de “emergencia”. Para Rhinard, estas crisis tienen un “impacto profundamente arraigado” que transforma la manera en la que se elabora la legislación y las políticas de la UE⁷.

Este impacto cristaliza en “una crisificación [*sic*] de la formulación de políticas europeas” que hace hincapié en la elaboración anticipada de leyes y políticas en un intento de prever y erradicar futuras crisis, valorando la velocidad de acción sobre la tradicional discusión deliberativa de un tema determinado.

Durante mucho tiempo se ha considerado que las crisis resultaban importantes para fomentar los ciclos de decisión que han impulsado la integración europea, así como las dinámicas de desintegración. Las investigaciones confirman que las múltiples crisis que han afectado a la UE a lo largo de los años han tenido un impacto en los modos de gobernanza de la UE⁸. “Spillover”, “spillback” y “encapsulación” son algunos de los efectos identificados por los politólogos que se derivan de las crisis e impactan en la cooperación a nivel supranacional, ya sea fomentando o restando valor a una mayor integración regional⁹. Su influencia puede variar: las crisis pueden desencadenar progresión, estancamiento o recesión, dependiendo de las circunstancias. Pueden amenazar con reducir el grado actual de centralización o llevar a la constatación de que, sin la puesta en común de nuevas facultades gubernamentales y transferencias adicionales de poder a las instituciones de la UE, la resolución transnacional de problemas se vuelve imposible¹⁰.

En ese sentido, el paradigma de la “crisificación” –a través del uso instrumental de la palabra “crisis”– permite la consolidación de la retórica y la codificación de políticas que antes se consideraban inaceptables y en clara violación de las normas jurídicas pertinentes.

La “crisificación”, en la práctica, privilegia la toma de decisiones rápida, introduce tipos especiales de actores, desarrolla tecnologías diseñadas específicamente, genera nuevas narrativas sobre los “riesgos” y las “amenazas” para la seguridad y la integridad del proyecto europeo y provoca la adopción de procesos abreviados para abordar y resolver los problemas percibidos como urgentes que acompañan o provocan la crisis. Toda una serie de actividades se orientan a prepararse, responder y recuperarse de acontecimientos potencialmente críticos que pueden o no materializarse al final, pero que se definen como amenazas a los valores fundamentales, a las estructuras sociales clave o a los pilares fundamentales de la integración europea, dando lugar así a hipotéticas situaciones existenciales que exigen una atención urgente¹¹. Las complejas fuerzas

que las crisis desencadenan, supuestamente, revelan las limitaciones de los procedimientos legislativos y políticos “normales” para “proteger” a la Unión y, por lo tanto, justifican intervenciones “excepcionales”.

En ese sentido, cuando interviene la “crisificación” se ve desplazado el método comunitario, caracterizado por un amplio análisis y consulta sobre las cuestiones que deben abordarse, por una deliberación colectiva con la participación de las partes interesadas, la intervención del Parlamento Europeo (normalmente como colegislador), la adopción de disposiciones políticas y jurídicas detalladas seguidas de la aplicación, el seguimiento y la posible aplicación por parte del TJUE.

En cambio, los protocolos especiales de respuesta a las crisis, los mecanismos de alerta temprana, los análisis de riesgos, las herramientas de detección de amenazas y los planes de acción son llevados a cabo por “expertos” que no han sido elegidos democráticamente y que presentan como elemento de legitimidad sus “conocimientos” específicos y la capacidad de actuar rápidamente; a veces en secreto mediante procedimientos confidenciales y, a menudo, sin responsabilidad política y jurídica. Se suspenden las garantías democráticas y judiciales habituales. En su lugar, surgen nuevos modos de decisión, acuerdos de participación y reclamos de legitimidad.

De esta forma, enmarcar la migración como crisis permite un desplazamiento de responsabilidades lejos de las verdaderas razones estructurales que se acumulan y conducen a una respuesta adecuada a la supuesta emergencia. De esta forma, se deshistoriza la migración, convirtiéndola en un hecho anormal e indeseable que desafía los cimientos westfalianos de la UE. Se desprecian las condiciones contextuales, sociales y económicas que producen el desplazamiento de los migrantes; la atención se centra en los inconvenientes que la movilidad sin control pueden causar al proyecto de la UE, apoyándose en planteamientos que califican a las personas migrantes como peligrosas, lo que lleva a identificarlas como una amenaza similar a la criminalidad o el terrorismo. En consecuencia, una crisis migratoria se convierte, siempre y por defecto, en una crisis de seguridad, lo que supone una amenaza existencial para la Unión y sus Estados miembros.

De hecho, la “crisificación” ha sucedido, sin sustituirla, a la securitización de las migraciones en general, incluidas las migraciones forzadas; proceso que se ha ido desarrollando desde los inicios de la construcción del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, en el que el componente de la seguridad ha ido permeando todos los demás y marcando la agenda de su desarrollo.

Este encuadre permite formas legalizadas de violencia como respuesta, los mecanismos de coerción, disuasión y contención se convierten en la “nueva normalidad”. Con esta “crisificación” se permite sacrificar derechos y protecciones legales para responder a la situación “excepcional” y (re)establecer el orden. La urgencia centra la atención en el “aquí y ahora” y legitima las decisiones concomitantes y las medidas resultantes¹². Esto ocurre, incluso si, en su diseño y en efecto, tales medidas no abordan las causas subyacentes de la “crisis” designada y pasan por alto el grado en que el diseño y gestión de las fronteras europeas influyen en el mismo¹³.

Al mismo tiempo, la crisificación está co-constituida por instrumentos jurídicos que logran el resultado deseado. El derecho es a la vez objeto y sujeto de la “crisificación”. Son concomitantes y se sostienen mutuamente. De esta forma, el derecho configura la migración como una amenaza y establece su gobernanza de acuerdo a esta valoración de riesgo.

Se establece una exigencia de medidas “excepcionales” y su consolidación, se invierte la relación entre “norma” y “excepción”, pues la “crisis” actúa como un poderoso desestabilizador de las normas establecidas, justificando un conjunto abierto de medidas, fundamentadas al margen de las salvaguardas legales y democráticas formales, que perduran y finalmente se normalizan.

Vale la pena recordar que los derechos fundamentales constituyen el fundamento de una política de asilo y migración de la Unión basada en la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de la dignidad humana. El efecto de la “crisificación” ha sido borrar estos cimientos en nombre de la crisis como excepción, para convertirla finalmente en la regla. La “suavización” de los compromisos que socavan las obligaciones preexistentes mina esos cimientos y facilita la “legalización” mediante la introducción gradual de medidas que se incrustan en el sistema como la nueva norma. Con el tiempo, esas medidas que se legitiman pueden llegar a sustituir a los cimientos existentes con ramificaciones aún desconocidas.

La instrumentalización de la “crisis”, utilizada para degradar selectivamente las protecciones legales de poblaciones específicas, no es un fenómeno exclusivamente europeo sino que tiene un alcance global. La “crisificación” de las normas de migración, observada en las fronteras exteriores de Europa, es representativa de una tendencia más amplia y en expansión en todo el mundo, que normaliza la violencia contra los no ciudadanos y legitima la contención coercitiva de la movilidad no autorizada a expensas de los derechos individuales.

En el Pacto, en el proceso de control previo a la entrada y las propuestas de procedimientos fronterizos, el paradigma de “crisis” que domina el enfoque de puntos críticos se infiltra en el SECA, convirtiéndolo en un sistema de rechazo sumario y sistemático de las personas migrantes “no deseadas”. Las necesidades de protección, incluidas las que se consideran “genuinas”, pasan a ser secundarias. La principal preocupación se convierte en la necesidad de mantener una presión reducida de las llegadas irregulares y mantener, cueste lo que cueste, fuertes fronteras exteriores. Ya sea en una situación de crisis declarada o en una situación no crítica, la normalización de los puntos críticos en los procedimientos “simplificados” incorpora y normaliza procesos en los que se reducen las garantías y se desmantela el Estado de Derecho; no en general, sino para el grupo específico objetivo de personas migrantes no deseadas.

Por otro lado, la institucionalización de la vía del *soft law* para, supuestamente, mejorar las tasas de expulsión y demostrar una mayor eficacia en los esfuerzos de readmisión —que los instrumentos del Nuevo Pacto normalizarán— representa un proceso de desconstitucionalización sigiloso, que involucra a las mismas instituciones encargadas de proteger los Tratados. Informaliza las relaciones institucionales y externas, “suaviza” los compromisos jurídicos, elimina los recursos e impide la rendición de cuentas política y judicial; todo ello en desafío a las normas constitucionales fundamentales. Los valores de la democracia y el Estado de Derecho, que el Tratado de Lisboa pretendía reforzar, se ven afectados por ello, lo que corre el riesgo de ser derogado por completo, aunque sin reconocerlo expresamente, en este ámbito político. La alta sensibilidad y politización de la gestión de la migración, en general, y del ámbito de la readmisión, en particular, proporciona un terreno fértil para experimentos de gobernanza que desafían la legitimidad de la UE en su conjunto.

Por tanto, la “crisificación”, una estrategia de la UE desde hace tiempo, ahora se encuentra amparada jurídicamente en los nuevos instrumentos del Pacto, que se analizarán en las secciones siguientes.

4. REFORMAS PRINCIPALES Y TRANSFORMACIONES ESTRUCTURALES QUE EL PACTO INTRODUCE SOBRE EL SISTEMA DE GESTIÓN MIGRATORIA Y DE ASILO

La intensidad de la modificación que el Pacto Europeo de Migraciones y Asilo ha provocado sobre el denominado Sistema Europeo Común de Asilo se manifiesta, en primer lugar, en la aprobación del Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración y, en segundo lugar, en la modificación de las normas que hasta ahora constituían el núcleo de la normativa de asilo europeo. En este sentido, las Directivas 2011/95/UE, 2013/32/UE y 2013/33/UE, respectivamente, son modificadas con la suma de la aprobación del Reglamento 2024/1347 sobre 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 que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, del Reglamento 2024/1348, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión, y de la Directiva 2024/1346 por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.

En el ámbito nacional, esta referencia es muy relevante ya que no fueron transpuestas por el Estado español las Directivas señaladas, que establecían un plazo de transposición de dos años (21 de diciembre de 2013 para la Directiva 2011/95 y 20 de julio de 2015 para las Directivas 2013/32 y 2013/33). Debe recordarse que la normativa española de asilo es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, por tanto, anterior a la aprobación de las citadas Directivas. Desde entonces, esta ley no ha sido modificada en el sentido de adecuarla a las citadas normas europeas. Tampoco se ha aprobado el Reglamento de desarrollo que la Ley exigía para su aprobación en seis meses y que sigue sin haberse aprobado transcurridos 25 años.

Es por ello que la adaptación al contenido del Pacto de la normativa española en materia de asilo supone también la necesidad de incorporar aquellas cuestiones que ya figuraban en la regulación anterior y que no fueron debidamente transpuestas. En este sentido, el Plan nacional de implementación plantea la necesidad de reformar la Ley de Asilo y de aprobar el correspondiente Reglamento. No obstante, este Reglamento debe adoptar de forma integral las cuestiones relacionadas con la Ley y no solo las derivadas de las modificaciones planteadas en el Pacto.

4.1 REGLAMENTO SOBRE LA GESTIÓN DEL ASILO Y LA MIGRACIÓN (2024/1351)

5.1.1 INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO

El Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024 sobre la gestión del asilo y la migración (RGAM, en adelante) establece siete partes diferenciadas.

La Parte I engloba el objeto y las definiciones del presente Reglamento. El RGAM tiene como objetivos, en primer lugar, regular la atribución de responsabilidad sobre cada demandante de asilo con unos mecanismos de flexibilidad (es decir, un sistema post-Dublín), y, en segundo lugar, la regulación de un mecanismo institucionalizado de control de la situación migratoria e identificación de situaciones que requieran la activación de mecanismos de reparto de responsabilidades.

La Parte II se centra en determinar un marco común para la gestión del asilo y la migración. Este marco comprende la definición de un enfoque integral que abarca tanto componentes internos como externos. Asimismo, reconoce los principios de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades y se determina la necesidad de establecer estrategias nacionales eficaces que aseguren la aplicación del sistema de gestión de asilo y migración europeo.

Dentro de este contexto, el RGAM precisa medidas concretas de gestión elaboradas por la Comisión. Por un lado, la Estrategia Europea de Gestión del Asilo y la Migración, de elaboración quinquenal, que recoge las estrategias nacionales para establecer un enfoque coordinado y garantizar su aplicación coherente. La primera de estas Estrategias quinquenales debe presentarse a finales de 2025 y para ello cada Estado deberá enviar en el primer semestre de 2025 su estrategia nacional integral de migración y asilo.

Por otro lado, el RGAM crea un ciclo anual de gestión de la migración, que incluye la elaboración de un informe europeo anual sobre asilo y migración. Junto con este informe, la Comisión Europea deberá adoptar una decisión de ejecución para identificar a los Estados miembros que están bajo presión migratoria, corren el riesgo de estarlo o enfrentan una situación migratoria significativa. Además, la Comisión presentará al Consejo una propuesta de acto de ejecución que establecerá el contingente anual de solidaridad, determinando las cifras anuales totales de reubicaciones y las contribuciones financieras necesarias.

La Parte III es la más extensa y engloba distintos temas relacionados con los criterios y mecanismos para la determinación del Estado miembro responsable de examinar las solicitudes de protección internacional.

Inicialmente se señala el acceso al procedimiento de examen de una solicitud de protección internacional y se establece como criterio general de carácter subsidiario que, a falta de no poder determinarse el Estado miembro responsable del examen de la solicitud, será responsable el primer Estado miembro en el que se haya registrado la solicitud.

Conviene señalar, en este sentido, que el RGAM ha flexibilizado parcialmente los requisitos establecidos en el Sistema Dublín incorporando nuevos criterios para la determinación del Estado responsable diferentes al del Estado de primer registro de la solicitud. Así, se hace referencia ahora al vínculo con miembros de la familia con residencia legal de larga duración en el Estado miembro correspondiente y a la posesión de un título académico o cualificación expedido por un centro de enseñanza establecido en un Estado miembro como criterios para la determinación del Estado responsable del examen de la solicitud de protección internacional.

Por otro lado, el RGAM también desarrolla las obligaciones por parte del solicitante y las consecuencias del incumplimiento, el derecho a la información y su accesibilidad, el derecho a consejo jurídico gratuito, las garantías para menores y el desarrollo de una entrevista personal para determinar la responsabilidad del EM.

Seguidamente, se detallan los criterios específicos y jerarquizados para la determinación del Estado miembro responsable. También, se consideran los parámetros de actuación para las personas dependientes dentro de los procesos de solicitud y las cláusulas discrecionales que permiten a un Estado miembro aceptar la responsabilidad de una solicitud, aunque no le corresponda. A continuación, se exponen las obligaciones del Estado miembro responsable y cuándo pueden cesar sus responsabilidades.

Dentro de este marco, se desarrolla el inicio del procedimiento de solicitud, así como los procedimientos de petición de toma a cargo y procedimientos para las notificaciones de readmisión y garantías procedimentales. Respecto a las garantías, se determina la necesidad de notificación al solicitante en la decisión de traslado, así como los recursos que se pueden presentar en caso de desacuerdo con la decisión y el internamiento con fines de traslado y sus plazos. En cuanto a los traslados, se establecen las normas y plazos para su ejecución, quién asumirá los costes y la información que se deberá intercambiar entre autoridades.

Asimismo, para reforzar la cooperación práctica entre los países se determina la cooperación administrativa con el intercambio de información entre los Estados miembros y la Unión Europea, el establecimiento de las autoridades competentes de los Estados miembros, la posibilidad de acuerdos administrativos bilaterales entre Estados miembros y la creación de una red de unidades responsables por parte de la Agencia de Asilo de la UE (EUAA, por sus siglas en inglés). Finalmente, se describe el mecanismo de conciliación para hallar soluciones cuando se encuentren dificultades en la cooperación.

La Parte IV aborda la solidaridad entre Estados miembros. En primer lugar, se contemplan tres medidas de solidaridad: la reubicación, las contribuciones financieras aportadas por los Estados miembros y las medidas de solidaridad alternativas. Estas últimas, se definen abiertamente porque se basan en la petición específica del Estado miembro beneficiario, pero deben de estar dentro del ámbito de la migración, la acogida, el asilo, el retorno, la reintegración y la gestión de fronteras que también pueden darse para proyectos con terceros países. Asimismo, se establece cómo debe abordarse el acto de ejecución del contingente anual de solidaridad por parte del Consejo, cómo se debe proceder en el caso de que un Estado miembro se vea sometido a presión migratoria y cómo debe ser la puesta en funcionamiento y la coordinación de las contribuciones de solidaridad. También se determinan deducciones de las contribuciones de solidaridad tanto por casos de presión migratoria como para situaciones migratorias importantes. Dentro de este marco, se establecen compensaciones de responsabilidad en el caso de que los Estados miembros asuman igual o más del 50% de las responsabilidades de la que deberían por lo establecido en el contingente anual de solidaridad. Por último, se especifica qué debe garantizarse en los procedimientos de reubicación tanto antes como después de ésta y cómo se deben ejecutar las compensaciones de responsabilidad.

En este sentido, cabe señalar que, recientemente, la Asamblea Nacional francesa ha anunciado un recurso de nulidad contra el conjunto de este Reglamento o, como mínimo, contra la parte relativa a la solidaridad por no haber respetado, en las cuestiones relativas a la reubicación, las reservas de seguridad nacional establecidas en el artículo 72 TFUE.

Por último, la parte V regula las disposiciones generales, la Parte VI las modificaciones a otros actos de la Unión y la Parte VII las Disposiciones Transitorias y Disposición Final.

4.1.2 CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN SU INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO ESPAÑOL

Dentro de las cuestiones que pueden plantear especiales controversias en cuanto a su interpretación en el ámbito de la implementación de este Reglamento en España encontramos las siguientes:

Riesgo de fuga: El apartado 18 del artículo 2 del Reglamento, cuando establece la definición de "riesgo de fuga", señala que se trata de " la existencia, en un caso concreto, de circunstancias y motivos específicos basados en criterios objetivos definidos por el Derecho nacional para pensar que la persona en cuestión objeto de los procedimientos establecidos en el presente Reglamento puede darse a la fuga".

La relevancia de este concepto de riesgo de fuga es enorme ya que es causa justificativa de la aplicación del internamiento, de acuerdo con el artículo 44 del Reglamento, en los supuestos de traslado por la determinación del Estado miembro responsable.

Conviene mencionar que la Directiva de Retorno (2008/115) ya hace referencia al concepto de riesgo de fuga (artículo 3.7), que sirve como causa para no establecer período de salida voluntaria (artículo 7.4) o como justificación del internamiento para ejecutar el retorno (artículo 15.1.a).

Es por ello que la legislación española ya contemplaba el riesgo de incomparecencia, tanto en el artículo 62.1 y 63.1.a) de la LO 4/2000 como en el apartado a) del artículo 234 del Real Decreto 557/2011. Sin embargo, ninguna de esas normas establece una definición del riesgo de incomparecencia más que la referencia que hace el citado artículo 62.1 a "carecer de domicilio o de documentación identificativa".

Este concepto, sin embargo, se desarrolló en la Circular 1/2010 de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. En la misma se enumeran como circunstancias a tener en cuenta para la determinación del riesgo de fuga carecer de domicilio, carecer de documentación, exhibir documentación caducada, aún teniendo domicilio, que éste no sea fijo ni estable, sino temporal o de tránsito, si con anterioridad la persona fue sancionada, por ejemplo, con sanción de multa por estancia irregular, o, inclusive, si incumplió una salida obligatoria.

En la reciente reforma del Reglamento de extranjería, que entrará en vigor en mayo de 2025, se incluyen los criterios para determinar el riesgo de incomparecencia. En concreto, el artículo 233.a) señala que para valorar el riesgo de incomparecencia se tendrán en cuenta “especialmente, en otras circunstancias, la ausencia de domicilio o de documentación identificativa, no hallarse prueba de que la persona extranjera haya entrado en el espacio Schengen de forma legal o el incumplimiento de una salida obligatoria”.

El concepto de riesgo de fuga ha sido analizado por el TEDH, en *Piruzayan c. Armenia* (2012)¹⁴, reconociendo que “el riesgo de fuga debe evaluarse a la luz de los factores relativos al carácter de la persona, su moralidad, domicilio, ocupación, bienes, lazos familiares y todo tipo de vínculos con el país en el que es procesada”. Es decir, el Tribunal considera que el riesgo de fuga debe evaluarse de manera conjunta, abarcando diferentes aspectos y no solo uno de ellos, estos elementos a tener en cuenta son: el carácter de la persona, la naturaleza del delito y la pena a la que podría enfrentarse.

No obstante, habida cuenta de que las consecuencias que conlleva pueden suponer la limitación de libertad de la persona, la jurisprudencia del TC obliga, precisamente, a una interpretación restrictiva de estas causas.

Internamiento: Relacionado con lo anterior, parece necesario hacer alguna referencia al internamiento. El internamiento en el RGAM está previsto para los supuestos de traslado únicamente cuando “exista un riesgo de fuga o cuando la protección de la seguridad nacional o del orden público así lo requiera” y siempre que sea proporcionado y no puedan aplicarse otras medidas coercitivas.

En cuanto a la forma, se requiere que el internamiento se dicte en estos casos por autoridades administrativas o judiciales y cuando lo hagan autoridades administrativas, que se someta rápidamente a control judicial.

A este respecto, es necesario plantear las dudas que esta posibilidad suscita en relación con el sistema español. Se debe recordar que el artículo 62 de la LO 4/2000 contempla el internamiento en Centros de Internamiento de Extranjeros únicamente para los supuestos de procedimientos sancionadores en los que se pueda imponer una sanción de expulsión. Asimismo, se indica en el apartado 2 del artículo 62 que el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente y que cuando dejen de cumplirse las condiciones, la persona será puesta inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa, pudiendo ordenarse esta finalización del internamiento también por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.

Estas normas dan cumplimiento a algunos de los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 115/1987¹⁵, en la que establecía que el internamiento de personas extranjeras solo sería constitucional para los procedimientos de devolución y extradición, y por el tiempo estrictamente necesario para ello.

El procedimiento al que se someten estas personas no es un procedimiento de deportación, devolución o extradición, sino un internamiento para el traslado. A ello se suma que estas personas son solicitantes de asilo. Es por ello por lo que hay que traer a colación el artículo 18.1 de la Ley de Asilo, que señala el derecho “a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante”.

Sin embargo, este tipo de internamiento puede interpretarse como un internamiento para la devolución, ya que los sistemas Dublín o post-Dublín se crean para la devolución al Estado responsable de la persona demandante de asilo. En los casos de aplicación del criterio de la unidad familiar o la dependencia, hay criterios como el interés superior del menor o el consentimiento de los implicados. El caso “típico” de internamiento para un traslado de Dublín será el caso de quien entró por las fronteras de otro Estado miembro, el cuál, es responsable de la tramitación y de hacerse cargo del demandante de asilo.

El plan nacional de implementación establece como una de las modificaciones previstas la de incorporar a la Ley de Asilo la posibilidad de privar de libertad a los solicitantes de asilo en determinadas circunstancias. No se especifica si una de las circunstancias previstas pudiera ser el del internamiento para la remisión al Estado miembro responsable. En todo caso, el plan de

implementación indica que esta posibilidad debe establecerse a través de la Ley de Asilo pero esto resulta contrario, como se argumentará más adelante, al artículo 81 de la Constitución.

También el TEDH ha establecido limitaciones al respecto exponiendo, desde sus primeros pronunciamientos sobre la materia¹⁶, que esta causa de limitación de la libertad se despliega únicamente cuando cabe la posibilidad de expulsar a la persona y que cuando el Estado no puede practicar la expulsión, la privación de libertad no puede iniciarse o debe cesar inmediatamente.

Por tanto, la posibilidad de internar a un solicitante de asilo en un procedimiento que no es de expulsión resulta extraña para nuestro ordenamiento. De hecho, el Plan nacional de implementación reconoce, expresamente, la necesidad de modificar la normativa española para permitir la detención en el marco del proceso de traslado derivado de este sistema, así como permitir la ejecución forzosa de estos traslados.

Sistema de recursos: El artículo 43 plantea la posibilidad de interponer recurso contra la decisión de traslado ante un órgano jurisdiccional. Sin embargo, limita el alcance de ese recurso a tres cuestiones concretas, tales como el riesgo de trato inhumano o degradante, la existencia de circunstancias impeditivas sobrevenidas o el incumplimiento de los artículos 25 a 28 y 34 del RGAM. Sin embargo, esta limitación del ámbito del recurso en un procedimiento administrativo resulta extraña a nuestra normativa. El artículo 31 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, plantea la posibilidad de pretender la declaración de no ser conforme a Derecho de un acto administrativo, sin que esa declaración de no conformidad pueda limitarse solo a determinados aspectos del acto administrativo. Es por ello que la limitación del ámbito de escrutinio judicial de un acto administrativo resulta contraria a nuestro ordenamiento.

Asimismo, esta limitación también es contraria al ordenamiento jurídico de la UE (en particular del artículo 47 de la Carta), de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en los casos *Ghezelbash* y *Karim* (ambos de 7 de marzo de 2016)¹⁷.

Del mismo modo, la mención del apartado 2 del artículo 43 a los plazos también es contraria a la Ley 29/1998. Hay que señalar que este apartado establece un plazo mínimo de una semana y máximo de tres para la interposición del recurso contra la decisión de traslado. Sin embargo, el artículo 46.1 de la Ley 29/1998 establece como plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo el de dos meses desde el día siguiente al de la notificación del acto. En consecuencia, el plazo establecido en el Reglamento resulta también contrario a este precepto de la legislación española. El Plan Nacional de Implementación español reconoce la necesidad de efectuar esta reforma legal.

Otro elemento relevante del sistema de recursos contra las decisiones de traslado en el RGAM es el relativo a su efecto suspensivo. La norma no contempla efecto suspensivo automático de los recursos judiciales, sino que requiere que la persona interesada solicite al tribunal la suspensión de la implementación de la decisión de traslado mientras se resuelve la apelación o revisión. Esto parece encajar, sin mayor problema, en el sistema de recursos del procedimiento contencioso-administrativo español ya que se podría vehicular a través de la vía de la petición de medidas cautelares o cautelarisimas.

No obstante, resultan más dudosas las referencias en relación con los plazos establecidos en estos supuestos. El artículo 43.3 determina que, en caso de concederse el efecto suspensivo, el tribunal deberá procurar decidir sobre el fondo de la apelación o revisión dentro de un mes desde la decisión de conceder el efecto suspensivo. Un plazo tan corto resulta de muy difícil cumplimiento en el sistema español.

Sería necesario modificar los plazos en el ámbito contencioso-administrativo. Una fórmula para ello podría ser introducir en el artículo 46 de la LRJCA la cláusula: "salvo que otra disposición con rango de ley o reglamento comunitario establezca un plazo distinto". Asimismo, deben revisarse los plazos para acordar la suspensión en los procedimientos, proponiendo una modificación en el artículo 129 de la LRJCA para incluir una excepción similar: "salvo que una disposición con rango de ley o reglamento comunitario establezca otro plazo". Otra opción sería hacer una referencia explícita al reglamento, como se hizo en el RDL 6/2023.

Será importante agilizar los procedimientos contenciosos, ya que el artículo 43.3 establece plazos muy breves, tanto para la adopción de medidas cautelares como para dictar sentencia tras la aplicación de dichas medidas.

4.1.3 OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

Además de las cuestiones apuntadas específicamente en relación con la implementación en el ordenamiento jurídico español de este Reglamento, surgen cuestiones que plantean problemas más genéricos o transversales a este respecto. Entre ellas:

Derecho a consejo jurídico gratuito: El artículo 21 RGAM establece el derecho a consejo jurídico gratuito en todas las fases del procedimiento de determinación del Estado miembro responsable. La configuración de este consejo jurídico gratuito es diferente al del acceso a la justicia gratuita consagrado en el artículo 119 de la Constitución Española y desarrollado por la Ley 1/1996, de Justicia Gratuita.

En este sentido, el consejo jurídico gratuito que se configura en el Reglamento se caracteriza porque puede ser proporcionado por asesores jurídicos u otros consejeros y puede ser ofrecido al mismo tiempo a varios solicitantes. Sin embargo, este derecho no agota el derecho al acceso a la justicia gratuita que debe predicarse también en estos procesos.

Bien es cierto que el propio RGAM, en el apartado 4 del artículo 21, da margen a los Estados para organizar la prestación de este consejo jurídico. Por ello, entendemos que, en España, este derecho debe ser ofrecido por letrados colegiados y debe desarrollarse en todas las fases del procedimiento, tal como indica el plan de implementación, incluida la apelación. Sobre este particular, el requisito de asistencia letrada en el recurso contencioso administrativo lleva a exigir que se mantengan los criterios actuales y el ofrecimiento de abogado gratuito a través de Turnos de Oficio especializados, en el marco de este Reglamento.

La representación de los menores: Se establece un sistema de nombramiento de defensor judicial para menores. El artículo 23.2 establece que ese representante ha de ser independiente y no agente del Estado. Este representante se designa provisionalmente y en el plazo de 15 días se le nombra definitivamente. El artículo 23.2 contempla la posibilidad de que se designe representante también en aquellos casos en los que el interesado haya superado los 18 años. Esto es especialmente relevante cuando estas personas se sometan a procesos de determinación de la edad.

En este sentido, se establece la necesidad de crear un procedimiento de evaluación de la edad, de acuerdo al artículo 19.1.s. Esta obligación ya se contemplaba en la Disposición final vigésima cuarta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Es necesario que el procedimiento recoja, de acuerdo a las resoluciones del Comité de Derechos del Niño, un estudio holístico y no solo físico.

El representante podría ser un letrado de guardia con formación específica y debe garantizar la evaluación del interés superior del menor. En este sentido, se establece la posibilidad de que la misma persona ofrezca consejo jurídico a varios solicitantes sin que se establezca límites. Parece necesario que España ponga un límite para que sea efectivo y eficaz.

Afectación a los derechos de los distintos mecanismos de solidaridad: Como indicábamos al inicio, la Parte IV del RGAM establece los distintos mecanismos de solidaridad que se contemplan en aplicación del mismo. Concretamente, los instrumentos de solidaridad consisten en la reubicación, la financiación, las medidas alternativas entre Estados miembros y la compensación de responsabilidad; y los cuatro tienen perfiles absolutamente diferenciados.

La reubicación debe completarse en el plazo de un mes y medio, y supone que el Estado se hace cargo de la identificación de las personas que pueden optar a la reubicación mediante el examen de todos los factores pertinentes; como la existencia de vínculos significativos entre la persona en cuestión y el Estado miembro de reubicación, y la información sobre los procedimientos, así como garantizar el interés superior del menor y las salvaguardias conexas.

La financiación supone el apoyo a otros Estados Miembros (beneficiarios) y a terceros países que puedan tener impacto directo en los flujos migratorios en las fronteras. Se trata de compensar con la financiación de (a) mejorar la capacidad de asilo y acogida, (b) promover la migración legal y la “movilidad bien gestionada,; (c) apoyar programas de retorno y reintegración voluntarios asistidos, (d) reducir las vulnerabilidades causadas por la trata y el tráfico de personas y (e) apoyar “políticas de migración efectivas y basadas en los derechos humanos”. No existe exigencia específica de que los terceros Estados que reciban financiación sean Estados seguros, pero sí se plantea la necesidad de que “las acciones respaldadas por contribuciones financieras también deben implementarse en cumplimiento con las condiciones habilitantes horizontales relacionadas con la Carta de Derechos Fundamentales” (párrafo 18 del Prámbulo).

Las medidas alternativas, por su parte, se fijarán a través de un acuerdo entre el Estado contribuyente y el Estado beneficiario. Se trata de contribuciones económicamente valorables que se dirigen a responder a las necesidades concretas del Estado beneficiario, si bien no pueden duplicar las medidas de solidaridad que ofrezcan los órganos y organismos de la UE.

Por último, las compensaciones de responsabilidad son “una cuarta forma de solidaridad”, recogidas en el artículo 63 del RGAM, aunque tienen un papel diferente en el mecanismo de solidaridad. Este instrumento hace referencia a la asunción de responsabilidad de un solicitante en el terreno por parte del Estado miembro en el que se encuentra la persona, aunque, según las normas, la responsabilidad recaiga en otro Estado miembro. Así, en lugar de intentar devolver al solicitante al Estado miembro responsable, el Estado miembro asume la responsabilidad sobre la persona, una forma de solidaridad. Esta compensación de responsabilidad puede ser voluntaria u obligatoria.

En este sentido, ha de señalarse que la naturaleza de los mecanismos de solidaridad es totalmente diferente ya que algunos inciden en la situación de las personas implicadas (la reubicación y las compensaciones de responsabilidad) mientras que los otros dos mecanismos únicamente suponen la asunción de cargas económicas sin que se requiera una incidencia específica en los derechos de las personas afectadas. Todo ello se produce, además, sin que las personas tengan ninguna intervención en la decisión, excepto en el caso de quienes tengan ya reconocida la protección internacional que solo podrán ser reubicadas si aceptan por escrito.

En consecuencia, los mecanismos de solidaridad, a pesar de tener una incidencia muy reseñada en las condiciones de vida y en la situación de las personas afectadas, son decididos, establecidos y aplicados por los Estados.

El papel de España en una interpretación favorable de los criterios de determinación del Estado

Miembro responsable: Uno de los puntos esenciales del RGAM es la determinación del Estado miembro responsable. Esta determinación se mantiene de acuerdo a los criterios clásicos del sistema Dublín, es decir, la regla general es que el Estado responsable es aquel en el que se ha producido la primera entrada en la Unión Europea, si bien esta regla se puede modificar cuando concurren algunas de las circunstancias que se recogen en los artículos 25 y siguientes del RGAM.

Desde el planteamiento español, resulta interesante abordar este punto con una breve referencia a las cifras de peticiones de los últimos años en relación con el Convenio Dublín, de acuerdo a los Anuarios Estadísticos publicados por el Ministerio del Interior.

	2018	2019	2020	2021	2022
Peticiones recibidas en aplicación del Reglamento Dublín	11.075	15.619	8.591	8.220	13.666
Peticiones efectuadas en aplicación del Reglamento Dublín	7	133	717	85	633

Como puede verse en la tabla, España ha sido un país receptor de solicitudes en aplicación del Reglamento Dublín. Se trata de una cuestión ciertamente lógica por cuestiones meramente geográficas. Sin embargo, debe ser tenido en consideración a la hora de plantear la interpretación de las reglas de determinación del Estado Miembro responsable. Habida cuenta de que el sistema se plantea con una regla general y las excepciones, España debería optar por una interpretación amplia de las excepciones.

Hay que recordar que la aplicación de las excepciones supone hacer prevalecer la voluntad de la persona solicitante, quien ha presentado la solicitud de protección internacional en un Estado diferente de aquel por el que realizó la entrada en el territorio de la Unión Europea. Se trata, por tanto, de una situación en la que confluyen los intereses de una parte de los solicitantes de protección internacional y del propio Estado español puesto que una interpretación amplia de conceptos, como el de miembros de la familia o el de cualificación expedida, podría conllevar una mayor flexibilidad, un mayor grado de respeto por los intereses de la persona afectada y un menor volumen de solicitudes hacia España.

En contraposición, también se plantea la posibilidad de una aplicación generosa del artículo 35 que permite que España pueda examinar cualquier solicitud que haya sido registrada en el territorio español. En este sentido, la referencia del artículo 35.2 a los “vínculos significativos relacionados con consideraciones familiares, sociales o culturales” también deben ser tenidos en consideración para solicitar a otros Estados la asunción de la responsabilidad en estos casos, en coincidencia con la voluntad de las personas afectadas.

En el Plan nacional de implementación el Gobierno señala que las ofertas y demandas de solidaridad del Estado español se determinarán a través de órdenes ministeriales adoptadas conjuntamente por los ministerios competentes en materia de migraciones que, en este momento, entendemos que son el Ministerio del Interior y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

4.2 REGLAMENTO DE INTRODUCCIÓN DEL TRIAJE DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN LAS FRONTERAS EXTERIORES (2024/1356)

4.2.1 INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO

El Reglamento (UE) 2024/1356 fue propuesto por la Comisión en 2020 en el marco del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. Este mecanismo constituye una de las novedades más relevantes del Sistema Común Europeo de Asilo, y en gran medida se inspira en el procedimiento de recepción e identificación implementado en las fronteras exteriores griegas¹⁸.

Los objetivos declarados del Reglamento son fortalecer el control de los nacionales de terceros países que cruzan las fronteras exteriores, identificar a todos los nacionales de terceros países sujetos al control y verificar en las bases de datos relevantes si las personas sujetas al control podrían representar una amenaza para la seguridad interna.

El control también implica controles preliminares de salud y vulnerabilidad para identificar a las personas que necesiten atención médica; las personas que podrían representar una amenaza para la salud pública; y para identificar a personas en situación de vulnerabilidad (Artículo 1).

El ámbito subjetivo del Reglamento abarca a todos los nacionales de terceros países que no cumplen con las condiciones de entrada establecidas en el Código de Fronteras Schengen (CFS)¹⁹, independientemente de si han solicitado protección internacional. Esto incluye a aquellos que son aprehendidos en relación con un cruce no autorizado de la frontera exterior de un Estado miembro por tierra, mar o aire (con la excepción de los nacionales de terceros países para quienes el Estado miembro en cuestión no está obligado a tomar los datos biométricos de conformidad con el Reglamento Eurodac por razones distintas a su edad)²⁰.

También se incluyen aquellos que son desembarcados en el territorio de un Estado miembro tras una operación de búsqueda y rescate, así como todos los nacionales de terceros países que han solicitado protección internacional en los puntos de cruce fronterizo exterior o en zonas de tránsito y que no cumplen con las condiciones de entrada establecidas en el Código de Fronteras Schengen²¹.

Está claro que el Reglamento tiene como objetivo abarcar la mayor cantidad posible de personas migrantes, al incluir prácticamente a todos aquellos que han cruzado irregularmente las fronteras exteriores. Además, en cuanto a aquellos que se encuentran ilegalmente dentro del territorio, el Reglamento establece la obligación de los Estados miembros de llevar a cabo dicho control solo si estos han cruzado las fronteras de manera no autorizada.

A tal efecto, los Estados miembros deberán establecer en su legislación nacional disposiciones para garantizar que esos nacionales de terceros países permanezcan disponibles para las autoridades responsables de llevar a cabo el control durante la duración del mismo, a fin de prevenir cualquier riesgo de fuga y las posibles amenazas para la seguridad interna resultantes de dicha fuga (Artículo 7). Aunque el Reglamento no hace referencia explícita a ello, parece implicar que dichas medidas podrían conllevar la detención.

Al mismo tiempo, el Reglamento establece que los Estados miembros pueden abstenerse de llevar a cabo el control si devuelven al ciudadano no perteneciente a la UE, “inmediatamente después de la aprehensión, a otro Estado miembro bajo acuerdos o arreglos bilaterales o bajo marcos de cooperación bilateral” (artículo 7.2). En ese caso, el otro Estado miembro debe aplicar un proceso de control.

El triaje dentro del territorio puede plantear situaciones de tensión, pues como establece el artículo:

1. Los Estados miembros realizarán el triaje de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular dentro de su territorio únicamente cuando dichos nacionales de terceros países hayan cruzado una frontera exterior para entrar al territorio de los Estados miembros de forma no autorizada y no hayan sido sometidos ya al triaje en un Estado miembro.

Ello es definido por PICUM como “discriminatorio”, debido a que puede llevar a un ambiente hostil, en el que “*las personas indocumentadas, incluidas las familias y los niños, pueden ser detenidas en cualquier lugar y en cualquier momento durante un máximo de tres días sin control judicial ni acceso a un abogado durante el procedimiento de control*”. Resulta preocupante, en este sentido, que “*las personas y comunidades de color que ya se enfrentan a una actuación policial discriminatoria y al acoso policial se arriesgarían a nuevos controles y encarcelamientos*”. PICUM sigue analizando y establece una contradicción con el EU Action Plan Against Racism, cuyo objetivo es, entre otros, evitar la elaboración de perfiles discriminatorios²².

A este respecto, el Reglamento no establece diferenciaciones en cuanto a su aplicabilidad para los menores de edad por lo que, siempre en el marco de las garantías establecidas en el artículo 13, los menores de edad pueden ser sometidos a este procedimiento tanto en la frontera exterior (artículo 5) como dentro del territorio (artículo 7).

El Artículo 8 se refiere al proceso de control, que debe llevarse a cabo en cualquier lugar adecuado y apropiado designado por cada Estado miembro, generalmente situado en las fronteras exteriores o cerca de ellas o, alternativamente, en otros lugares dentro de su territorio (o dentro del territorio de los Estados si se trata de personas en situación administrativa irregular aprehendidas no cerca de las fronteras). Debe realizarse sin demora, y para los casos de aprehensión en el área de la frontera exterior, el desembarco en el territorio del Estado miembro en cuestión o la presentación en el punto de cruce fronterizo, debe completarse dentro de los 7 días (el plazo se reduce a 4 días para los menores de más de 6 años de edad).

El control deberá comprender: un examen de salud preliminar; un examen preliminar de vulnerabilidad; la identificación o verificación de la identidad; el registro de datos biométricos; un control de seguridad; rellenar un formulario de control; y la remisión al procedimiento adecuado.

Un elemento clave de estas primeras disposiciones es la previsión de un lugar adecuado para realizar todas estas tareas de control. Dado que el Reglamento también obliga a los Estados miembros a llevar a cabo controles de salud, las instalaciones similares a prisiones no parecen cumplir con este requisito.

También, se establece una disposición que obliga a los Estados miembros a garantizar que el personal encargado de realizar estos controles esté debidamente capacitado. Esto incluye la presencia de personal médico cualificado para realizar los exámenes de salud y de personal especializado para llevar a cabo los controles de vulnerabilidad especificados en el artículo. Además, deben involucrarse las autoridades nacionales de protección infantil y las autoridades encargadas de detectar e identificar a las víctimas de la trata de seres humanos o mecanismos equivalentes, cuando sea apropiado. Un aspecto preocupante es la participación de la *European Border and Coast Guard Agency* (EBCGA por sus siglas en inglés), que junto con la EUAA, tiene la tarea de ofrecer apoyo a los Estados miembros.

Una de las disposiciones más relevantes y controvertidas del Reglamento es la ficción de “no entrada” del artículo 6. Esta disposición establece que “no se autorizará la entrada al territorio de un Estado miembro a las personas mencionadas en el artículo 5, apartados 1 y 2”, es decir, las personas que hayan cruzado la frontera de manera no autorizada. Para ello, los Estados miembros deberán promulgar legislación nacional para garantizar que estas personas permanezcan disponibles, y así prevenir cualquier riesgo de fuga, amenazas potenciales para la seguridad interna resultantes de dicha fuga o amenazas potenciales para la salud pública resultantes de dicha fuga.

Para finalizar, el Artículo 10 impone a los Estados miembros la obligación de adoptar disposiciones pertinentes para investigar las denuncias de incumplimiento de los derechos fundamentales en relación con el control. Al mismo tiempo, deben establecer un mecanismo de control para: supervisar el cumplimiento de la legislación de la Unión y del derecho internacional durante el control, incluida la Carta, en particular en lo que respecta al acceso al procedimiento de asilo, el principio de no devolución, el interés superior del menor, la detención, incluidas las disposiciones sobre detención en la legislación nacional; y garantizar que las denuncias fundamentadas de incumplimiento de los derechos fundamentales en todas las actividades relacionadas con el control sean tratadas de manera efectiva y sin demoras indebidas, y desencadenar, cuando sea necesario, investigaciones sobre tales denuncias y monitorear el progreso de dichas investigaciones.

El alcance es amplio, ya que debe abarcar todas las actividades implementadas por los Estados miembros en la aplicación del reglamento.

Para lograr esto, el mecanismo debe ser independiente e incluir a los Defensores del Pueblo nacionales y a las instituciones nacionales de derechos humanos, incluidos los mecanismos nacionales preventivos establecidos bajo el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (OPCAT), así como mantener vínculos estrechos con el Supervisor Europeo de Protección de Datos (EDPS).

Al mismo tiempo, el Reglamento prevé la posibilidad de que los Estados miembros involucren a organizaciones internacionales y no gubernamentales pertinentes y a organismos públicos independientes de las autoridades que llevan a cabo el control. Sin embargo, al no ser esto objeto de una obligación legal, queda a la discreción de los Estados miembros.

4.2.2 CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Dentro de las cuestiones que pueden plantear especiales controversias en cuanto a su interpretación en el ámbito de la implementación de este Reglamento encontramos las siguientes:

Ficción de “no entrada”: Uno de los Reglamentos más complejos para su implementación es el Reglamento de triaje. La incorporación de este mecanismo de identificación en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE genera varias problemáticas que se analizan en este informe. Entre ellas, una de la más referidas es la denominada “ficción de no entrada”, prevista en el artículo 6 del Reglamento de triaje²³.

La interpretación dada por parte de la doctrina hace derivar de esta ficción la idea de que, para los Estados miembros, la llegada de una persona nacional de un tercer país solo sucede cuando ha sido legalmente aceptada para entrar en el territorio de ese Estado por los agentes de fronteras, independientemente de su presencia física en el territorio²⁴.

Como explica Peers²⁵, durante el procedimiento de triaje, estas personas no están autorizadas a entrar en el territorio de los Estados Miembros, incluso cuando el triaje se esté desarrollando, de facto, en el territorio.

En cuanto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, es destacable la fricción con el artículo 19, el cual prohíbe las expulsiones colectivas y protege a las personas contra la devolución, expulsión y extradición a un país donde puedan enfrentar un riesgo real de sufrir daños graves.

Es importante destacar también que no existe un planteamiento coherente del Derecho de la UE sobre el régimen aplicable en las zonas de tránsito. Por lo tanto, puede ocurrir que los solicitantes de asilo que llegan a la frontera de un Estado miembro de la UE acaben -dependiendo del país- detenidos de acuerdo con la ley, detenidos de facto sin base jurídica o no privados de libertad en absoluto²⁶.

En el marco internacional, la ficción de “no entrada” también puede violar el principio de non-refoulement, que protege a los solicitantes de asilo de ser devueltos a un país donde podrían sufrir persecución. En el sentido del derecho de un solicitante a permanecer en el país de acogida cuando solicita protección internacional, incluso durante un procedimiento de Dublín y mientras espera una decisión de la autoridad decisoria, de conformidad con los procedimientos a nivel administrativo.

Por tanto, en el sentido en el que se le ha dado, la ficción de “no entrada” encuentra diferentes límites que deben ser tenidos en cuenta para su aplicación.

En primer lugar, la ficción de no entrada no puede suponer una disminución de las obligaciones de respeto de los Derechos Humanos de las personas que son sometidas al procedimiento de triaje. Así se deriva de la sólida jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que ha reiterado que los Estados no pueden ampararse en la extraterritorialidad para eludir las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ya que el artículo reconoce los derechos del Convenio a todas las personas bajo la jurisdicción de alguno de los Estados firmantes²⁷.

Concretamente, en el caso *Amuur contra Francia* (1996)²⁸ señaló que las zonas internacionales no eximen a un Estado de “sus obligaciones legales de proteger a los refugiados bajo su jurisdicción”. Por ello, aunque se asuma una ficción jurídica de no entrada, los Estados miembros siguen estando legalmente obligados a tratar a los nacionales de terceros países que, aunque estuvieran en zona de tránsito o internacional, continuaban estando bajo su jurisdicción y en consonancia con los derechos humanos internacionales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁹.

En este sentido, hay que traer a colación el propio artículo 3 del Reglamento de triaje que obliga a respetar los derechos fundamentales en la aplicación del propio reglamento. Señala este artículo que “Al aplicar el presente Reglamento, los Estados miembros actuarán en pleno cumplimiento del Derecho de la Unión aplicable, incluida la Carta, del Derecho internacional aplicable, incluida la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, completada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, de las obligaciones relativas al acceso a la protección internacional, en especial el principio de no devolución, y de los derechos fundamentales”.

Asimismo, con respecto a las reticencias planteadas por Peers y antes señaladas, el artículo 4.1.b) del Reglamento de triaje remite a la Directiva de condiciones de acogida para los solicitantes de protección internacional a los que se les aplique el Reglamento de triaje. Por último, hay que recordar la aplicabilidad, que se reconoce en los artículos 5, 6 y 18.1 del Reglamento, de que un Estado pueda autorizar la entrada por motivos humanitarios de cualquier persona que haya cruzado la frontera exterior de forma no autorizada, de acuerdo al artículo 6.5.c) del CFS.

Precisamente la referencia a este Reglamento nos permite sugerir que la interpretación más adecuada del contenido del artículo 5 del Reglamento de triaje va en la línea de entender que no supone ninguna novedad con respecto al contexto normativo previo en la Unión Europea.

En este sentido, el artículo 5 del CFS ya distingue entre cruce autorizado de fronteras exteriores

(apartado 1) y cruce no autorizado (apartado 3). Del mismo modo, el artículo 6 del CFS establece las condiciones de entrada señalando, como se ha indicado anteriormente, en su apartado 5, la existencia de supuestos en los que se puede autorizar la entrada.

Por tanto, en la regulación actual ya se contempla la figura de la ausencia de autorización para la entrada, pero eso no supone que cuando esa persona haya cruzado la frontera efectivamente no se desplieguen efectos jurídicos de esa entrada en cuanto a la responsabilidad del Estado para el respeto de los derechos fundamentales de la persona de la que se trate.

En consecuencia, el Reglamento de triaje no altera la regulación actual y las personas sometidas a triaje gozan de los derechos fundamentales que les corresponden y pueden ejercerlos frente al Estado, a través de las vías legales previstas. De hecho, así se establece en el artículo 10 del Reglamento de triaje.

Por su parte, el Gobierno español no ha previsto nada en relación con esta cuestión en el plan de implementación nacional.

“Puesta a disposición”: El preámbulo del Reglamento también establece que las normas de detención de la Directiva sobre las condiciones de acogida “deben aplicarse” a los solicitantes de asilo cubiertos por el Reglamento. El triaje en sí no es un motivo de detención en la lista exhaustiva de motivos establecidos en la Directiva sobre las condiciones de recepción, por lo que los Estados miembros tendrán que encontrar algún otro motivo en esa lista. El preámbulo del Reglamento establece reglas generales sobre los límites a la detención, adoptando parte del lenguaje de la Directiva sobre las condiciones de acogida.

Durante el triaje, el Reglamento establece que los nacionales de terceros países tienen el deber de permanecer “a disposición de las autoridades responsables de realizar el triaje en los lugares a que se refiere el artículo 8 mientras dure el triaje, a fin de evitar cualquier riesgo de fuga, posibles amenazas para la seguridad interior o posibles amenazas para la salud pública”.

Los lugares a los que se refiere el artículo 8 del Reglamento serán aquellos designados para tal fin en las fronteras exteriores, cerca de estas, o en otros lugares dentro de su territorio, dependiendo del caso concreto, sin dejar claro, qué lugares pueden ser considerados como tales.

Esta “puesta a disposición” se puede considerar como una forma de detención o internamiento, generando inseguridad jurídica sobre el estatus y los derechos de las personas retenidas.

En el marco jurídico y jurisprudencia de la UE en el caso *Comisión c. Hungría* (2020)³⁰, el TJUE abordó las violaciones cometidas por el sistema húngaro de asilo y migración.

El Tribunal aclaró que el acto de retener a los solicitantes de asilo en zonas de tránsito, que se definen como no territoriales en lo que respecta a los procedimientos fronterizos, equivale a una “detención” según la legislación europea. Así, se argumenta que, dado que el internamiento representa “un concepto autónomo del Derecho de la UE”, sin duda desentraña las “responsabilidades y obligaciones” de los Estados miembros en relación con las “violaciones de la legislación de la UE en materia de asilo y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”³¹.

Con la “puesta a disposición” equiparada a una detención o incluso internamiento, se pondría en peligro el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas, establecido en el artículo 6 de la Carta.

En ese sentido, en *FMS y otros*, el TJUE confirma que la retención de solicitantes de asilo en zonas de tránsito en la frontera exterior constituye un internamiento:

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 (párrafo 231).

Asimismo, podemos leer la definición de “internamiento” del artículo 2 de la Directiva 2013/33/UE: “el confinamiento de un solicitante por un Estado miembro en un lugar determinado donde se priva al solicitante de la libertad de circulación”.

Esta posible detención o internamiento de personas durante el triaje plantea varias cuestiones relativas a la violación de derechos humanos también en el ámbito internacional.

Según el artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), cualquier privación de libertad debe ser legal, necesaria y proporcional. La detención durante el triaje debería cumplir estos requisitos y proporcionar garantías procesales adecuadas, incluyendo el derecho a impugnar la legalidad de la detención (el cuál no se garantiza).

El TEDH, como por ejemplo en el caso *Ilias y Ahmed c. Hungría* (2019)³², ha rechazado sistemáticamente el argumento de que mantener a los inmigrantes en una zona de tránsito internacional no constituye una privación de libertad porque tienen la opción de abandonar voluntariamente el país, sosteniendo que, cuando la única posibilidad que tiene un solicitante de salir de una zona de tránsito es abandonar voluntariamente el país, tal opción no excluye la privación de libertad, especialmente si implica el abandono de su solicitud de asilo.

Ello es interesante al leer el párrafo 11 del preámbulo del Reglamento:

(11) Los nacionales de terceros países sometidos al triaje deben seguir estando a disposición de las autoridades de triaje durante el triaje. Los Estados miembros deben establecer en su Derecho nacional disposiciones para garantizar la presencia de esos nacionales de terceros países durante el triaje con el objetivo de evitar la fuga. Cuando resulte necesario, y sobre la base de una evaluación individual de cada caso, los Estados miembros podrán internar a una persona sometida al triaje siempre que no se puedan aplicar efectivamente medidas alternativas menos coercitivas. El internamiento debe aplicarse únicamente como medida de último recurso, de conformidad con los principios de necesidad y proporcionalidad, y debe ser susceptible de recurso efectivo, de conformidad con el Derecho nacional, de la Unión e internacional.

En el mismo sentido, en el Plan de Implementación se establece lo siguiente que los Estados miembros deberán tomar las medidas adecuadas para garantizar que las personas migrantes permanezcan a disposición de las autoridades durante los procedimientos de triaje y las medidas de detención en la frontera. Estas acciones podrían incluir protocolos que cubran la evaluación de medidas destinadas a limitar el riesgo de fuga, incluidas alternativas a la detención (que deberían estar definidas por ley), especialmente para familias con niños, así como el posible uso de la detención. La EUAA elaborará directrices sobre alternativas efectivas a la detención.

Vemos entonces una misma contradicción dentro del Reglamento, al establecer que las personas sometidas a triaje deben estar a disposición de las autoridades, pero el internamiento debe ser una medida de último recurso. Entonces ¿que se considera “estar a disposición”? Se deja a disposición de los Estados determinar de qué manera “mantendrán a disposición” a las personas.

La “puesta a disposición”, según el artículo 6, se establece “a fin de evitar cualquier riesgo de fuga, posibles amenazas para la seguridad interior o posibles amenazas para la salud pública como consecuencia de dicha fuga”. La definición del término se encuentra en el Reglamento de Gestión y se desarrolla en su análisis.

En este sentido, vemos que la “puesta a disposición” se asemeja aún más a un internamiento, puesto que el riesgo de fuga también es la causa justificativa del internamiento en el Reglamento de Gestión.

Esta “puesta a disposición” será posiblemente traducida en el marco español como una privación de libertad, por lo ya establecido en la STC núm. 174/1999³³:

El hecho de que a Liji le cupiera la posibilidad de salida voluntaria de España (posibilidad por lo demás remota, por los impedimentos económicos y por requisitos de entrada de terceros países) no empaña la calificación jurídica de detención. Pues aparte de esa hipotética libertad de salida, lo cierto es que Liji se encontraba confinado en un espacio limitado y cerrado de suelo español, sin título jurídico alguno que lo justificase.

Es necesario tener en cuenta la problemática de dónde van a quedarse estas personas, en qué recintos. Puesto que a pesar de asemejarse a una detención, no se establece como tal, y será necesario contar con infraestructuras donde mantener a disposición a todas las personas que van llegando. De acuerdo con el artículo 8, los Estados miembros deben identificar ubicaciones adecuadas para llevar a cabo dicho triaje y deberán garantizar que todas las personas sujetas al triaje reciban un nivel de vida que garantice su subsistencia, proteja su salud física y mental y respete sus derechos conforme a la Carta.

Sin embargo, en el marco español, tal y como señala De la Orden (2024)³⁴, ello puede ser problemático ya que el número total de centros de detención y recepción en España asciende a un total de 5,000 plazas. En 2021, solo en las Islas Canarias, llegaron de manera irregular más de 22,000 personas. La cuestión es si se crearían nuevos tipos de centros o si se ampliarían los CATE (Centros de Atención Temporal a Extranjeros). Esto podría replicar el modelo de hotspots tal y como se ha implementado en Grecia e Italia.”.

Por su parte, el Plan nacional de implementación español señala que el triaje se desarrollará en las infraestructuras ya existentes aunque no profundiza más a este respecto.

Duración del triaje: Como se ha mencionado anteriormente, en los casos contemplados en el artículo 5, el plazo para la realización del triaje es de “siete días a partir de la aprehensión en la zona de la frontera exterior, el desembarque en el territorio del Estado miembro de que se trate o la presentación en el paso fronterizo”, mientras que el triaje contemplado en el artículo 7 se realizará en un plazo máximo de “tres días a partir de la aprehensión del nacional de un tercer país”.

Estos plazos presentan desafíos significativos. Se puede considerar que se trata de un periodo demasiado largo, pues un periodo de triaje prolongado de 7 días puede retrasar el acceso a derechos fundamentales, como el derecho a solicitar asilo y recibir protección. La prolongación de la detención puede constituir una violación del derecho a la libertad y la seguridad.

Sin embargo, también se contempla como un periodo demasiado corto, pues un plazo insuficiente puede no permitir una identificación adecuada de vulnerabilidades y necesidades especiales de los solicitantes, comprometiendo su protección y bienestar.

En España, estos plazos superan la duración máxima de custodia policial de 72 horas (artículo 497 LECrim), lo que plantea problemas de legalidad en la aplicación de estos procedimientos.

A este respecto, el Plan nacional de implementación español ha confirmado que el plazo máximo de duración de este procedimiento ha de ser de 3 días, identificando así la situación de privación de libertad en la que se van a encontrar estas personas.

Menores: El Reglamento da una serie de garantías para los menores en el artículo 13. Sin embargo, puede crear fricciones con las disposiciones sobre derechos del menor establecidas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (artículo 24) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 3 y 37), que establecen que la detención de menores debe ser una medida de último recurso y por el menor tiempo posible.

El triaje debería garantizar siempre el interés superior del menor, evitando su detención en la medida de lo posible y proporcionando condiciones adecuadas de cuidado y protección.

Por ello, sorprende que en el triaje no se haga referencia a la determinación de la edad directamente, ya que únicamente en el artículo 8.5 c) se hace referencia a la identidad, y en el 8.9 se prevé un reconocimiento médico.

Concretamente, el artículo 37 c) de la Convención estipula que *“Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*.

Hay que tener en cuenta que el triaje previo a la entrada tendrá una duración de hasta siete días, aunque el gobierno lo ha limitado a 72 horas en España, y podrá prolongarse en circunstancias excepcionales. Además, cuando se establece la “puesta a disposición”, no se realiza distinción alguna entre menores y mayores de edad, infringiendo la Convención.

Por lo tanto, cabe preguntarse si estos plazos pueden entenderse como “el período más breve que proceda” de conformidad con el Convenio.

Asimismo, el apartado d) establece lo siguiente *“Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”*. Por lo tanto, es necesario proporcionar asistencia jurídica durante el control previo a la entrada si dicho control equivale a una detención, lo cual no es mencionado en el Reglamento³⁵.

En cuanto a la jurisprudencia, en el asunto *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (2021)³⁶, el TJUE estableció que antes de devolver a cualquier menor no acompañado cuya solicitud de asilo haya sido denegada, los Estados miembros tienen la obligación de evaluar la idoneidad de las instalaciones de acogida.

En el marco español, es muy importante destacar que en el Reglamento no hay distinción entre mayores y menores de edad en la “puesta a disposición”, y viendo que se asemeja a un internamiento, entraría en contradicción con lo establecido en el artículo 62 de LOREX:

4. No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1. i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley.

Es destacable cómo se deja al Estado la determinación de las medidas concretas para establecer a un representante o persona formada que vaya a asistir al menor (art 13.3 Reglamento) En el marco español, debería ser redactada una normativa para implementar este aspecto. Debe ser como el defensor judicial, alguien aparte, para que el propio menor pueda tener una posición diferente a su representante legal, que suele ser el tutor dado por la comunidad autónoma. En este caso, el Gobierno plantea en el Plan Nacional de Implementación que la determinación de estos representantes de los menores se realice a través de la ley de asilo y su nuevo reglamento. Sin embargo, debería preferirse otra normativa para que sea aplicada en todo tipo de procedimientos y no únicamente los correspondientes a la solicitud de protección internacional.

Asimismo, se establece una cantidad de 30 menores como máximo por representante, lo que es susceptible de poner en riesgo la tutela judicial efectiva (art 13.5), por una sobrecarga al representante.

Es necesario adaptar la ley, aprovechando este momento para regular la determinación de la edad, como ya anunciaba la Ley de Protección Integral de la Infancia, así como la regulación del defensor judicial.

Protección de datos: El triaje y el tratamiento de los datos biométricos puede ver afectados el derecho a la privacidad y la protección de datos personales, conforme a los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, así como los artículos 8 de la CEDH y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Es destacable que no se hace referencia a la Directiva 2016/680 (Directiva sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes) y se infringe el artículo 4.1 c) y el artículo 10.

Artículo 4 Principios relativos al tratamiento de datos personales

1. *Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean:*
 - c) *adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que son tratados;*

Artículo 10. Tratamiento de categorías especiales de datos personales

El tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física solo se permitirá cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las salvaguardias adecuadas para los derechos y libertades del interesado y únicamente cuando:

- a) *lo autorice el Derecho de la Unión o del Estado miembro;*
- b) *sea necesario para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona física, o*
- c) *dicho tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos.*

Tampoco hace referencia a la Directiva 2012/29 (derechos de las víctimas) ni a la Directiva 2013/48 (derecho de acceso a un abogado en los procesos penales), teniendo en cuenta que las autoridades preguntarán sobre delitos penales, por lo que parece muy probable que una o ambas Directivas debieran ser aplicables, dando lugar, en particular, al derecho a un abogado y a su derecho a la información como víctimas³⁷.

En cuanto al tribunal de la UE, en el caso *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner* (2015)³⁸, el TJUE afirmó que “una normativa que no prevé posibilidad alguna de que el justiciable ejerza acciones en Derecho para acceder a los datos personales que le conciernen o para obtener su rectificación o supresión no respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 47 de la Carta”.

El tratamiento de datos de menores en España, según la de Ley de Protección de Datos:

Artículo 7. Consentimiento de los menores de edad.

1. *El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.*
2. *El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.*

A este respecto, el Plan nacional de implementación prevé una modificación de esta normativa que permita la toma de huellas dactilares de los menores de edad.

Finalizado el triaje: Tras la fase de triaje, en el caso de que la persona no haya solicitado protección internacional, el Reglamento establece que se procederá a lo establecido en la Directiva 2008/115/CE: internamiento y/o expulsión - retorno.

Asimismo, vemos una incongruencia con lo establecido en el artículo 14 del Código Fronteras Schengen sobre denegación de entrada.

En esta posibilidad de expulsión tras un plazo tan breve de examen de vulnerabilidades, puede verse afectado el principio de non refoulement (art 78 TFEU) así como la protección en caso de devolución, expulsión y extradición del artículo 19 de la Carta.

Tal y como se establece en el ya citado informe de PICUM, a menos que se realice una evaluación de oficio, la única forma de que el solicitante demuestre el riesgo de devolución y demuestre que puede optar a otros permisos sería presentar un recurso contra una decisión de retorno, lo que plantea importantes dificultades prácticas.

Los Estados miembros deberían evaluar exhaustivamente las consideraciones relativas a los derechos fundamentales antes de emitir una decisión de retorno, lo que incluye determinar si los nacionales de terceros países cumplen los criterios para solicitar un permiso de residencia autónomo u otra autorización que conceda el derecho de estancia. Esto reduciría enormemente el número de decisiones de retorno inejecutables y evitaría el sufrimiento humano³⁹.

En la misma línea, pero en el ámbito internacional, con la expulsión de las personas tras el triaje, se podrían considerar afectados el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra así como el artículo 3 de la CEDH.

En el caso *Othman c. el Reino Unido* (2012)⁴⁰, el TEDH consideró que la deportación de una persona a un país en el que se enfrentaría a una violación del artículo 5 del CEDH (derecho a la libertad y a la seguridad) y del artículo 6 del CEDH (derecho a un juicio justo) representaría una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tutela judicial efectiva: Es importante destacar la ausencia de provisiones respecto a derechos procesales y asesoramiento legal de tipo alguno durante el procedimiento de triaje, lo que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial del artículo 47 de la Carta y 24 de la Constitución Española.

Solamente se menciona en el artículo 6:

Las organizaciones y personas que presten asesoramiento y consejo tendrán acceso efectivo a los nacionales de un tercer país durante el triaje. Los Estados miembros podrán imponer limitaciones a dicho acceso, en virtud del Derecho nacional, en los casos en que tales limitaciones sean objetivamente necesarias para la seguridad, el orden público o la gestión administrativa de los pasos fronterizos o centros donde se realice el triaje, siempre y cuando con ello no se restrinja gravemente o imposibilite dicho acceso.

Asimismo, no se establece cuándo estas personas podrán acceder al asesoramiento ni en qué forma, no se garantiza que sean informados de su derecho de pedir protección internacional.

En cuanto a recursos y acciones legales contra irregularidades del procedimiento de triaje y violaciones de derechos, encontramos tan solo la mención del artículo 10.1, estableciendo que:

1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones pertinentes para investigar las alegaciones de vulneración de derechos fundamentales en relación con el triaje. Los Estados miembros garantizarán, cuando proceda, la remisión a efectos de inicio de procedimientos judiciales civiles o penales en caso de vulneración o incumplimiento de derechos fundamentales, de conformidad con el Derecho nacional.

Se deja a disposición del Estado la posibilidad de recurrir e interponer acciones legales, dejando a su consideración en qué caso será “cuando proceda”.

Se encuentran ausentes los derechos procesales en todo el Reglamento, por lo que, tal y como establece ECRE (2022), debería ser posible impugnar la aplicación del procedimiento de triaje sobre la base de que (por ejemplo) no existe fundamento jurídico alguno para la selección, o de que el triaje ha excedido su duración permitida.

En el marco español, la posibilidad de presentar habeas corpus durante el periodo de triaje implicaría la modificación de la ley 6/84 de Habeas Corpus, evitando así los riesgos mencionados en este informe. Garantizando así también el artículo 10 en cuanto al seguimiento de los derechos fundamentales. También se deberá modificar la ley de extranjería en su artículo 22 introduciendo el triaje como supuesto en el derecho a asistencia letrada.

4.2.3 REGLAMENTO POR EL QUE SE MODIFICAN LOS REGLAMENTOS (UE) 2019/816 Y (UE) 2019/818 A EFECTOS DE LA INTRODUCCIÓN DEL TRIAJE DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN LAS FRONTERAS EXTERIORES (2024/1352)

Se trata de un reglamento de índole menor que modifica la normativa europea para poder llevar a cabo el procedimiento de triaje. El objetivo de este reglamento es permitir la identificación por las autoridades de triaje de aquellas personas que “puedan suponer una amenaza para la seguridad

interior". En este sentido, se concede acceso al ECRIS-TCN y se prevén una serie de indicadores específicos, pues como establece el nuevo artículo 5.1 c) del Reglamento (UE) 2019/816, el registro de datos en ECRIS- TCN deberá incluir:

"una indicación que señale, a efectos de los Reglamentos (CE) n.o 767/2008 y (UE) 2018/1240 y de los artículos 15 y 16 del Reglamento (UE) 2024/1356, que el nacional de un tercer país ha sido condenado en los veinticinco años anteriores por un delito de terrorismo o en los quince años anteriores por otro delito de los enumerados en el anexo del Reglamento (UE) 2018/1240 que sea punible con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad por un período máximo de al menos tres años con arreglo al Derecho nacional, incluido el código del Estado o Estados miembros de condena."

Asimismo, es interesante destacar el papel de las autoridades nacionales pertinentes del Estado miembro de condena, quienes, según el nuevo artículo 7 quater del Reglamento (UE) 2019/816:

emitirán un dictamen dirigido a las autoridades de triaje, tal como se definen en el artículo 2, punto 10, del Reglamento (UE) 2024/1356, sobre si la presencia de dicha persona en el territorio de los Estados miembros puede suponer una amenaza para la seguridad interior, en un plazo de dos días cuando el triaje tenga lugar en el territorio del Estado miembro o en un plazo de tres días cuando el triaje tenga lugar en las fronteras exteriores.

En el caso que dichas autoridades no emitan el dictamen en esos plazos, el artículo establece que "se entenderá que no hay motivos de seguridad que deban tenerse en cuenta."

4.3 REGLAMENTO SOBRE LA CREACIÓN DEL SISTEMA "EURODAC" (2024/1358)

4.3.1 INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO

El Reglamento (UE) 2024/1358 de 14 de mayo de 2024 sobre la creación del sistema Eurodac para la comparación de datos biométricos a efectos de la aplicación efectiva de los Reglamentos (UE) 2024/1351 sobre la gestión del asilo y la migración y el Reglamento (UE) 2024/1350 que establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la Unión, supone uno de los mayores cambios de toda la reforma, ya que pretende modificar el sistema de base de datos de Eurodac, ampliando el tipo de información que se almacena, sus capacidades y su ámbito de aplicación.

La ampliación de los datos biométricos que se almacenan en Eurodac, junto con una mayor interoperabilidad con otros sistemas europeos, levanta preocupaciones sobre la creciente vigilancia y la potencial erosión de los derechos de privacidad de las personas migrantes. Además, al incluir nuevas categorías de personas en la base de datos, no solo a solicitantes de asilo sino a un espectro más amplio de sujetos, se corre el riesgo de criminalizar aún más la migración irregular y de endurecer las políticas de control fronterizo.

La expansión del sistema Eurodac y su uso para apoyar las políticas de reasentamiento y admisión humanitaria puede parecer, en teoría, un avance positivo. Sin embargo, en la práctica, esta centralización de información podría facilitar el acceso y uso de estos datos con fines que van más allá de la protección humanitaria, como la deportación y la detención, lo que genera inquietudes sobre el verdadero propósito de estas reformas.

Este Reglamento podría reforzar una tendencia hacia una Europa más cerrada y vigilante, donde la gestión de la migración se realice bajo un enfoque de control más que de protección. La implementación de este nuevo Eurodac no solo plantea interrogantes sobre su eficacia, sino también sobre las implicaciones éticas y legales en cuanto a los derechos y libertades de las personas migrantes.

4.3.2 CUESTIONES CONTROVERTIDAS

La ampliación de la toma de datos biométricos: de las huellas dactilares al reconocimiento facial:

Hasta este nuevo Reglamento, el sistema de Eurodac –que lleva en funcionamiento desde el año 2000– almacenaba datos dactiloscópicos. Con el avance de las nuevas tecnologías, principalmente aquellas basadas en sistemas de inteligencia artificial, la Unión Europea ha querido ampliar la categoría de datos recogidos, incluyendo los datos de imágenes faciales, ampliando así el término a datos biométricos.

Sin embargo, el nuevo Reglamento de Eurodac en las definiciones del artículo 2 apartados q), r) y s) no detalla con exactitud a qué se refiere con dichos datos y, llama especialmente la atención que no se haga referencia a la definición de datos biométricos recogida en el artículo 4.14) del Reglamento (UE) 2016/679 sobre la protección de datos personales.

En este sentido, la definición de datos biométricos redactada en el artículo 2.s) del Reglamento indica que son los datos dactiloscópicos o los datos de imagen facial. Asimismo, indica que los datos dactiloscópicos (artículo 2.q)) son datos relativos a impresiones simples y roladas de las impresiones dactilares de los diez dedos, mientras que de los datos de imagen facial apunta que son “imágenes digitales del rostro con una resolución de imagen y calidad suficientes para ser utilizadas en la correspondencia biométrica automática” (artículo 2.r)). Sin embargo, el Reglamento General de Protección de Datos señala que los datos biométricos son datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, incluyendo cualquier característica física, fisiológica o conductual que permita o confirme la identificación única de dicha persona. Resulta llamativo que no se haya homogeneizado dicha definición con la controversia que puede generar en el almacenamiento de datos del sistema.

Para el RGPD el tratamiento de datos biométricos no debe ser utilizado salvo situaciones específicas dentro del Reglamento (considerando 51) entre las que el artículo 9.2) contempla el tratamiento por razones de interés público esencial, siempre y cuando sea proporcional al objetivo perseguido, respetando en lo esencial el derecho a la protección de datos y estableciendo medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.

La reducción de la minoría de edad de 14 a 6 años en la toma de datos: La decisión de reducir la edad mínima para la toma de datos biométricos de 14 a 6 años, según lo establecido en el Reglamento Eurodac, plantea preocupaciones significativas desde un punto de vista legal y ético. Esta medida, que permite la recopilación de información sensible de menores a partir de los 6 años, parece contradecir los principios consagrados en el derecho comunitario, internacional y nacional en relación con la protección de los derechos de los menores.

Resulta particularmente preocupante que, a efectos de esta normativa, se trate a los menores de entre 6 y 14 años de manera similar a los adultos. La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, a la que están adheridos todos los Estados miembros de la UE establece –en su artículo 3, entre otros– que el interés superior del menor debe ser una consideración primordial en todas las medidas que los afecten. Permitir la recolección de datos biométricos de niños tan pequeños, aun cuando se realice bajo la premisa de respetar su dignidad y necesidades específicas, parece contradecir este principio fundamental.

En este mismo sentido, el derecho comunitario, a través del artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, subraya que los niños tienen derecho a la protección y al cuidado necesarios para su bienestar. La decisión de incluir a menores de tan solo 6 años en la toma de datos biométricos podría interpretarse como una vulneración de este derecho, al someter a los niños a un nivel de vigilancia y control que no corresponde a su edad y condición de vulnerabilidad.

Por otro lado, en el ámbito estatal, la legislación española, representada por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y la Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, refuerza la obligación de considerar el interés superior del menor como primordial en todas las acciones que los afecten. En este contexto, la posibilidad de utilizar coerción para asegurar la toma de datos biométricos, aunque sea como último recurso y bajo condiciones estrictas, podría contravenir estos principios, exponiendo a los menores a situaciones de vulnerabilidad.

Como se ha indicado, el Plan Nacional de implementación de España establece la necesidad de modificar la legislación para incorporar la toma de huellas dactilares de menores.

A este respecto es especialmente preocupante el artículo 14 que, “cuando lo permita el Derecho nacional o de la Unión pertinente”, posibilita “recurrir a un nivel proporcionado de coerción sobre los menores para asegurar” el cumplimiento de sus obligaciones en relación con la obtención de los datos biométricos de los menores de edad.

En estas circunstancias parece necesario exigir que la recolección de datos biométricos de menores de 14 años se plantee únicamente cuando sea absolutamente necesario para garantizar su identidad, su seguridad o su integridad. En todo caso, esta recolección debe hacerse sin aplicar ningún tipo de coerción. Hay que recordar que el artículo 11 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, establece, como principio rector de la actuación administrativa en relación con los menores, la protección contra toda forma de violencia. Por tanto, la coerción a la que hace referencia el artículo 14 del Reglamento EURODAC no tiene cabida en el sistema español y no caben modificaciones legislativas que lo permitan.

Ampliación del uso del sistema a las personas reasentadas, beneficiarios de protección temporal y las personas rescatadas: El Reglamento Eurodac amplía la obligación de toma y transmisión de datos biométricos, incluyendo ahora a los beneficiarios de protección temporal, personas reasentadas y rescatadas. La ampliación a estos grupos refuerza la orientación de la política de asilo e inmigración hacia un control estatal que se desvía del objetivo originario, poniendo nuevamente en el centro de la reforma el control fronterizo y la vigilancia exhaustiva.

En el caso de los beneficiarios de protección temporal, además, la obligatoriedad de registrar y compartir estos datos, en un plazo de tiempo de diez días, conlleva riesgos de errores y un tratamiento inadecuado de la información. Aunque el Reglamento permite excepciones por en caso de problemas técnicos, la presión por cumplir con estos plazos puede llevar a prácticas apresuradas que no necesariamente garantizan el respeto de los derechos fundamentales de los afectados. Cuando, precisamente, la protección temporal es un mecanismo de la Unión Europea para agilizar el desplazamiento de estas personas sin que los trámites burocráticos sean un impedimento o una ralentización del proceso.

Este tipo de medidas puede desincentivar el uso por las personas que buscan protección internacional por miedo a la gestión o uso de sus datos biométricos, erosionando así la confianza en los sistemas habilitados para ello.

La motivación de la toma de datos. Delitos graves o terrorismo: El Reglamento Eurodac introduce la posibilidad de utilizar el sistema de comparación de datos biométricos para fines de aplicación de la ley, específicamente en los casos relacionados con delitos graves y terrorismo. Esta ampliación de los fines originales del sistema, que estaba diseñado principalmente para la gestión de solicitudes de protección internacional y el control de la migración irregular, plantea preocupaciones serias en cuanto a la seguridad y los conceptos jurídicos indeterminados que subyacen a la normativa.

Uno de los principales problemas es el concepto de “motivos razonables”. Este término es subjetivo y carece de una definición precisa en el reglamento. La falta de claridad sobre qué constituye un motivo razonable puede derivar en decisiones arbitrarias, ya que las autoridades tienen una amplia discrecionalidad para decidir si acceden o no a los datos biométricos almacenados en Eurodac. Además, ¿cómo se justifica la sospecha razonable de que una persona, especialmente un menor, podría estar vinculada a un delito grave o terrorismo? Esta ambigüedad abre la puerta a posibles abusos y decisiones desproporcionadas, socavando la confianza en el sistema.

El término “delitos graves”, aunque está definido en el artículo 2, apartado p), sigue siendo problemático debido a su amplitud. La definición indica que se considera un delito grave aquel que corresponde o es equivalente a alguno de los delitos recogidos en el Artículo 2.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI y que es punible con una pena privativa de libertad de al menos tres años. Sin embargo, los tipos de delitos graves pueden variar significativamente entre los Estados miembros, lo que podría generar incoherencias en la aplicación de la normativa. Por tanto, esta disparidad en la interpretación de lo que constituye un delito grave aumenta el riesgo de que el sistema sea utilizado de manera desigual en toda la Unión Europea.

Por otro lado, el concepto de “terrorismo”, tal y como se define en la Directiva (UE) 2017/541, también es amplio y, aunque intenta armonizar las definiciones en toda la UE, sigue siendo un término que puede aplicarse de manera desigual en diferentes jurisdicciones. En muchos casos, las acciones consideradas como terrorismo en un Estado Miembro pueden no recibir el mismo tratamiento en otro, lo que introduce el riesgo de un uso excesivo o indebido del sistema de comparación de datos de Eurodac. Esta disparidad no solo pone en duda la eficacia del sistema, sino que también podría exacerbar las diferencias en la aplicación de la ley dentro de la Unión.

En este sentido, el amplio margen de interpretación que permite el reglamento, sumado a la falta de claridad en conceptos clave como “motivos razonables”, “delitos graves” y “terrorismo”, conlleva un riesgo significativo de una aplicación discrecional y arbitraria del sistema. Además, esta normativa refuerza una tendencia preocupante hacia la criminalización de las personas migrantes, incluidos los menores de edad, lo que puede llevar a un uso desproporcionado de las medidas de control y vigilancia, socavando los derechos fundamentales de aquellos a quienes debería proteger.

Duración de la conservación de los datos almacenados: La normativa propone plazos de hasta 10 años para los datos de solicitantes de protección internacional y 5 años para aquellos en procesos de reasentamiento (artículo 29 del Reglamento). Estas disposiciones del Reglamento Eurodac podrían contradecir otros textos legislativos que protegen los derechos fundamentales y la privacidad de los individuos. Por ejemplo, el RGPD establece principios claros sobre la limitación de la conservación de datos personales, sugiriendo que la información solo debe ser mantenida durante el tiempo necesario para cumplir con los propósitos para los cuales fue recopilada. La divergencia en los plazos de almacenamiento entre el Reglamento Eurodac y el RGPD resalta, nuevamente, una falta de armonización en las políticas de protección de datos dentro de la Unión Europea, lo que puede resultar en vacíos legales y confusión sobre cómo se deben manejar los datos de estas personas.

4.3.3 ALGUNAS CONSIDERACIONES A LAS PROBLEMÁTICAS PLANTEADAS

El Reglamento Eurodac, en su forma actual, presenta serias inconsistencias en cómo aborda a diferentes grupos de personas en relación con la recolección de datos biométricos. Esta falta de uniformidad no solo carece de una justificación sólida, sino que también pone de manifiesto arbitrariedades que pueden ser interpretadas como clasismo hacia distintas categorías de personas migrantes. Este enfoque diferencial se vuelve especialmente problemático, ya que la entrada irregular a un país no siempre refleja la realidad del estatus de una persona. Un solicitante de asilo o un beneficiario de protección temporal puede enfrentarse a un trato injusto únicamente por la manera en que llegó al territorio, lo que evidencia un sesgo inherente en la normativa y puede ser contrario a la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados que establece el principio de no discriminación por razón de origen. En función del origen, la entrada irregular puede ser la única opción, teniendo en cuenta la política europea de visados y las normas relativas a las sanciones a los transportistas.

Además, la ampliación de la recolección de datos biométricos suscita críticas serias desde el ámbito del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Este marco establece que la recolección de datos personales debe ser restringida y aplicada solo en circunstancias excepcionales. Sin embargo, el Reglamento Eurodac parece haber normalizado la recolección masiva de estos datos, sustentándose en la noción de que los flujos migratorios y los cruces de fronteras representan una amenaza constante para la seguridad nacional. Este enfoque no solo resulta selectivo y discriminatorio, sino que puede ser visto como un abuso de medidas excepcionales, transformándolas en algo habitual en lugar de algo extraordinario.

La falta de homogeneización en los conceptos fundamentales del reglamento representa un reto adicional para la integridad y coherencia de las bases de datos que contienen información biométrica y otros datos personales sensibles. Sin una armonización clara y una aplicación consistente de los principios de protección de datos, se incrementa el riesgo de violaciones de derechos, especialmente en contextos transfronterizos donde las normativas pueden diferir entre los Estados Miembros de la UE.

Una de las inquietudes más apremiantes se refiere al tratamiento de menores, quienes, de acuerdo con el derecho internacional, nacional y comunitario, deberían recibir un trato diferenciado al de los adultos. Sin embargo, el Reglamento Eurodac parece pasar por alto estas distinciones esenciales, sometiendo a los menores a procesos de recolección de datos biométricos que no solo son comparables a los de los adultos, sino que también vulneran claramente sus derechos. Esta situación representa una grave violación de principios ampliamente reconocidos en la protección de menores.

Por su parte, la ampliación de las aplicaciones del sistema Eurodac para fines de aplicación de la ley, especialmente en lo que respecta a delitos graves y terrorismo, introduce otra capa de preocupación. Aunque esta expansión se justifica en términos de seguridad, plantea serios problemas de seguridad jurídica debido a la vaguedad y la interpretación subjetiva de conceptos como “motivos razonables”, “delitos graves” y “terrorismo”. Tal ambigüedad podría resultar en un uso excesivo y potencialmente indebido del sistema, intensificando la criminalización de las personas migrantes y socavando la confianza en las instituciones que gestionan estos datos.

4.4 REGLAMENTO SOBRE EL PROCEDIMIENTO FRONTERIZO DE RETORNO (2024/1349)

4.4.1 INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO

El Reglamento (UE) 2024/1349, por el cual se establece un procedimiento fronterizo específico para el retorno de personas en situación irregular y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1148, nace con el objetivo de “mejorar la gestión de las fronteras exteriores de la UE” y “asegurar un proceso más eficiente y coordinado para el retorno de migrantes”.

El Reglamento se coordina con el Reglamento de triaje, que introduce controles estrictos de identidad en la frontera. De esta forma, y muy esquemáticamente, cuando una persona llega careciendo de título de entrada de acuerdo al Código de Fronteras Schengen se le sometería al procedimiento de triaje. Si esa persona solicita protección internacional mediante el procedimiento previsto (procedimiento fronterizo) y su solicitud resulta denegada, se le aplicará el procedimiento previsto en el Reglamento del procedimiento de retorno en frontera.

Por tanto, desde el punto de vista del ámbito subjetivo, este procedimiento solo se aplicará a quienes hayan solicitado protección internacional mediante el procedimiento fronterizo y hayan visto denegada su solicitud. Por tanto, este Reglamento desarrolla un régimen especial con respecto a la Directiva 2008/115/CE. No obstante, es un régimen excepcional que decae una vez transcurridos los plazos previstos en la misma, supuestos en los que se vuelve a remitir (artículo 4.4 del Reglamento 2024/1349) a la Directiva Retorno.

Hay que recordar que la propia Directiva de Retorno establecía la posibilidad de que los Estados miembros no aplicasen la Directiva a los extranjeros “a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro”. De hecho, esta ha sido la posición española, al no aplicar la Directiva de Retorno a estos casos. No obstante, el Reglamento exige que, incluso en esos casos, se garanticen los derechos establecidos en dicha Directiva, específicamente, los relacionados con la duración del internamiento.

En el Plan Nacional de Implementación, el Gobierno señala que no existe un procedimiento fronterizo de retorno específico en España. Considera que las denegaciones de entrada y las devoluciones son procedimientos similares pero no bastan para dar cumplimiento a los requisitos de este Reglamento.

Con todo, este procedimiento previsto en el Reglamento 2024/1349 plantea numerosos problemas en relación con su aplicación en el sistema español.

4.4.2 CUESTIONES CONTROVERTIDAS

La “exigencia de residir” en determinadas ubicaciones en el seno del procedimiento fronterizo de retorno: Una de las cuestiones esenciales del Reglamento es la exigencia, que plantea su artículo 4.2, de que las personas a las que se aplica este procedimiento residan durante doce semanas en “ubicaciones situadas en la frontera exterior o zonas de tránsito o en sus proximidades”.

En este sentido, este supuesto encaja dentro de las medidas cautelares contempladas en la Ley Orgánica 4/2000, concretamente en su artículo 61.1 ya que se trataría de una residencia obligatoria en un procedimiento del que puede derivarse la expulsión de la persona. A este respecto, hay que traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 260/2007, de 20 de diciembre⁴¹. Esta sentencia aclara que la residencia obligatoria “no afecta a la libertad personal, sino a la libertad de residencia y circulación proclamada por el artículo 19 CE”. Se trata de un derecho fundamental que deberá ser regulado por ley orgánica.

Hay que recordar que, específicamente, el TS ha mantenido que los solicitantes de asilo tienen reconocido el derecho a la libertad de circulación por lo que estas limitaciones le afectarían específicamente en contra de la jurisprudencia establecida⁴².

Esta interpretación es la única que puede aceptarse dentro del marco de la Constitución, la normativa española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, concretamente, el artículo 5.1.f). Es importante recordar que el TEDH (sentencia *J.A. y otros c. Italia*⁴³ en relación con los hotspots ubicados en Lampedusa) ya estableció que las privaciones de libertad *de facto* mantienen las exigencias del artículo 5 del Convenio en relación con la necesidad de información y la posibilidad de recurso contra la misma.

En consecuencia, estas personas no estarían detenidas sino, únicamente, tendrían la obligación de residir en un determinado lugar que, de acuerdo al Reglamento, debe ser un lugar situado “en la frontera exterior o zonas de tránsito o en sus proximidades”.

Estos lugares, por tanto, deben ser centros de régimen abierto en los que la persona no vea restringida su libertad personal. Es de suponer que se introduzca un sistema de sanciones para el caso de incumplimiento de esta residencia obligatoria, pero eso no supone que estos centros puedan tener carácter cerrado.

Concretamente, en el Estado Español, los únicos centros en la actualidad que serían acordes a esta interpretación serían los CETIs de Ceuta y Melilla. Bien es cierto que en los CETIs no hay una exigencia de permanencia, algo que sí se plantea en este Reglamento. Sin embargo, no pueden responder a esta definición ni los CATEs ni los CIEs por tratarse de centros de régimen cerrado, ni podrían ser los CAED u otras infraestructuras similares por no estar ubicados en las proximidades de la frontera exterior.

Afectación al derecho a la tutela judicial efectiva: Llama poderosamente la atención que en todo el Reglamento no se mencione la posibilidad de recurrir las decisiones relativas a este procedimiento. Ello supone un menoscabo al Derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en los artículos 8 a 11 DUDH; 2.3. y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); artículos 6 y 13 de la CEDH; artículos del Título VI de la CDFUE y artículo 24 de la CE.

De hecho, en el apartado 3 del artículo 4 el Reglamento llama a la aplicabilidad de determinados preceptos de la Directiva Retorno en el ámbito de los procedimientos fronterizos de retorno y entre los artículos que cita no se encuentra el artículo 11 que es el relativo a las vías de recurso.

Sí cita el artículo 12 que contiene determinadas garantías procedimentales, pero precisamente esa referencia supone también la aplicación de las excepciones previstas en el segundo párrafo del apartado 1 y en el apartado 3. La primera hace referencia a supuestos de restricción del derecho de información por razones de seguridad nacional, defensa, seguridad pública y para la prevención, investigación, detección y persecución de delitos; y plantea menos problemas porque resulta de aplicación general.

Sin embargo, en el caso del derecho a recibir, previa petición, traducción de los principales elementos de las decisiones relativas al retorno, incluida las vías de recurso, el apartado 3 del artículo 12 permite su limitación “a los nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en él”; es decir, a las personas a las que se les aplica este Reglamento.

En consecuencia, esta restricción al derecho de información podría aplicarse genéricamente a todas las personas a las que les resulta de aplicación este Reglamento y provocar una grave afectación al derecho a la tutela judicial efectiva de estas personas.

En este sentido, además, hay que señalar que el Plan Nacional de Implementación identifica la necesidad de desarrollar el procedimiento fronterizo de retorno en paralelo al procedimiento fronterizo de asilo, suspendiendo la resolución del primero hasta la resolución negativa del segundo.

Los límites a la salida voluntaria: El artículo 4.5 establece la posibilidad de la salida voluntaria de las personas a las que se les aplique este procedimiento. Sin embargo, esta salida voluntaria, al contrario de lo que ocurre en los procedimientos previstos en la Directiva Retorno, no se concede de forma automática sino que ha de ser solicitada específicamente por la persona interesada.

Esta salida voluntaria, además, puede ser denegada en los supuestos en los que exista “riesgo de fuga”, la persona interesada “constituya un riesgo para el orden público, la seguridad pública, o la seguridad nacional de los Estados miembros”; o a aquellas personas cuyas solicitudes de asilo que se consideren “manifiestamente infundadas”.

Con respecto al riesgo de fuga, ya se ha hecho referencia en otros apartados de este informe a los problemas que este concepto plantea en su interpretación en España y la necesidad de aportar una definición restringida del mismo. No obstante, puede entenderse justificado que por razones de posible evasión o supuestos de seguridad se pueda restringir el beneficio de la salida voluntaria.

Sin embargo, esta justificación no parece tan clara cuando hacemos referencia a una solicitud manifiestamente infundada. El Reglamento 2024/1349 por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y deroga la Directiva 2013/32/UE, ofrece en su artículo 39.4 la posibilidad de que una autoridad pueda declarar manifiestamente infundada una solicitud si concurren las circunstancias de los apartados 1 y 3 del artículo 42. Estas circunstancias que justifican la aplicación del procedimiento de examen acelerado son muy amplias y, entre ellas, se incluye que “el solicitante tenga una nacionalidad o, en el caso de los apátridas, haya sido residente habitual de un tercer país para el que la tasa de resoluciones de concesión de protección internacional por parte de la autoridad decisoria sea del 20 % o inferior, según los últimos datos disponibles de Eurostat correspondientes a la media anual para toda la Unión. A excepción de que la autoridad decisoria considere que se ha producido un cambio significativo en el tercer país de que se trate desde la publicación de los datos pertinentes de Eurostat, o que el solicitante pertenezca a una categoría de personas para la cual la tasa del 20 % o inferior no pueda considerarse representativa de sus necesidades de protección, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las diferencias significativas entre las resoluciones de primera instancia y las resoluciones definitivas”, o que “un tercer país pueda considerarse país de origen seguro”.

El internamiento: La argumentación que se ofreció anteriormente de considerar que la situación en la que se encuentran las personas a las que se les aplica este Reglamento no es de detención se corrobora con la inclusión del artículo 5 del Reglamento que se dirige específicamente al internamiento.

En este sentido, el artículo prevé el internamiento como medida de último recurso sobre una base de evaluación individual. Nada se dice de cómo debe ordenarse el internamiento, pero la referencia que contiene el artículo 4.4 a la Directiva Retorno, concretamente a los apartados 2 a 4 del artículo 15, obliga a mantener los criterios formales de la misma. Es decir, en el caso de España, debe mantenerse el mismo sistema que en la actualidad, siendo ordenado por los jueces competentes, por escrito e indicando los fundamentos de hecho y de derecho.

El reglamento contempla dos posibilidades de internamiento. La primera es para que aquellas personas que ya han sido internadas durante el procedimiento fronterizo de asilo puedan seguir internadas. El Reglamento no deja claro cómo se producirá el cómputo de los plazos de ambos internamientos, ya que el máximo previsto para el internamiento en el procedimiento fronterizo de retorno es de doce semanas.

La segunda posibilidad es que se considere que existe riesgo de fuga, que han evitado u obstaculizado la preparación del retorno; o constituyen un riesgo para el orden público, la seguridad pública, o la seguridad nacional. Se recuperan aquí los criterios más clásicos en la materia y, por ello, han de tenerse por reproducidas en este punto las consideraciones relacionadas, específicamente, con el riesgo de fuga y los problemas de una ausencia de definición en España.

Con respecto a los plazos, se ha indicado que el reglamento establece un plazo máximo de doce semanas (84 días) lo que supera el máximo de 60 días establecido en la normativa española. Ello supone que en España, con el régimen actual, no puedan aplicarse dos de las posibilidades previstas en el Reglamento que son la antes citadas: 1) vincular el internamiento del procedimiento fronterizo de asilo con el del procedimiento fronterizo de retorno, y 2) la posibilidad de realizar un internamiento en aplicación de la Directiva Retorno si se cumple el período de las doce semanas sin que se haya efectuado el retorno. En ese caso, además, la norma es clara al referir la acumulación en el cómputo de plazos.

La situación de crisis: Otro de los aspectos problemáticos de este Reglamento es la específica previsión de reducir algunas garantías en el caso de situación de crisis. La referencia que se hace al apartado 4 del artículo 1 del Reglamento 2024/1359 por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147, debe interpretarse en el sentido de que es necesaria la solicitud motivada del Estado miembro y la decisión de ejecución del Consejo contemplando la aplicación de estas medidas al supuesto concreto de crisis. Así se deriva, además, del apartado 2 del artículo 6 que hace referencia, específicamente, a esta decisión de ejecución del Consejo.

Las medidas previstas para las situaciones de crisis son, esencialmente, dos. Por un lado, una ampliación de los plazos hasta un máximo de dieciocho semanas, tanto para la tramitación de este procedimiento (y por tanto de residencia obligatoria de las personas afectadas) como para el internamiento. La segunda consecuencia es la posibilidad de imponer limitaciones a las organizaciones y personas a quienes les esté permitido prestar asesoramiento y consejo a los solicitantes que se encuentren en centros de internamiento en pasos fronterizos. En el caso español, no obstante, debemos entender que estas limitaciones no resultan aplicables a abogados porque supondría una limitación injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, estas limitaciones no pueden imponerse por una norma distinta a la Ley Orgánica. A este respecto, dos sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003⁴⁴ y de 11 de mayo de 2005⁴⁵ establecieron la nulidad de limitaciones impuestas a los internos por normas de rango inferior a la Ley Orgánica.

4.5 REGLAMENTO SOBRE NORMAS RELATIVAS A LOS REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES O APÁTRIDAS COMO BENEFICIARIOS DE PROTECCIÓN (2024/1347)

4.5.1 INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO

El presente Reglamento es la norma que determina las condiciones para la concesión y retirada de la protección internacional, así como su contenido. Representa la fase final de un extenso proceso que dio inicio en 2016 con la comunicación de la Comisión titulada "Hacia una Reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y la Mejora de las Vías Legales hacia Europa"⁴⁶. En este contexto, y con el objetivo de mejorar el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), se promulgó una nueva normativa para modificar la Directiva de Reconocimiento⁴⁷ previamente vigente.

El proceso para su aprobación ha sido largo, lo que refleja la alta sensibilidad política de esta materia. De hecho, la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo fue bloqueada por el Consejo desde julio de 2018, que no respaldó un acuerdo provisional alcanzado en el trilogó. Adicionalmente, esta ley, junto con la Directiva de Condiciones de Acogida y el Marco de Reasentamiento de la Unión, formaba parte de los asuntos pendientes que debían ser abordados en este mandato. Cabe señalar que no formaba parte de las propuestas de 2020 en el marco del Pacto sobre Migración y Asilo, pero se incorporó en un enfoque de “paquete legislativo”, razón por la cual fue votado de manera conjunta con la normativa que conforma oficialmente dicho Pacto.

Como se explica en el Reglamento⁴⁸, su objetivo es garantizar la armonización entre los distintos Estados miembros mediante la aplicación de criterios comunes, así como proporcionar certeza jurídica y transparencia. En términos más concretos, el objetivo parece ser la prevención de incongruencias en las tasas de reconocimiento de la protección internacional, lo cual está vinculado al fenómeno del “asylum shopping”⁴⁹.

En cuanto a su ámbito subjetivo, de acuerdo con el Artículo 1 del Reglamento, este abarca la calificación de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, así como el contenido de la protección internacional concedida. El Reglamento deja fuera de su ámbito de aplicación objetivo la protección humanitaria, que puede ser otorgada por los Estados miembros de conformidad con el derecho europeo, a la luz del principio de primacía.

La definición de “refugiado” ha sido mantenida en conformidad con la definición contenida en el Artículo 1 de la Convención de Ginebra, y la de beneficiario de protección internacional tampoco ha sido modificada sustancialmente. A tal efecto, el Artículo 3(1)(5) define la persona refugiada como “un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un 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 anteriormente, no puede, o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él”, y al que no se aplican razones de exclusión.

El principal elemento que se desprende de esta definición es que la categoría de la llamada migración inducida por el cambio climático aún no encuentra un reconocimiento positivo como beneficiaria de este estatus, dejando fuera de su ámbito de protección a aquellas personas desplazadas por desastres medioambientales o fenómenos climáticos adversos, cuya situación no ha sido formalmente reconocida bajo los marcos jurídicos actuales de protección internacional⁵⁰.

El Reglamento define también como beneficiario de protección internacional a “la persona que puede acogerse a la protección subsidiaria”. Este término se refiere a un nacional de un tercer país o un apátrida que no cumple con los requisitos para ser reconocido como refugiado, pero sobre quien existen motivos fundados para creer que, si regresara a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su residencia habitual anterior, enfrentaría un riesgo real de sufrir daños graves. Estos incluyen: condena a la pena de muerte o su ejecución, tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes, y amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil, motivadas por violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado.

Un elemento positivo se refiere a la definición de “miembro de la familia”, que ahora recibe una interpretación más amplia en comparación con la directiva previamente en vigor. Se incluye abiertamente: a) el cónyuge del beneficiario de protección internacional o la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable (siempre y cuando el Derecho o la práctica del Estado miembro en cuestión otorguen a las parejas no casadas un trato equivalente al de las casadas), y los hijos (menores y mayores de 18 años) dependientes de estas parejas o de la persona que ha recibido protección internacional, siempre que no estén casados. No se hace distinción entre hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, conforme al Derecho nacional aplicable. A tal efecto, un menor se considera no casado si su matrimonio no hubiera sido válido de acuerdo con el Derecho nacional aplicable, en particular considerando la edad legal para contraer matrimonio en el Estado miembro en cuestión. Esta disposición tiene una relevancia significativa en relación con las niñas forzadas a contraer matrimonio, quienes recibirían la protección reforzada reconocida

a los menores. La definición de “miembro” ahora incluye las relaciones formadas fuera del país de refugio; es decir, no solo aquellas originadas en el país de origen, sino también los lazos establecidos en los países de tránsito.

El Reglamento establece los casos en los que se excluye a una persona de la protección internacional⁵¹. En primer lugar, se prevé la exclusión para aquellos que han cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra, o un crimen contra la humanidad, definidos conforme a los instrumentos internacionales que regulan tales delitos. Además, se contempla la exclusión para quienes hayan cometido un delito grave antes de su llegada al territorio del Estado miembro, o que hayan sido condenados por un delito grave tras su llegada. Asimismo, la normativa excluye a aquellas personas que hayan sido declaradas culpables de actos contrarios a los objetivos y principios de las Naciones Unidas, tal como se establece en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

Finalmente, se excluye de la protección internacional a quienes constituyan un peligro para la comunidad o para la seguridad nacional. A diferencia del régimen de exclusión, existe el régimen de cese⁵², que se aplica a los casos en los que los nacionales de terceros países o los apátridas dejan de ser considerados refugiados si se cumplen una o más de las siguientes circunstancias. En primer lugar, un nacional de un tercer país dejará de ser refugiado si decide acogerse nuevamente, de manera voluntaria, a la protección del país de su nacionalidad. Del mismo modo, si una persona que había perdido su nacionalidad la recupera voluntariamente, su estatus de refugiado cesa. Otra causa de cese es cuando el individuo adquiere una nueva nacionalidad y recibe la protección del país que ahora se considera su nación. También se aplica el cese cuando la persona se ha restablecido de manera voluntaria en el país que había abandonado o fuera del cual permanecía por temor a ser perseguida.

Adicionalmente, en el caso de los nacionales de terceros países, se considera que ya no pueden seguir negándose a aceptar la protección del país de su nacionalidad si las circunstancias que llevaron a su reconocimiento como refugiados han desaparecido. En cuanto a los apátridas, pueden volver al país de su residencia habitual anterior si han cambiado las circunstancias por las cuales se les otorgó la condición de refugiados. Cabe destacar que las disposiciones relativas a los casos donde desaparecen las circunstancias (tanto para los nacionales de terceros países como para los apátridas) no se aplicarán a aquellos refugiados que puedan invocar razones imperiosas derivadas de una persecución sufrida en el pasado para negarse a aceptar la protección del país de su nacionalidad, o en el caso de los apátridas, del país donde tenían su residencia habitual. Para evaluar si se debe aplicar el régimen de cese, la autoridad competente debe tomar en cuenta información precisa y actualizada de fuentes relevantes nacionales, de la Unión Europea, e internacionales, así como cualquier análisis común de la situación en los países de origen y notas de orientación emitidas de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento (UE) 2021/2303.

Además, la autoridad debe considerar si el cambio de circunstancias es suficientemente significativo y no simplemente temporal, de modo que los temores del refugiado a ser perseguido ya no sean fundados.

En cuanto al ámbito objetivo, de manera similar a lo descrito en la Directiva anterior, el Reglamento también prevé la posibilidad de que surja la necesidad de protección internacional *in situ*, es decir, la existencia de lo que se ha denominado refugiados “sur place”. Esto cubre aquellas situaciones en las que los eventos que han tenido lugar desde que el solicitante dejó el país de origen, o las actividades en las que ha participado desde entonces, generan la necesidad de protección. En particular, se contempla cuando se establece que las actividades invocadas constituyen la expresión y la continuación de las convicciones, creencias u orientaciones que el solicitante mantenía en su país de origen. Una excepción notable está prevista para aquellas conductas realizadas con el único objetivo de crear la base legal para obtener protección. En tales casos, la decisión de concederla queda a discreción de los Estados miembros. En este sentido, el TJUE ha aclarado que “al supuesto de que se demuestre que estas actividades constituyen la expresión y continuación de convicciones u orientaciones mantenidas en el país de origen implica que, en principio, también pueden invocarse actividades que no constituyen tal expresión y tal continuación, ya sea en el marco de una primera solicitud de protección internacional o de una solicitud posterior”⁵³.

Una novedad relevante, que podría implicar una restricción en el acceso a la protección, está representada por el cambio hacia la obligatoriedad de evaluar, en lugar de la posibilidad discrecional de hacerlo como anteriormente, el surgir de la llamada protección interna alternativa (Artículo 5). La idea es que las solicitudes puedan ser declaradas inadmisibles si la autoridad nacional competente evalúa que el solicitante puede acceder de manera segura y legal a su propio país, y cuando los agentes persecutores no sean el Estado ni sus propios agentes. En este caso, como ha observado el prof. Peers⁵⁴, las garantías procesales se han reforzado, previendo que la inversión de la carga de la prueba recaiga ahora sobre el Estado, que además debe evaluar si se cumplirán las necesidades básicas del solicitante. Esta disposición solo resulta clara cuando se lee conjuntamente con el llamado Reglamento de Procedimiento de Asilo, que establece que las autoridades nacionales competentes pueden estar autorizadas, según la legislación nacional, a rechazar una solicitud por inadmisibles en tales casos, entre otros⁵⁵.

4.5.2 CUESTIONES CONTROVERTIDAS

El género en la definición de refugiado y de actos de persecución: En la definición de refugiado, el Reglamento excluye la referencia a la persecución por motivos de género, orientación sexual o identidad sexual. Sin embargo, no parece necesario reducir la definición de la normativa nacional para adecuarla a la europea por dos razones: la primera, como se señalará posteriormente, se defiende la posibilidad de que se incorporen normas más favorables para las personas solicitantes, y éste sería un ejemplo.

La segunda, porque la más reciente jurisprudencia del TJUE⁵⁶ ha considerado que esta normativa de la UE (Directiva 2011/95), que definía también los actos de persecución, debe ser interpretada en consonancia con la Convención de Ginebra de 1951 y otros tratados internacionales relevantes, como la Convención de Estambul y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En este contexto, el Tribunal ha subrayado que el hecho de ser mujer es una característica innata que cumple con la definición de "determinado grupo social", y que la ausencia de igualdad puede constituir una base válida para el reconocimiento del estatus de refugiado, dado que podría ser motivo de persecución en su país de origen. En este sentido, la sentencia *AH y FN c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* (2024)⁵⁷ ha ido incluso más allá al considerar que las mujeres afganas que se encuentren fuera del país de origen tienen fundados temores de ser perseguidas debido a la política de segregación del gobierno del país.

Además, la definición del artículo 3 del Reglamento ha de vincularse con lo que establece la letra b) del apartado 5 del artículo 8 cuando señala que la autoridad decisoria tendrá en cuenta, las circunstancias personales del solicitante, entre las que incluye, el género, la identidad de género y la orientación sexual. Por otro lado, la letra f) del apartado 2 del artículo 9 identifica entre los actos de persecución los actos contra personas por razón de género. Esta definición de acto de persecución del artículo 9.2.f) es más amplia que la que contiene la Ley 12/2009 que señala únicamente "actos de naturaleza sexual". Por último, en el artículo 10, en relación con los motivos de persecución se especifica que "los aspectos relacionados con el género de la persona, incluida la identidad de género y la expresión de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo".

Libertad de circulación: Los beneficiarios de protección internacional tienen derecho a la libertad de circulación dentro del territorio del Estado miembro que les ha concedido dicha protección, incluido el derecho a elegir su lugar de residencia dentro de ese territorio, en igualdad de condiciones y con las mismas restricciones que se aplican a otros nacionales de terceros países que residen legalmente en el Estado miembro y que se encuentran en circunstancias similares. Además, tendrán derecho a residir en otro Estado miembro, sin perjuicio de su derecho a: a) solicitar y ser admitidos a residir en un Estado miembro de conformidad con el Derecho nacional de ese Estado miembro, o con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o de los acuerdos internacionales, y b) ejercer la libre circulación de acuerdo con las condiciones del artículo 21 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Esto asegura que los beneficiarios de protección internacional gocen de derechos de movilidad comparables a otros residentes legales dentro de la Unión Europea.

Esto resulta especialmente problemático en relación con algunos de los procedimientos previstos en el Pacto. Concretamente, se prevén ubicaciones específicas para determinados solicitantes de protección internacional, algo que requiere, de acuerdo al Plan nacional de implementación, reformas legales que permitan generar alternativas a la detención, y que se fijen restricciones a la libertad de movimiento e, incluso, residencia obligatoria para los solicitantes de asilo.

Integración: Los beneficiarios de protección internacional tienen garantizado el acceso a diversos derechos que facilitan su integración en la sociedad del Estado miembro que les otorgó la protección, como indicado en la Sección III del Reglamento. En lo que respecta al empleo⁵⁸, pueden acceder a trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia, conforme a las normas generales aplicables a la actividad profesional, incluso en el caso de empleos en la administración pública. En el ámbito educativo⁵⁹, los menores beneficiarios tienen los mismos derechos que los ciudadanos nacionales, y también se les garantiza el acceso a la educación secundaria, independientemente de si han alcanzado la mayoría de edad.

Respecto a la asistencia social⁶⁰, el acceso a ciertos tipos de ayuda puede estar condicionado a la participación efectiva en medidas de integración, siempre que dicha participación sea obligatoria, accesible y gratuita. En cuanto a la asistencia sanitaria⁶¹, los beneficiarios disfrutan de los mismos derechos que los ciudadanos del país que les otorgó la protección internacional. Para los menores no acompañados, se establece la designación de un tutor que, en caso de tratarse de una organización, deberá nombrar lo antes posible a una persona física responsable de cumplir las funciones de tutela según lo estipulado por el Reglamento⁶². En cuanto a la vivienda, los beneficiarios tienen derecho a acceder a ella en condiciones equivalentes a las de otros nacionales de terceros países que residen legalmente en el Estado miembro, y que se encuentran en circunstancias similares.

Finalmente, los beneficiarios de protección internacional tienen acceso a medidas de integración proporcionadas o facilitadas por el Estado miembro, las cuales deben atender a sus necesidades específicas y ser consideradas adecuadas por las autoridades competentes, incluyendo cursos de idiomas, programas de orientación cívica, formación profesional, y programas de integración, como indica el artículo 35.

Cooperación administrativa: En el marco de la cooperación administrativa establecida por el Reglamento en los Artículos 37 y 38, cada Estado miembro tiene la responsabilidad de designar un punto de contacto nacional y comunicar su dirección a la Comisión Europea, la cual, a su vez, transmitirá esta información a los demás Estados miembros. Esta coordinación busca facilitar una comunicación directa y el intercambio de información entre las autoridades competentes de los distintos países, en colaboración con la Comisión. Además, las autoridades y organizaciones encargadas de aplicar el Reglamento deben recibir la formación adecuada para llevar a cabo sus funciones y están obligadas a cumplir con el principio de confidencialidad respecto a cualquier información personal que obtengan en el ejercicio de sus tareas, tal como lo establece el Derecho nacional aplicable. Esta estructura de cooperación y confidencialidad garantiza un proceso administrativo eficiente y respetuoso con la protección de datos personales.

4.6 REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO COMÚN EN MATERIA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (2024/1348)

4.6.1 INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO

El nuevo Reglamento de procedimiento tiene como finalidad “racionalizar, simplificar y armonizar las disposiciones procedimentales de los Estados miembros mediante el establecimiento de un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión”. Para ello se establece un procedimiento ordinario que se inicia con la formulación de la solicitud de protección internacional, que debe ser registrada y formalizada y se cierra con el examen de las solicitudes y haber dictado la resolución pertinente.

Junto con este procedimiento ordinario se configuran procedimientos especiales como el examen acelerado y el procedimiento fronterizo, cuya aplicación es obligatoria, mientras que en la regulación anterior era de cumplimiento opcional.

4.6.2 CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Sobre la posibilidad de que el sistema español sea más favorable: Antes de iniciar el desarrollo del contenido del procedimiento que establece el nuevo Reglamento y ponerlo en relación con el procedimiento anterior y el establecido en la Ley de Asilo, surge la cuestión de si este procedimiento se configura con carácter obligatorio o puede ser mejorado nacionalmente a través de disposiciones más favorables.

La cuestión deriva del hecho de que en el texto del Reglamento haya desaparecido la mención que hacía el artículo 5 de la Directiva 2013/32 en el sentido de que “Los Estados miembros podrán establecer o mantener disposiciones más favorables en relación con los procedimientos para la concesión o retirada de la protección internacional, en la medida en que dichas disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”. Ello ha llevado a autores como PEERS⁶³ a entender que esa posibilidad se ha eliminado.

Sin embargo, esta conclusión no es tan clara si se observan los Considerandos del Reglamento. Bien es cierto que el Considerando 5 señala que el objetivo del Reglamento es “*la convergencia de los sistemas de asilo nacionales*” y señala que “*Los actuales procedimientos de asilo dispares en todos los Estados miembros deben reemplazarse por un procedimiento común de concesión y retirada de la protección internacional aplicable en todos los Estados miembros*”. No obstante, el Considerando 6 abre la puerta a la posibilidad de que se establezcan disposiciones más favorables al indicar, específicamente, que no se debe “*evitar que los Estados miembros establezcan o mantengan disposiciones más favorables que las establecidas por el presente Reglamento*”.

No se trata de una cuestión menor, ni tampoco sencilla de solucionar puesto que se imbrica con el propio sentido de la utilización de la figura legislativa del Reglamento sustituyendo a una Directiva, lo que supone un menor margen para el Estado. Esto no impide entender que los procedimientos más favorables para el ejercicio de los derechos de los solicitantes de protección internacional puedan tener cabida dentro del marco de este Reglamento.

Más aún cuando el Reglamento resulta especialmente poco preciso en una gran cantidad de elementos. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados es reiterada y genera un amplio campo de discrecionalidad para los Estados miembros, algo que, en buena lógica, debe vincularse con la posibilidad de establecer normas más favorables.

En este sentido, puede hacerse mención a la utilización de términos temporales relativos como “lo antes posible” (en el acceso al informe o la transcripción después de la entrevista de acuerdo al artículo 14, párrafos 1 y 6), “sin demora” (para el traslado de la solicitud recibida por una autoridad incompetente para su registro –artículo 4.4-, para el traslado de información de la formalización de una solicitud –artículo 28.1-, para la suspensión de la aplicación del procedimiento fronterizo a familias con menores –artículo 45.4-, o para llevar a cabo la determinación de la edad –artículo 53.1-).

Son solo algunos ejemplos de situaciones que el Reglamento deja abiertas y que deben suponer una interpretación general a favor de la persona que permita el establecimiento de normas más favorables.

La ausencia de dimensión exterior de los procedimientos: Una de las primeras cuestiones que destacan de la lectura del Reglamento es que, como ocurría ya con la Directiva a la que viene a sustituir, estos procedimientos no se aplican a las solicitudes de protección internacional presentadas en las representaciones de los Estados miembros. Por tanto, estos procedimientos se refieren únicamente a las solicitudes de protección internacional territoriales y el Reglamento declina la posibilidad de establecer reglas comunes para una aplicación a la dimensión exterior de los procedimientos.

Ha de señalarse que esta es una de las cuestiones vitales en el análisis de los procesos de movilidad humana de los últimos años. La ausencia de una dimensión exterior del Sistema Europeo Común de Asilo ha provocado a muchas personas potenciales solicitantes de protección internacional la necesidad de desplazarse hacia el territorio de la UE, de forma regular o irregular. Bien es cierto que el Reglamento, como hacía la Directiva, permite que los Estados miembros apliquen los procedimientos contenidos en el mismo a esas solicitudes de protección.

Si trasladamos la cuestión al ámbito español, ha de reiterarse la necesidad de que el futuro Reglamento de la Ley de Asilo, al que hace referencia el Plan nacional de implementación, establezca un procedimiento claro para las solicitudes derivadas del artículo 38 de la Ley de Asilo. Este artículo contiene, en su párrafo segundo, la necesidad de desarrollar este procedimiento y la ausencia de aprobación ha supuesto su utilización limitada, así como que haya tenido que configurarse a través de la jurisprudencia.

A este respecto, como se ha indicado, el Reglamento no establece cuál debe ser ese procedimiento, más aún cuando el contenido del artículo 38 no resulta claro debido a que su título hace referencia a "solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados" pero su contenido recoge el traslado de los solicitantes de asilo a España para presentar la solicitud en España.

Las diferencias entre el procedimiento ordinario previsto en el Reglamento y el procedimiento de la Ley de Asilo: La configuración de este procedimiento ordinario, como procedimiento principal, ha de ser puesta en relación con el sistema que ya contempla la normativa española para determinar el alcance de las modificaciones que son pertinentes. En este sentido, se realizan algunas apreciaciones específicas.

(Presentación de la solicitud) En este punto se plantean divergencias entre el sistema nacional y el del Reglamento. Estas divergencias ya se advertían en relación con el sistema previsto en la Directiva y se evidencian en la Sentencia del TJUE de 25 de junio de 2020⁶⁴.

Así, la Ley de Asilo hace referencia a la presentación de la solicitud y posterior formalización mediante entrevista. El Reglamento contempla la formulación de la solicitud, que debe ser registrada por las autoridades competentes y su posterior formalización lo antes posible y, a más tardar, en el plazo de 21 días. Ello supone la necesidad de reformar el artículo 17 de la Ley de asilo ya que no se establece plazo máximo y no se hace referencia a la cuestión del registro de la solicitud.

Además, en este precepto se señalaba que la determinación de los lugares en los que se podría presentar la solicitud se establecerían reglamentariamente. En el Reglamento europeo se determinan una serie de autoridades competentes para la formulación de la solicitud. Parece también necesario incorporar en la legislación nacional, o el Reglamento de desarrollo, las autoridades que van a recibir las solicitudes y registrarlas, de acuerdo al artículo 4 del Reglamento. Esta necesidad es reconocida por el Gobierno en el Plan nacional de implementación.

(Plazos de examen): El Reglamento de Procedimiento establece un sistema doble de examen de admisibilidad y de examen de fundamento. El sistema es similar al que se plantea en el procedimiento de asilo español que también prevé un examen de inadmisibilidad y un examen que da lugar a la resolución. La peculiaridad es que el sistema del Reglamento de Procedimiento establece un plazo de dos meses para resolver el examen de admisibilidad, plazo que no se contempla actualmente en la normativa española. Sin embargo, los plazos coinciden en la resolución final puesto que ambos plantean que el procedimiento tiene que resolverse en seis meses desde la formalización de la solicitud. Bien es cierto que el Reglamento de Procedimiento contempla una ampliación del plazo, para determinados casos, como son la existencia de cuestiones complejas de hecho o de derecho, un retraso imputable al solicitante, o la existencia de un número desproporcionado de solicitudes.

La presentación de un número desproporcionado de solicitudes: El procedimiento ordinario cuenta con una serie de excepciones vinculadas a una situación cuyo contenido mantiene perfiles muy difusos. En efecto, en el Reglamento de procedimiento se hace referencia en varias ocasiones a la cuestión del número desproporcionado de solicitudes.

Este hecho, la formulación de un número desproporcionado de solicitudes, puede suponer:

- que las entrevistas personales se realicen por personal de otras autoridades o de la Agencia de Asilo de la UE (artículo 13.6);
- que se prorrogue a quince días el plazo de registro de las solicitudes de protección internacional (artículo 27.5);
- que se extienda a dos meses el plazo de formalización de una solicitud de protección internacional (artículo 28.5);
- que se prolongue dos meses más el plazo para determinar si una solicitud es inadmisibile (artículo 35.2);
- que se amplíe hasta el año el plazo de examen del fundamento de la solicitud de protección internacional (artículo 35.5)

También tiene efecto la presentación de un número desproporcionado de solicitudes por parte de menores no acompañados porque eso puede suponer que se prorrogue el plazo para nombrar defensor del menor en diez días (artículo 23.3), y que se amplíe el número máximo de menores por cada representado hasta cincuenta (artículo 23.10).

Sobre este particular, queda por definir en qué consiste ese número desproporcionado y, como tal, ha de abogarse por una definición que sea lo más amplia posible para evitar que este concepto se convierta en una vía para la reducción de las garantías de duración de estos procedimientos.

El procedimiento acelerado: Junto con el procedimiento ordinario que hemos señalado con anterioridad, el Reglamento contempla dos procedimientos especiales. El primero de ellos es el que se denomina “examen acelerado” y el segundo el “procedimiento fronterizo”. El examen acelerado, dispuesto en el artículo 42 del Reglamento 2024/1348, guarda cierta relación con la tramitación de urgencia que contempla el artículo 25 de la Ley de asilo. De hecho, los supuestos de los apartados c) (“que planteen exclusivamente cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria”), d) (“que la persona solicitante proceda de un país de origen considerado seguro”), y f) (“que la persona solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación previstos en los artículos 8, 9, 11 y 12 de la presente Ley) coinciden con algunos de los supuestos previstos en el Reglamento.

Sin embargo, el Reglamento de Procedimiento contempla el examen acelerado como un procedimiento con cierta tendencia a la denegación puesto que queda reducido a supuestos negativos para los solicitantes, mientras que en la Ley de Asilo la tramitación de urgencia también se prevé para situaciones de mejor protección del solicitante como son que los solicitantes presenten necesidades específicas o que las solicitudes sean manifiestamente fundadas. Este ejemplo evidencia la referencia que se hacía con anterioridad porque, en el Reglamento, el procedimiento de examen acelerado está previsto para los supuestos en los que “el solicitante haya formulado alegaciones claramente incoherentes o contradictorias, manifiestamente falsas u obviamente inverosímiles, o alegaciones que contradigan información pertinente y disponible del país de origen, y pongan claramente de manifiesto que su solicitud es poco convincente en cuanto al cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario de protección internacional con arreglo al Reglamento (UE) 2024/1347”.

De todas las circunstancias que se plantean para el examen acelerado las más llamativas son las referentes al tercer país de origen seguro, al que se hará referencia con posterioridad, y las previstas en la letra j), es decir, “ el solicitante tenga una nacionalidad o, en el caso de los apátridas, haya sido residente habitual de un tercer país para el que la tasa de resoluciones de concesión de protección internacional por parte de la autoridad decisoria sea del 20 % o inferior,, según los últimos datos disponibles de Eurostat correspondientes a la media anual para toda la Unión; a menos que la autoridad decisoria considere que se ha producido un cambio significativo en el tercer país de que se trate desde la publicación de los datos pertinentes de Eurostat, o que el solicitante pertenezca a una categoría de personas para las que la tasa del 20% o inferior no pueda considerarse representativa de sus necesidades de protección, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las diferencias significativas entre las resoluciones de primera instancia y las resoluciones definitivas”.

Se trata por tanto de una situación de presunción a la hora de definir el procedimiento a seguir que no está basado en las circunstancias personales del solicitante sino en criterios porcentuales derivados del país de origen de la persona.

En todo caso, es un aspecto crucial la interpretación e implementación por parte del Estado español de los diversos motivos para aplicar los procedimientos acelerados.

El procedimiento fronterizo: En el caso del procedimiento fronterizo, la Ley de asilo contempla también el supuesto de las solicitudes presentadas en puestos fronterizos, si bien la nueva regulación de este procedimiento fronterizo obliga a modificar estos apartados de la Ley para adecuarlos al nuevo sistema, tal y como se reconoce en el Plan nacional de implementación..

El procedimiento tiene un límite de 12 semanas, que puede extenderse a 16 en casos de reubicación. Si no se cumple este plazo, se permite la entrada del solicitante, a menos que aplique el procedimiento de retorno. La regulación establece que las personas cuya solicitud es rechazada durante este procedimiento no tienen derecho a ingresar al territorio, pero deben permanecer en ubicaciones cercanas a la frontera durante 12 semanas. Esta residencia obligatoria para los solicitantes de asilo requiere, tal y como reconoce el Plan nacional de implementación, una reforma legal.

(Privación de libertad de solicitantes de asilo): En este punto surge, de nuevo, la cuestión de las condiciones, formas y lugares en los que estas personas deben ubicarse. Ya se ha señalado que el período de 12 semanas supera ampliamente el máximo legal establecido en la normativa para el internamiento de personas extranjeras, por lo que habría que entender que estas personas no pueden estar en condición de privación de libertad. Más aún cuando han solicitado protección internacional, lo que en el ordenamiento supone la inadecuación de la privación de libertad de la persona extranjera. Ha de recordarse que el internamiento en España, de acuerdo a la sentencia del TC núm. 115/1987⁶⁵, solo tiene validez cuando se plantea para la expulsión de la persona y, en este caso, la persona solicitante de asilo no puede ser expulsada.

A este respecto, el Plan nacional de implementación plantea la necesidad de reformar la Ley de Asilo. Sin embargo, para poder acoger esta posibilidad sería necesario reformar la LO 4/2000 ya que al tratarse de una limitación de derechos fundamentales, en concreto del artículo 17 de la Constitución, debe hacerse a través de Ley Orgánica.

En este procedimiento se plantea la necesidad de incorporar un mecanismo de supervisión de los derechos fundamentales. Se dice que tiene que cumplir los criterios que establece el artículo 10 del Reglamento de triaje. Sin embargo, no se dice que sea el mismo mecanismo. Por ello, ha de reclamarse que se cree un mecanismo específico para el control de las solicitudes de protección internacional a través del procedimiento fronterizo.

(Determinación de la capacidad adecuada): Una de las cuestiones más llamativas de este procedimiento es el papel del concepto de capacidad adecuada, puesto que cuando un Estado alcance este nivel de capacidad adecuada no será responsable de examinar las solicitudes en los procedimientos fronterizos de asilo, sino que se procederá a la determinación del Estado responsable y a la reubicación de esos solicitantes.

A este respecto, la Comisión ya ha establecido esa capacidad para España⁶⁶ fijándola en 3.301. Por ello, durante el primer año, desde el 12 de junio de 2026 al 12 de junio de 2027, el número máximo de solicitudes en el procedimiento fronterizo que debe examinar España es de 6.602.

Se trata de dos cifras diferentes con valoración también diferente. Para el cómputo de la capacidad adecuada se tienen en cuenta el número de solicitantes sometidos al procedimiento fronterizo de asilo y también el número de personas sometidas al procedimiento fronterizo de retorno. En este sentido, de acuerdo a las cifras oficiales⁶⁷, en el año 2023 se presentaron 3.386 solicitudes de protección internacional en puesto fronterizo. Eso hace que esta cifra resulte escasa para el sistema español.

Las consecuencias de superar estas cifras son muy relevantes. En el caso de superarse la capacidad adecuada, el Estado miembro puede remitir al procedimiento acelerado las solicitudes de quienes tengan nacionalidad o, en el caso de los apátridas, hayan sido residentes habituales de un tercer país para el que la tasa de resoluciones de concesión de protección internacional por parte de la autoridad decisoria sea del 20% o inferior, según los últimos datos disponibles de Eurostat correspondientes a la media anual para toda la UE. En caso de alcanzarse el número máximo de solicitudes, se permite excepcionar del procedimiento fronterizo no solo a los solicitantes antes mencionados sino también a quienes hubieran inducido deliberadamente a engaño a las autoridades mediante la presentación de información o documentación falsa, o la no revelación de información o documentación pertinente.

En todo caso, se trata de una situación potestativa puesto que los preceptos de referencia (artículo 47 y 48 del Reglamento de procedimiento) plantean que “no será necesario” para el Estado. Es decir, no obliga a remitir a procedimientos menos garantistas a las personas a las que se les puede aplicar la excepción.

Tercer país seguro: Otro de los aspectos problemáticos del Reglamento es la utilización e intento de armonización de los conceptos de primer país de asilo y de tercer país seguro.

Los Estados miembros podrán denegar una solicitud por considerarse inadmisibles si un país que no es Estado miembro se considera “primer país de asilo” o “tercer país seguro” para el solicitante, salvo que resulte obvio que esta persona no será admitida en ese país.

A este respecto, el concepto de tercer país seguro es aún más amplio que el de primer país de asilo, ya que en el tercer país seguro no es necesario que el solicitante haya disfrutado o pueda disfrutar de protección efectiva de conformidad con la Convención de Ginebra. Los requisitos para que un tercer país sea considerado seguro son que la vida o la libertad de los no nacionales no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política; los no nacionales no se enfrentan a un riesgo real de daños graves; los no nacionales están protegidos contra la devolución de conformidad con la Convención de Ginebra y contra la expulsión en caso de violación del derecho a la protección contra la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes establecido en el Derecho internacional; y existe la posibilidad de solicitar y recibir protección efectiva.

El concepto de protección efectiva se convierte en nuclear puesto que se puede considerar que un Estado que no ha ratificado la Convención de Ginebra ofrece protección efectiva siempre que el país permita a las personas permanecer en el territorio, tener acceso a medios de subsistencia, a atención sanitaria y a educación.

La aplicación individualizada del concepto de tercer país seguro requiere una conexión razonable entre el solicitante y el tercer país en cuestión. En este sentido, se invierte la carga de la prueba y cuando se pretenda aplicar esta situación deberá ser el solicitante quien justifique por qué no le resulta de aplicación, en el marco de un examen individual. Este concepto también se puede aplicar a los menores, siempre que no sea contrario a su interés superior.

Si se deniega una solicitud por considerarse inadmisibles bajo este concepto, la autoridad debe informar al solicitante y proporcionar un documento al tercer país explicando que la solicitud no fue examinada sustantivamente. Si el tercer país no admite al solicitante, éste tendrá acceso al procedimiento de asilo según los principios y garantías fundamentales establecidos.

Uno de los elementos fundamentales del Reglamento es que se plantea la posibilidad de designar a una serie de terceros países como seguros, tanto a nivel de la Unión como a nivel nacional. La voluntad es que con la designación de países de origen seguros y de terceros países seguros a nivel de la Unión se solucionen algunas de las divergencias existentes entre las listas nacionales de países seguros. Mientras que los Estados miembros deben conservar el derecho a aplicar o introducir leyes que permitan la designación nacional de terceros países distintos de los designados como terceros países seguros o países de origen seguros a nivel de la Unión, tal designación o lista común debe garantizar que los conceptos sean aplicados por todos los Estados miembros de manera uniforme en relación con los solicitantes cuyos países de origen se designen tercer país seguro, o para los que haya un tercer país seguro. Esto debe facilitar la convergencia en la aplicación de los procedimientos, y así disuadir también los movimientos secundarios de

los solicitantes de protección internacional. No obstante, esto supone una disminución de las garantías al generar automatismos en la inadmisión de las solicitudes e invertir la carga de la prueba.

Además, otro de los elementos novedosos, y preocupantes, es la posibilidad de considerar países seguros, con restricciones, algunas excepciones para ciertas áreas o grupos específicos. Es más, se permite su aplicación incluso a solicitantes específicos si no se cumplen las condiciones a nivel general, pero sí con ese solicitante. Se trata de una contradicción evidente puesto que difícilmente un país puede ser considerado seguro si no es seguro en toda su dimensión y para todos los seres humanos. Aceptar estas excepciones supone limitar la capacidad de movimiento de la persona afectada, tanto en lo físico como en lo metafísico. Responde, en definitiva, a la voluntad de ampliar la aplicación de este concepto a nuevos Estados, y reducir de esta forma el derecho de asilo.

Los recientes debates sobre la externalización de los procedimientos de asilo con los ejemplos de Estados miembros como Italia y su acuerdo con Albania, o Estados no miembros como el Reino Unido y su memorando con Ruanda, se posicionan en esta línea de reducir el derecho de asilo y vincularlo a estos conceptos de país de origen seguro, tercer país seguro, o primer país de asilo seguro.

Sobre este particular, hasta ahora España no ha dispuesto de una lista oficial de terceros países seguros, aunque la práctica administrativa sí ha llevado a considerar algunos países de origen de esta forma e, incluso, aplicar excepciones. Piénsese en la situación de Marruecos y las solicitudes de protección internacional por razones de orientación sexual.

En todo caso, el Plan nacional de implementación establece la necesidad de reforzar el concepto de país seguro en el marco de la reforma de la normativa de asilo.

Derecho a permanecer: Otro de los puntos importantes del Reglamento hace referencia a la cuestión del derecho a permanecer en el territorio del solicitante de asilo. Este principio, que parece fundamental para garantizar el derecho a la protección internacional, puede ser sometido a excepciones en determinados casos.

En este sentido, encontramos los casos en los que el solicitante presente solicitudes de protección internacional posteriores a la que se está examinando, que sea o vaya a ser extraditado, o que suponga un peligro para el orden público o la seguridad nacional.

El Plan nacional de implementación señala como uno de sus objetivos evitar el uso fraudulento de las solicitudes de asilo para dilatar los retornos. Concretamente, el Plan hace referencia a reducir los tiempos de la fase de admisión en el procedimiento acelerado cuando se desarrolle en centros de detención.

Resolución: El Plan nacional de implementación hace especial énfasis en las cuestiones relacionadas con la resolución de los procedimientos fronterizos de asilo. En concreto se indica la necesidad de que se sincronice el procedimiento fronterizo de asilo con el procedimiento de retorno. Asimismo, se indica la pertinencia de que la resolución denegatoria de protección internacional venga acompañada de una decisión de retorno.

No obstante, desde el punto de vista del Reglamento, la necesidad de vincular la denegación con el retorno se plantea de forma genérica. En concreto, el Considerando 40 señala que "A fin de aumentar la eficiencia de los procedimientos y reducir el riesgo de fuga y la probabilidad de movimientos no autorizados, no deben existir lagunas de procedimiento entre la emisión de una resolución negativa sobre una solicitud de protección internacional y una decisión de retorno. Se debe emitir inmediatamente una decisión de retorno a los solicitantes cuyas solicitudes sean denegadas. Sin perjuicio del derecho a un recurso efectivo, la decisión de retorno debe formar parte de la resolución negativa sobre una solicitud de protección internacional o, si se trata de un acto separado, debe emitirse al mismo tiempo y junto con la resolución negativa, o bien posteriormente sin demora indebida".

El Plan de implementación español plantea la conveniencia de desarrollar reformas legales en este sentido. En todo caso, se debe plantear que ambos sean procedimientos separados puesto que las razones para la denegación de una solicitud de asilo no son necesariamente las mismas que las

que pueden provocar el retorno. Por ello, sería adecuado no unificar ambas resoluciones y permitir a la persona defender sus derechos adecuadamente.

Derecho a la tutela judicial efectiva: En cuanto al derecho al recurso, se quiere hacer referencia en este punto a que el Reglamento contempla la potestad de cada Estado Miembro de prever asistencia jurídica y representación legal gratuitas en el procedimiento administrativo, de conformidad con el derecho nacional (artículo 15.3). Se entiende que el sistema actual en España se basa en esta previsión y así debe mantenerse, aunque el Plan Nacional de Implementación recoge la conveniencia de reformar la normativa de asilo para introducir esta asistencia jurídica y representación legal.

Por ello, España debe rechazar las potestades de excluir la prestación de asistencia jurídica gratuita cuando, como dice el artículo 17.2.b), se considere que el recurso tiene pocos visos de prosperar. También debe excluirse la posibilidad que plantea el artículo 19.5 de pedir al solicitante el reembolso total o parcial de los gastos realizados en relación con la prestación de asistencia jurídica y representación legal si la situación económica del solicitante mejora considerablemente.

Una cuestión especialmente relevante es la relativa a los efectos suspensivos de los recursos. El Reglamento (artículo 68) establece determinados supuestos en los que el solicitante no tendrá derecho de permanencia y, por tanto, los efectos de la decisión de retorno no se suspenderán automáticamente. En estos casos, será el juez quien, de oficio, deba determinar si corresponde o no el efectos suspensivo del recurso y la permanencia del solicitante.

El sistema planteado por el Reglamento en cuanto a los efectos suspensivos del recurso requiere, para su aplicación en España, de las correspondientes reformas legislativas. No obstante, un sistema como el que prevé el Reglamento parece ser contrario a las obligaciones internacionales de España, especialmente en lo que se refiere a la jurisprudencia del TEDH en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Hay que recordar que España fue condenada por el TEDH en la sentencia A.C. y otros c. España⁶⁸ no haber dotado de efecto suspensivo automático a los recursos contra la resoluciones de denegación de asilo en los que existía un riesgo para la vida o la integridad moral de los solicitantes.

4.7 DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS PARA LA ACOGIDA DE LOS SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (2024/1346)

4.7.1 INTRODUCCIÓN A LA DIRECTIVA

Tras la reforma introducida por el Pacto Europeo de Migraciones y Asilo, solo dos normas en materia de protección internacional mantienen el carácter de Directiva. Se trata de la Directiva 2001/55 de Protección Temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (no modificada por el PEMA) y la Directiva de acogida que aquí se analiza.

Como es bien sabido, la condición de Directiva hace que no resulte discutible el hecho de que se puedan introducir o mantener disposiciones más favorables. Algo que, por otra parte, ya recoge el propio artículo 4 de esta Directiva⁶⁹.

En la norma se determinan las disposiciones generales sobre las condiciones de acogida en las que se incluye la información, la documentación, la organización de los sistemas de acogida, la asignación de una zona geográfica, las restricciones a la libertad de circulación, el internamiento, sus garantías y condiciones, así como el internamiento de solicitantes con necesidades de acogida. También se establece la necesidad de mantener la unidad familiar, el reconocimiento médico, la escolarización y educación de los menores, el empleo, los cursos de idiomas y formación profesional, las normas generales sobre condiciones materiales de acogida, así como sus modalidades, condiciones de acogida en un Estado miembro distinto de aquel en el que el solicitante tenga la obligación de estar presente y la atención sanitaria.

4.7.2 CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Riesgo de fuga: (artículo 2.11) En sintonía con los demás reglamentos, la Directiva de acogida determina que el riesgo de fuga debe basarse en un caso concreto, de circunstancias y motivos específicos basados en criterios objetivos establecidos por el derecho nacional. No obstante, el párrafo 24 de la Directiva determina que se pueden considerar como criterios objetivos: la cooperación del solicitante con las autoridades competentes o el cumplimiento de los requisitos de procedimiento, los vínculos del solicitante con el Estado miembro; y la denegación de solicitud de protección internacional por ser inadmisibles o manifiestamente infundadas.

Según un reciente informe de ECRE⁷⁰ la definición de “fuga”, al aplicarse únicamente cuando un solicitante no está disponible “por razones que no están fuera del control del solicitante”, limita en cierta medida la discreción otorgada a los Estados miembros para definir la fuga, la cual a menudo ha sido objeto de una “extensión conceptual”. El considerando 23 refuerza aún más esta restricción, al hacer referencia a que la fuga debe abarcar “tanto una acción deliberada como la circunstancia fáctica”, lo que confirma el requisito de demostrar la intención de la persona de estar no disponible. En general, el uso del término fuga y el encuadre del artículo mantienen la connotación de una conducta moralmente reprochable y una integración inapropiada del lenguaje, y los conceptos del derecho penal en el contexto del asilo (lo que a menudo ocurre sin las garantías otorgadas a los acusados dentro del sistema de justicia penal).

Hay que recordar que el sistema español no tiene, actualmente, una definición de riesgo de fuga en la materia; si bien en el proyecto de Reglamento de la LO 4/2000 presentado por el Gobierno el pasado mes de julio y pendiente de aprobación en la actualidad, contiene una definición de riesgo de incomparecencia en el artículo 232.a) en el que dice que “Para ello se valorará, especialmente, en otras circunstancias, la ausencia de domicilio o de documentación identificativa, no hallarse prueba de que el extranjero haya entrado en el espacio Schengen de forma legal o el incumplimiento de una salida obligatoria.”

Disposiciones más favorables (artículo 4): La Directiva establece que los Estados miembros pueden aplicar o mantener disposiciones más favorables respecto a las condiciones de acogida. No obstante, en la introducción del párrafo 11 se determina que: *“se debe establecer unas condiciones que sean suficientes para garantizarles un nivel de vida adecuado y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros. La armonización de las condiciones de acogida de los solicitantes debe contribuir a limitar los movimientos secundarios de los solicitantes debidos a la diversidad de las condiciones de acogida”*.

Internamiento (artículo 10 - 12, Párrafo 29): Cabe señalar que la posibilidad de internar a personas que han solicitado protección internacional resulta ajena a la normativa española. Ni la Ley 12/2009 ni el RD 220/2022 contemplan esta posibilidad. En este punto, debe mantenerse la situación actual dado que se trata de disposiciones más favorables. En todo caso, una reforma en este sentido, como plantea el Plan nacional de implementación, requeriría rango de Ley Orgánica, al tratarse de una reforma que conllevaría restricción de derechos fundamentales, como el derecho a la libertad ambulatoria.

En cuanto a las previsiones de la Directiva que hacen referencia al internamiento, se destaca en primer lugar y respecto a su justificación, que los solicitantes de protección internacional pueden ser sujetos a esta medida cuando: haya que verificar identidad o nacionalidad, obtener elementos clave para la solicitud cuando exista riesgo de fuga, garantizar el cumplimiento de obligaciones legales si no han sido cumplidas y persiste dicho riesgo, o para decidir sobre su derecho a entrar en el territorio en procedimientos fronterizos (en referencia al Reglamento 2024/1348). También se permite el internamiento si el solicitante se encuentra en un procedimiento de retorno (Directiva 2008/115/CE) y existen razones para creer que intenta retrasar la expulsión. Además, puede aplicarse por razones de seguridad nacional u orden público, o conforme al artículo 44 del Reglamento 2024/1351. Estos motivos deben estar recogidos en la legislación nacional. Por lo que se refiere a la previsión de medidas alternativas (artículo 10.5), estas pueden concretarse en el contacto periódico con las autoridades, el depósito de una fianza o la obligación de permanecer en un lugar asignado.

En segundo lugar, el internamiento será siempre ordenado por Autoridad Judicial o Administrativa (artículo 11.2). Se deberán plasmar motivos de hecho y de derecho, así como razones por las que no se pueden aplicar eficazmente medidas alternativas menos coercitivas. En concreto, y en cuanto a los plazos relevantes de estas previsiones, cuando la autoridad administrativa ordene el internamiento de una persona, esta orden deberá ser sometida a control judicial de manera rápida, ya sea de oficio, a instancia de parte, o por ambas vías. Si se realiza de oficio, el plazo máximo para dicho control judicial es de 15 días desde el inicio del internamiento, con una posible excepción de hasta 21 días en casos justificados. Si el control se lleva a cabo a instancia de parte, deberá realizarse también en un plazo de 15 días, o excepcionalmente en 21 días, contados a partir del inicio de los procedimientos correspondientes; son estas previsiones que pueden dar lugar a la vulneración del derecho a la libertad personal.

En cuanto a las condiciones del internamiento, cuando los Estados miembros no dispongan de centros de internamiento especializados y deban recurrir a centros penitenciarios, los solicitantes de protección internacional internados deberán ser mantenidos separados de los presos comunes. Igualmente, los solicitantes deben mantenerse separados de otros nacionales de terceros países que no hayan formalizado una solicitud de protección internacional.

Menores: En cuanto a los menores, una de las principales referencias que contiene la Directiva es la posibilidad de su internamiento. En este sentido, la Directiva de acogida destaca que el internamiento de menores debe ser de carácter necesario, de medida de último recurso y durante el período más breve posible, una vez que se haya determinado que no pueden aplicarse eficazmente otras medidas alternativas menos coercitivas, y una vez que se haya evaluado que el internamiento redundará en su interés superior. En el caso de menores acompañados, cuando el progenitor o principal cuidador esté internado o b) en el caso de los menores no acompañados, si el internamiento protege al menor (artículo 13.2).

La Directiva contempla que los menores nunca deberán ser internados en un centro penitenciario u otro centro utilizado con fines policiales. Los menores no deben ser separados de sus padres o cuidadores, y el principio de unidad familiar debe conducir, por regla general, a la utilización, en el caso de familias con menores, de alternativas adecuadas al internamiento que incluyan un alojamiento apropiado para ellas. Además, debe hacerse todo lo posible por garantizar la disponibilidad y el acceso a una gama viable de alternativas adecuadas al internamiento de menores (párrafo 40 de la introducción y artículo 13.2). El internamiento de menores no acompañados será controlado de oficio, o a intervalos regulares.

Sin embargo, si el Plan de implementación contempla la posibilidad de establecer reformas que permitan la detención de los solicitantes de asilo en determinados casos, ello no puede extenderse a los menores de edad. Este es un caso evidente en el que España debe mantener sus disposiciones más favorables y evitar absolutamente el internamiento de menores.

En el caso de menores no acompañados, estos se deben alojar en instalaciones adaptadas para albergar a menores no acompañados con personal cualificado y separados de los adultos (artículo 13.3).

En la Directiva se señala además que los menores y los menores no acompañados/as forman parte de la categoría de solicitantes con necesidades de acogida particulares (artículo 24), y los Estados miembros deben garantizar que tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico, espiritual, moral y social (artículo 26). Sin embargo, ni en el Real Decreto 220/2022 ni en la Ley 12/2009 se reconoce garantizar el desarrollo espiritual del menor.

En cuanto a garantizar el interés superior del menor, se tendrá especialmente en cuenta las posibilidades de reagrupación familiar, el bienestar y desarrollo social del menor, considerando su contexto, y la necesidad de estabilidad y continuidad en la asistencia. Además, es esencial incluir consideraciones de seguridad y protección, especialmente cuando exista el riesgo de que el menor sea víctima de cualquier forma de violencia o explotación, como la trata de seres humanos. Finalmente, la opinión del menor también debe ser tenida en cuenta, considerando su edad y grado de madurez. Las directrices para valorar el interés superior del menor no se concretan en el Real Decreto 220/2022 ni en la Ley 12/2009.

En el caso en que los menores no estén acompañados, cuando se sospeche que un solicitante es menor, los Estados miembros deben designar provisionalmente a un representante hasta que se nombre uno oficial, lo cual debe hacerse en un máximo de 15 días laborables. Las autoridades se reunirán con el menor y considerarán sus opiniones. Si un solicitante afirma ser menor pero no lo es, no se aplicarán estas medidas. Los Estados deben incluir en sus planes de contingencia acciones para asegurar el nombramiento de representantes en casos de alto volumen de solicitudes de menores no acompañados. En situaciones excepcionales, se podrá retrasar el nombramiento por 10 días hábiles y gestionar hasta un máximo de 50 menores, informando a la Comisión y la Agencia de Asilo (artículo 27.1). El número de menores en relación con un único tutor no puede ser más de 30. A este respecto, el Plan de implementación español determina la necesidad de establecer un protocolo con las Comunidades Autónomas para que estos representantes sean designados de forma rápida y en número suficiente.

Restricciones a la libertad de circulación: (artículo 9) En caso necesario, los Estados miembros podrán decidir que un solicitante únicamente pueda residir en un lugar específico que esté adaptado para alojar solicitantes. Esto será solo por razones de orden público, o para prevenir de forma efectiva la fuga del solicitante cuando exista riesgo de fuga. En particular en lo que respecta a: a) los solicitantes a los que se exija estar presentes en otro Estado miembro de conformidad con el artículo 17.4 del Reglamento 2024/1351, y b) los solicitantes que hayan sido trasladados al Estado miembro donde deban estar presentes de conformidad con artículo 17.4 del Reglamento 2024/1351 tras haberse fugado a otro Estado miembro.

Cuando se haya permitido una restricción, la concesión de condiciones materiales de acogida estará supeditada a la residencia. Asimismo, será imprescindible motivar las decisiones y los Estados miembros garantizarán que las decisiones adoptadas de conformidad con ese artículo sean controladas de oficio por una autoridad judicial cuando se apliquen por un período superior a 2 meses y que puedan ser recurridas a petición del solicitante interesado con el artículo 29.

Es necesario mencionar que las restricciones de libertad de circulación no están previstas ni en el Real Decreto 220/2022 ni en la Ley 12/2009. Es por ello que el Plan Nacional de Implementación señala la necesidad de introducir reformas que se dirijan a permitir estas limitaciones.

Según el mencionado informe de ECRE⁷¹, el contenido del artículo 9 altera significativamente el equilibrio entre la autonomía otorgada a los solicitantes y las restricciones que los Estados miembros pueden o deben imponer, en comparación con la Directiva de 2013. En el documento se señala que esta previsión es sumamente preocupante, ya que decidir sobre la residencia de un solicitante “en un lugar específico”, aunque esté “adaptado para alojar a solicitantes”, puede equivaler a una privación de libertad a efectos del artículo 5 del CEDH si al solicitante no se le permite salir libremente de dicho lugar designado.

En este sentido, siguiendo el análisis de ECRE, el artículo 9 debe analizarse en el contexto del uso creciente de lo que se conoce como “detención de facto”, es decir, situaciones que no se describen oficialmente como detención, pero que en la práctica pueden equivaler a ello. El TEDH ha afirmado que, en el contexto de las medidas de control migratorio, las personas que no son oficialmente consideradas como “detenidas” según el derecho nacional, pero que son ubicadas en instalaciones etiquetadas como “recepción”, “retención”, “alojamiento” o “centros de registro de extranjeros”, pueden aún ser consideradas privadas de su libertad bajo el Artículo 5 del CEDH, debido a la naturaleza de las restricciones a su libertad de movimiento, así como “el tipo, la duración, los efectos y la forma de implementación” de dicha colocación. En el reciente fallo del caso *B.A. c. Chipre* (2024)⁷², el Tribunal señaló que la detención del solicitante, emitida por motivos de seguridad nacional, no estaba vinculada a la prevención de entrada no autorizada, y aunque lo estuviera, la duración de la detención, que excedía los dos años y nueve meses, la haría arbitraria.

En el ámbito español, ha de recordarse que el TS⁷³ mantiene que los solicitantes de asilo tienen reconocido el derecho a la libertad de circulación, por lo que estas limitaciones le afectarían específicamente en contra de la jurisprudencia establecida. Por ello, su introducción en nuestro ordenamiento requeriría su aprobación mediante Ley Orgánica, al tratarse de limitación de derechos fundamentales.

Perspectiva de género y prevención de la violencia: (artículo 20.3 y 20.4): La presente directiva incluye la necesidad de aplicar perspectiva de género y de edad cuando se ofrezcan las condiciones de acogida (artículo 20.3); y asimismo, adoptar medidas para evitar agresiones y actos de violencia, por motivos sexuales, de género, racistas o religiosos (artículo 20.4).

La directiva recoge que se deben tener en cuenta las necesidades específicas de los solicitantes víctimas de violencia sexual o de violencia basada en el género, en particular las mujeres; por ejemplo, garantizando su acceso, en las distintas fases del procedimiento de protección internacional, a atención sanitaria, asistencia jurídica, asesoramiento y asistencia psicosocial adecuados en caso de trauma (párrafo 47).

Asimismo, se reconocen como solicitantes con necesidades de acogida particulares a las personas de la comunidad LGTBIQ+ (artículo 24 f)) y violencia de género, mutilación genital femenina, matrimonio infantil o forzado, o violencia cometida por motivos sexuales, de género, racistas o religiosos (artículo 24 f)). En esta línea, se reconoce la necesidad de que se les proporcione tratamiento, así como los cuidados médicos y psicológicos necesarios, incluidos servicios de rehabilitación y asesoramiento cuando sea necesario, para reparar los daños producidos por tales actos (artículo 28.1). Dentro de este marco, se requiere que el personal que trate con ellas esté formado y cumpla las normas de confidencialidad (artículo 28.2).

En relación con la normativa europea, el Real Decreto 220/2002 da un paso más al reconocer también la interseccionalidad en todos los programas, medidas y actuaciones (artículo 6c, artículo 26 b) y f)). En materia de género, el Real Decreto establece la necesidad de tenerlo en cuenta en la valoración de las necesidades de las personas en situación de vulnerabilidad durante su permanencia en el sistema de acogida de protección internacional (artículo 10.1). También, reconoce como principio la prevención del acoso y los actos de violencia de género, incluida la violencia y acoso sexuales (artículo 26 f)).

Finalmente, contempla que los centros de acogida cuenten con protocolos de prevención del acoso y los actos de violencia de género, incluida la violencia y el acoso sexual. Estos protocolos incluirán el establecimiento en cada centro de un punto focal que sirva de referencia para la prevención, detección y coordinación de actuaciones en casos de violencia contra las mujeres (artículo 29.2c).

4.8 REGLAMENTO SOBRE SITUACIONES DE CRISIS Y FUERZA MAYOR (2024/1359)

4.8.1 INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO

El Reglamento (UE) 2024/1359⁷⁴ establece medidas temporales a las que los Estados miembros pueden recurrir en caso de crisis, instrumentalización de migrantes y fuerza mayor. La ratio de esta legislación es ofrecer a los Estados miembros la posibilidad de implementar medidas para responder a los “desafíos migratorios”, cuando las medidas ya establecidas en el Reglamento de Gestión de asilo y migración⁷⁵ no parezcan ser suficientes o adecuadas para gestionar situaciones extraordinarias⁷⁶, superando las previsiones de dicho Reglamento para lo que define como situaciones de “presión migratoria” (artículo 11).

Por esta razón constituye un mecanismo extraordinario que es, por un lado, distinto a la gestión ordinaria de situaciones de presión migratoria, y por otro lado, impone obligaciones adicionales de responsabilidad y compensaciones a aquellas previstas en el mecanismo ordinario de solidaridad recogido en el Reglamento de Gestión (arts. 56 y ss). Atendiendo a estas características, el Reglamento se presenta como un mecanismo efectivamente extraordinario que ofrece un peldaño adicional al que escalar en situaciones de crisis para las cuales las medidas excepcionales del sistema de gestión migratoria ordinaria resulten insuficientes o inadecuadas.

El artículo 1 del Reglamento define una crisis como una situación excepcional de llegadas masivas de nacionales de terceros países o apátridas a un Estado miembro (independientemente del acceso, ya que incluye todas las fronteras: terrestres, aéreas o marítimas, e incluye a aquellos

que llegan a las costas de la UE tras operaciones de búsqueda y rescate). El Reglamento aclara que tales llegadas, para estar cubiertas por el ámbito subjetivo de la legislación, deben ser de tal escala y naturaleza que hagan no funcional el sistema bien preparado de asilo y acogida, incluidos los servicios de protección infantil, o retorno del Estado miembro. Esto también puede ser el resultado de una situación que se desarrolle a nivel local o regional y, por lo tanto, no cubra toda el área del estado, pero que, no obstante, pueda poner en peligro el funcionamiento del Sistema Europeo Común de Asilo. Los criterios a tener en cuenta para abordar la capacidad del Estado para reaccionar al flujo son la población, el PIB, y las especificidades geográficas del Estado miembro, incluido el tamaño del territorio. Sin embargo, esta no es una lista exclusiva, y los Estados miembros pueden agregar otros elementos para justificar su solicitud de adopción de medidas temporales.

La crisis también se define como una situación de instrumentalización en la que un tercer país, o un actor no estatal hostil fomenta o facilita el movimiento de nacionales de terceros países o apátridas hacia las fronteras exteriores o hacia un Estado miembro. Debe destacarse que en estos casos no se requiere una llegada masiva de inmigrantes. En este último caso, el objetivo perseguido debe ser la desestabilización de la Unión o de un Estado miembro, y donde tales acciones puedan poner en riesgo funciones esenciales de un Estado miembro, incluido el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de su seguridad nacional.

Fuerza mayor se refiere a circunstancias anormales e imprevisibles fuera del control de un Estado miembro, cuyas consecuencias no podrían haberse evitado a pesar de haber tomado todas las medidas de precaución necesarias, lo que impide a ese Estado miembro cumplir con las obligaciones bajo el Reglamento sobre la gestión de la migración y el Reglamento de Procedimiento de Asilo. En el artículo 3.4 se precisan los elementos de valoración de tal situación.

Algunos elementos parecen ser, ya desde una evaluación prima facie, potencialmente problemáticos. Primero, el hecho de que los criterios enumerados no sean un *numerus clausus*. Los Estados miembros tienen la posibilidad de basarse en otros elementos para fundamentar sus solicitudes, y será el Consejo y la Comisión quienes evalúen su relevancia. Si se les solicita emitir un juicio sobre el asunto, el TJUE deberá aclarar finalmente qué criterios pueden considerarse lícitos y cuáles no.

La situación de fuerza mayor parece referirse a eventos inesperados, desastres naturales y emergencias sanitarias. Los dos primeros casos merecen un análisis más matizado. La situación de instrumentalización fue incluida en esta regulación actual solo durante las últimas etapas de las negociaciones, llamadas trílogos, donde el representante del Parlamento Europeo a cargo de los expedientes (el llamado ponente) se sienta junto con los de la Comisión Europea y el Consejo. Antes de ese momento, estaba regulada en una pieza de legislación diferente y *ad hoc*⁷⁷. El trasfondo de esa pieza de legislación fue la llamada instrumentalización de personas por parte del régimen bielorruso⁷⁸ contra Polonia, en cuyo contexto el Consejo Europeo decidió⁷⁹ no permitir que la Unión se debilite frente a los intentos de terceros países de instrumentalizar a los migrantes con fines políticos. A raíz de esa situación, se invitó a la Comisión a proponer una nueva legislación para hacer frente a lo que se ha denominado “amenazas híbridas”, es decir, seres humanos. Esta situación también afecta directamente a España. España ha suscrito diferentes acuerdos con Marruecos para el control fronterizo en Ceuta y Melilla. En 2021, tras una disputa diplomática entre los dos países debido a la decisión de España de permitir la entrada del líder del Frente Polisario en el Sahara Occidental, Ceuta experimentó un intenso flujo de personas migrantes procedentes de Marruecos. Un aumento sin precedentes de miles de migrantes no autorizados cruzó la frontera desde Marruecos hacia Ceuta en menos de 48 horas⁸⁰.

En cuanto al procedimiento de activación de las situaciones de crisis o fuerza mayor, los Estados miembros podrán solicitar la activación de este Reglamento para acogerse a tres tipos de medidas (artículo 1.1): medidas reforzadas de solidaridad y apoyo conforme al Reglamento 2024/1351; reparto equitativo de la responsabilidad; normas temporales de excepción conforme al Reglamento 2024/1348.

El Plan nacional de implementación establece que las solicitudes para activar las medidas previstas en este reglamento se adoptarán mediante orden ministerial aprobada por los ministerios competentes en materia de migración. El recurso a la Orden Ministerial parece adecuado por su

celeridad y dependencia gubernamental, pero no se incorpora ningún tipo de control parlamentario a nivel interno.

Para activar el procedimiento, el Estado miembro afectado debe plantear una solicitud motivada dirigida a la Comisión Europea. Tal solicitud debe describir:

- primero, en los casos de crisis la manera en que el sistema de asilo, incluidos los servicios de protección de menores, ha dejado de ser operativo, para ello la “inoperatividad del sistema ordinario” debe justificar: (1) que el sistema estaba bien preparado, (2) qué conjunto de medidas ha adoptado hasta el momento para afrontar la situación, (3) cómo esas medidas resultan insuficientes y el Estado no tiene capacidad para afrontar tal situación, y por último, se presume que deberá describirse también (4) el fenómeno imprevisible y su magnitud que demuestre una llegada masiva conforme al artículo 4.1.a), aunque el artículo 2.1 no lo especifique;
- segundo, si se trata de instrumentalización la forma en que pone en peligro sus funciones esenciales, así como el orden público o la seguridad nacional;
- tercero, en casos de fuerza mayor, (1) la manera en que el Estado se enfrenta a circunstancias anormales e imprevisibles fuera de su control que (2) no podía haber evitado a pesar de la máxima diligencia, y (3) que le impiden cumplir sus obligaciones bajo los Reglamentos 2024/1348 y 2024/1351.

Y cuando proceda, identificar el tipo y nivel de las medidas de solidaridad del artículo 8.1, así como las excepciones del artículo 10-13, y aplicar la excepción del artículo 11.6 con exclusiones de categorías de solicitantes o el cese del procedimiento fronterizo para esas categorías específicas.

En este punto, ECRE subraya que la facultad de los Estados de solicitar medidas extraordinarias implica la concreta identificación de las medidas de solidaridad y/o derogación “*que consideren necesarias*” dentro de las que el Reglamento le permite. Para ECRE, a fin de que estos regímenes legales extraordinarios cumplan adecuadamente su propósito, la Comisión Europea debe interpretar esta disposición como una exigencia para que el Estado miembro justifique cómo las medidas solicitadas abordarán cada elemento de la crisis o situación de instrumentalización descrita. Con ello se podrá asegurar que solo se apliquen las medidas necesarias y durante el tiempo más breve posible, tal como lo requiere el artículo 1.2 y 3 del Reglamento. Según el artículo 2.2.b, el Estado miembro puede especificar qué tipo de medida de solidaridad considera necesaria y la elección de algunas medidas sobre otras también debe ser debidamente justificada basándose en la situación descrita⁸¹.

Igualmente, ECRE⁸² plantea la necesidad de exigir al Estado miembro solicitante que demuestre que la situación no podía abordarse a través de medidas alternativas o excepcionales dentro del mecanismo de gestión ordinaria, y a la Comisión que evalúe rigurosamente esta exigencia para poder limitar el uso excesivo del mecanismo de crisis. Del mismo modo, los requisitos de que los Estados miembros demuestren que sus sistemas estaban bien preparados en el caso de crisis y que ejercieron la debida diligencia en el caso de fuerza mayor, deben interpretarse estrictamente y con referencia a las obligaciones establecidas en el Sistema Europeo Común de Asilo en su conjunto.

Sin embargo, el texto sigue siendo “vago”:

- por obligar a los Estados únicamente a proporcionar “una descripción” de los dichos elementos;
- por no proporcionarse un umbral numérico;
- por desconocerse cuándo se entienden ejercidas las “debidas diligencias”;
- por reiterar el concepto del sistema “bien preparado”;

Por lo que, de no exigir, a la Comisión Europea, que las solicitudes justificadas contengan análisis exhaustivos, detallados y datos robustos, existe un fuerte riesgo de que los Estados miembros invoquen las excepciones regladas. En particular, es clave examinar todas las áreas de los sistemas nacionales de asilo, incluidas las condiciones de recepción y el acceso a los procedimientos de asilo; y asegurar que dicho análisis se base en información recopilada de una amplia gama de fuentes, incluidas la EUAA, FRA, organizaciones nacionales e internacionales⁸³.

Por último, en cuanto a las excepciones previstas en el reglamento a las que podrán acogerse los Estados miembros, se destacan las siguientes:

- Ampliación del periodo de registro de solicitudes;
- Ampliación del plazo de resolución de las solicitudes formuladas;
- Aplicación del procedimiento acelerado;
- Aplicación del procedimiento fronterizo;
- Decisión sobre el fundamento de una solicitud basada en tasas de concesión de protección internacional del país de origen;
- De priorizar solicitudes “probablemente bien fundadas”;
- De quedar eximido de readmitir (en virtud a lo establecido en los arts. 36 y 28 del Reglamento 2024/1351, de gestión).

4.8.2 CUESTIONES CONTROVERTIDAS

De aplicarse las excepciones y medidas previstas en los Capítulos IV y V, respectivamente (en base a la necesidad del estudio de las consecuencias que cada una de las medidas de solidaridad pueden conllevar), en situaciones de crisis, instrumentalización o fuerza mayor, los Estados podrían estar incurriendo en la vulneración de derechos reconocidos tanto en el ordenamiento internacional, como en el comunitario:

Accesibilidad al efectivo derecho de protección internacional:

(Derechos inherentes a las personas solicitantes de protección internacional) En relación a lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de crisis: las disposiciones excepcionales atentan contra el efectivo derecho de asilo (arts. 18 CDFUE, 14 DUDH), por establecer plazos que atentan contra los derechos de las personas solicitantes de asilo: de ser aplicadas las excepciones, se dificulta a las personas el efectivo acceso al derecho de toda persona de buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Del mismo modo, contraviene lo establecido en los artículo 33 de la Convención de Ginebra y 19 de la CDFUE, pues, de dificultarse el acceso a la solicitud de asilo, puede incumplirse el principio de no devolución (al no poder gozar de las garantías que el estatuto de solicitante de asilo concede).

(Consideración de Derecho individual) En consonancia con la excepción establecida en el artículo 11 del Reglamento de Crisis: el derecho de recibir protección internacional tiene consideración de derecho individual, así lo justifica la misma legislación europea en el artículo 15 del Reglamento 2024/1347 en el que se establece que el daño debe ser individualizado, por lo tanto, no podría justificarse una resolución colectiva. Asimismo, los arts. 6 y siguientes de la Ley 12/2009, que determinan las condiciones para el reconocimiento del derecho de asilo, disciernen de lo establecido en el Reglamento, y desatienden las condiciones para el reconocimiento del derecho de asilo y el examen individualizado de éstas, al establecer éste la posibilidad de no examinar todos los aspectos, y basar el fundamento de la resolución en las tasas de concesión del país de origen/residencia del cual proviene la persona solicitante de asilo; así como poder fundamentar varias resoluciones en conjunto por el hecho de ser las personas solicitantes víctimas de instrumentalización.

(Prohibición de las devoluciones colectivas) Recogida en artículo 4 del Protocolo Cuarto del CEDH y en el artículo 19.1 CDFUE: la práctica de emitir órdenes de rechazo diferido de entrada sin entrevistas ni consideración de la situación individual de cada solicitante se considera una expulsión colectiva, lo cual viola los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que esto constituye una violación de la CEDH en casos como *Hirsi Jamaa y Otros c. Italia* (2012)⁸⁴, *Sharifi y Otros c. Italia y Grecia* (2014)⁸⁵ y *M.A y Z.R. c. Chipre* (2024)⁸⁶.

(Obligatoriedad de los Estados de facilitar la asimilación y la naturalización de los refugiados, esforzarse por acelerar los trámites y por reducir la afectación a los derechos) Las excepciones disciernen, del mismo modo, lo dispuesto en el artículo 34 Convención de Ginebra, pues los estados estarían incumpliendo su deber de facilitar la posible asimilación y la naturalización de los refugiados; y de esforzarse, en especial, por acelerar los trámites de naturalización, y por reducir en todo lo posible derechos y gastos de tales trámites.

Respeto al principio de no devolución: En relación con el artículo 10 del Reglamento de crisis, de nuevo, se estaría burlando el artículo 19 CDFUE, así como el ya mencionado artículo 33 de la Convención de Ginebra. De dificultarse el acceso a la solicitud de asilo, puede incumplirse el principio de no devolución (al no poder gozar de las garantías que el estatuto de solicitante de asilo concede).

Derecho a la tutela judicial efectiva: El artículo 10 DUDH establece el derecho de toda persona, en condiciones de plena igualdad, de ser oída públicamente y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos; derecho que entraría en peligro de aplicarse las excepciones, por no analizarse la individualidad de cada caso. De la misma manera, puede considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (establecido en cada uno de los textos legales que rigen el ordenamiento jurídico español) por no mencionarse recursos individualizados a los procedimientos acelerados, o fronterizos de concesión o denegación de protección internacional.

Derecho a la libertad y a la Seguridad: De aplicarse las restricciones recogidas en los artículos 10, 11, 12 y 13 del Reglamento, se estaría violando el artículo 6 CDFUE, del derecho a la libertad y a la seguridad de toda persona (siendo aplicable este derecho a toda persona dependiente de la jurisdicción del Estado Miembro), teniendo en cuenta que puede no ser seguro el lugar fronterizo en el que la persona deba solicitar la protección internacional.

Las excepciones en casos de crisis disciernen, asimismo del artículo 5.1 CEDH, del derecho a la libertad y a la seguridad de toda persona (siendo aplicable este derecho a toda persona dependiente de la jurisdicción del Estado contratante, artículo 1 CEDH). Se señala en este sentido el caso *J.A y otros c. Italia* (2023)⁸⁷.

Debe tenerse también en cuenta la posible violación del artículo 3 DUDH, respecto a la potestad de los Estados miembros de acogerse a las excepciones: de acogerse a tales excepciones, podría estar contradiciendo el artículo 3 DUDH, del derecho a la seguridad de todo individuo.

Detención de facto y falta de asistencia legal: la fase previa a la entrada, en un entorno de detención de facto, niega las condiciones de recepción completas y las garantías del procedimiento normal de asilo. Esto contradice frontalmente las decisiones del TEDH que exigen que los solicitantes de asilo tengan acceso a garantías legales completas al llegar a las fronteras externas de los Estados miembros. Algunos casos relevantes en la materia son: *Rahimi c. Grecia*⁸⁸ (2011), *N.D. y N.T. c. España*⁸⁹ (2020), así como el caso *J.A y otros c. Italia*⁹⁰ (2023).

Plazos de resolución: El artículo 11.1 del Reglamento discrepa con lo establecido en el Considerando (68) que regula explícitamente: "La duración del procedimiento fronterizo para el examen de las solicitudes de protección internacional debe ser lo más breve posible, si bien debe garantizar al tiempo un examen completo y justo de las solicitudes. En cualquier caso, no debe exceder las doce semanas, incluida la determinación del Estado miembro responsable. Los Estados miembros deben poder ampliar este plazo a dieciséis semanas cuando se traslade a la persona de conformidad con el Reglamento (UE) 2024/1351."

No se tiene en cuenta la excepción en situaciones de crisis, que permite que se amplíe un máximo de 6 semanas respecto del máximo establecido en el Reglamento 2024/1348 artículo 51 (que regula que la duración máxima del procedimiento fronterizo será de 12 semanas desde el momento en que se registre la solicitud hasta que el solicitante deje de tener derecho de permanencia y no se le permita permanecer), por lo que sumarían un total de 18 semanas, contraria a la misma disposición 51 (que vuelve a establecer un máximo de 16 semanas) y al Considerando referido.

Detención en condiciones inhumanas: los centros de detención en Grecia, especialmente después del acuerdo UE-Turquía, se transformaron en centros de detención previos a la expulsión, con condiciones extremadamente inhumanas. El campamento de Moria, por ejemplo, ha sido considerado contrario a los artículos 3 y 13 del CEDH, debido a las condiciones de vida degradantes y la falta de remedios efectivos. La jurisprudencia del TEDH ha condenado repetidamente estas prácticas, señalando que la detención en condiciones inhumanas viola el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y el derecho a un recurso efectivo en casos como *Rahimi vs. Grecia* (2011) y *N.D. y N.T. vs. España* (2020).

Falta de garantías de los procedimientos acelerados: la introducción de procedimientos de asilo acelerados, con plazos muy cortos para la presentación, procesamiento y apelación de solicitudes, no cumple con el “tiempo razonable” requerido por el Reglamento de Procedimientos de Asilo. La falta de efectos suspensivos automáticos en los recursos legales y la insuficiencia de salvaguardias mínimas permiten expulsiones inmediatas, equivalentes al *refoulement*. El TEDH ha resaltado que tales prácticas pueden constituir una violación del artículo 3 de la CEDH en casos como *A.C. vs. España*.

Potestad de los Estados de basarse en la “probabilidad del fundamento de la solicitud” (artículo 10.3. Prioridad de las solicitudes bien fundadas): No se concreta qué se entiende por solicitud “bien fundada”. Es necesario que tanto la Comisión como la jurisprudencia europea interpreten el concepto y lo clarifiquen, pues la consideración puede conllevar la aplicación o restricción de garantías relativas al proceso de obtención de protección internacional.

Procedimiento fronterizo y la “obligatoriedad de residir” en un lugar determinado (relacionado con Reglamento 2024/1348, de Procedimiento): Queda pendiente, asimismo, ver cómo la Unión Europea justificará la “obligatoriedad de residir” en un lugar determinado: la creación de la ficción legal deberá buscar argumentos jurídicos bien fundados si no quiere incurrirse en la violación de derechos consolidados en el ordenamiento jurídico internacional.

Derecho a la no discriminación: Discordancia del Reglamento, mediante el cual se establece la posibilidad de asignar distintos procedimientos (11.3 y 4), o de poder fundamentar varias resoluciones en conjunto por el hecho de ser las personas solicitantes víctimas de instrumentalización (11.6) según la tasa de concesión relativa al Estado de origen/residencia con el derecho a la no discriminación del artículo 3 Convención de Ginebra de 1951. Además, en este caso, se pone en cuestión la obligación de motivar los actos administrativos.

4.9 REGLAMENTO POR EL QUE SE ESTABLECE EL MARCO DE REASENTAMIENTO Y ADMISIÓN HUMANITARIA DE LA UNIÓN (2024/1350)

4.9.1 INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO

El Reglamento (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147, es la única de las disposiciones adoptadas con el fin de facilitar la entrada de nacionales de terceros países para concederles protección internacional o alguna otra forma de estatuto equivalente a protección subsidiaria, así como normas sobre admisión humanitaria en los Estados miembros.

Aunque bajo la forma de un Reglamento cuyas disposiciones tienen efecto directo sobre los Estados miembros, a diferencia del resto de reglamentos del Pacto, la arquitectura del sistema de Reasentamiento y admisión humanitaria que instituye el presente Reglamento no impone un sistema obligatorio para los Estados miembros ni genera derechos para los potenciales beneficiarios. Ello se deduce del artículo 1.3 (“El presente Reglamento no impone a los Estados miembros la obligación de admitir a un nacional de un tercer país o un apátrida”), y sobre todo, y de manera más sustantiva, en virtud del artículo 8 donde se establece que el sistema pivota entorno a un Plan de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la UE. Dicho Plan es de carácter bianual, es aprobado por el Consejo a propuesta de la Comisión, y debe respetar las indicaciones sobre el número de reasentados, la participación, y las contribuciones formuladas por los Estados miembros en el Comité de Alto Nivel en materia de Reasentamiento y Admisión Humanitaria del artículo 11; previsión que asegura la noción de que no se imponen obligaciones de admisión a los Estados miembros (el 8.1.3.b parece excluirlo al subrayar “respetando plenamente las indicaciones formuladas por los Estados miembros, descartando la posibilidad de que por mayoría cualificada del Consejo, o en el Comité, se pudieran imponer a Estados renuentes una cuota de admisiones). El carácter voluntario de esas contribuciones viene establecido por el artículo 1.4 del Reglamento

donde se permite a los Estados miembros decidir en qué medida participarán y contribuirán al Plan de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la Unión: tipo de admisiones, regiones, o terceros países desde los que ha de efectuarse la admisión; así como su contribución al número total de personas que se van a admitir en virtud del Plan de la Unión.

Tampoco pretende ser interpretado en el sentido de crear un derecho de entrada en la UE (artículo 1.2: “El presente Reglamento no crea un derecho para los nacionales de terceros países o apátridas de solicitar la admisión, ni de ser admitidos en el territorio de los Estados miembros”).

La finalidad de este Marco está recogida en el artículo 3 donde se establece que regula la entrada legal y segura al territorio de los Estados miembros de personas extranjeras que puedan optar a la admisión con fines de protección internacional o un estatuto humanitario, incrementar la contribución de la UE a las iniciativas internacionales aumentando el número de plazas ofertadas (aunque no se ve bien como si el número lo fijan los Estados en Comité Alto Nivel y Consejo), y reforzar asociaciones UE con terceros países de regiones con más refugiados desplazados. Para ello, se ofrecen algunas orientaciones sobre los criterios de selección de las regiones con las que formular programas de reasentamiento (artículo 4).

En cuanto al procedimiento de admisión, cabe señalar que se trata de un sistema de selección basado en el mecanismo de reasentamiento, pero el Marco establece una serie de condiciones para ello. Conforme al artículo 5, entre las condiciones para la admisión mediante reasentamiento o admisión humanitaria se encuentran:

- Reunir las condiciones de solicitante de protección internacional conforme a Reglamento 2024/1347: que se hallen fuera de su país de nacionalidad o se considere que de volver a su país se enfrenten a un riesgo real de sufrir daños graves, y por ello no quieren o no pueden acogerse a la protección de ese país. Así como las personas protegidas por un organismo ONU distinto de ACNUR, pero que su situación no se haya solventado o no reciban asistencia.
- Pertenecer a la categoría de persona vulnerable (mujeres y niñas en riesgo, menores y menores no acompañados, víctimas de violencia o torturas, necesidades médicas no cubiertas, discapacidades, sin soluciones duraderas alternativas, especialmente si su condición de refugiado se prolonga), y, en caso de admisión humanitaria, familiares de residentes o ciudadanos de un Estado miembro.

Los familiares también podrán optar a la admisión para respetar la unidad familiar.

4.9.2 CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Dentro de las cuestiones que pueden plantear especiales controversias en cuanto a su interpretación en el ámbito de la implementación de este Reglamento encontramos las siguientes:

Decisión/evaluación sobre la admisión de las personas: Queda a la plena discreción del Estado miembro considerar si la evaluación de la admisión de las personas debe hacerse mediante la verificación de documentación, entrevista personal, o ambas; pudiendo dejar fuera de la protección internacional a muchos potenciales refugiados.

Motivos “razonables” para denegar la admisión: Los artículos 6.1.b y 6.1.c establecen que puede negarse la admisión a la persona cuando existan “motivos razonables” para considerar que el/la solicitante de admisión:

- ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad, tal y como se definen en los instrumentos internacionales que contienen las disposiciones relativas a tales crímenes;
- ha cometido un “delito grave”;
- es culpable de actos contrarios a los propósitos y los principios de Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los arts. 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas;
- supone un peligro para la sociedad, el orden público, la seguridad o la salud pública del Estado miembro que examina el expediente de admisión;

Delitos “graves” y “menos graves”: El artículo 6.1, apartado b, subapartado ii, establece que puede negarse la admisión a aquellas personas para quienes existan motivos razonables para considerar que han cometido un “delito grave”. Por su parte, también se establece que en el caso de los delitos menos graves el Estado podrá denegar la admisión. El Reglamento no clarifica qué se entiende por delito grave; es importante que se precise el concepto, teniendo en cuenta que cada Estado miembro de la UE tiene su propio Código Penal, por lo tanto, su propio sistema de clasificación de delitos. Actualmente, no existe una categoría única de delito grave en la UE, siendo necesaria una concreción al respecto para la interpretación del reglamento.

En el ámbito español, es delito grave aquel cuya pena máxima prevista es la prisión superior a cinco años y es delito menos grave cuando la pena máxima prevista no es inferior a un año ni superior a cinco.

Denegación de admisión en los tres años anteriores. El artículo 6.1.f) del Reglamento establece que se le denegará la entrada de admisión a aquellos nacionales de terceros países o apátridas a los cuales los Estados miembros hayan denegado la admisión durante los tres años anteriores a la admisión, con arreglo a las letras c) sobre las que existan “motivos razonables” para considerar que suponen un peligro para la sociedad, el orden público, la seguridad o la salud pública del Estado que examina el expediente de admisión, o d) sobre los que se haya emitido una descripción en el Sistema de Información de Schengen (SIS), o en base de datos nacional de un Estado miembro, a efectos de denegación de entrada.

Evaluación basada en documentos, en entrevista personal o en una combinación de ambas:

Genera también controversia la discrecionalidad que permite el Reglamento de elección, sin ninguna obligación hacia los Estados, para justificar en base a qué sistema realizarán la evaluación de admisión, a la cual da pie el artículo 9.6 : los Estados miembros realizarán la evaluación basándose, en particular, bien en los documentos justificativos, incluso, si procede, en la información del ACNUR sobre si los nacionales de terceros países o apátridas reúnen las condiciones para ser considerados refugiados, bien en una entrevista o bien en una combinación de ambos.

Garantía de traslado “rápido”; “tan pronto como sea posible”: El artículo 9.20 establece que, con arreglo a lo establecido en el artículo 9.14 (referido anteriormente), el Estado miembro a que se refiere dicho apartado hará “todo lo posible” por garantizar la entrada en su territorio “tan pronto como sea posible”, y, a más tardar, en un plazo de 12 meses a partir de la fecha en que se haya llegado a la conclusión.

En caso de admisión de urgencia, el Estado miembro garantizará el “traslado rápido” del nacional de un tercer país o apátrida “tras la fecha en que se haya alcanzado la conclusión positiva con arreglo al apartado 9”.

Cuestiones complejas de hecho o de derecho: Tal como sucede en varias ocasiones a lo largo de la lectura del Reglamento, el artículo 9.9 regula que los Estados miembros podrán prorrogar el plazo establecido en el apartado (de 7 meses como máximo a partir de la fecha de registro) por un máximo adicional de 3 meses, en caso de cuestiones “complejas de hecho o de derecho”; quedando estos términos vagamente definidos y pudiendo constituir una futura vulneración de Derechos Humanos (derecho a un trato digno, y prohibición a los tratos inhumanos y degradantes).

Despliegue de efectos, previo o a posteriori de la entrada: En base a qué criterios, cuando la conclusión de un Estado miembro con arreglo al artículo 9.9 sea positiva, se aplicarán los apartados 15 a 22 (del mismo artículo 9) antes o después de que la persona interesada entre en su territorio (artículo 9.14). No puede permitirse que cuestiones tan fundamentales (que pueden concluir en la vulneración de derechos inherentes a la comunidad internacional) queden al arbitrio de cada Estado, sin exigencia de una motivación.

Decisión de “no poder cumplir con los plazos”: Del mismo modo, el artículo 9.11 cede la potestad de respeto de los plazos a los Estados miembros permitiéndoles la opción de interrumpir los procedimientos de admisión cuando los mismos decidan que no pueden cumplir con los plazos mencionados en el reglamento por “razones que escapan a su control”.

Ello genera varios conflictos a la hora de interpretar el precepto, especialmente sobre:

- qué procedimiento va a seguirse para la adopción de la interrupción de los plazos de haber decidido el Estado miembro que no puede cumplir con los plazos;
- cómo va a tener que justificarse la decisión por parte del Estado miembro;
- cuándo va a considerarse que la imposibilidad de cumplimiento de los plazos se da por “razones que escapan al control del Estado miembro”;

La necesidad: Otro de los aspectos relevantes es determinar los supuestos en los que se comunicará al ACNUR las razones de la interrupción de los plazos (artículo 9.11 3º párrafo) o las razones para una conclusión negativa (artículo 9.13 2º párrafo). Los preceptos señalan que esta comunicación se realizará cuando se considere necesario para permitir a esta Agencia desempeñar sus tareas en lo que respecta a la remisión de nacionales de terceros países o apátridas a Estados miembros o a terceros países de conformidad con el presente Reglamento o con su mandato. Parece, por tanto, que la necesidad se planteará en la práctica totalidad de los casos salvo que, como indica el Reglamento, haya razones imperiosas de interés general para no hacerlo, que, desde nuestro punto de vista, deberán ser interpretadas restrictivamente.

Notificación tras la entrada en el territorio: Genera controversia, asimismo, el segundo párrafo del artículo 9.19, que establece que cuando se haya adoptado dicha resolución antes de que la persona interesada entrase en el territorio del Estado miembro, la notificación mencionada podrá efectuarse después de su entrada.

Cuando proceda / cuando sea factible: Es necesario definir y clarificar cuándo procede y cuándo es o no factible. Algunos ejemplos mencionados en el Reglamento (artículo 8.6): Cuando lo requieran nuevas circunstancias, como una crisis humanitaria imprevista fuera de las regiones o terceros países a que se refiere el Plan de la Unión, el Consejo, a propuesta de la Comisión, modificará, cuando proceda, el Plan de la Unión; por ejemplo, añadiendo más regiones o terceros países a aquellos desde los cuales se va a producir la admisión, con arreglo al artículo 4.

Artículo 9.21: Con arreglo al apartado 14, el Estado miembro a que se refiere dicho apartado ofrecerá, cuando proceda, su contribución a los preparativos del viaje, incluidos los exámenes médicos que acrediten que se está en condiciones de viajar, y el traslado gratuito a sus territorios; en particular, si procede, facilitar los procedimientos de salida en el tercer país desde el que se admite al nacional de un tercer país o apátrida de que se trate.

Artículo 9.22: Con arreglo al apartado 14, el Estado miembro a que se refiere el apartado 14, cuando sea factible, ofrecerá a los nacionales de terceros países o apátridas un programa de orientación previo a la partida, gratuito, y de fácil acceso; que podrá incluir información acerca de sus derechos y obligaciones, cursos de idiomas, e información sobre la situación social, cultural y política del Estado miembro.

Artículo 15.1: A más tardar el 12 de junio de 2028, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del presente Reglamento; también del artículo 9, apartado 2, letra b), sobre las contribuciones de los Estados miembros a la ejecución del Plan de la Unión, de conformidad con el artículo 8, y sobre los esfuerzos de todos los Estados miembros para intensificar su labor en materia de reasentamiento y admisión humanitaria con vistas a contribuir de manera significativa a satisfacer las necesidades globales de reasentamiento. Dicho informe se acompañará, cuando proceda, de propuestas para alcanzar dicho objetivo.

5. ALGUNAS CUESTIONES TRANSVERSALES A LAS NORMAS DEL PACTO Y SU ENCAJE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

5.1 LA CONFIGURACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SEGUIMIENTO

Relacionada con la cuestión del respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas al triaje, ha de hacerse referencia al mecanismo que el Reglamento de triaje contempla para el seguimiento de los derechos fundamentales.

El artículo 10.2 contempla la creación por parte de los Estados miembros de mecanismos de seguimiento independientes. No es el único mecanismo que se contempla en el Pacto. De hecho, el artículo 43.4 del Reglamento de procedimiento también establece la necesidad de que cada Estado miembro implemente un mecanismo de supervisión de los derechos fundamentales en relación con el procedimiento fronterizo.

La previsión de ambos mecanismos parte de la idea de que se trate de mecanismos distintos, aunque en el artículo 43 del Reglamento de procedimiento se señala que el citado mecanismo debe cumplir “los criterios que establece el artículo 10” del Reglamento de triaje. No obstante, en el documento elaborado por la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA en sus siglas en inglés), para la implementación de estos mecanismos independientes⁹¹, se plantea la posibilidad de que sea un único mecanismo que controle ambos procedimientos.

Por tanto, para determinar la composición de estos mecanismos, ha de hacerse referencia al contenido del artículo 10 del Reglamento de triaje. A este respecto, dicho precepto señala que la función de este mecanismo será “hacer un seguimiento del cumplimiento del Derecho internacional y de la Unión, incluida la Carta, en particular por lo que respecta al acceso al procedimiento de asilo, al principio de no devolución, al interés superior del menor y a las normas pertinentes en materia de internamiento, incluidas las disposiciones pertinentes en materia de internamiento del Derecho nacional, durante el triaje, y velar porque las alegaciones fundadas de vulneración de los derechos fundamentales en todas las actividades pertinentes en relación con el triaje sean tratadas de forma eficaz y sin demoras indebidas, se inicien, cuando sea necesario, las investigaciones de tales alegaciones y se haga un seguimiento de los avances de dichas investigaciones”.

Para ello el mecanismo de seguimiento independiente podrá realizar inspecciones sobre el terreno y controles aleatorios sin aviso previo. De acuerdo al documento elaborado por la FRA no debe tener limitaciones geográficas ni procedimentales, se le debe conceder autorización para el acceso a documentos y tiene derecho a hablar con todas las personas y organizaciones involucradas; así como a recurrir a expertos externos debidamente certificados. Además, tiene el derecho a tomar fotografías y hacer vídeos y/o grabaciones de sonido.

Además, para facilitar la investigación, el mecanismo debe crear un sistema para registrar denuncias de violaciones que le permita recopilar información y pruebas, comunicarse directamente con las autoridades de investigación, y supervisar e informar sobre el progreso de las investigaciones que haya activado. En este sentido, la Guía de la FRA plantea la posibilidad de que el mecanismo cuente con poderes de investigación propios.

Con respecto a su composición, el artículo 10 del Reglamento de triaje plantea que en este mecanismo participarán los defensores del pueblo, y las instituciones nacionales de defensa de los derechos humanos, entre ellos el mecanismo nacional de prevención de la tortura. Además, se posibilita que participen organizaciones internacionales y no gubernamentales, así como organismos públicos independientes de las autoridades que realicen el triaje. En todo caso, si estas organizaciones y organismos no participan directamente en el mecanismo, éste deberá establecer estrechos vínculos con ellas.

La complejidad de la cuestión del mecanismo de seguimiento, sus competencias, y las facultades que se le reconocen exigen que se establezca una normativa clara que sirva de base a su actividad. Así lo recoge la guía de la FRA cuyo punto 1.1 señala la necesidad de que este mecanismo sea definido y designado en la legislación nacional. A este respecto, sería conveniente que, dada la importancia de este mecanismo, se estableciera su regulación por ley estatal que ofrezca un marco estable para su actuación.

Uno de los puntos más relevantes y problemáticos del mecanismo, que debe ser establecido en la citada norma, es el de su composición. El texto del Pacto remite a la necesidad de incorporar al Defensor del Pueblo y el mecanismo nacional de prevención de la tortura. En este caso, coinciden ambos organismos puesto que el Defensor del Pueblo ha asumido el rol de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (de acuerdo con el artículo tercero de la Ley Orgánica 1/2009 que incorporó una Disposición Final Única a la Ley Orgánica 3/1981 del Defensor del Pueblo, dando así cumplimiento a lo establecido en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 18 de diciembre de 2002).

En este sentido, la Guía de la FRA plantea que debe asegurarse coherencia y complementariedad con los defensores del pueblo, y su diseño debe contar con los mandatos de monitoreo ya existentes a nivel nacional.

No obstante, esto no significa que deba ser el Defensor del Pueblo español quien asuma completamente este mecanismo. De hecho, la incorporación de un mecanismo específico se debe plantear como una alternativa para superar el ámbito del Defensor del Pueblo. De lo contrario, este mecanismo no aportaría nada puesto que el Defensor del Pueblo ya podría, con la configuración normativa actual, controlar el respeto de los derechos humanos en estos procedimientos.

Sobre este particular, el texto del artículo 10.2 plantea la posibilidad de incorporar otras organizaciones internacionales y no gubernamentales, así como instituciones públicas. Ésta parece la mejor opción para el sistema español. Organizaciones internacionales como la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR) o la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), y organizaciones no gubernamentales con sólida trayectoria en la cuestión y presencia en el terreno deben estar presentes en este mecanismo para maximizar su efectividad y la atención a las cuestiones que se planteen.

De hecho, siguiendo el modelo de las Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención de la Convención contra la tortura⁹² y la configuración de este mecanismo nacional, podría reproducirse el sistema de un Consejo Asesor del mecanismo en el que participen representantes de estas organizaciones que se combine con la incorporación de personal específico, en la línea de lo que plantea la guía de la FRA en cuanto a personal, recursos y financiación.

Este punto resulta también muy relevante para dotar al mecanismo de la importancia que el Reglamento le otorga y que debe suponer para la protección de los derechos fundamentales. Si no se amplía el personal a disposición del mecanismo y se mantiene un sistema a través del Defensor del Pueblo sin ampliación del personal a disposición, el mecanismo no podrá desarrollar adecuadamente sus funciones sino que supondrá una modificación meramente nominal de la actividad ya ejercida por el Defensor del Pueblo pero, en este caso, frente a situaciones novedosas y de alta gravedad.

Además, desde el punto de vista institucional, la posibilidad de que el Defensor del Pueblo asuma el mecanismo de seguimiento de forma exclusiva plantea problemas en relación con su independencia financiera. El Defensor del Pueblo, en cuanto comisionado de las Cortes Generales, recibe su presupuesto de éstas, mientras que el mecanismo de seguimiento está financiado por el Gobierno a través de las partidas presupuestarias vinculadas al desarrollo del Pacto que provienen de la UE. Por ello, resultaría problemático que el Defensor del Pueblo recibiera financiación directa de uno de los órganos a los que debe auditar de forma general.

Sobre este particular, además, apenas se pronuncia el Plan Nacional de Implementación que indica únicamente que serán necesarias reformas legislativas para la incorporación de estos mecanismos.

5.2 LA IDENTIFICACIÓN DE LOS CENTROS DE MIGRACIONES ACTUALES EN EL CONJUNTO DE CENTROS DERIVADOS DEL PEMA

5.2.1 PLANTEAMIENTO

Las normas que forman parte del PEMA establecen una serie de lugares en los que las personas extranjeras deben ubicarse en los correspondientes procedimientos. En la página 13 del Plan común de Implementación se señala que los Estados Miembros deberán identificar las ubicaciones en las que se desarrollarán el triaje y los procedimientos fronterizos. En concreto, antes del 11 de abril de 2026 los Estados miembros deben notificar a la Comisión las ubicaciones de estos procedimientos fronterizos y, si es necesario, deberán construir nuevas o ampliar las existentes antes de esa fecha. Por ello, es necesario vincular este tipo de lugares en relación con el sistema español de Centros de Migraciones para determinar cómo pueden vincularse a los centros ya existentes, o si es necesario crear nuevas tipologías de centros.

En este sentido, el Plan nacional de implementación ha señalado que no es necesaria la creación de nuevos centros, y que los procedimientos previstos en el Pacto se desarrollarán en las instalaciones ya existentes.

Respecto a la normativa española, contempla diferentes tipos de centros destinados a las personas migrantes. En primer lugar, los Centros de Internamiento de Extranjeros, cuya regulación se deriva de lo contemplado en los artículos 62 y siguientes de la LO 4/2000 y en el Real Decreto 162/2014. Como es bien sabido, se trata de centros para la privación de libertad de personas extranjeras. De acuerdo con la sentencia 115/1987⁹³, las personas solo pueden ingresar en ellos previa autorización judicial; el internamiento solo procede con vistas a la expulsión de la persona y únicamente por el tiempo necesario para ello (que no puede superar, de acuerdo a la LO 4/2000, los 60 días), y estos centros no pueden tener carácter penitenciario.

Además de esto, aunque de forma tangencial, la LO 4/2000 hace referencia a las Salas de Inadmisión en fronteras como lugares en los que se puede practicar la detención. Estas salas están previstas para las personas a las que se les deniegue la entrada en los puestos fronterizos habilitados. En este caso, la persona extranjera deberá regresar en el plazo más breve posible, pero podrá permanecer detenida hasta 72 horas. Si el regreso fuera a retrasarse más, deberá solicitarse el internamiento ante el juez competente.

Con una lógica similar, pero no en puestos fronterizos habilitados sino en lugares de entrada irregular se identifican los Centros de Atención Temporal de Extranjeros (CATÉs). Junto a ellos, también se recurre en ocasiones a las propias Comisarías de policía correspondientes, especialmente en los procedimientos en territorio o en aquellos lugares fronterizos que carecen de instalaciones más adecuadas. A ellas, además, hace referencia específica el Plan nacional de implementación.

Por otra parte, el Real Decreto 557/2011 también hace referencia a otros centros, en este caso, los Centros de Migraciones, entre los que se encuentran los Centros de Acogida a Refugiados, a los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes de Ceuta y Melilla y “en su caso, los centros de nueva creación”.

Los Centros de Acogida a Refugiados se crearon por la Orden de 13 de enero de 1989 sobre centros de acogida a refugiados que fue derogada por el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. Este Real Decreto modifica el listado de Centros, considerando, por un lado, la existencia de centros de valoración inicial y derivación (CRAED), y, por otro, los centros de acogida de protección internacional (CAPI).

Los Centros de valoración inicial y derivación son “establecimientos de alojamiento colectivo y estancia provisional” para “realizar una primera valoración del perfil y necesidades de la persona destinataria, para su derivación, en el plazo más breve posible, a los recursos disponibles más

adaptados a su perfil". Estos centros se ubican de acuerdo "a razones de proximidad geográfica con las zonas del territorio que reciban mayores flujos migratorios".

Por su parte, los Centros de acogida de protección internacional son "centros abiertos, de alojamiento colectivo" cuyo objetivo es "apoyar la inclusión de las personas destinatarias y proporcionar las habilidades necesarias para desarrollar una vida independiente a la salida de los recursos de acogida", al "proporcionar a las personas destinatarias, en tanto se resuelve su solicitud de protección internacional, un itinerario individualizado dentro del sistema de acogida de protección internacional conforme a lo previsto en su compromiso de participación en dicho sistema".

Los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes de Ceuta y Melilla (CETIs) se crearon en el año 1999. La primera referencia normativa a su funcionamiento la encontramos en el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración, publicado por la Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración. En este acuerdo se plantea la construcción de centros de estancia temporal para inmigrantes con el objetivo de acoger "extranjeros en los que concurren circunstancias excepcionales de carácter humanitario". En ellos, "se trabajará en la primera acogida de los inmigrantes para ofrecerles los rudimentos básicos necesarios (idioma, habilidades sociales, conocimiento del medio...) mientras se adopta una decisión sobre su situación".

Por otra parte, la Orden ISM/680/2022, de 19 de julio, por la que se desarrolla la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante acción concertada, hace referencia a los Centros de atención, emergencia y derivación (CAED): tienen por objeto articular un sistema de acogida de emergencia de carácter estructural y permanente que permita la cobertura de necesidades básicas de un elevado número de personas migrantes ante grandes llegadas a costas.

5.2.2 LAS REFERENCIAS A UBICACIONES O LUGARES PARA PERSONAS EXTRANJERAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE TRIAJE O FRONTERIZOS

Son diversas las referencias que las normas del Pacto contienen para las personas extranjeras en el transcurso de los diferentes procedimientos que los Reglamentos y la Directiva aprobadas recientemente han previsto.

En primer lugar, ha de hacerse referencia al Reglamento de triaje, puesto que sería el primer procedimiento previsto para la llegada. El artículo 8 prevé que el triaje se realizará "en cualquier lugar indicado y adecuado designado por los Estados miembros, generalmente situado en las fronteras exteriores o cerca de estas, o en otros lugares dentro de su territorio". Este procedimiento se aplica a los nacionales de terceros países que no cumplen las condiciones de entrada del Código de fronteras Schengen, y que hayan sido aprehendidos con un cruce no autorizado de la frontera exterior o que hayan sido desembarcados en el territorio de un Estado miembro después de una operación SAR. Estas personas deben permanecer a disposición de las autoridades durante el tiempo que dure el procedimiento, es decir, un máximo de siete días.

Desde nuestro punto de vista, este tipo de procedimiento se puede desarrollar en los CATEs, o en las salas previstas en los puestos fronterizos habilitados. Al tratarse de una situación en la que no se permite la entrada y las personas extranjeras deben estar a disposición, su situación legal es la de detención. Por ello, el problema en la aplicación en España no se vincula a la ubicación sino a la duración de estos procedimientos, ya que al constituir una detención sin intervención judicial, la Constitución española solo permite que estas personas estén allí por un máximo de 72 horas. Así lo ha reconocido, además, el Plan nacional de implementación que marca como límite máximo para el triaje el de 72 horas.

En el ámbito español, la cuestión se plantearía en relación con las fronteras de Ceuta y Melilla ya que, hasta el momento, son lugares en los que no se han ubicado CATEs y en las entradas irregulares en estos lugares los centros de referencia son los CETIs. En principio, dadas las características de estas Ciudades Autónomas, en el Reglamento nada se opone a que siguieran siendo utilizadas para este fin.

Por último, en relación con el triaje, hay que recordar que este reglamento también permite el triaje de las personas extranjeras que ya se encuentran dentro del territorio, siempre que estén en situación irregular, únicamente cuando dichos nacionales de terceros países hayan cruzado una frontera exterior para entrar al territorio de los Estados miembros de forma no autorizada, y no hayan sido sometidos ya al triaje en un Estado miembro. Estas personas también deben permanecer a disposición de las autoridades por el tiempo que dure el triaje. En consecuencia, también su situación será similar a la detención. En este caso, parece que la situación podría resolverse utilizando, como se ha hecho tradicionalmente en los procedimientos de expulsión, las Comisarías de Policía correspondientes, de nuevo, con el límite máximo de duración de 72 horas.

A partir de este punto, se pueden plantear dos situaciones: que la persona presente una solicitud de protección internacional o que sea devuelta. En el segundo caso, se aplicarán los términos de la Directiva de retorno.

Si presenta una solicitud de protección internacional en estas circunstancias, se le aplicará el procedimiento fronterizo de asilo. Concretamente, el artículo 54.1 del citado Reglamento establece que durante el examen de estas solicitudes los Estados miembros exigirán a los solicitantes “como norma general, [residir] en la frontera exterior o las zonas de tránsito o en sus proximidades, o en otros lugares designados dentro de su territorio, teniendo plenamente en cuenta las circunstancias geográficas específicas del Estado miembro de que se trate”.

Cuando la solicitud de protección internacional realizada en el procedimiento fronterizo de asilo sea rechazada será de aplicación el procedimiento fronterizo de retorno. En este sentido, el artículo 2 de este Reglamento establece que “Los Estados miembros exigirán a las personas a que las que se refiere el apartado 1 que residan durante un período máximo de doce semanas en ubicaciones situadas en la frontera exterior, o zonas de tránsito, o en sus proximidades”.

Por tanto, en ambos casos se establece una obligación de residencia. En el ámbito español, esta residencia obligatoria en un determinado lugar está recogida dentro del artículo 61 de la LO 4/2000 como una de las medidas cautelares aplicables en los casos de procedimientos sancionadores en los que pueda proponerse la expulsión. En este sentido, el precepto daría cobertura a la residencia obligatoria en el caso del procedimiento fronterizo de retorno, pero mucho más difícilmente en el caso del procedimiento fronterizo de asilo.

En todo caso, retornando a la cuestión de este apartado, la sentencia del Tribunal Constitucional 260/2007, de 20 de diciembre, aclara que esta residencia obligatoria “no afecta a la libertad personal, sino a la libertad de residencia y circulación proclamada por el artículo 19 CE”. Por tanto, la situación en la que se encontrarían estas personas no es equiparable a la de la detención, sino que mantendrán su libertad personal pero tendrán restringida la libertad de residencia y circulación.

En consecuencia, estas personas no podrán permanecer durante estos períodos ni en CIEs ni en CATES, ni en las Salas de Inadmisión de los puestos fronterizos, sino que se deberán ubicar en centros abiertos. De acuerdo a los Reglamentos referidos estos centros deberán ubicarse en la frontera exterior, zonas de tránsito, o en sus proximidades. En el caso del procedimiento fronterizo de asilo se podrán designar otras ubicaciones en el interior del territorio español.

Así pues, dada la configuración del sistema español, las únicas ubicaciones actuales que podrían reunir las características referidas son los CETIs de Ceuta y Melilla, siempre que se garantizasen las condiciones adecuadas, es decir, con una sustancial mejora en relación con los procedimientos de asilo. Para los procedimientos fronterizos de asilo también podría acudir a los CAEDs, que no se ubican específicamente en frontera.

No obstante, aunque el Plan Nacional de Implementación lo rechaza, parece necesaria la construcción de nuevos centros en las principales zonas de llegada y desembarco de las operaciones SAR, concretamente en la costa andaluza, la costa levantina y Canarias. Estos centros podrían seguir el modelo CETI para garantizar que se trate de centros abiertos que puedan cumplir los requisitos de los Reglamentos para ambos tipos de procedimientos, sin incumplir las normas constitucionales al respecto. Conviene recordar que, de acuerdo al Reglamento de procedimiento fronterizo de retorno, las personas podrán permanecer allí un máximo de doce semanas, ampliables a dieciocho en los casos de situaciones de crisis.

5.3 EL IMPACTO DEL SISTEMA DE TRIAJE EN EL MODELO ESPAÑOL

El sistema que prevé el Pacto, específicamente en lo que se refiere al triaje y el efecto que genera el mismo, puede afectar de forma muy intensa en el actual modelo español de gestión de las migraciones.

En efecto, el modelo español se caracteriza, entre otras cuestiones, por haber generado un sistema de acogida y atención humanitaria diferenciado del sistema de acogida de protección internacional. De esta forma, desde España se trata de responder a la situación de aquellas personas que no son solicitantes de protección internacional, pero con respecto a las cuales se han constatado algunas circunstancias específicas de vulnerabilidad. Ello se complementa con el procedimiento de arraigo que permite que, tras un cierto período de tiempo, estas personas y otras que se encuentran en irregularidad puedan regularizar su situación administrativa.

Sin embargo, el modelo del Pacto excluye, en principio, la protección de estas personas. En efecto, el Reglamento de triaje plantea la dicotomía de un doble circuito que distinga entre quienes solicitan protección internacional, y entran dentro del marco de las normas y procedimientos correspondientes a este sistema y quienes no lo hacen, y se ven abocados a que se les aplique la Directiva de retorno. Las condiciones de vulnerabilidad solo se tienen en cuenta para la aplicación del procedimiento de protección internacional, pero, en caso contrario, no se diferencia de las situaciones de vulnerabilidad del resto de situaciones.

La preocupación por esta cuestión ha sido puesta de relieve en el recientemente aprobado Reglamento de Extranjería. El Preámbulo del Real Decreto 1155/2024 recoge la necesidad de “adoptar futuras reformas normativas que regulen además otros supuestos para lograr la debida protección a aquellos colectivos que presenten un riesgo tangible de desprotección debido a conflictos o disturbios graves de naturaleza política, étnica y religiosa”. Esta necesidad se concreta en la Disposición final tercera del citado RD que establece que, en el plazo de seis meses, el gobierno impulsará las reformas normativas pertinentes en este sentido. Los términos utilizados resultan confusos y no recogen todas las situaciones de vulnerabilidad, pero parece que la norma se refiere a situaciones de este tipo que no encajan dentro de la protección internacional, puesto que esta materia quedaría fuera del ámbito del citado Reglamento.

Como se decía, el sistema establecido por el Reglamento de triaje parece no dejar espacio a la protección de las personas en situaciones de vulnerabilidad que no formulen solicitudes de protección internacional. En este sentido, pretende erradicar la irregularidad ya que prevé realizar el triaje tanto para todas las personas que lleguen a la frontera, como para los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular dentro de su territorio, cuando estas personas hayan cruzado una frontera exterior para entrar al territorio de los Estados miembros de forma no autorizada y no hayan sido sometidos ya al triaje en un Estado miembro (artículo 7 del Reglamento).

Una vez realizado el triaje, de acuerdo al artículo 18 del Reglamento de triaje, las personas que hayan formulado la solicitud de protección internacional serán derivadas a las autoridades pertinentes para registrar dicha solicitud y, por tanto, entrarán dentro del ámbito de aplicación de los procedimientos de protección internacional, entre ellos, el sistema de acogida de la Directiva. Por su parte, quienes no hayan formulado una solicitud de protección internacional serán sometidos a los procedimientos de retorno de la Directiva de retorno.

Este nuevo marco puede poner en cuestión dos de las principales herramientas del sistema español de gestión migratoria. Por una parte, el arraigo y, por otra, el sistema de acogida y atención humanitaria.

Puesto que, aunque dentro del procedimiento de triaje se contempla el examen de vulnerabilidad preliminar, no se prevé que, cuando existan indicios de vulnerabilidad, se genere ningún efecto concreto en el resultado derivado del artículo 18 para la compleción del triaje.

En este sentido, las personas que, actualmente, pasarían al sistema de atención y acogida humanitaria, por encontrarse en situación de vulnerabilidad y carecer de apoyos sociales, deberían, de acuerdo al modelo del PEMA, someterse al procedimiento de retorno. De esta forma, el programa español de atención humanitaria debería desaparecer al carecer de beneficiarios.

Algo similar se puede señalar con respecto a una de las principales herramientas de gestión migratoria del sistema español que es el arraigo. Hay que recordar que, según los datos oficiales, a 31 de diciembre de 2023, unas 210.000 personas tenían una autorización de residencia por arraigo, y de esas 193.000 procedían de situaciones de arraigo profundo⁹⁴. Además, la recién aprobada reforma del Reglamento de Extranjería amplía y facilita los mecanismos de arraigo lo que hace suponer que el número de personas en esta situación se incrementará en los próximos meses. No obstante, esta situación puede cambiar radicalmente si se implementa el sistema de triaje en los términos del artículo 18 del Reglamento.

Tal y como se ha planteado, el sistema del PEMA parece excluir la entrada de personas en condiciones de vulnerabilidad que no formulen solicitud de protección internacional. Sin embargo, el propio artículo 18 del Reglamento de triaje reconoce la existencia de una vía específica que es la de la aplicación del artículo 6, apartado 5, del Reglamento (UE) 2016/399. Este artículo permite expedir un visado de entrada en frontera a quien no disponga de visado, pero cumpla con el resto de circunstancias entre las que se encuentran “estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista, y disponer de medios de subsistencia suficientes”; algo que no parece aplicable a la generalidad de los casos a los que se hace referencia en este ámbito.

No obstante, la letra c) del artículo 6.5 del Código de visados Schengen permite que se autorice la entrada al territorio por motivos humanitarios. Ésta sería la vía para permitir la entrada de personas en situaciones de vulnerabilidad que, sin embargo, no soliciten protección internacional.

De esta forma, se permitiría la entrada de personas en situaciones de vulnerabilidad fuera del marco de protección internacional, y se podría mantener el sistema de ayuda humanitaria español sin el riesgo de contravenir el artículo 18 del Reglamento triaje. Así, también se mantendría el sistema de arraigo para la regularización de estas personas una vez transcurrido los plazos previstos en la normativa correspondiente, y cumpliéndose el resto de condiciones previstas.

5.4 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La cuestión de los niños y niñas en procesos de movilidad humana, los menores, en la terminología que utiliza el marco normativo del Pacto Europeo de Migraciones y Asilo, es una de las más controvertidas en la regulación del paquete de normas que se han aprobado con motivo del PEMA.

En este sentido, se quiere poner de relieve que, cuando se habla de menores, la referencia al interés superior del menor es transversal al contenido de la mayor parte de las normas del Pacto. Está presente, entre otras normas, en el Considerando 5 del Reglamento del procedimiento fronterizo de retorno, en el Reglamento EURODAC, en el artículo 23 del Reglamento de Gestión, en el Considerando 25 del Reglamento triaje, artículo 20.5 del Reglamento de Reconocimiento, ..., entre otras.

No podría ser de otra forma dado que la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, a la que están adheridos todos los Estados miembros de la UE, establece que el interés superior del menor debe ser una consideración primordial en todas las medidas que los afecten.

Sin embargo, la principal preocupación es que este principio quede vacío de contenido en la aplicación específica de algunas de las cuestiones que se enumeran, y que plantean problemas a la hora de afrontar el concepto del interés superior del menor.

Tres ejemplos que ponen de relieve cierta incongruencia son:

El internamiento de menores

Algunas de las normas del Pacto contemplan la posibilidad de privación de libertad a menores. Es el caso del reglamento de triaje, que no hace distinción entre menores y mayores de edad en la aplicación del concepto “puesta a disposición”, que puede durar hasta 7 días.

Incluso se recoge, específicamente, el internamiento de menores en algunas normas del Pacto. Bien es cierto que se contempla como medida de último recurso y se vincula al interés superior del menor, aunque difícilmente puede justificarse que el interés superior del menor se plasme en una decisión de privación de libertad.

Esto ocurre, por ejemplo, en el artículo 13 de la Directiva de condiciones de acogida. Debemos reiterar que en el Real Decreto 220/2022, por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, no se regula el internamiento; situación que debe mantenerse en el sistema español.

También se establece en el artículo 17 del Reglamento fronterizo de retorno, aunque debe recordarse que este internamiento entraría en contradicción con el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000. Incluso en el Reglamento de gestión se permite el internamiento de menores previo a la ejecución del traslado.

En este sentido, el principio del interés superior del menor hace inconcebible la posibilidad de que se prive de libertad a un menor en aras de su protección o interés.

Retorno o traslado de menores

En las medidas de traslado (en aplicación de la determinación del Estado miembro responsable del Reglamento de gestión) o de repatriación, el Pacto contempla, de nuevo, la necesidad de respetar el interés superior del menor. Así se señala en el artículo 23 del Reglamento de gestión que obliga a realizar una evaluación del interés del menor, escuchando al menor y a su representante, antes de tomar la decisión de traslado.

El artículo 10 del Reglamento fronterizo de retorno contempla la necesidad de oír a los servicios correspondientes, distintos a los que se encargan de la ejecución del retorno, antes de dictar una resolución de retorno con respecto a un menor no acompañado, "teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño"; asimismo, las autoridades del Estado miembro que decida expulsar del territorio a un menor no acompañado deberá asegurarse que éste será entregado bien a un miembro de su familia, a un tutor designado, o a unos servicios de acogida "adecuados" en el Estado de retorno.

La necesaria compatibilidad con el interés superior del menor obliga al Estado que pretenda el retorno a ser especialmente escrupuloso en el control de las condiciones que vivirá el menor en el país de destino, en caso de que se ejecute el traslado.

Situaciones de crisis y fuerza mayor

El Reglamento de crisis y fuerza mayor contempla alguna salvaguarda para ciertas categorías de menores que, leídas con perspectiva, ponen de relieve la falta de garantías para el resto de menores. Es el caso, por ejemplo, del artículo 11 que permite decidir sobre el fondo de todas las solicitudes presentadas en situaciones de instrumentalización mediante el procedimiento fronterizo, salvo las de los menores de 12 años. Es decir, que las solicitudes de menores entre 12 y 18 años pueden ser resueltas a través del procedimiento fronterizo, entrando a analizar el fondo en este procedimiento menos garantista.

Dado que el principio del interés superior del menor no distingue entre categorías de menores habría que plantear que estas garantías se apliquen también a los menores entre 12 y 18 años.

6. IMPLEMENTACIÓN

El primer aspecto a tener en cuenta son las propias previsiones de los reglamentos que conforman el Pacto sobre los plazos de entrada en vigor y de aplicación. En principio, la entrada en vigor de las diversas disposiciones del Pacto se produce a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea bajo una formulación común, ejemplificada en el artículo 20 del Reglamento de situaciones de crisis y fuerza mayor *“El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Se aplicará a partir del 1 de julio de 2026”*. Como puede verse, la entrada en vigor es inmediata, sin embargo, la aplicación se pospone a mediados de 2026. Esta fórmula de entrada en vigor pero posposición durante dos años de su aplicación no es inhabitual en Reglamentos de complejo despliegue y ejecución. En este caso, se trata de una fórmula que se reproduce en el resto de normas con formulaciones similares, aunque también con alguna excepción y algunas particularidades.

La excepción es el Reglamento (UE) 2024/1350 de 14 de mayo de 2024 por el cual se establece un Marco Común de Reasentamiento de la Unión y de Admisión Humanitaria que entró en vigor el 11 de junio de 2024. Por su parte, la Directiva (UE) 2024/1346 por la que se establecen normas para la acogida de solicitantes de protección internacional establece la entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 37); y en su artículo 35 fija, como es habitual en las Directivas, un plazo de transposición para la mayor parte de su articulado hasta el 12 de junio de 2026.

La fórmula escogida para los Reglamentos, consistente en la entrada en vigor pero posponer dos años su aplicación, se explica por la necesidad de ofrecer a los Estados un tiempo para adaptar su ordenamiento a las nuevas normas comunitarias, que una vez plenamente aplicables, gozan de primacía y efecto directo. Sin embargo, aunque a nivel teórico la diferencia entre vigencia con aplicación aplazada y transposición sea relativamente clara, esta práctica difumina las diferencias entre reglamento y directiva. Por otro lado, la entrada en vigor efectiva dos años después de la publicación de la norma implica que, en aquellos casos en que la norma derogue una norma anterior, se mantiene la vigencia de la norma precedente durante esos dos años, pues la derogación solo adquiere efecto entonces (artículo 36 de la Directiva 2024/1346)⁹⁵. Por eso, el aplazamiento de la aplicación de las normas del Pacto supone el aplazamiento de sus efectos derogatorios.

En este sentido, pudiera parecer que la opción escogida de implementación bianual de Reglamentos no difiere mucho de la habitual de transposición de las Directivas, cuyo plazo general de transposición, como se ha dicho, es de dos años. En este sentido, puede apuntarse a que el resultado jurídico de ambas opciones es similar durante estos dos años, pero no así a partir del 1 de julio de 2026. En aquel momento, los Reglamentos serán plenamente aplicables, independientemente de las acciones realizadas por el Estado para su implementación; mientras que, en el caso de las Directivas, a efectos del Pacto la Directiva 2024/1346, si el contenido de la misma no ha sido transpuesto, únicamente resultarán de aplicación aquellos preceptos que gocen de efecto directo en cuanto generen derechos para los particulares y gocen de aptitud normativa (es decir, sean suficientemente claros, precisos, etc.).

Como consecuencia, una posible falta de implementación en el sentido de aprobación en el Congreso de normas derivadas de la aplicación de los reglamentos generaría una situación de conflicto en la que el Estado Español incumpliría sus obligaciones. Ante esta tesitura podrían plantearse dos situaciones: que España fuera sancionada, o que se ampliase el plazo de cumplimiento. En el primer supuesto, además, cabría la posibilidad de que las instituciones europeas hiciesen cumplir los Reglamentos que conforman el Pacto en todo aquello que pudiera resultar de aplicación sin la intervención del estado español.

6.1 PROCESO Y FASES DE IMPLEMENTACIÓN

En cuanto al proceso de implementación, como se ha indicado anteriormente, ha de distinguirse la situación de la Directiva 2024/1346 de la de los nueve Reglamentos que la acompañan conformando el Pacto. En términos estrictos, la intervención legislativa del Estado en forma de

transposición solo es necesaria para la Directiva, puesto que los Reglamentos comunitarios tienen aplicabilidad directa en los Estados miembros y no requieren de una intervención normativa adicional para ser aplicados. Esto significa, simplemente, que a la aplicabilidad de los Reglamentos comunitarios no cabe oponer la ausencia de normativa de despliegue. Así mismo, significa que los reglamentos comunitarios se imponen y desplazan, de acuerdo al principio de primacía, a la normativa nacional que resulte contraria a los mismos. No obstante, a pesar de que su aplicabilidad no está condicionada a una actividad normativa concreta del Estado, ello no significa que en buena técnica normativa, y para evitar potenciales conflictos y la inseguridad jurídica que generaría en los diferentes operadores jurídicos (Administraciones, poder judicial, abogados, ciudadanos), no sea necesaria una actividad de despliegue para adaptar el ordenamiento jurídico; y que el mismo sea coherente. Además, algunas disposiciones de los reglamentos solo regulan parcialmente algunas cuestiones, ofreciendo diversas opciones sobre las que hay que optar, eligiendo o concretando una, o requieren de un determinado grado de desarrollo y concreción respecto de sus prescripciones para asegurar una adecuada aplicación en la práctica.

Por esa razón no resulta extraño que la propia normativa contenga algunas indicaciones en cuanto a los instrumentos de despliegue del Pacto, recogidos de manera general bajo los epígrafes “Medidas transitorias”. Debe pero destacarse que los mismos se recogen solo en tres reglamentos⁹⁶, no en todos, si bien en estos tres con una formulación casi idéntica:

A más tardar el 12 de septiembre de 2024, la Comisión, en estrecha colaboración con órganos y organismos pertinentes de la Unión y con los Estados miembros, presentará al Consejo un plan de ejecución común para garantizar que los Estados miembros estén adecuadamente preparados para ejecutar el presente Reglamento a más tardar el 1 de julio de 2026, evaluando las deficiencias y las medidas operativas necesarias, e informar al Parlamento Europeo al respecto.

Partiendo de ese plan de ejecución común, a más tardar el 12 de diciembre de 2024, cada Estado miembro establecerá, con el apoyo de la Comisión y de los órganos y organismos pertinentes de la Unión, un plan de ejecución nacional en el que se fijen las actuaciones y el calendario para su aplicación. Cada Estado miembro completará la aplicación de su plan a más tardar el 1 de julio de 2026.

A efectos de la aplicación del presente artículo, los Estados miembros podrán recurrir a la ayuda de los órganos y organismos pertinentes de la Unión y los fondos de la Unión podrán proporcionar ayuda financiera a los Estados miembros, de conformidad con los actos jurídicos que regulen dichos órganos, organismos y fondos.

La Comisión hará un seguimiento estrecho de la ejecución de los planes nacionales de ejecución.

No obstante, esa formulación admite variaciones. Por ejemplo, el artículo 12 del Reglamento del procedimiento de retorno en frontera limita esta previsión al Capt. II del Reglamento, frente a la genérica obligación final de seguimiento de esta fórmula en otros Reglamentos. En este sentido, el Reglamento de gestión de inmigración y asilo detalla con una formulación distinta esas obligaciones adicionales de seguimiento por parte de la Comisión (artículo 84):

La Comisión hará un seguimiento estrecho de la aplicación de los planes de ejecución nacionales a que se refiere el párrafo segundo.

En los dos primeros informes a que se refiere el artículo 9, la Comisión presentará la situación de la aplicación del plan de ejecución común y de los planes de ejecución nacionales a que se refiere el presente apartado.

A la espera de los informes mencionados en el párrafo quinto del presente apartado, la Comisión informará cada seis meses al Parlamento Europeo y al Consejo de la situación de la aplicación del plan de ejecución común y de los planes de ejecución nacionales a que se refiere el presente apartado.

En todo caso, con una vocación más amplia de guiar y asegurar un adecuado despliegue de todo el Pacto, y no solo de las tres disposiciones referidas, la Comisión publicó el *Plan de ejecución común del Pacto sobre Migración y Asilo*⁹⁷. La Comisión especifica que se trata de un plan “común a todos los Estados miembros y común para todos los instrumentos legislativos del Pacto”. Este Plan Común tenía por objeto proporcionar a los Estados Miembros un marco “para un programa de trabajo común en los próximos dos años, incluidos los entregables jurídicos y operativos, las estructuras para la celebración de debates, y la asistencia operativa y financiera correspondiente”.

Si bien el proceso de implementación tiene prevista una duración de dos años, el *Plan de ejecución común* recuerda que existen algunos hitos previos. Así, advierte de que el primer ciclo anual de solidaridad deberá comenzar en junio de 2025 y que “la Comisión deberá proponer en octubre de 2025 las primeras decisiones de la Comisión que determinarán qué Estados miembros se encuentran bajo presión migratoria o en riesgo de presión migratoria, o se enfrentan a una situación migratoria importante”. En este sentido, previamente debía aprobarse, y así se ha hecho, una decisión de ejecución en relación con la capacidad adecuada de los Estados miembros y el número máximo de solicitudes por año que debe examinar un Estado miembro en el procedimiento fronterizo⁹⁸.

Además, los Estados miembros deberán transmitir a la Comisión, en junio de 2025, sus estrategias nacionales integrales de migración y asilo, que servirán de base para la construcción de la Estrategia Europea de Gestión del Asilo y la Migración que se presentará antes de acabar 2025 y que tendrá un carácter quinquenal.



Cronología de los grandes hitos del proceso de implementación del PEMA.

Fuente: Comisión Europea. Plan de ejecución común

Para orientar la acción de los Estados miembros, el plan común agrupa en diez bloques las obligaciones derivadas de los instrumentos legislativos del Pacto y las acciones necesarias para ponerlas en práctica. Estos bloques son: Sistemas de información comunes/Eurodac, Sistemas fronterizos, Replanteamiento de la acogida, Procedimientos convergentes Retorno, Responsabilidad, Solidaridad, Contingencia y crisis, Salvaguardias de Derechos y Reasentamiento, e Inclusión e Integración.

La relevancia que la Comisión daba a este Plan de ejecución común como instrumento para que los Estados miembros pudieran preparar sus respectivos planes nacionales es tan evidente que anticipó su adopción a junio de 2024, de forma que los Estados miembros dispusieron de un margen más amplio para preparar sus respectivos Planes de Implementación Nacionales. Pese a ello, únicamente 14 de los Estados miembros incumplieron el plazo establecido y no entregaron el 12 de diciembre sus Planes Nacionales de Implementación. Entre ellos, específicamente Polonia, cuyo Gobierno había mostrado su intención de no remitir su correspondiente Plan⁹⁹.

Entre los Gobiernos que sí cumplieron con su compromiso se encuentra el español que, pese a no haber compartido con las organizaciones sociales, con la opinión pública ni con instituciones como el Defensor del Pueblo el contenido íntegro y final del Plan Nacional de Implementación, lo remitió a la Comisión en el plazo establecido.

6.2 SOBRE EL PLAN NACIONAL DE IMPLEMENTACIÓN ESPAÑOL Y LA APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS (Y DIRECTIVA) EN ESPAÑA

Como se ha indicado, el 12 de diciembre el gobierno español remitió a la Comisión el Plan Nacional de Implementación del Pacto Europeo de Migración y Asilo. Aunque a lo largo del texto de este informe ya se ha hecho referencia al citado Plan, corresponde en este punto realizar algunas reflexiones generales tanto sobre el Pacto como sobre las cuestiones jurídicas que deja abiertas. También apuntamos algunas visiones en cuanto a la posibilidad de próximos pasos en la interlocución e incidencia política que pueda mantener la sociedad civil organizada.

Antes de identificar el conjunto de normas y medidas que a nivel nacional se puedan utilizar para desplegar el Pacto, puede hacerse una primera reflexión sobre el impacto de los reglamentos en el ordenamiento nacional respecto de los instrumentos y medidas nacionales de desarrollo.

Esta primera reflexión tiene que ver con el papel del Reglamento comunitario como instrumento de limitación de derechos, tanto humanos como de derechos fundamentales constitucionales. Sobre este punto conviene una reflexión más reposada en el marco del presente estudio, señalando que, a nivel teórico constitucional, el contenido esencial de los Derechos Fundamentales (DDFF) es indisponible para el Legislador, sea este comunitario o nacional. El contenido esencial de los DDFF es determinado por los tribunales en interpretación de las normas de DDFF trazando los límites que no se pueden traspasar. No obstante, un derecho fundamental puede tener un contenido no esencial o contenido de desarrollo legal sobre el que puede incidir tanto el Legislador nacional como el comunitario. Es en este punto donde el establecimiento de parámetros de protección distintos puede situarnos ante escenarios diferentes: a) que el reglamento comunitario restrinja el derecho más que la ley nacional, b) que el reglamento comunitario amplíe el derecho más que la ley nacional. En ambos casos, al tratarse de un reglamento comunitario éste deberá primar sobre la norma nacional. Todo ello cuando hablemos de obligaciones claras y directas, y no de obligaciones con contenido obligacional disponible o abierto ("el Estado podrá"). En este punto tenemos antecedentes como la ampliación a 60 días de la detención en el marco de procedimientos de retorno/expulsión, cuando la doctrina constitucional y la legislación españolas habían establecido 40 días como máximo; y estos se ampliaron sin impugnación ni cuestionamiento alguno en 20 días adicionales a la luz de la Directiva de Retorno mediante una reforma de la LODYLE que amplió el plazo máximo de aquella directiva.

En otro orden de cosas, debe recordarse que es al Estado a quien le corresponde la elección de la concreta norma o acto interno más adecuado para garantizar la aplicación de la normativa comunitaria. Desde la UE no se exige un concreto instrumento normativo para el despliegue de reglamentos o la transposición de directivas comunitarias, pues se considera que esa decisión depende del concreto sistema de fuentes y de reserva legal que rija en cada Estado miembro; si bien el TJUE ha exigido que el despliegue o ejecución no puede realizarse con simples instrucciones verbales o circulares que puedan ser modificadas a voluntad por la Administración o resulten desconocidas para los interesados. La correcta adaptación y/o transposición requiere disposiciones precisas, claras y transparentes para que los particulares puedan conocer sus Derechos y sus obligaciones. Pero en todo caso, en España, el Consejo de Estado ha apuntado razonablemente a que, si se modifican normas o disposiciones previas, la norma de despliegue o ejecución ha de tener el mismo rango que las previas que está modificando.

En este sentido, el Plan de Implementación afronta los diez bloques marcados por la Comisión en el Plan de ejecución común estableciendo un triple análisis. En primer lugar, establece el marco en el que ha de insertarse la norma del Pacto, posteriormente fija los objetivos definidos, y, por último, señala las necesidades que requiere la implementación. En este punto, a su vez, categoriza las necesidades en seis ámbitos: de modificaciones legislativas/reglamentarias, de organización o procesos administrativos, de personal, de infraestructuras, tecnológicas, y financieras.

En el contexto de este estudio sobre el impacto del Pacto en el marco jurídico español, las cuestiones más relevantes se encuentran en esas necesidades de modificación de leyes o reglamentos. No obstante, cabe decir que el Plan Nacional de Implementación español es ciertamente escueto al respecto. En general, indica únicamente la finalidad de la modificación sin que se especifique la norma con la que se confronta, los límites constitucionales al respecto, o, en muchos casos, la norma a modificar.

A este respecto, la lectura del Plan Nacional de Implementación español sí evidencia que existe la clara intención del Gobierno español de modificar la Ley de Asilo y la Ley de Extranjería. Con respecto a la primera, como se ha indicado anteriormente, esta modificación resultaba ya imprescindible puesto que la Ley de Asilo española databa de 2009 y no se había modificado para transponer las tres Directivas de la UE sobre asilo (Directiva 2011/95 y Directivas 2013/32 y 2013/33).

Sobre este particular debe hacerse alguna precisión. El Plan de implementación plantea la necesidad de modificar la Ley de Asilo, entre otras cuestiones, para permitir la detención de solicitantes de asilo. Sin embargo, la figura de la detención, como supuesto de restricción de derechos fundamentales, tal y como se ha indicado en el apartado correspondiente de este estudio, requiere Ley Orgánica para su establecimiento ex artículo 81 de la Constitución. Es por ello que, de introducirse esta modificación, parece más lógica su introducción a través de la Ley de Extranjería (LO 4/2000).

El Plan Nacional de Implementación español plantea también la necesidad de reformar dicha norma. Debe advertirse de que la LO 4/2000 tiene el rango de **ley orgánica**, pero solo para aquellos preceptos que regulan derechos y libertades de los extranjeros o afectan a derechos fundamentales su reforma requiere la tramitación como ley orgánica. Dicho de otra manera, en la LO 4/2000 existen muchos preceptos con rango de ley ordinaria (Disp. Final 4ª, LO 4/2000¹⁰⁰). Esto es relevante en la medida en que las mayorías requeridas para aprobar una y otra son distintas; la primera requiere mayoría absoluta y la segunda bastaría una mayoría simple, lo cual, a la vista de la composición actual del Congreso y del Senado, puede ser un elemento muy relevante en la planificación de las modificaciones legislativas por parte del Gobierno. En concreto, será necesaria la ley orgánica para la regulación de todas aquellas restricciones de los derechos fundamentales contenidas en el Pacto (detención e internamiento, restricciones relevantes de la libertad ambulatoria, retorno de extranjeros, intromisiones en la vida privada y/o familiar, etc...) que no tengan cobertura en la legislación actual, o deban modificarse para adaptarla al mismo.

En este sentido, recordemos que para la aprobación de leyes orgánicas es necesaria mayoría absoluta en el Congreso, y en caso de veto o enmiendas en el Senado sería necesario una nueva votación por mayoría absoluta en el Congreso para superar ese veto. En ocasiones, no obstante, el Gobierno elude los controles internos y acelera reformas o las plantea mediante proposiciones de ley en el Congreso o enmiendas de última hora en el Congreso o en el Senado. Sin embargo, ésta es una técnica legislativa criticable -y criticada por el TC, pero utilizada en ocasiones como fórmula política para dar salida a reformas disputadas.

El Plan Nacional de Implementación español recoge también la necesidad de aprobar un reglamento de la Ley de asilo. La ausencia de un reglamento de la Ley de asilo es una anomalía normativa del Estado español. La Disposición Final segunda de la Ley de asilo de 2009 fijaba un plazo de seis meses para dictar las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la citada ley. Transcurridos 15 años, ese Reglamento nunca se ha dictado. Es por ello que al hacer referencia el Plan español de Implementación al Reglamento de la Ley de asilo, no se puede hablar de modificación sino de redacción *ex novo*. Por tanto, este Reglamento debe contemplar las cuestiones relacionadas con el Pacto (reasantamiento, mecanismo de solidaridad, gestión de crisis, en parte triaje/ screening, condiciones de acogida, procedimientos de asilo...), pero también otras no previstas específicamente en el Pacto pero que forman parte del margen de actuación de los Estados. Sin duda, la complejidad de una reforma integral del reglamento, así como la necesidad de acometer previamente la reforma de la Ley 12/2009 para su adaptación al marco normativo comunitario actual del SECA, pueden conllevar un retraso sustantivo en la modificación del reglamento; especialmente si, además, tal reforma debe realizarse al tiempo que se acomete un cambio de modelo de gestión del asilo (o de la acogida de solicitantes de asilo) para descentralizarlo y reconocer el relevante rol que deben jugar las CCAA y entes locales en este ámbito, desde sus propias competencias de servicios sociales.

En relación con estas disposiciones reglamentarias de desarrollo de la Ley de asilo, también se menciona específicamente en el Plan de implementación español la necesidad de reformar el Real Decreto 220/2022, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional: para introducir cuestiones como la retirada de la protección internacional, los límites, el régimen disciplinario, los recursos, y la asistencia legal.

Además de estas normas sectoriales, el Plan español de implementación también recoge la necesidad de modificar la legislación contencioso administrativa para modificar los plazos de recurso, y la ley de asistencia jurídica gratuita. Por último, de forma genérica, se indica que son necesarias reformas legales para introducir los mecanismos de control, y para permitir la toma de huellas de menores.

De los diferentes escenarios posibles para la aplicación del Pacto en España el Gobierno plantea uno intermedio. En el plan nacional de implementación se asume la necesidad de acometer reformas legales, aunque limita estas a seis: ley de asilo, ley de extranjería, ley de la jurisdicción contencioso administrativa, ley de asistencia jurídica gratuita, y leyes relativas al mecanismo de monitoreo y a la toma de huellas de menores. Además, incorpora la redacción del reglamento de la Ley de Asilo y reformas del reglamento de extranjería. Es discutible que cupiera plantear un escenario más minimalista, en el que las reformas se acometieran únicamente a través de normas infralegales y prácticas administrativas. En todo caso, el plan nacional de implementación es mucho más detallado en lo que se refiere a las modificaciones procedimentales y de organización administrativa que en lo que hace referencia a las propuestas legales.

Con respecto a estas propuestas, en clave legislativa conviene tener presente la existencia del Decreto-ley, que constituye un instrumento regulatorio para situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, disponiendo al Gobierno un instrumento regulatorio directo e inmediato con rango de ley, y por consiguiente con la capacidad de modificar leyes previas; y que por ello cumple con la reserva constitucional de ley de determinadas materias, aunque algunas de ellas le resulten vedadas- en lo que aquí interesa se trataría de aquellas relacionadas con la regulación de los derechos fundamentales. En este sentido, el Decreto-ley constituye un instrumento de último recurso para el Gobierno en caso de necesidad de adaptar la legislación española al Pacto, pero no se consiguiera concitar en tiempo y forma las reformas de la LO 4/2000 y de la Ley 12/2009. En tal caso, y con la exclusión de su capacidad de modificar o regular materias relativas a derechos fundamentales (y por consiguiente tampoco los preceptos orgánicos de la LO 4/2000 pero sí los ordinarios), el Gobierno podría recurrir al Decreto-ley para impulsar las reformas legislativas que se deriven del despliegue del Pacto. Especialmente en lo que se refiere a la adaptación y transposición de normas comunitarias, el Gobierno cuenta, además, con una jurisprudencia del TC muy laxa en relación a la posibilidad de utilizar el Decreto-Ley como instrumento normativo en estos casos. Recordemos que todo Decreto-ley debe someterse a convalidación por el Congreso en el plazo de 30 días, en un voto sobre la totalidad del texto sin posibilidad de enmiendas, y que únicamente requiere una mayoría simple para su aprobación en esa votación.

En otro rango de normas, si bien jerárquicamente supeditadas a la Ley, no deben olvidarse los reglamentos ejecutivos, muy importantes siempre en este ámbito. El Plan español de implementación solo hace referencia al reglamento de asilo, pero también parece necesario plantear la posibilidad de modificar el Reglamento de extranjería, en buena lógica acompañando a la modificación de la Ley de extranjería. Sobre este particular cabe señalar que el Gobierno ha aprobado una modificación de este Reglamento¹⁰¹. Resulta llamativo que se haya producido una reforma del Reglamento en pleno proceso de implementación del Pacto y con alusiones que, muy limitadamente, parecen tener en cuenta éste. En este sentido, el Preámbulo del Reglamento prevé, precisamente, que el Pacto provocará su modificación, pero entiende que, mientras tanto, esta reforma hará más fácil esa transición.

Bien es cierto que los reglamentos no requieren tramitación más que en el seno del Gobierno, no en Las Cortes. La aprobación de los reglamentos, no obstante, está sujeta a un procedimiento normativo que puede implicar a diversos ministerios, especialmente si se trata de reformas normativas que pueden afectar a varios departamentos ministeriales, así como a la evaluación de informes, incluso preceptivos, por parte de distintos órganos consultivos (Consejo de Estado, Consejo Superior de Inmigración o Conferencia Sectorial, Foro Social de la Integración, etc...); además de la apertura, normalmente, de una fase de consulta para la presentación de alegaciones, salvo que se tramite por la vía de urgencia. En todo caso, aspectos procedimentales aparte, la tramitación de reformas de reglamentos resulta perfectamente al alcance del ejecutivo. Si bien, en el marco del Plan de implementación, la referencia al reglamento se limita al reglamento de asilo y se vincula a la modificación legislativa.

Por tanto, el Gobierno plantea la pertinencia de abordar una serie de modificaciones legislativas en un marco complejo en lo que se refiere a la actual composición de las Cortes. En este sentido,

no parece que le cupiera otra opción diferente por más que el reto de aprobar la modificación de cinco normas con rango de ley y, al menos, una de ellas con rango de ley orgánica, se antoja importante ante la ausencia de grandes acuerdos en la actualidad y para esta realidad. En cuanto al procedimiento hay que recordar que, al menos, las reformas de la Ley de Extranjería requieren mayoría absoluta. Por otro lado, desde el punto de vista del contenido, las modificaciones normativas que se plantean en el plan de implementación español se presentan de forma muy genérica y sin incorporar las principales problemáticas que se pudieran derivar, y que se han expuesto en este estudio.

En todo caso, esta posición plantea dos realidades. Por un lado, la posibilidad de que los partidos con representación parlamentaria intervengan directamente en estos procesos de modificación. Por otro, la eventualidad de que en el plazo establecido no se alcancen los acuerdos suficientes para que se aprueben las citadas modificaciones y, llegada la fecha de junio de 2026, no se hayan realizado los pasos necesarios que el Gobierno ha establecido en el Plan nacional de implementación.

NOTAS

- 1 Oxfam (2023), “¿Del Desarrollo a la disuasión? El gasto en migración en el marco del Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional de la Unión Europea”. Disponible en: <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621536/bp-development-to-deterrence-migration-spending-under-NDICI-210923-summary.pdf;jsessionid=0EECC1DFF331AC4F388C20B8A5F3DA82?sequence=3>
- 2 CONVIVE Fundación Cepaim (2023) “I Informe sobre el Estado de las Migraciones y la Convivencia Intercultural”. Disponible en: <https://www.cepaim.org/wp-content/uploads/2023/12/Resumen-Ejecutivo-EMCIE-2023-1.pdf>
- 3 Informe “Análisis del impacto económico de la discriminación y la desigualdad entre la población autóctona y la extranjera residente en España”, disponible en https://www.inclusion.gob.es/documents/20121/0/Informe+Completo_TERCERAS+0B15_An%C3%A1lisis+del+impacto+econ%C3%B3mico+de+la+desigualdad_v04.pdf/602ae81d-3ba3-6c93-9df8-8d698630d14b?t=1731920971767
- 4 EuroEFE. (n.d.). Hungría pedirá dejar aplicar normas migratorias de la UE. Euractiv. Recuperado de <https://euroefe.euractiv.es/section/migracion/news/hungria-pedira-dejar-aplicar-normas-migratorias-ue/>
- 5 Euronews. (2024, diciembre 13). Half of EU countries missed first deadline to implement migration pact. Recuperado de <https://www.euronews.com/my-europe/2024/12/13/half-of-eu-countries-missed-first-deadline-to-implement-migration-pact>
- 6 Polly Pallister-Wilkins, «The Humanitarian Politics of European Border Policing: Frontex and Border Police in Evros» (2015) 9 *International Political Sociology* 53; y Miriam Ticktin, *Casualties of Care* (Berkeley: University of California Press, 2011).
- 7 Mark Rhinard, *The Crisisification of Policy-making in the European Union* (2019) *Journal of Common Market Studies*.
- 8 Matthias Matthijs, «Lecciones y aprendizajes de una década de crisis en la UE» (2020) 27 *Revista de Políticas Públicas Europeas* 1127.
- 9 Philippe Schmitter, “Una teoría revisada de la integración regional” (1970) 24 *International Organisation* 836, pp. 842, 845. Véase también Arne Niemann, *Explain Decisions in the European Union* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).
- 10 Frank Schimmelfennig, «Teorizando la crisis de la integración europea», en Desmond Dinan, Neill Nugent y William Paterson (eds.), *La Unión Europea en crisis*, (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2017) 316.
- 11 En general, Uriel Rosenthal, Michael Charles y Paul ‘t Hart, *Coping with Crises: The Management of Disasters, Riots and Terrorism* (Springfield: Charles Thomas, 1989).
- 12 Polly Pallister-Wilkins, «Interrogando la “crisis migratoria” del Mediterráneo» (2016) 21 *Mediterranean Politics* 311.
- 13 Henk van Houtum, «Más allá del “borderismo”: superación de la B/ordenación discriminativa y la otredad» (2021)
- 14 STEDH en el caso Piruzayan c. Armenia, de 26 de junio de 2012.
- 15 STC, núm. 115/1987, de 7 de julio de 1987.
- 16 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Chahal c. el Reino Unido, de 15 de noviembre de 1996, para. 113. Vid. PINTO-OLIVEIRA, A. S., “Chapter 5 Aliens’ Protection against Arbitrary Detention (Article 5 ECHR)” en MOYA, D., MILIOS, G., *Aliens before the European Court of Human Rights*, Brill, pp. 97 y ss.
- 17 Morgades Gil, Silvia, “The Right to Benefit from an Effective Remedy against Decisions Implying the Return of Asylum-seekers to European Safe Countries Changes in the Right to Appeal in the Context of the European Union’s Dublin System vis-à-vis International and European Standards of Human Rights”, *European Journal of Migration and Law*, nº 3, 2017, pp. 255-280.
- 18 Juxtaposing Proposed EU Rules with the Greek Reception and Identification Procedure, Policy Paper Refugee Support Aegean (RSA), HIAS Greece, Greek Council for Refugees, Danish Refugee Council, Legal Centre Lesbos, FENIX Humanitarian Legal Aid, ActionAid Hellas and Mobile Info Team.
- 19 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) (versión codificada), DO L 77 de 23.3.2016, p. 1–52.
- 20 Reglamento (UE) 2024/1358 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de datos biométricos a efectos de la aplicación efectiva de los Reglamentos (UE) 2024/1351 y (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva 2001/55/CE del Consejo y de la identificación de nacionales de terceros países y apátridas en situación irregular, y sobre 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, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L, 2024/1358, 22.5.2024.
- 21 Artículo 5, Reglamento Triaje.

- 22 PICUM (2021). PICUM recommendations on the Screening Regulation. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending regulations (EC) no 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817 com/2020/612 final. <https://picum.org/wp-content/uploads/2021/06/PICUM-Recommendations-on-the-Screening-Regulation-1.pdf>
- 23 "Durante el triaje, no se autorizará la entrada al territorio de un Estado miembro a las personas mencionadas en el artículo 5, apartados 1 y 2..."
- 24 Soderstrom, K. (2022). An analysis of the fiction of non-entry as appears in the screening regulation. ECRE Commentaries.
- 25 Peers, S. The new Screening Regulation – part 5 of the analysis of new EU asylum laws, 2024, EU Law Blog Analysis. Recuperado de: <https://eulawanalysis.blogspot.com/2024/04/the-new-screening-regulation-part-5-of.html>
- 26 Orav, A. and Barlaoura, N. (2024). Legal fiction of non-entry in EU asylum policy. European Parliamentary Research Service.
- 27 Como referencia jurisprudencial al respecto ha de citarse, en primer lugar, la STEDH de 7 de julio de 1987, en el caso Söering contra el Reino Unido y toda la jurisprudencia del TEDH que ha derivado desde aquella.
- 28 STEDH en el caso Amuur contra Francia, de 25 de junio de 1996.
- 29 Fuchsreiter, K. (2022). The proposed Screening Regulation – chances or risks for fundamental rights compliance by Member States?. Paris Lodron University of Salzburg.
- 30 STJUE en el caso Comisión c. Hungría, de 17 de diciembre de 2020.
- 31 Fuchsreiter, K. (2022). The proposed Screening Regulation – chances or risks for fundamental rights compliance by Member States?. Paris Lodron University of Salzburg.
- 32 STEDH en el caso Ilias y Ahmed c. Hungría, de 21 de noviembre de 2019.
- 33 STC núm. 174/1999, de 27 de septiembre de 1999.
- 34 De la Orden Bosch, G. (2024). Pre-entry screening and border procedures as new detention landscape in the EU Pact on Migration and Asylum. The Spanish borders as a laboratory for immobility policies. PEACE & SECURITY-PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES (EuroMediterranean Journal of International Law and International Relations), (12). Recuperado a partir de <https://revistas.uca.es/index.php/paetsei/article/view/10412>.
- 35 Fuchsreiter, K. (2022). The proposed Screening Regulation – chances or risks for fundamental rights compliance by Member States?. Paris Lodron University of Salzburg.
- 36 STJUE en el caso TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, de 14 de enero de 2021.
- 37 PICUM (2021). PICUM recommendations on the Screening Regulation. Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending regulations (EC) no 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817 com/2020/612 final. <https://picum.org/wp-content/uploads/2021/04/PICUM-Recommendations-on-the-Screening-Regulation-1.pdf>
- 38 STJUE en el caso Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner, de 6 de octubre de 2015.
- 39 PICUM (2022). Non-refoulement in the context of the EU Pact on Migration and Asylum. <https://picum.org/wp-content/uploads/2023/12/FAQ-Non-refoulement.pdf>.
- 40 STEDH en el caso Othman c. el Reino Unido, de 12 de enero de 2012.
- 41 STC núm. 260/2007, de 20 de diciembre de 2007.
- 42 STS núm. 1128/2020, de 16 de diciembre de 2020.
- 43 STEDH en el caso J.A. y otros c. Italia, de 30 de marzo de 2023.
- 44 STS núm. recurso 488/2001, de 20 de marzo de 2003
- 45 STS núm. recurso 1888/2001, de 11 de mayo de 2005
- 46 COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL TOWARDS A REFORM OF THE COMMON EUROPEAN ASYLUM SYSTEM AND ENHANCING LEGAL AVENUES TO EUROPE, COM/2016/0197 final.
- 47 Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), DO L 337 de 20/12/2011, p. 9–26.
- 48 Considerandos (6) y (7).
- 49 Este fenómeno, que se refiere a la práctica de los solicitantes de asilo de elegir los Estados Miembros que consideran más favorables para sus solicitudes, ha generado desigualdades significativas: Asylum Report 2023, EUSA: <https://euaa.europa.eu/asylum-report-2023/41411-recognition-rates-first-instance>.

- 50 Esta categoría de individuos puede no ser considerada merecedora de protección internacional tampoco. Ver: Delval, E. (2020). From the U.N. Human Rights Committee to European Courts: Which protection for climate-induced displaced persons under European Law?. EU Law and Asylum Law and Policy Blog. Sin embargo, podrían recibir protección humanitaria a nivel nacional. No obstante, la solución no es uniforme entre los Estados miembros, lo que abre la puerta a disparidades en el tratamiento. Moya, D. et al. (2021). Una aproximación inicial a la protección internacional por motivos ambientales. Notas comparativas a partir del estudio de caso en cuatro países (Italia, Grecia, Perú y Chile). Institut de Drets Humans de Catalunya.
- 51 Artículos 17.
- 52 Artículos 11 y 16.
- 53 STJUE en el caso Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl c. JF, de 29 de febrero de 2024.
- 54 Peers, S. (2024). The New EU Asylum Laws, part 1: the Qualification Regulation. EU Law Blog Analysis, 30/12/2023.
- 55 Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, PE/16/2024/REV/1, DO L, 2024/1348, 22.5.2024, Artículos 28 y 59.
- 56 STJUE en el caso K, L y Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, de 11 de junio de 2024.
- 57 STJUE en el caso AH y FN c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, de 4 de octubre de 2024
- 58 Artículo 28.
- 59 Artículo 29.
- 60 Artículo 31.
- 61 Artículo 32.
- 62 Artículo 33.
- 63 Peers, S., "The new EU asylum laws: taking rights half-seriously", Yearbook of European Law, 2024, 00, 1-71.
- 64 STJUE en el caso VL, de 25 de junio de 2020.
- 65 STC, núm. 115/1987, de 7 de julio de 1987.
- 66 Decisión de ejecución (UE) 2024/2150 de la Comisión de 5 de agosto de 2024 por la que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la capacidad adecuada de los Estados miembros y al número máximo de solicitudes por año que debe examinar un Estado miembro en el procedimiento fronterizo.
- 67 Datos obtenidos de los correspondientes informes sobre protección internacional publicados en https://proteccion-asilo.interior.gob.es/documentos/Avance_trimestral_de_proteccion-internacional_acumulados_31_diciembre_2023.pdf.
- 68 Sentencia del 22 de abril de 2014 en el caso A.C. y otros c. España.
- 69 Ralf Roßkopf, The EU Pact on Migration and Asylum: An Overview in Quarterly on Refugee Problems, 2024, Vol. 63, Issue, 184-20.
- 70 ECRE (2024). ECRE comments on the Directive (EU) 2024/1346 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), Septiembre 2024, p. 7.
- 71 ECRE (2024). ECRE comments on the Directive (EU) 2024/1346 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), Septiembre 2024, p. 7.
- 72 TEDH en el caso B.A. c. Cyprus, de 2 de julio de 2024.
- 73 STS núm. 1128/2020, de 16 de diciembre de 2020.
- 74 Reglamento (UE) 2024/1359 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147, DO L, 2024/1359, 22.5.2024.
- 75 Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) n.º 604/2013, DO L, 2024/1351, 22.5.2024.
- 76 Reglamento (UE) 2024/1359, considerando 3).
- 77 Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a las situaciones de instrumentalización en el ámbito de la migración y el asilo, COM/2021/890 final.
- 78 ¿Cómo llegaron miles de inmigrantes a la frontera entre Bielorrusia y Polonia? (2021, November 13). BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-59262738>.
- 79 European Council meeting (21 and 22 October 2021) – Conclusions, Brussels, 22 October 2021.
- 80 Ceuta: 4 claves que explican la llegada récord de miles de migrantes desde Marruecos a España en dos días. (2021, May 20). BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-57160361>.

- 81 ECRE (2024). ECRE comments on the regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum and amending regulation (EU) 2021/1147 https://ecre.org/wp-content/uploads/2024/05/ECRE_Comments_Crisis-and-Force-Majeure-Regulation.pdf.
- 82 Ídem.
- 83 ECRE (2024). ECRE comments on the regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum and amending regulation (EU) 2021/1147 https://ecre.org/wp-content/uploads/2024/05/ECRE_Comments_Crisis-and-Force-Majeure-Regulation.pdf.
- 84 STEDH en el caso Hirsi Jamaa y Otros c. Italia, en 23 de febrero de 2012.
- 85 STEDH en el caso Sharifi y Otros c. Italia y Grecia, en 21 de octubre de 2014.
- 86 STEDH en el caso M.A y Z.R. c. Chipre, en 8 de octubre de 2024.
- 87 STEDH en el caso J.A. y otros c. Italia, de 30 de marzo de 2023.
- 88 STEDH en el caso Rahimi c. Grecia, de 5 de abril de 2011.
- 89 STEDH en el caso ND y NT c. España, de 13 de febrero de 2020.
- 90 STEDH en el caso J.A. y otros c. Italia, de 30 de marzo de 2023.
- 91 European Union Agency for Fundamental Rights (2024). Monitoring fundamental rights during screening and the asylum border procedure – A guide on national independent mechanisms. Practical guidance, edición 2024.
- 92 UN Committee Against Torture (2024). General Comment No. 5 on the Optional Protocol to the Convention against Torture https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT/OP/12/58Lang=en.
- 93 STC, núm. 115/1987, de 7 de julio de 1987.
- 94 Datos del Observatorio Permanente de la Inmigración, accesibles en: <https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/arraigo?tab=ultimos-datos>.
- 95 Queda derogada la Directiva 2013/33/UE, para los Estados miembros vinculados por la presente Directiva, con efecto a partir del 12 de junio de 2026, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas al plazo de transposición al Derecho interno de la Directiva 2013/33/UE que se indica en el anexo I.
- 96 Se reproduce como ejemplo, por todos, el artículo 75 del Reglamento de procedimiento común en materia de protección internacional, pero junto a este también el artículo 12 del Reglamento del procedimiento de retorno en frontera y el artículo 84 del Reglamento de gestión de inmigración y asilo.
- 97 Comisión Europea. (2024). Plan de Implementación Común para el Pacto sobre Migración y Asilo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52024DC0251>.
- 98 Decisión de Ejecución (UE) 2024/2150 de la Comisión, de 5 de agosto de 2024, por la que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la capacidad adecuada de los Estados miembros y al número máximo de solicitudes por año que debe examinar un Estado miembro en el procedimiento fronterizo (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L_202402150).
- 99 Euronews. (2024, diciembre 13). Half of EU countries missed first deadline to implement migration pact. <https://www.euronews.com/my-europe/2024/12/13/half-of-eu-countries-missed-first-deadline-to-implement-migration-pact>.
- 100 Disposición final cuarta. Preceptos no orgánicos.
1. Tienen naturaleza orgánica los preceptos contenidos en los siguientes artículos de esta Ley: 1, 2, 3, 4.1, 4.3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 18, 18 bis, 19, 20, 21, 22.1, 23, 24, 25, 25 bis, 27, 29, 30, 30 bis, 31, 31 bis, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 59 bis, 60, 61, 62, 62 bis, 62 ter, 62 quáter, 62 sexies, 62 sexies, 63, 63 bis, 64, 66, 71, las disposiciones adicionales tercera a octava y décima y las disposiciones finales.
 2. Los preceptos no incluidos en el apartado anterior no tienen naturaleza orgánica.
- 101 Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

BIBLIOGRAFÍA

- BBC News Mundo (2021). ¿Cómo llegaron miles de inmigrantes a la frontera entre Bielorrusia y Polonia? *BBC News Mundo*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional>
- BBC News Mundo (2021). Ceuta: 4 claves que explican la llegada récord de miles de migrantes desde Marruecos a España en dos días. *BBC News Mundo*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-57160361>
- de la Orden Bosch, G. (2024). Pre-entry screening and border procedures as new detention landscape in the EU Pact on Migration and Asylum. The Spanish borders as a laboratory for immobility policies. *PEACE & SECURITY-PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES (Euro Mediterranean Journal of International Law and International Relations)*, (12). Recuperado a partir de <https://revistas.uca.es/index.php/paetsei/article/view/10412>
- Delval, E. (2020). From the U.N. Human Rights Committee to European Courts: Which protection for climate-induced displaced persons under European Law?. *EU Law and Asylum Law and Policy Blog*.
- ECRE (2024). *ECRE comments on the Directive (EU) 2024/1346 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*.
- ECRE (2024). *ECRE comments on the regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum and amending regulation (EU) 2021/1147*.
- ECRE (2024). *ECRE comments on the regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management, amending regulations (EU) 2021/1147 and (EU) 2021/1060 and repealing regulation (EU) no 604/2013*.
- EUAA (2023). *Asylum Report*.
- Fuchsreiter, K. (2022). *The proposed Screening Regulation – chances or risks for fundamental rights compliance by Member States?*. Paris Lodron University of Salzburg.
- Matthijs, M. (2020). Lecciones y aprendizajes de una década de crisis en la UE. *Revista de Políticas Públicas Europeas*, 27(1), 1127.
- Moreno-Lax, V. (2024). Crisis as (Asylum) Governance: The Evolving Normalisation of Non-Access to Protection in the EU. *European Papers*.
- Moreno-Lax, V. (2024). EU constitutional dismantling through strategic informalisation: Soft readmission governance as concerted dis-integration. *European Law Journal*.
- Moreno-Lax, V. (2023). The “Crisification” of Migration Law: Insights from the EU External Border. Queen Mary Law Research Paper, No. 403/2023. Próximamente en S. B. Elias, K. Cope, & J. Goldenziel (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Immigration Law*. Oxford University Press.
- Morgades Gil, S. (2017). The right to benefit from an effective remedy against decisions implying the return of asylum-seekers to European safe countries: Changes in the right to appeal in the context of the European Union’s Dublin System vis-à-vis international and European standards of human rights. *European Journal of Migration and Law*, 19(3), 255-280.
- Moya, D. et al. (2021). Una aproximación inicial a la protección internacional por motivos ambientales. Notas comparativas a partir del estudio de caso en cuatro países (Italia, Grecia, Perú y Chile). *Institut de Drets Humans de Catalunya*.
- Niemann, A. (2006). *Explain decisions in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nugent, & W. Paterson (Eds.), *La Unión Europea en crisis* (pp. 316). Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Orav, A. and Barlaoura, N. (2024). Legal fiction of non-entry in EU asylum policy. *European Parliamentary Research Service*.
- Pallister-Wilkins, P. (2015). The humanitarian politics of European border policing: Frontex and border police in Evros. *International Political Sociology*, 9(1), 53.
- Pallister-Wilkins, P. (2016). Interrogando la “crisis migratoria” del Mediterráneo. *Mediterranean Politics*, 21(3), 311.
- Peers, S. (2024). The New EU Asylum Laws, part 1: the Qualification Regulation. *EU Law Blog Analysis*, 30/12/2023.
- Peers, S. (2024). The new Screening Regulation – part 5 of the analysis of new EU asylum laws, 2024, *EU Law Blog Analysis*. <https://eulawanalysis.blogspot.com/2024/04/the-new-screening-regulation-part-5-of.html>
- Peers, S. (2024). “The new EU asylum laws: taking rights half-seriously”, *Yearbook of European Law*, 2024, 00, 1-71.
- PICUM (2021). PICUM recommendations on the Screening Regulation. *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending regulations (EC) no 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817 com/2020/612 final*.
- PICUM (2021). PICUM recommendations on the Screening Regulation. *Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending regulations (EC) no 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817 com/2020/612 final*.
- PICUM (2022). *FAQ. Non-refoulement in the context of the EU Pact on Migration and Asylum*.
- Refugee Support Aegean (RSA), HIAS Greece, Greek Council for Refugees, Danish Refugee Council, Legal Centre Lesbos,

FENIX Humanitarian Legal Aid, ActionAid Hellas, & Mobile Info Team. (2021). *Juxtaposing Proposed EU Rules with the Greek Reception and Identification Procedure*. Policy Paper.

- Rhinard, M. (2019) The Crisisification of Policy-making in the European Union, *Journal of Common Market Studies*.
- Rosenthal, U., Charles, M., & 't Hart, P. (1989). *Coping with crises: The management of disasters, riots and terrorism*. Springfield: Charles Thomas.
- Roßkopf, R. (2024). The EU Pact on Migration and Asylum: An Overview in *Quarterly on Refugee Problems*, 2024, Vol. 63, Issue, 184-20.
- Schimmelfennig, F. (2017). Teorizando la crisis de la integración europea. En D. Dinan, N. Nugent y W. Paterson (Eds.), *La Unión Europea en crisis* (p. 316). Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Schmitter, P. (1970). Una teoría revisada de la integración regional. *International Organisation*, 24(4), 836, pp. 842, 845.
- Soderstrom, K. (2022). An analysis of the fiction of non-entry as appears in the screening regulation. *ECRE Commentaries*.
- Ticktin, M. (2011). *Casualties of care*. Berkeley: University of California Press.
- Van Houtum, H. (2021). Más allá del "borderismo": superación de la B/ordenación discriminatoria y la otredad. *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, 112(1), 34, 40.

© Oxfam Intermón, febrero de 2025

ISBN 978-84-8452-754-1

Este documento ha sido elaborado por Diego Boza Martínez, David Moya Malapeira, Laura Salzano, Violeta Moreno-Lax, Dávika Perez Medina, bajo la coordinación académica de Diego Boza Martínez, la colaboración de Julia Alpiste Gruas, Julia Busquets Montoya, Aina Merino Bello, las revisiones intermedia de Gemma Pinyol Jiménez, José Luis Rodríguez Candela, María José Castaño Reyer, Casilda Rueda Fernández, y final de Silvia Morgades Gil, y los comentarios de Raquel Checa Rubio y Sonia Díaz Zapata. Coordinación técnica a cargo de Beatrice Cavallari, y diseño y maquetación de Elvira Rojas Núñez-Arenas.

Con agradecimiento a los equipos de Oxfam Intermón y Andalucía Acoge por su participación en la sesión de revisión intermedia.

Esta publicación está sujeta a copyright, pero el texto puede ser utilizado libremente para la incidencia política y campañas, así como en el ámbito de la educación y el de la investigación, siempre y cuando se indique la fuente de forma completa. El titular del copyright solicita que cualquier uso de su obra le sea comunicado, con objeto de evaluar su impacto. La reproducción del texto en otras circunstancias o su uso en otras publicaciones, así como en traducciones o adaptaciones, podrá hacerse después de haber obtenido permiso y puede requerir el pago de una tasa. Para cualquiera de estos asuntos, por favor, póngase en contacto con msambade@oxfamintermon.org

OXFAM

Oxfam es una confederación internacional compuesta por 21 afiliadas que trabajan con organizaciones socias y aliadas para apoyar a millones de personas en todo el mundo. Juntas, abordamos las desigualdades para poner fin a la pobreza y las injusticias, en el presente y a largo plazo, con el objetivo de construir un futuro basado en la igualdad. Para más información, póngase en contacto con cualquiera de las organizaciones o visite la página www.oxfam.org.

Oxfam Alemania (www.oxfam.de)

Oxfam América (www.oxfamamerica.org)

Oxfam Aotearoa (www.oxfam.org.nz)

Oxfam Australia (www.oxfam.org.au)

Oxfam-en-Bélgica (www.oxfamsol.be)

Oxfam Brasil (www.oxfam.org.br)

Oxfam Canadá (www.oxfam.ca)

Oxfam Colombia (www.oxfamcolombia.org)

Oxfam Francia (www.oxfamfrance.org)

Oxfam GB (www.oxfam.org.uk)

Oxfam Hong Kong (www.oxfam.org.hk)

Oxfam IBIS (Dinamarca) (www.oxfamibis.dk)

Oxfam India (www.oxfamindia.org)

Oxfam Intermón (España) (www.oxfamintermon.org)

Oxfam Irlanda (www.oxfamireland.org)

Oxfam Italia (www.oxfamitalia.org)

Oxfam México (www.oxfammexico.org)

Oxfam Novib (Países Bajos) (www.oxfamnovib.nl)

Oxfam Quebec (www.oxfam.qc.ca)

Oxfam Sudáfrica (www.oxfam.org.za)

KEDV (www.kedv.org.tr)