

# EL IMPACTO DEL PACTO EUROPEO DE MIGRACIÓN Y ASILO

Análisis jurídico de las bases para su implementación en el Estado español



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.....	4
• Resumen.....	6
• Introducción.....	8
• Nota terminológica.....	9
• 1. Ficción de no entrada.....	11
• 1.1. Planteamiento.....	11
• 1.2. Disposiciones y problemática.....	11
• 1.3. La limitación de efectos de la ficción de no entrada.....	11
• 1.4. Propuesta de una interpretación alternativa del precepto en relación con el concepto de la autorización de entrada.....	12
• 2. La configuración de los mecanismos de seguimiento.....	13
• 2.1. Planteamiento.....	13
• 2.2. La composición y las competencias de los mecanismos de seguimiento.....	13
• 2.3. La aplicación de los mecanismos de seguimiento en el sistema español.....	14
• 3. El impacto del sistema triaje en el modelo español.....	16
• 3.1. Planteamiento.....	16
• 3.2. La afectación al sistema de acogida humanitaria y al arraigo.....	16
• 3.3. Una alternativa dentro del Reglamento de triaje.....	17
• 4. El encaje de los centros de migraciones actuales en el conjunto de centros derivados del PEMA.....	18
• 4.1. Planteamiento.....	18
• 4.2. Los centros destinados a personas extranjeras en la normativa española.....	18
• 4.3. Las referencias del PEMA a ubicaciones o lugares para personas extranjeras en los procedimientos de triaje o fronterizos.....	19
• 5. Privación de libertad en el contexto de las normas del PEMA.....	22
• 5.1. Planteamiento.....	22
• 5.2. La puesta a disposición como privación de libertad.....	22
• 5.3. Privación de libertad de solicitantes de protección internacional en el sistema español.....	24
• 5.4. La cuestión del riesgo de fuga.....	25
• 5.5. La privación de libertad en el procedimiento fronterizo de retorno.....	26
• 6. La problemática aplicación de las normas del PEMA en relación con los menores de edad.....	28
• 6.1. Planteamiento.....	28
• 6.2. El nombramiento del representante del menor no acompañado.....	29
• 6.3. El procedimiento de determinación de la edad.....	30
• 6.4. La toma de huellas a menores a partir de los 6 años.....	30
• 7. Asistencia jurídica y tutela judicial efectiva.....	32
• 7.1. Planteamiento.....	32

- 7.2. Asistencia jurídica y tutela judicial efectiva en el procedimiento de triaje..... 32
- 7.3. La tutela judicial efectiva en el procedimiento fronterizo de retorno..... 33
- 7.4. La incompatibilidad del sistema de recursos contra las decisiones de traslado del RGMA y el marco normativo español..... 33
- 8. La capacidad adecuada de un sistema bien preparado..... 35
- 8.1. Planteamiento..... 35
- 8.2. La capacidad adecuada en el procedimiento fronterizo..... 35
- 8.3. Un sistema bien preparado para hacer frente a las llegadas masivas..... 36
- 9. Resumen de propuestas..... 38
- Notas..... 42
- Bibliografía..... 44

# 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<sup>1</sup>.

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.

Con este análisis jurídico detallado, **desde Oxfam Intermón queremos alertar 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, y precisamente porque el enfoque de control de flujos migratorios ignora los efectos perversos que provoca no sólo en la superación de esa frontera/filtro físico-jurídico sino también para la inclusión posterior, nos parece importante describir muy someramente en este prólogo algunas dimensiones de desigualdad que se están cronificando en nuestro territorio y que requieren de un compromiso institucional para garantizar -al menos- que no se verán agravadas por este Pacto. Por ejemplo, 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. Así, se prevé realizar también el triaje a las personas 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 a este proceso en un Estado miembro (artículo 7 del Reglamento).

En este sentido, el *Informe sobre el Estado de las Migraciones y la Convivencia Intercultural*<sup>2</sup> (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.

Ante esta situación de "vulnerabilidad inducida", **nuestra contribución con este informe se ha orientado a facilitar una rigurosa identificación y argumentación jurídica de la forma menos lesiva para la aplicación de estas obligaciones.** Y, para ello, hemos encargado un 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 nos ofrece este análisis como recurso de conocimiento que informa también la incidencia y capacidad de propuesta ante responsables políticos.

**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*<sup>3</sup> (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.**

# RESUMEN

A raíz de la aprobación del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo el 14 de mayo de 2024, muchas voces se han alzado para poner de relieve los riesgos que las normas aprobadas en el marco de este Pacto generaban para los derechos humanos.

El Pacto supone un importante recorte en los derechos y garantías de la movilidad transnacional hacia Europa y afecta tanto a la calificada como migración económica como a personas potenciales solicitantes de protección internacional. Las críticas al contenido, alcance y efectos del Pacto son legítimas y adecuadas. No obstante, una vez aprobadas las normas que lo componen los esfuerzos deben centrarse en lograr que los efectos del Pacto sean los menos gravosos posibles para los derechos humanos.

En estos momentos, los Estados se encuentran en el proceso de elaboración de los correspondientes Planes de Implementación que, en un plazo de dos años, darán lugar a la definitiva aplicación del Pacto. Ello es especialmente relevante en el estado Español, cuyo modelo migratorio plantea muchas particularidades con respecto al resto de los Estados de la Unión Europea (UE).

Este informe ejecutivo pretende plantear las posibilidades que se ofrecen para desarrollar una implementación del Pacto que resulte lo menos vulnerable posible de los derechos humanos. En este sentido, se presentan las principales cuestiones que, desde el punto de vista de las autoras y los autores, plantean conflictos específicos en materia de derechos humanos con la normativa internacional, europea y, especialmente, española. En este marco se incluyen las principales incongruencias entre las normas del Pacto Europeo de Migración y Asilo (PEMA) y normas españolas de relevancia.

Con el estudio y análisis del PEMA, el equipo ha llegado a una serie de propuestas, pues entendemos que la movilidad humana no siempre viene activada por un proyecto de emprendimiento, sino que en muchas ocasiones resulta como consecuencia de distintos riesgos y/o amenazas para el mantenimiento de la propia vida, la experiencia migratoria no tiene por qué ser entendida -ni atendida- desde un enfoque limitante de derechos. En este sentido, proponemos algunos elementos para una interpretación menos lesiva del nuevo marco armonizado de política migratoria europea.

Las propuestas se basan en los elementos más destacados del PEMA, aquellos que pueden crear más fricciones con la legislación nacional e internacional, así como perjudicar los derechos de las personas migrantes. A este respecto, se ha hecho especial referencia en los riesgos que genera el Reglamento de triaje, la situación de los menores, los mecanismos de seguimiento, los regímenes de privación de libertad, la garantía de la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica, entre otros.

En este sentido, se destaca que la regulación del Reglamento de triaje no introduce novedades significativas respecto a la figura de la entrada sin autorización ya prevista en el marco normativo de la Unión Europea. Las personas sometidas a triaje mantienen sus derechos fundamentales y pueden ejercerlos frente al Estado a través de las vías legales previstas.

En cuanto a los mecanismos de seguimiento del triaje y el procedimiento fronterizo, se destaca la necesidad de una participación amplia que incluya al Defensor del Pueblo, organizaciones internacionales y no gubernamentales, junto con otras instituciones públicas. Limitar esta función al Defensor del Pueblo no añadiría valor a la situación actual, y se enfatiza que estos mecanismos deben contar con recursos económicos y personal suficiente para garantizar su eficacia.

Asimismo, desde una perspectiva del modelo español, la implementación estricta del sistema de triaje podría poner en cuestión elementos fundamentales como la acogida humanitaria y el arraigo, especialmente para personas vulnerables que no soliciten protección internacional. Para preservar

estas características, se sugiere acudir al artículo 18 del Reglamento de triaje, en conexión con el artículo 6.5 del Reglamento (UE) 2016/399, como vía para permitir la entrada de estas personas.

Respecto a la privación de libertad, se subraya que esta solo podría justificarse en condiciones específicas y por un tiempo limitado, como máximo 72 horas en CATEs o centros similares. Sin embargo, se propone una interpretación más respetuosa con los derechos humanos que permita la libre circulación de las personas y el desarrollo del triaje en centros abiertos como los CETIs. Además, la obligación de residir en ubicaciones específicas durante el procedimiento no puede equipararse a una privación de libertad, reforzando la necesidad de utilizar espacios de régimen abierto.

La normativa del PEMA sobre el internamiento de solicitantes de protección internacional es incompatible con las leyes españolas de asilo y extranjería, que no contemplan esta posibilidad. Asimismo, el concepto de riesgo de fuga, crucial para decidir sobre el internamiento, requiere una interpretación restrictiva, conforme a la jurisprudencia constitucional, ya que implica la posible limitación de la libertad personal.

En el caso de los menores de edad, aunque el PEMA menciona el interés superior del menor, varias de sus medidas son incompatibles con este principio, como la posibilidad de privación de libertad o la recolección de datos biométricos. Se propone que el representante del menor sea un letrado capacitado y que se establezca un procedimiento holístico para la determinación de la edad, en línea con las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño.

Por otro lado, el procedimiento de triaje debe garantizar la asistencia jurídica efectiva, lo que implica modificar el artículo 22 de la Ley de Extranjería para incluir este supuesto. Además, las garantías en los procedimientos fronterizos de retorno deben alinearse con las normas del procedimiento administrativo sancionador y ajustarse a los estándares nacionales. Asimismo, se requiere una revisión de los recursos judiciales para asegurar el pleno escrutinio de las decisiones administrativas.

Finalmente, aunque las cifras previstas en el Reglamento de procedimiento sobre capacidad adecuada son bajas para España, cualquier reducción de derechos debe considerarse potestativa. En este sentido, se recomienda no aplicar dichas restricciones y, en cambio, fortalecer el sistema de protección internacional para hacer frente a incrementos regulares de llegadas, consolidando así un marco normativo y operativo más robusto y efectivo.

En definitiva, el informe plantea alternativas de interpretación del contenido de las normas del Pacto para una mejor garantía de derechos. Aún así existen preceptos que resultan difícilmente coordinables con el marco jurídico internacional, europeo y constitucional español. Esta es una circunstancia que debe ser tenida en cuenta en este proceso de implementación y en las modificaciones legislativas que seguirán al plan de implementación, en la línea de lo que anuncia el reciente RD 1155/2024.

# INTRODUCCIÓN

Desde que en septiembre de 2020 la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula Von der Leyen, presentara la Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo hasta que, finalmente, el 14 de mayo de 2024 el Consejo aprobara los 9 Reglamentos y la Directiva que forman parte de este Pacto, muchas voces se han alzado para poner de relieve los riesgos que ese Pacto, que las normas aprobadas en el marco de este Pacto, generaban para los derechos humanos.

Estas críticas resultan absolutamente legítimas puesto que, desde un punto de vista global, el Pacto supone un importante recorte en los derechos y garantías de la movilidad transnacional hacia Europa y afecta tanto a las personas migrantes económicas como a las potenciales solicitantes de protección internacional.

No obstante, una vez aprobado el Pacto, consideramos que los esfuerzos ya no pueden focalizarse en la mera crítica sino en un trabajo común y colectivo para lograr que los efectos del Pacto sean los menos gravosos posibles para los derechos humanos. Más aún cuando en este momento los Estados están elaborando el Plan de Implementación que, en un plazo de dos años, dará lugar a la definitiva implementación del Pacto. Algo que es especialmente relevante en el caso de España cuyo modelo migratorio plantea muchas particularidades con respecto al resto de los Estados de la Unión Europea (UE). Hay que recordar que el reciente Reglamento de la Ley de Extranjería, aprobado por el RD 1155/2024, reconoce en su Preámbulo que el Pacto generará la necesidad de abordar reformas normativas de calado.

Esto es posible, en gran medida, porque el Pacto, a pesar de estar formado por 9 Reglamentos que resultan de aplicación obligatoria sin necesidad de transposición de acuerdo a la normativa de la UE, contiene muchas normas o preceptos que dejan un amplio margen de apreciación del Estado y permiten, por tanto, una implementación con distintos grados de severidad.

Ese es el leitmotiv de este informe ejecutivo, plantear las posibilidades que se ofrecen para desarrollar una implementación del Pacto que resulte lo menos vulneradora posible de los derechos humanos. En este sentido, en el presente informe ejecutivo se presentan las principales cuestiones que, desde el punto de vista de las autoras y los autores de este informe plantean conflictos específicos en materia de derechos humanos con la normativa internacional, europea y, especialmente, española. En este marco se incluyen las principales incongruencias entre las normas del Pacto Europeo de Migración y Asilo (PEMA) y normas españolas de relevancia.

# 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 son los términos jurídicos que 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.

Para simplificar el texto las referencias a las normas del Pacto son las siguientes:

**Reglamento de reconocimiento:** 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 procedimiento:** 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 del procedimiento fronterizo de retorno (RPFR):** 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 Reasentamiento:** 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.

**Reglamento de gestión de asilo y migración (RGAM):** 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) nº 604/2013.

**Reglamento de triaje:** Reglamento (UE) 2024/1356 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se introduce el triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) nº 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817.

**Reglamento EURODAC:** 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 de crisis:** 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.

**Directiva de condiciones de acogida:** 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.

# 1. FICCIÓN DE NO ENTRADA

## 1.1. PLANTEAMIENTO

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 referida es la denominada "ficción de no entrada", prevista en el artículo 6 del Reglamento de triaje<sup>4</sup>.

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 territorio (Soderstrom, 2022)<sup>5</sup>.

Como explica Peers (2024)<sup>6</sup>, 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.

## 1.2. DISPOSICIONES Y PROBLEMÁTICA

La interpretación que se plantea del concepto de "no entrada" entra en conflicto con varios artículos del marco jurídico de la UE, creando potenciales violaciones de derechos.

Es el caso, por ejemplo, de quienes soliciten protección internacional. De acuerdo al artículo 3 de la Directiva de condiciones de acogida, esta se aplicará a los solicitantes de protección internacional, siempre y cuando se les permita "permanecer en el territorio" como solicitantes. Como explica Peers (2024), esta referencia cruzada resulta potencialmente problemática porque el Reglamento establece que las personas cubiertas sometidas al triaje no están legalmente 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 absoluto<sup>7</sup>.

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.

## 1.3. LA LIMITACIÓN DE EFECTOS DE LA FICCIÓN DE NO ENTRADA

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 firmantes<sup>8</sup>.

Concretamente, en el caso *Amuur contra Francia* (1996)<sup>9</sup> 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 Europea<sup>10</sup>.

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<sup>11</sup>. Así mismo, 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<sup>12</sup>.

Por último, hay que recordar que 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 hayan cruzado la frontera exterior de forma no autorizada, de acuerdo al artículo 6.5.c) del Código de Fronteras Schengen (CFS)<sup>13</sup>.

## **1.4. PROPUESTA DE UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DEL PRECEPTO EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE LA AUTORIZACIÓN DE ENTRADA**

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.

## 2. LA CONFIGURACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SEGUIMIENTO

### 2.1. PLANTEAMIENTO

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 independientes<sup>14</sup> se plantea la posibilidad de que sea un único mecanismo que controle ambos procedimientos.

### 2.2. LA COMPOSICIÓN Y LAS COMPETENCIAS DE LOS MECANISMOS DE SEGUIMIENTO

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, 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, este deberá establecer estrechos vínculos con ellas.

## **2.3. LA APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SEGUIMIENTO EN EL SISTEMA ESPAÑOL**

La complejidad de la cuestión del mecanismo de seguimiento, sus competencias y las facultades que se le reconocen exige 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 del mecanismo nacional de prevención de la tortura. En este caso, 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), coinciden ambos organismos.

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. Esta 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 tortura<sup>15</sup> 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.

# 3. EL IMPACTO DEL SISTEMA TRIAJE EN EL MODELO ESPAÑOL

## 3.1. PLANTEAMIENTO

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 distingue entre quienes solicitan protección internacional que entran dentro del marco de las normas y procedimientos correspondientes a este sistema y quienes no lo hacen que se ven abocados a que se les aplique la Directiva de retorno<sup>16</sup>. 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.

## 3.2. LA AFECTACIÓN AL SISTEMA DE ACOGIDA HUMANITARIA Y AL ARRAIGO

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<sup>17</sup>.

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 profundo<sup>18</sup>. Además, la reforma prevista por el Reglamento de Extranjería que se encuentra en tramitación 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.

### **3.3. UNA ALTERNATIVA DENTRO DEL REGLAMENTO DE TRIAJE**

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. Esta 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.

# 4. EL ENCAJE DE LOS CENTROS DE MIGRACIONES ACTUALES EN EL CONJUNTO DE CENTROS DERIVADOS DEL PEMA

## 4.1. 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 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.

## 4.2. LOS CENTROS DESTINADOS A PERSONAS EXTRANJERAS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

La normativa española contempla diferentes tipos de centros destinados a las personas migrantes. En primer lugar, los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIEs), 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 del Tribunal Constitucional (TC) 115/1987, las personas solo pueden ingresar en ellos previa autorización judicial, el internamiento sólo 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 (CATEs).

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): tiene 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.

### **4.3. LAS REFERENCIAS DEL PEMA 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 CFS 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.

La determinación de los lugares adecuados para realizar este tipo de procedimiento dependerá de la consideración de la situación en la que se encuentren estas personas, cuestión sobre la que se profundiza en el punto 5. En resumen, si se pretende mantener a estas personas a disposición de las autoridades durante un período de siete días, estas personas no pueden estar en situación de

privación de libertad y, por tanto, deberán permanecer en centros abiertos como pudieran ser los CETIs o lugares similares.

Por el contrario, si el régimen al que se someten estas personas es de privación de libertad, la duración de este procedimiento no puede superar las 72 horas y puede desarrollarse 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.

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.

Cuestión distinta, tanto en el ámbito de los CATEs como de los CETIs, es la coherencia de que se desarrolle el triaje en estos lugares mientras que se pretende mantener la ficción de no entrada. Aunque esta problemática se aborda en otros apartados de este informe, ha de recordarse que estas personas estarían protegidas por todas las garantías constitucionales y derivadas del CEDH que supone que se encuentren, a efectos legales, en territorio español.

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, en 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. Estas personas, tal y como indica el apartado 2 del artículo 43 del Reglamento de procedimiento, no tendrán autorizada su entrada al territorio de la UE.

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 TC 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 art. 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 garantizaran 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, 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. PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN EL CONTEXTO DE LAS NORMAS DEL PEMA

## 5.1. PLANTEAMIENTO

Como se ha visto en el apartado anterior, la determinación de la situación concreta de la persona migrante es muy relevante a la hora de determinar el tipo de centro en el que se puede ubicar. Específicamente, resulta muy importante establecer si la condición en la que se encuentra la persona es de privación de libertad o no.

En este sentido, el conjunto de normas del PEMA establecen una serie de situaciones de restricción de circulación, residencia o similares que pueden entrar en conflicto con el derecho a la libertad de las personas migrantes sometidas a los procedimientos previstos en la normativa. Nos planteamos en qué casos estas medidas constituyen una detención en sentido estricto.

Así mismo, es también importante valorar los límites temporales al internamiento que se contienen en las normas del PEMA y cómo se contraponen a la normativa española. Por último, se hará una breve referencia a la posibilidad de establecer privación de libertad para las personas solicitantes de asilo.

## 5.2. LA PUESTA A DISPOSICIÓN COMO PRIVACIÓN DE LIBERTAD

El régimen jurídico en el que se encuentran las personas sometidas al procedimiento de triaje plantea mayores dudas en cuanto a su interpretación y, sobre todo, en cuanto a su implementación en España.

En efecto, 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". 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.

Ya se ha indicado que 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. No obstante, no queda claro qué lugares pueden considerarse como tales.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) 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"<sup>19</sup>.

También en el ámbito del CEDH este tipo de situaciones se considera una privación de libertad. El TEDH, como por ejemplo en el caso *Ilias y Ahmed c. Hungría* (2019), ha rechazado sistemáticamente el argumento de que mantener a las personas migrantes 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<sup>20</sup>.

En este punto resulta interesante 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 elaborado por la Comisión Europea se establece lo siguiente:

*Los Estados miembros deberán tomar las medidas apropiadas para garantizar que los migrantes permanezcan a disposición de las autoridades durante los procedimientos de control y de detención en la frontera. Estas medidas podrían incluir protocolos que cubran la evaluación de acciones para limitar el riesgo de fuga, incluidas alternativas a la detención (que deberían estar definidas por la ley), especialmente en el caso de familias con niños, y el posible uso de la detención. La EUAA desarrollará directrices sobre alternativas efectivas a la detención(..).*

Se plantea entonces cierta 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.

En consecuencia, caben dos opciones interpretativas dentro del sistema español. Si la “puesta a disposición” permite la libre circulación de la persona y se plantea en un centro de régimen abierto, nos encontraríamos en una situación que no podría calificarse de privación de libertad. Sin embargo, no parece esa la opción más plausible. Al contrario, cuando la “puesta a disposición” suponga que la persona está confinada en un espacio limitado y cerrado se debe considerar como una privación de libertad, una detención, de acuerdo a las consideraciones antes citadas y a lo establecido por el Tribunal Constitucional<sup>21</sup>.

A este respecto, surge la cuestión de la incompatibilidad temporal con el sistema español. El artículo 8 determina que el triaje debe completarse, como máximo, “en un plazo 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”. Sin embargo, el artículo 17 de la Constitución Española establece un límite máximo para la detención antes de la puesta en libertad o la puesta a disposición judicial de 72 horas.

Por tanto, la compatibilidad del régimen de triaje con la Constitución española plantea tres posibilidades. La primera es que el triaje se realice en centros de régimen abierto en los que las personas no se encuentren privadas de su libertad ambulatoria. En caso de que el triaje se desarrolle en condiciones de régimen cerrado y, por tanto, de privación de libertad, caben dos opciones: que al transcurrir las 72 horas el nacional del tercer país sea puesto a disposición judicial o, la solución que parece más adecuada, que el triaje se desarrolle en un plazo inferior a las 72 horas.

Sin lugar a duda, la posición más favorable al respeto a los derechos humanos es la que minimiza la privación de libertad y, por tanto, plantea la realización del triaje con una perspectiva de régimen abierto. No obstante, siguiendo la doctrina del TJUE que antes se ha citado, si las personas sometidas al triaje se ven constreñidas a un espacio físico, hay que considerar esa situación como

de detención y, por tanto, corresponderá aplicar el límite constitucional de las 72 horas como máximo de duración.

### **5.3. PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL**

Las normas del PEMA contemplan diversas situaciones en las que procede el internamiento del nacional del tercer país. Estas hacen referencia tanto a personas que hayan formalizado la solicitud de protección internacional como a aquellas que no.

Es el caso, por ejemplo, del RGAM cuyo artículo 44 contempla el internamiento del solicitante de protección internacional que va a ser trasladado a otro Estado Miembro 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. Esta posibilidad resulta extraña a nuestro ordenamiento ya que supone el internamiento de un solicitante de asilo en un procedimiento que no es de expulsión.

También la Directiva de condiciones de acogida contempla el internamiento de las personas que han solicitado protección internacional en sus artículos 10 a 12. De acuerdo a esta norma, 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. También se permite el internamiento si el solicitante se encuentra en un procedimiento de retorno (Directiva de retorno) y existen razones para creer que intenta retrasar la expulsión. No obstante, estos motivos deben estar recogidos en la legislación nacional.

A este respecto, en relación con las personas que hayan solicitado protección internacional hay que plantear las dudas que esta posibilidad genera en relación con el sistema español. En concreto, 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. Así mismo, 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 el extranjero será puesto 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 115/1987<sup>22</sup>, en la que establecía que el internamiento de personas extranjeras sólo sería constitucional para los procedimientos de devolución, extradición y por el tiempo estrictamente necesario para ello.

El procedimiento al que se someten estas personas no es un procedimiento de deportación, ni devolución, ni extradición sino un internamiento para el traslado. A lo que 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 que el solicitante de asilo tiene derecho "a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante".

También el TEDH ha establecido limitaciones al respecto. En este sentido, el TEDH ha expuesto, desde sus primeros pronunciamientos sobre la materia<sup>23</sup>, 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. Aunque el TEDH reconoce la legitimidad de los Estados para detener a los solicitantes de asilo cuando tratan de entrar en su territorio y, por tanto, la legalidad de esa restricción del derecho a la libertad, en el marco del apartado f) del artículo 5.1, esta privación de

libertad de un solicitante de asilo para evitar su entrada debe estar prevista en la legislación nacional.

Por tanto, la ausencia de una previsión legal en España a este respecto hace que no se pueda aceptar la privación de libertad de las personas que hayan formulado solicitud de protección internacional.

## 5.4. LA CUESTIÓN DEL RIESGO DE FUGA

Como se ha visto, son diversas las ocasiones en las que las normas del PEMA relativas al internamiento hacen referencia a la existencia de riesgo de fuga. Este elemento es relevante a la hora de determinar el internamiento en el procedimiento fronterizo de retorno o en el del RGAM y también en la Directiva de condiciones de acogida.

El apartado 18 del artículo 2 del RGAM, 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 una persona en cuestión objeto de los procedimientos establecidos en el presente Reglamento puede darse a la fuga".

De similar forma, el artículo 2.11 de la Directiva de condiciones de acogida también señala 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 ECRE<sup>24</sup> 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).

Conviene mencionar que la Directiva Retorno ya menciona el 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 233 del reciente Real Decreto 1155/2024. El más completo es este último que plantea que para valorar el riesgo de incomparecencia se tendrá en cuenta 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.

En su momento, este concepto 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.

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.

## 5.5. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN EL PROCEDIMIENTO FRONTERIZO DE RETORNO

El artículo 4.2 del RPFR plantea que a las personas a las que se les aplique este procedimiento residan durante doce semanas en "ubicaciones situadas en la frontera exterior o zonas de tránsito o en sus proximidades".

Como se ha indicado antes, este supuesto puede encuadrarse dentro de los previstos en el artículo 61.1 de la LO 4/2000 ya que consistiría en una residencia obligatoria en el marco de un procedimiento del que puede derivarse la expulsión de la persona. Se reitera la referencia a la sentencia del TC 260/2007<sup>25</sup> que considera que en estos casos no se trata de un supuesto que afecte a la libertad personal.

Esta interpretación es la única que puede aceptarse dentro del marco de la Constitución, la normativa española y el CEDH, concretamente, el artículo 5.1.f). Es importante recordar que el TEDH (sentencia *J.A. y otros c. Italia*<sup>26</sup> 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 con el Reglamento, debe ser un lugar situado "en la frontera exterior o zonas de tránsito o en sus proximidades".

Esta interpretación se corrobora con la inclusión del artículo 5 del RPFR que se dirige, específicamente, al internamiento. Es por ello que se entiende que las personas a las que se les aplica el procedimiento fronterizo de retorno están obligadas a residir en determinadas ubicaciones, pero no tienen privada su libertad personal. Esa privación de la libertad personal únicamente se constata cuando se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 5.

Por tanto, el RPFR contempla el internamiento como medida de último recurso si se demuestra necesario sobre la base de una evaluación individual de cada caso. Nada se dice específicamente 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 aquellas personas que ya han sido internadas durante el procedimiento fronterizo de asilo que pueden 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 citada de vincular el internamiento del procedimiento fronterizo de asilo con el del procedimiento fronterizo de retorno y, en segundo lugar, 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.

# 6. LA PROBLEMÁTICA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL PEMA EN RELACIÓN CON LOS MENORES DE EDAD

## 6.1. PLANTEAMIENTO

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 como posibilidad la privación de libertad de 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 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.

Las sentencias del TEDH en el caso *A.B. c. Francia*<sup>27</sup> y otras similares han confirmado que las condiciones inherentes a las instalaciones de detención son una fuente de angustia y exacerban la vulnerabilidad de los niños, lo que lleva a una violación del Artículo 3 del CEDH.

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 los 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.

## **6.2. EL NOMBRAMIENTO DEL REPRESENTANTE DEL MENOR NO ACOMPAÑADO**

A lo largo de las normas aprobadas en el Pacto se hace referencia a la cuestión de la representación de los menores. En el caso de los menores acompañados, las normas establecen que su tutela la ejerza el familiar que lo acompañe. Cuestión distinta es la situación de los menores no acompañados.

Es destacable como se deja al Estado la determinación de las medidas concretas para establecer a un representante o persona formada que vaya a asistir al menor, no obstante, el Pacto obliga a que este representante sea independiente y, por tanto, no sea un agente del Estado. Este representante es nombrado, en un primer momento, de forma provisional y, en el plazo de 15 días, se produce el nombramiento definitivo.

Como propuesta, parece adecuado que el representante sea un letrado del turno de guardia con formación específica y que garantice la evaluación del interés superior del niño. Además, se establece la posibilidad de que el mismo profesional ofrezca consejo jurídico a varios solicitantes. En la Directiva de condiciones de acogida se establece una cantidad máxima de 30 menores por cada representante, lo que es susceptible de poner en riesgo la tutela judicial efectiva (art 13.5), por una sobrecarga al representante. Por ello, parece necesario que España ponga un límite para que sea efectivo y eficaz.

## 6.3. EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD

El reglamento de procedimiento indica que debe primar el interés superior del niño durante todo el procedimiento. Dispone que el examen médico debe entenderse como medida de último recurso y siempre respetando plenamente la dignidad de la persona.

Concretamente, esta norma establece:

- que la determinación de la edad no debe basarse exclusivamente en la apariencia física ni en el comportamiento del solicitante;
- que los documentos disponibles se considerarán auténticos a efectos de la determinación de la edad, salvo prueba en contrario;
- se tendrán en cuenta las declaraciones de los menores;
- en los casos en que haya dudas que un solicitante sea menor, se puede encargar un examen multidisciplinar;
- pueden emplearse reconocimientos médicos únicamente como medida de último recurso y habiéndose realizado previamente el examen multidisciplinar: este será lo menos invasivo posible y respetando la dignidad de la persona;
- el menor, sus progenitores o el adulto responsable, representante o la persona referida en el art. 23.2. a), deben ser informados antes del examen de su solicitud, en una lengua que comprendan y de forma adaptada a los menores y a su edad, de la posibilidad de que se evalúe su edad mediante reconocimiento médico;
- la negativa de los solicitantes, progenitores, adulto responsable, su representante y la persona referida en el art. 23.2. a) a que se lleve a cabo un reconocimiento médico no impedirá que la autoridad decisoria dicte una resolución. Ésta puede considerarse una presunción refutable de que el solicitante no es un menor.

Es necesario, por tanto, que España cree un procedimiento de determinación de la edad, algo que ya estaba previsto 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 con las resoluciones del Comité de Derechos del Niño, un estudio holístico y no solo físico.

En el Pacto se 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.

## 6.4. LA TOMA DE HUELLAS A MENORES A PARTIR DE LOS 6 AÑOS

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 niños.

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. 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 el principio fundamental del interés superior del menor.

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.

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.

# 7. ASISTENCIA JURÍDICA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

## 7.1. PLANTEAMIENTO

La necesidad de proteger adecuadamente los derechos de las personas sometidas a los procedimientos previstos en las normas del Pacto supone, como consecuencia directa, la obligación de establecer sistemas adecuados de asistencia jurídica y de acceso a las vías de recurso.

Este acceso deriva, por un lado, del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial previstos en los artículos 47 de la Carta y 24 de la Constitución Española. Pero también del entramado de protección de derechos del CEDH que establece, en su artículo 13, el derecho a un recurso efectivo.

En este contexto, las normas del Pacto plantean ciertos problemas a la hora de establecer los sistemas de asistencia jurídica, específicamente en los procedimientos más sensibles, esto es, el procedimiento de triaje y el fronterizo de retorno. Además, desde el punto de vista del sistema español, el contenido de otros preceptos que afectan al sistema de recursos contradice la normativa española en la materia.

## 7.2. ASISTENCIA JURÍDICA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCEDIMIENTO DE TRIAJE

El propio Reglamento de triaje reconoce una cierta preocupación por el respeto a los derechos fundamentales en el procedimiento previsto en esa norma. Así, el artículo 10.1 establece 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.*

En este sentido, la ausencia de provisiones respecto a derechos procesales en el marco de este Reglamento y la referencia del artículo citado a la remisión del inicio de procedimientos judiciales “cuando proceda” no puede suponer una eliminación de las garantías propias del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito español. Por tanto, resultan de aplicación las normas propias de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, específicamente las previstas en el Capítulo I del Título V con relación al procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona; las leyes penales y procesales penales, así como, en su caso, la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus». De hecho, para una mejor protección de los derechos de las personas sometidas a triaje sería importante la modificación de esta ley orgánica para garantizar la posibilidad de presentar habeas corpus durante el periodo de triaje.

Otra de las grandes carencias de la normativa es la ausencia de referencia a la asistencia letrada durante el procedimiento de triaje. 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.*

Por un lado, los términos que se utilizan pueden dar lugar a error porque se hace referencia a asesoramiento y consejo. Además, se menciona a organizaciones y personas. En este sentido, entendemos que, por un lado, en el marco de estos procedimientos puede haber personas y organizaciones que apoyen el asesoramiento y consejo. Pero, además, de eso, debe garantizarse la asistencia letrada de las personas sometidas al procedimiento de triaje. Para ello, se deberá modificar la ley de extranjería en su artículo 22 introduciendo el triaje como supuesto en el derecho a asistencia letrada.

### **7.3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCEDIMIENTO FRONTERIZO DE RETORNO**

Otro de los Reglamentos que plantea problemas en su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva es el del procedimiento fronterizo de retorno. En todo el reglamento no se menciona la posibilidad de recurrir las decisiones relativas a este procedimiento. De hecho, el apartado 3 del artículo 4 del 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.

Se 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 comprende los 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 ámbito español este procedimiento de retorno debe adecuarse a la normativa española en la materia. La referencia que se ha citado antes a la Directiva Retorno supone también que a este tipo de retorno se le apliquen las prohibiciones de entrada y, en este sentido, el TC en su sentencia 17/2013<sup>28</sup> afirmó el carácter sancionador de esta y, por tanto, la aplicación “de las garantías constitucionales que conforme al art. 24.2 CE, ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador”. En consecuencia, a este tipo de procedimientos se les deben aplicar las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador y deben ser equiparadas, como mínimo, a las garantías que actualmente están previstas para la devolución.

### **7.4. LA INCOMPATIBILIDAD DEL SISTEMA DE RECURSOS CONTRA LAS DECISIONES DE TRASLADO DEL RGMA Y EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL**

En el marco del Reglamento de Gestión de Migración y Asilo se encuentra el procedimiento de traslado de una persona a otro Estado Miembro, por determinadas circunstancias. 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 impositivas sobrevenidas o el incumplimiento de los artículos 25 a 28 y 34 del RGMA. 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 (LRJCA), 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.

Del mismo modo, la mención del apartado 2 del artículo 43 a los plazos también es contraria a la LRJCA. 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.

Otro elemento relevante del sistema de recursos contra las decisiones de traslado en el RGMA es el relativo a su efecto suspensivo. La norma no contempla el 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.

Por ello, la implementación de estos preceptos parece hacer necesaria la modificación de los artículos 48 y 129 de la LRJCA.

# 8. LA CAPACIDAD ADECUADA DE UN SISTEMA BIEN PREPARADO

## 8.1. PLANTEAMIENTO

El sistema establecido en el Pacto plantea la existencia de unos límites máximos a partir de los cuales los Estados miembros pueden descolgarse de las garantías establecidas planteando situaciones de excepcionalidad. Esta situación es evidente en el Reglamento de procedimiento en relación con el procedimiento fronterizo puesto que se han fijado unas cifras muy concretas sobre la capacidad adecuada de cada Estado miembro y el número máximo de solicitudes que tienen que examinar.

No obstante, otro de los ámbitos de gran relevancia es el del Reglamento de crisis. En este se define como una situación de crisis aquella en la que “llegadas masivas de nacionales de terceros países o apátridas a un Estado miembro por tierra, aire o mar —incluidas las personas que hayan sido desembarcadas tras operaciones de búsqueda y salvamento—, de tal naturaleza y magnitud, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la población, el PIB y factores geográficos específicos del Estado miembro, como el tamaño del territorio, que hagan que el sistema bien preparado de asilo, acogida, incluidos los servicios de protección de menores, o retorno del Estado miembro deje de ser operativo”. Por ello, en este caso también resulta muy importante valorar cómo se puede construir un sistema bien preparado en el que la consideración de masivas de un volumen de llegadas sea realmente excepcional y no ordinario.

## 8.2. LA CAPACIDAD ADECUADA EN EL PROCEDIMIENTO FRONTERIZO

En diversas ocasiones a lo largo del Pacto se hace referencia al establecimiento de una valoración sobre la capacidad de cada Estado que, de ser superado, puede generar consecuencias para los derechos de las personas migrantes.

En el caso del Reglamento de procedimiento, el artículo 47.5 establece que la Comisión debe determinar la capacidad adecuada y el número máximo de solicitudes por año que debe examinar un Estado en el procedimiento fronterizo de retorno. A este respecto, la Comisión ya ha establecido esa capacidad para España<sup>29</sup> 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 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 oficiales<sup>30</sup>, 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<sup>31</sup> del 20% o inferior. 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 le puede aplicar la excepción.

### **8.3. UN SISTEMA BIEN PREPARADO PARA HACER FRENTE A LAS LLEGADAS MASIVAS**

El Reglamento de crisis plantea su aplicación en los supuestos de crisis definidos en el artículo 1.4.a) de ese Reglamento como “una situación excepcional de llegadas masivas de nacionales de terceros países o apátridas a un Estado miembro por tierra, aire o mar —incluidas las personas que hayan sido desembarcadas tras operaciones de búsqueda y salvamento—, de tal naturaleza y magnitud, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la población, el PIB y factores geográficos específicos del Estado miembro, como el tamaño del territorio, que hagan que el sistema bien preparado de asilo, acogida, incluidos los servicios de protección de menores, o retorno del Estado miembro deje de ser operativo...”

La aplicación de este Reglamento supone, entre otras consecuencias, la reducción de ciertas garantías establecidas en el resto de los textos del PEMA para las personas que lleguen irregularmente al territorio de ese Estado miembro durante la vigencia de la situación de crisis. Es por ello que debe defenderse una aplicación muy restringida e, incluso, la no aplicación de este Reglamento.

En este sentido, por tanto, cabe considerar el concepto de excepcionalidad en el sistema español, así como la definición de un sistema bien preparado de acuerdo con las cifras. Con respecto a las llegadas irregulares, en los seis primeros meses de 2024, los datos del Ministerio del Interior elevan el total de llegadas irregulares en la Frontera Sur a 24.898<sup>32</sup>. En 2023 la cifra total ascendió a 56.852 personas mientras que en 2022 fue de 31.219, cifra que fue inferior a los 41.945 de 2021 y a los 42.097 de 2020.

A este respecto, puede considerarse que el volumen de llegadas irregulares en la Frontera Sur española se sitúa en el entorno de las 50.000 personas al año con una cierta evolución creciente en este último año.

Por su parte, las solicitudes de protección internacional presentadas en los últimos años han sido de 118.446 en 2019, 88.826 en 2020, 65.482 en 2021, 118.842 en 2022 y 163.220 en 2023.

De acuerdo a los datos ofrecidos por la Secretaria de Estado de Migraciones<sup>33</sup> el número de plazas de la fase de acogida del sistema de protección internacional en España ha crecido desde las 1.496 en 2015 hasta las 19.017 en junio de 2024. La misma fuente señala que las personas atendidas en el sistema de acogida de protección internacional en España durante los años 2022 y 2023 superan las 60.000 (65.456 en 2022 y 66.085 en 2023). En el período analizado de 2024 esta cantidad ya ascendía a 49.517 lo que, proyectado al conjunto del año, parece plantear un incremento muy relevante.

El Ministerio afirma, además, que se está planteando la construcción de 1.610 plazas nuevas para la acogida de protección internacional y la construcción de nueve centros de primeras llegadas con un total de 5.150 plazas.

De estos datos debe derivarse, por un lado, la necesidad de mejorar el sistema de protección internacional y de primera llegada para reforzar y asimilar posibles incrementos de llegadas y, por

otro lado, considerar las cifras que no pueden ser entendidas como excepcionales puesto que se producen de forma regular cada año.

# 9. RESUMEN DE PROPUESTAS

Si bien la movilidad humana no siempre viene activada por un proyecto de emprendimiento, sino que en muchas ocasiones resulta como consecuencia de distintos riesgos y/o amenazas para el mantenimiento de la propia vida, la experiencia migratoria no tiene por qué ser entendida -ni atendida- desde un enfoque limitante de derechos. En este sentido, proponemos algunos elementos para una interpretación menos lesiva del nuevo marco armonizado de política migratoria europea:

## **Ficción de no entrada**

La ficción de no entrada no supone ninguna novedad en el contexto normativo de la Unión Europea. En la regulación actual ya se recoge la figura de la entrada sin autorización. En consecuencia, el Reglamento de triaje no altera este planteamiento 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 y seguras previstas.

## **Mecanismos de seguimiento**

En los mecanismos de seguimiento previstos en el Reglamento de triaje y en el Reglamento de procedimiento debe participar el Defensor del Pueblo junto con organizaciones internacionales, no gubernamentales y otras instituciones públicas. Limitar el mecanismo de seguimiento al Defensor del Pueblo supondría que la previsión de estos mecanismos no generaría ningún valor añadido a la situación actual, puesto que ya el Defensor del Pueblo tiene la competencia de controlar el respeto de los derechos de las personas sometidas a cualquier procedimiento administrativo en España.

Además, es necesario que se dote al mecanismo de medios económicos y personal suficiente para que su creación conlleve, realmente, la capacidad de investigar la práctica de estos procedimientos.

## **El impacto del triaje en el modelo español**

Una implementación radical del sistema de triaje parece excluir la entrada de personas en condiciones de vulnerabilidad que no formulen solicitud de protección internacional. Ello pone en cuestión dos elementos fundamentales del modelo español: el sistema de acogida humanitaria y el arraigo.

Con el objetivo de poder mantener estas singularidades dentro del marco del PEMA, hay que acudir al artículo 18 del Reglamento de triaje que permite la aplicación del artículo 6, apartado 5, del Reglamento (UE) 2016/399 cuya letra c) 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.

## **Privación de libertad en el marco de los procedimientos previstos en el PEMA y ubicaciones para su desarrollo**

El Reglamento de triaje prevé que las personas deberán permanecer a disposición de las autoridades "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".

Esta puesta a disposición se considera una detención si se realiza en un centro de régimen cerrado. En consecuencia, en nuestro ordenamiento no podría durar más de 72 horas. En ese caso, el lugar adecuado para el triaje serían los CATEs o centros similares. Sin embargo, una interpretación más respetuosa con los derechos humanos debería plasmarse en que estas

personas mantengan la libre circulación y, por tanto, el triaje se practique en ubicaciones de régimen abierto como los CETIs.

Por su parte, el Reglamento de procedimiento y el Reglamento de retorno establecen que las personas sometidas a estos procedimientos tendrán la obligación de residir en determinadas ubicaciones mientras se sustancian los mismos. Esta obligación de residir no puede equipararse a una privación de libertad, por lo que estas personas deben ubicarse en centros con régimen abierto como los CETIs.

### **Privación de libertad de solicitantes de protección internacional**

Las normas del PEMA contemplan situaciones en las que procede el internamiento de personas que hayan formulado la solicitud de protección internacional. Esta posibilidad, sin embargo, no tiene cabida en nuestra legislación, de acuerdo con lo que establece la Ley de Asilo y la Ley de Extranjería.

### **Riesgo de fuga**

El concepto de riesgo de fuga es muy relevante a la hora de determinar el internamiento de las personas extranjeras sometidas a los diversos procedimientos del PEMA. 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". Por su parte, el reciente RD 1155/2024 plantea que para valorar el riesgo de incomparecencia se tendrá en cuenta 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.

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

### **Menores de edad**

Aunque la referencia al interés superior del menor es constante en el PEMA, las medidas concretas que se plantean son incompatibles con este principio. Por ejemplo, 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, como contemplan el Reglamento de triaje, el Reglamento del procedimiento fronterizo, o la Directiva de condiciones de acogida.

Por su parte, 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. También resulta incompatible con este interés superior la diferencia por edades que realiza el artículo 11 del Reglamento de crisis.

Así mismo, en relación con la recolección de datos biométricos de menores desde los 6 años, debe exigirse 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.

Con respecto a los menores, es necesario que el representante del menor al que se refieren las normas del Pacto sea un letrado del turno de guardia con formación específica y que garantice la evaluación del interés superior del niño, y, aunque se permite que el mismo profesional ofrezca consejo jurídico a varios solicitantes, parece conveniente que España ponga un límite para que sea efectivo y eficaz.

Igualmente, España debe crear un procedimiento de determinación de la edad, tal y como estaba previsto en la Disposición final vigésima cuarta de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y que este procedimiento recoja, de acuerdo con las resoluciones del Comité de Derechos del Niño, un estudio holístico y no solo físico.

### **Asistencia jurídica y derecho a la tutela judicial efectiva**

En el marco del procedimiento de triaje puede haber personas y organizaciones que apoyen el asesoramiento y consejo. Pero, además, de eso, debe garantizarse la asistencia letrada de las personas sometidas al procedimiento de triaje. Para ello, se deberá modificar la ley de extranjería en su artículo 22 introduciendo el triaje como supuesto en el derecho a asistencia letrada.

Del mismo modo, el procedimiento fronterizo de retorno debe adecuarse a la normativa española en la materia, y al mismo se le deben aplicar las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador y deben ser equiparadas, como mínimo, a las garantías que actualmente están previstas para la devolución.

Por último, para la implementación del sistema de recursos contra las decisiones de traslado, hay que matizar que la limitación del ámbito de escrutinio judicial de un acto administrativo resulta contraria a nuestro ordenamiento. Además, para la implementación del artículo 43 del RGMA es necesario modificar los artículos 48 y 129 de la LRJCA.

### **La capacidad adecuada de un sistema bien preparado**

Las cifras previstas para España en el Reglamento de procedimiento son bajas. Por ello, se plantea que la aplicación de estas mismas para una reducción de derechos es potestativa y, en consecuencia, España no debe aplicar estas restricciones. Además, en relación con el Reglamento de crisis, resulta pertinente mejorar el sistema de protección internacional y de primera llegada para reforzar y asimilar posibles incrementos de llegadas, y, por otro lado, considerar las cifras que no pueden ser entendidas como excepcionales puesto que se producen de forma regular cada año.

# NOTAS

- <sup>1</sup> 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-summes.pdf;jsessionid=0EECC1DFF331AC4F388C20B8A5F3DA82?sequence=3>
- <sup>2</sup> 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>
- <sup>3</sup> 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](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)
- <sup>4</sup> “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...”
- <sup>5</sup> Soderstrom, K. (2022). An analysis of the fiction of non-entry as appears in the screening regulation. ECRE Commentaries.
- <sup>6</sup> 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>
- <sup>7</sup> Orav, A. and Barlaoura, N. (2024). Legal fiction of non-entry in EU asylum policy. European Parliamentary Research Service
- <sup>8</sup> 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.
- <sup>9</sup> STEDH en el caso Amuur contra Francia, de 25 de junio de 1996.
- <sup>10</sup> Fuchsreiter, K. (2022). The proposed Screening Regulation – chances or risks for fundamental rights compliance by Member States?. Paris Lodron University of Salzburg
- <sup>11</sup> 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.
- <sup>12</sup> 1. En el caso de los nacionales de terceros países sometidos a triaje que hayan formulado una solicitud de protección internacional:  
  
b) la aplicación de las normas comunes para la acogida de los solicitantes de protección internacional de la Directiva (UE) 2024/1346 estará determinada por el artículo 3 de dicha Directiva.
- <sup>13</sup> 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.
- <sup>14</sup> 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.
- <sup>15</sup> 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/12/5&lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT/OP/12/5&lang=en)
- <sup>16</sup> Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.
- <sup>17</sup> Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.
- <sup>18</sup> Datos del Observatorio Permanente de la Inmigración, accesibles en: <https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/arraigo?tab=ultimos-datos>
- <sup>19</sup> Fuchsreiter, K. (2022). The proposed Screening Regulation – chances or risks for fundamental rights compliance by Member States?. Paris Lodron University of Salzburg. Vid. STJUE FMS y otros párrafo 231.
- <sup>20</sup> STEDH en el caso Ilias y Ahmed c. Hungría, de 21 de noviembre de 2019.
- <sup>21</sup> STC, núm. 174/1999, de 27 de septiembre de 1999.

- <sup>22</sup> STC, núm. 115/1987, de 7 de julio de 1987.
- <sup>23</sup> STEDH, 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.
- <sup>24</sup> 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.
- <sup>25</sup> STC núm. 260/2007, de 20 de diciembre de 2007
- <sup>26</sup> STEDH en el caso J.A. y otros c. Italia, de 30 de marzo de 2023
- <sup>27</sup> STEDH en el caso A.B. c. Francia, de 12 de julio de 2016.
- <sup>28</sup> STC, núm. 17/2013, de 31 de enero de 2013. En términos similares la STS, núm. 988/2013, de 12 de marzo de 2013.
- <sup>29</sup> 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.
- <sup>30</sup> 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](https://proteccion-asilo.interior.gob.es/documentos/Avance%20trimestral%20de%20proteccion-internacional%20acumulados%2031%20diciembre%202023.pdf)
- <sup>31</sup> Según los últimos datos disponibles de Eurostat correspondientes a la media anual para toda la UE
- <sup>32</sup> Datos obtenidos de los correspondientes informes sobre inmigración irregular publicados en <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/>
- <sup>33</sup> Informe del Sistema de Protección Internacional en España, disponible en <https://www.inclusion.gob.es/documents/d/quest/informe-sistema-de-proteccion-internacional-espanol-2024-def->

# BIBLIOGRAFÍA

- ECRE (2024). 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).
- 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.
- Fuchsreiter, K. (2022). The proposed Screening Regulation – chances or risks for fundamental rights compliance by Member States. Vid. STJUE FMS y otros párrafo 231.
- Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Secretaría de Estado de Migraciones, Dirección General de Atención Humanitaria y del Sistema de Acogida y de Protección Internacional (2024). Informe del sistema de protección internacional en España (20 de junio de 2024).
- Naciones Unidas. Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. (2010). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención (12º período de sesiones). Ginebra, 15 a 19 de noviembre de 2010.
- Observatorio Permanente de la Inmigración. (n.d.). Datos accesibles sobre el arraigo. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. <https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/arraigo?tab=ultimos-datos>
- Orav, A., & Barlaoura, N. (2024). Legal fiction of non-entry in EU asylum policy. European Parliamentary Research Service.
- 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>
- Pinto-Oliveira, A. S. (2024). Chapter 5: Aliens' protection against arbitrary detention (Article 5 ECHR). En D. Moya & G. Milios (Eds.), Aliens before the European Court of Human Rights
- Soderstrom, K. (2022). An analysis of the fiction of non-entry as appears in the screening regulation. ECRE Commentary. <https://ecre.org/wp-content/uploads/2022/09/ECRE-Commentary-Fiction-of-Non-Entry-September-2022.pdf>
- 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/12/5&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT/OP/12/5&Lang=en)

© Oxfam Intermón, diciembre de 2024

ISBN 978-84-8452-753-4

Este documento ha sido elaborado por Diego Boza Martínez, David Moya Malapeira, Violeta Moreno-Lax, Dévika Pérez Medina, Laura Salzano, bajo la coordinación académica de Diego Boza Martínez, la colaboración de Julia Alpiste Gruas, Julia Busquets Montoya, Aina Merino Bello, y los comentarios de Raquel Checa Rubio y Sonia Díaz Zapata. Coordinación técnica a cargo de Beatrice Cavallari, y diseño y maquetación de Sonia Díaz Zapata.

Para más información sobre los temas tratados en este documento, por favor, póngase en contacto con [msambade@oxfamintermon.org](mailto:msambade@oxfamintermon.org)

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](mailto: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](http://www.oxfam.org).

Oxfam Alemania ([www.oxfam.de](http://www.oxfam.de))  
Oxfam América ([www.oxfamamerica.org](http://www.oxfamamerica.org))  
Oxfam Aotearoa ([www.oxfam.org.nz](http://www.oxfam.org.nz))  
Oxfam Australia ([www.oxfam.org.au](http://www.oxfam.org.au))  
Oxfam-en-Bélgica ([www.oxfamsol.be](http://www.oxfamsol.be))  
Oxfam Brasil ([www.oxfam.org.br](http://www.oxfam.org.br))  
Oxfam Canadá ([www.oxfam.ca](http://www.oxfam.ca))  
Oxfam Colombia ([www.oxfamcolombia.org](http://www.oxfamcolombia.org))  
Oxfam Francia ([www.oxfamfrance.org](http://www.oxfamfrance.org))  
Oxfam GB ([www.oxfam.org.uk](http://www.oxfam.org.uk))  
Oxfam Hong Kong ([www.oxfam.org.hk](http://www.oxfam.org.hk))

Oxfam IBIS (Dinamarca) ([www.oxfamibis.dk](http://www.oxfamibis.dk))  
Oxfam India ([www.oxfamindia.org](http://www.oxfamindia.org))  
Oxfam Intermón (España) ([www.oxfamintermon.org](http://www.oxfamintermon.org))  
Oxfam Irlanda ([www.oxfamireland.org](http://www.oxfamireland.org))  
Oxfam Italia ([www.oxfamitalia.org](http://www.oxfamitalia.org))  
Oxfam México ([www.oxfammexico.org](http://www.oxfammexico.org))  
Oxfam Novib (Países Bajos) ([www.oxfamnovib.nl](http://www.oxfamnovib.nl))  
Oxfam Quebec ([www.oxfam.qc.ca](http://www.oxfam.qc.ca))  
Oxfam Sudáfrica ([www.oxfam.org.za](http://www.oxfam.org.za))  
KEDV ([www.kedv.org.tr](http://www.kedv.org.tr))