

El derecho de los migrantes rescatados en el mar que soliciten protección internacional a no ser internados

The Right of Migrants Rescued at Sea who Request International Protection not to Be Interned

Emilia Girón-Reguera¹
Universidad de Cádiz – Cádiz, España
emilia.giron@uca.es

Cómo citar/ How to cite: Girón, E. (2023). El derecho de los migrantes rescatados en el mar que soliciten protección internacional a no ser internados. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 18(2), 21 – 47. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2023v18n2.10509>

Resumen

En los últimos años se ha dado un incremento de rescates de migrantes llegados en embarcaciones en las aguas del Mar Mediterráneo y de las Islas Canarias, y con ello se ha generado una polémica en torno a su internamiento cuando solicitan asilo en países de la Unión Europea. Este trabajo estudia la regulación del internamiento en el ordenamiento comunitario y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su pronunciamiento de 25 de junio de 2020. El análisis pone de manifiesto que la privación de libertad reviste un carácter excepcional y subsidiario: únicamente se podrá internar si concurren los motivos de internamiento relacionados en el art. 8.3 de la Directiva acogida y siempre que no existan otras medidas alternativas menos gravosas para el derecho a la libertad personal. Además, se adopta un modelo garantista, que establece respaldos para los solicitantes internados y concibe que se menoscaba el derecho al asilo con su internamiento en centros penitenciarios o de custodia cuyo fin sea proceder a su a su de-

Fecha de recepción: 23 de febrero de 2023
Fecha de evaluación: 14 de abril de 2023
Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2023

Este es un artículo Open Access bajo la licencia BY-NC-SA
(<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>)
Published by Universidad Libre

Investigación realizada en el marco del proyecto Erasmus Capacity Building “Remove - Repensando la Migración desde la Frontera de Venezuela: nuevo programa académico en movilidad humana y convivencia en la Comunidad Andina”.

¹ Profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad de Cádiz (España).

volución o expulsión. La doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia analizada refuerza la protección de migrantes rescatados en el mar, consagrando su derecho a no ser internados cuando soliciten protección internacional y, por ende, la obligación de los países receptores de facilitar el acceso al procedimiento de asilo y, durante su tramitación, dispensarles una acogida digna. La sentencia comentada ahonda en la tendencia, cada vez más acentuada, de abordar los procesos migratorios desde una perspectiva humanizadora.

Palabras clave

Migración; derechos humanos; fronteras exteriores; protección internacional; derecho de asilo; principio de no devolución; internamiento.

Abstract

In recent years, the amount of rescues of migrants arrived to the Mediterranean Sea and the Canarian Islands in watercrafts has increased. With it, controversy has surrounded their internment when they request asylum. This paper studies the regulation of internment by European legislation as interpreted by the European Court of Justice in its pronouncement of June 25, 2020. The analysis shows that the deprivation of liberty constitutes an exceptional and subsidiary measure, since migrants can only be detained if reasons for detention listed in art. 8.3 of the Reception Directive are present, and provided that there are no other alternative measures, less burdensome for the right to personal liberty. In addition, a guarantee model is adopted, which establishes support for the interned applicants and conceives that the right to asylum is undermined with their internment in penitentiary or custody centres whose purpose is to proceed with their return or expulsion. The jurisprudential doctrine included in the analysed judgement reinforces the protection of migrants rescued at sea, enshrining their right not to be interned when they request international protection and, therefore, the obligation of receiving countries to facilitate access to the asylum procedure and, during their processing, give them a dignified accommodation. The commented judgement delves into the growing tendency to approach migration processes from a humanizing perspective.

Keywords

Migration; human rights; external borders; international protection; right to asylum; principle of non-*refoulement*; internment.

El Sistema Europeo Común de Asilo ante la crisis de refugiados.

El recrudecimiento de conflictos, el aumento del impacto de fenómenos climáticos, la degradación ambiental y la reactivación de rutas migratorias tras la pandemia han provocado un aumento de los desplazamientos forzados en el mundo, alcanzando cifras históricas en 2021 y 2022. Millones de personas se han desplazado de manera forzada. En la Unión Europea (en adelante, UE), la intensa movilidad humana forzada ha conllevado un incremento de las solicitudes de asilo, haciendo más patente la necesidad de repensar el sistema para gestionar la migración y proseguir, en consecuencia, con el proceso de reforma de la normativa comunitaria en materia de asilo, que se activó a raíz de la crisis migratoria de 2015. En dicho año, se experimentó una afluencia sin precedentes con la llegada de casi un millón de personas que huían de la guerra civil en Siria, a las que se unieron otras personas desplazadas que huían de conflictos en Oriente Medio y África Subsahariana, que llamaron a las puertas de Europa solicitando protección internacional. Estos flujos migratorios pusieron de manifiesto serias deficiencias, al quedar desbordados los sistemas de recepción y de asilo, especialmente en los países fronterizos, además de la conveniencia de realizar un esfuerzo para dispensar un trato uniforme en toda la Unión Europea.

En los dos últimos años, la crisis migratoria se ha agudizado, asistiéndose a un panorama desolador. En agosto de 2021, se produjo la mayor evacuación de la historia con la salida forzosa de miles de afganos tras la retirada de las tropas de Estados Unidos y la toma del poder por los talibanes, que se tradujo en una petición masiva de asilo por los afganos evacuados. Un par de meses más tarde, en octubre y noviembre de 2021, se originó el estallido de la crisis migratoria bielorruso-polaca, al quedar más de dos mil migrantes indocumentados, procedentes en su mayoría de Oriente Próximo, atrapados en la frontera, intentando llegar a la UE a través de Polonia. En 2021 el número de inmigrantes que trataron de cruzar el canal de la Mancha en embarcaciones precarias, arriesgando su vida, para llegar a las costas británicas, alcanzó cifras nada habituales², que se han mantenido en

² Durante el 2021, más de treinta y tres mil inmigrantes intentaron cruzar el mar hacia el Reino Unido. Más de veinticinco mil lo lograron, frente a los ocho mil quinientos en 2020.

2022. En julio de 2022, la *Royal Navy* amenazó con retirarse al no lograr detener las pateras en el Canal de la Mancha, por cuanto el tráfico ilegal de inmigrantes aumentó casi un ochenta por ciento desde que la marina británica pasó a reforzar a la guardia costera. El panorama devino aún más complejo en febrero y marzo de 2022, al asistirse a la crisis de refugiados más grave de Europa de todo el siglo XXI, tras la invasión rusa de Ucrania. La invasión rusa ha provocado un éxodo masivo de personas, el mayor desde la Segunda Guerra Mundial, estimándose alrededor de casi cinco millones de refugiados ucranianos. A ello se suma los cientos de miles de ciudadanos rusos que han huido de su país para evadir el reclutamiento forzado para luchar como soldados en la guerra de Ucrania.

Simultáneamente a estos conflictos, **las muertes, naufragios** y rescates de migrantes también se han multiplicado en el Mar Mediterráneo. El gran número de embarcaciones que siguen tratando de llegar a las costas europeas por el Mediterráneo, muchas infructuosamente, llevó al Papa Francisco a hacer una llamada de atención a finales de 2021 para detener lo que a su juicio es un “naufragio de civilización”, denunciando que *Mare Nostrum* se ha convertido en un desolador *Mare Mortuum*, transfigurándose en una tumba. Los datos revelan que se trata de la ruta de migración más mortífera del mundo³. A ello hay que añadir las dificultades a las que se suelen enfrentar los barcos humanitarios para desembarcar, tras rescatar en las aguas del Mediterráneo a inmigrantes a la deriva que huyen de conflictos bélicos, persecución o pobreza⁴. A las costas españolas los migrantes, en su mayoría procedentes de Magreb y del África Subsahariana, no sólo acceden por el Mediterráneo, también arriesgan sus vidas atravesando las aguas del Océano Atlántico para alcanzar las Islas Canarias. En España, más de la mitad de inmigrantes irregulares recibidos lo hicieron a través de la ruta canaria. Estas islas españolas son desde hace casi treinta años el destino de miles de embarcaciones precarias –cayucos, pateras- que transportan migrantes, muchos de los cuales fallecen ahogados en el océano Atlántico⁵.

3 Los datos publicados por ACNUR muestran que han aumentado las tragedias y el número de muertes en el mar durante las travesías. El 37% de las muertes de personas migrantes de todo el mundo se dieron en sus aguas. Solo en 2021, 3.231 vidas se perdían en el Mediterráneo, la cifra más alta desde 2016. Son las contabilizadas, pero, con seguridad, son más los desaparecidos que ni siquiera aparecen en estas cifras.

4 Así, en agosto de 2019, se produjo una situación realmente desesperada cuando el buque *Open Arms* de la ONG española estuvo casi tres semanas con decenas de migrantes a bordo, 124 personas, rescatadas en el mar el 1 de agosto, y otras 39 diez días después, pero ningún Estado autorizaba su desembarco. En noviembre de 2022, el Gobierno italiano tardó semanas en autorizar el desembarco en sus puertos de dos barcos humanitarios con inmigrantes a bordo rescatados en el mar: el *Geo Barents*, de Médicos sin Fronteras, y *Humanity 1*, de SOS Humanity; mientras que Francia acabó autorizando la entrada del *Ocean Viking*, con 234 migrantes a bordo, en el puerto francés de Tolón, tras veinte días de espera cerca de las costas italianas. Ante la negativa de Italia, Francia suspendió el acuerdo de relocalizaciones, por el que se comprometía a dar acogida inmediata a tres mil quinientos refugiados procedentes de Italia. Fue la primera nave humanitaria de una ONG que atracó en territorio francés.

5 En total, más de 20.700 migrantes alcanzaron la costa del archipiélago canario en 2021.

La creciente e incesante llegada de migrantes a Europa en los últimos años se ha traducido en un incremento de las demandas de asilo. La Unión Europea cuenta con los mimbres necesarios para darles una respuesta adecuada mediante la aplicación del *Sistema Europeo Común de Asilo* (en adelante, SECA). El art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) consagra la política común en materia de asilo, tras su inclusión por el Tratado de Lisboa de 2007, que entró en vigor en 2009, basada en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967⁶. El SECA pretende un estatuto uniforme de asilo y de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países y un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva, y garantizar el respeto del principio de no devolución. Con tal fin, el SECA se basa en un marco jurídico común para los procedimientos de protección internacional y para las condiciones de acogida, estableciendo un sistema de determinación del Estado miembro responsable de examinar las solicitudes de protección internacional, de forma que todos los países miembros actúen de forma coordinada. El complejo acervo comunitario en materia de asilo está conformado por diversas normas⁷:

- El *Reglamento de Dublín*, Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida.
- La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

6 Art. 78.1 TFUE dispone: “La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes”.

7 Por tal razón, Mangas Martín opina que, debido a tal dispersión normativa, sería deseable que la UE “hiciera una refundición de las directivas en vigor sobre asilo en una única armonizada e integrada y los Estados pudieran corregir, si fuera necesario, las incoherencias o insuficiencias de su propia transposición” (“Algunos desarrollos jurisprudenciales sobre asilo e inmigración irregular en la Unión Europea”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 1646).

- La Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (en lo sucesivo, Directiva “procedimientos”).
- La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo del Consejo de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (en lo sucesivo, Directiva “acogida”).
- La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en lo sucesivo, Directiva “retorno”).
- La Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Esta directiva fue aprobada a raíz de la crisis de Kosovo en 2001, y en ella se articula un procedimiento excepcional que garantiza a personas procedentes de terceros países una protección inmediata durante un año, prorrogable automáticamente por periodos de seis meses durante un año, y sin perjuicio del reconocimiento del estatuto de refugiado de conformidad con la Convención de Ginebra. Bajo su amparo, se crea un estatuto de protección con menos trámites, para evitar los complicados sistemas nacionales de asilo y permite a los Estados miembros gestionar las llegadas de forma ordenada y eficaz, respetando plenamente los derechos fundamentales y las obligaciones internacionales. Con la guerra de Ucrania se ha activado esta Directiva por vez primera en 2022, porque no llegó a ser aplicada con la afluencia masiva que se produjo en 2015. El Consejo mediante la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, de 4 de marzo, constató la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del art. 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se iniciara la protección temporal”.⁸

⁸ Al amparo de esta normativa, Europa ha integrado temporalmente a seis millones de desplazados ucranianos. Al respecto, la eficaz gestión de los flujos migratorios por los Centros de Recepción, Atención y Derivación (CREADE), puestos de marcha a raíz del conflicto en el este de Europa en España, no ha pasado desapercibida, y son diversas las voces que han solicitado que estos centros se hagan permanentes y extensibles a todos los solicitantes de protección internacional.

- El Reglamento (UE) 2021/1147 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021, por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración para contribuir a la gestión eficaz de los flujos migratorios y a la aplicación, el refuerzo y el desarrollo de la política común de asilo y de la política común de inmigración.
- El Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021, relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea. El SECA cuenta así con un organismo de apoyo, Agencia de Asilo de la Unión Europea (AAUE) creada en 2022, que ha sustituido a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO). Esta agencia juega un papel esencial en la práctica del SECA, al ayudar a las autoridades nacionales de los países de la UE a aplicar la legislación de la UE, fomentando una mayor convergencia de los procedimientos y las condiciones de acogida en este ámbito mediante la asistencia operativa y técnica y la elaboración de directrices.

El objetivo del SECA es que las personas, independientemente del Estado miembro en el que presenten la solicitud de protección internacional, reciban el mismo tratamiento en lo referente a la tramitación del procedimiento y la determinación del estatuto. Sin embargo, la regulación del asilo en la UE es llevada a cabo fundamentalmente mediante directivas⁹, lo que explica que, a pesar de los progresos realizados por el SECA, siga habiendo considerables disparidades entre los Estados miembros en lo que respecta a la concesión de protección internacional y en las formas que esta reviste. Cada país tiene la facultad de conceder o no el estatus de refugiado respetando los mínimos recogidos en la normativa comunitaria. Por ello, las instituciones comunitarias trabajan para lograr una mayor convergencia en la evaluación de las solicitudes de protección internacional y alcanzar un nivel uniforme de aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de su territorio. A la aplicación del SECA también contribuye ampliamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), cuya jurisprudencia es de gran valor para la interpretación de la normativa comunitaria y el desarrollo de una política comunitaria común en materia de asilo respetuosa con los derechos humanos.

⁹ Las Directivas son normas de derecho comunitario derivado que obligan “al Estado Miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios” (art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

El principio de no devolución como garantía esencial de los solicitantes de protección internacional.

Un gran número de migrantes que intentan acceder clandestinamente a la Unión Europea atravesando el mar para alcanzar sus costas lo hace con el objetivo de buscar protección fuera de su país de origen o de residencia habitual, ejercitando el derecho de asilo recogido en el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y desarrollado en la Convención de Ginebra de 1951 y su protocolo (Protocolo de Nueva York de 1967). En el vigente Derecho de la Unión Europea la protección internacional tiene una doble dimensión que abarca tanto el derecho de asilo, como el derecho a la protección subsidiaria (art. 2 de la Directiva 2011/95/UE)¹⁰. El estatuto de refugiado se concede a un nacional de un tercer país que busca protección fuera de su país de origen o de residencia habitual por tener fundados temores de ser perseguida en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social, de género u orientación sexual. Mientras que la protección subsidiaria, también englobada en la protección internacional, es prestada a las personas de terceros países y a las apátridas que, sin reunir los requisitos para el reconocimiento del estatuto de persona refugiada, han tenido que abandonar su país de origen o de residencia habitual y no pueden regresar por existir motivos fundados de que se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves: condena a pena de muerte, tortura o tratos inhumanos o degradantes y amenazas contra la vida o la integridad como consecuencia de situaciones de violencia indiscriminada en conflictos armados (art. 15 Directiva 2011/95/UE, art. 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria – en adelante, LRDAPS).

El ejercicio del derecho a solicitar asilo ofrece de forma automática a las personas migrantes una protección frente a posibles devoluciones o expulsiones, en virtud del principio de no devolución, también conocido como *non-refoulement*, fundamental en derecho migratorio¹¹. La finalidad de este principio impedir la devolución, el rechazo o la expulsión de un migrante a su país de origen o procedencia, cuando su vida o integridad corran peligro, por lo que el ejercicio del derecho de asilo les legitima para impugnar una orden de devolución o expulsión. Es, por

10 Al respecto, Castillo Daudí aclara que el asilo “es el punto final de un proceso de reconocimiento de protección internacional; como resultado del mismo una persona puede ser reconocida como refugiado o como beneficiaria de protección internacional” (“El asilo en la Unión Europea: aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Anuario Español de Derecho Internacional, vol. 34, 2018, p. 906).

11 El principio de no devolución se encuentra reconocido en el art. 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y, en el ámbito de la Unión Europea, en el art. 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales, el art. 78 TFUE y el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

ello, obligatorio que los Estados garanticen a todas las personas que alcancen sus fronteras la posibilidad de presentar una solicitud de asilo ante las autoridades competentes, de forma que no sean devueltas al país de origen o de procedencia en el que existen riesgos para su vida o integridad físicas, evitando así incurrir en una vulneración del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y del art. 13 del mismo Convenio, que reconoce el derecho a un recurso efectivo.

El amparo que el ejercicio de derecho de asilo dispensa frente a las devoluciones inmediatas justifica la obligación de inscribir con celeridad la condición de solicitante de protección internacional, porque de esta forma, cualquier orden de devolución¹², expulsión¹³ o extradición que tenga pendiente quedará suspendida hasta que se produzca resolución firme sobre la solicitud de protección internacional. Los solicitantes de asilo tienen así reconocido el derecho a permanecer en el territorio del Estado de acogida durante el examen de su solicitud, pero este derecho a permanecer no constituye un derecho a obtener el permiso de residencia (art. 9.1 Directiva *procedimientos*). Si bien, sí se les debe facilitar documentación que acredite su condición de solicitante, porque, entretanto, el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro no puede ser considerado en situación irregular en el territorio de dicho Estado Miembro hasta que no entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo.

El procedimiento administrativo se inicia con la presentación de la solicitud de protección internacional en la Oficina de Asilo y Refugio en Madrid, en las *Comisarias de Policía autorizadas o en las Oficinas de Extranjería*¹⁴, una vez se encuentre en el territorio español. Para formalizar la solicitud, la persona ha de comparecer en los lugares citados en un plazo máximo de un mes desde la entrada en territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos en que se

12 De acuerdo con el art. 58.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros España y su integración social (en adelante, LODLE), quienes pretendan entrar ilegalmente en el país, en el supuesto de que formalice una solicitud de protección internacional, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición.

13 El art. 64.5 LODLE prevé la suspensión de la ejecución de las resoluciones de expulsión cuando se formalice una petición de protección internacional, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto.

14 Aunque la legislación española no admite la presentación de la demanda de asilo en las representaciones diplomáticas, el art. 38 LRDAPS contempla la posibilidad de que, en caso de peligro para la integridad física, los embajadores de España puedan promover el traslado del extranjero a España para hacer posible la presentación de la solicitud. Con base en este precepto, el Tribunal Supremo, en una sentencia del 15 de octubre de 2020, ha reconocido el derecho de potenciales solicitantes de asilo a pedir en embajadas españolas su traslado legal a España para formalizar una petición de protección internacional. Sin embargo, es una opción escasamente utilizada. Al respecto, el Defensor del Pueblo de España ha recomendado rehabilitar la posibilidad de presentar las solicitudes de asilo en las Embajadas, prevista en la anterior ley española de asilo (Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida, Madrid: Defensoría del Pueblo, pág. 48).

justifique la solicitud¹⁵. Otras garantías que deben ser aseguradas en esta fase son facilitar el derecho de estancia y asistencia que cubra sus necesidades básicas durante la deliberación de la autoridad decisoria, el derecho a los servicios de un intérprete de forma gratuita para presentar su caso a las autoridades y ser informado, la comunicación de la solicitud al *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados* (ACNUR), con quien tendrá derecho a ponerse en contacto y la oportunidad de consultar a abogados u otros asesores jurídicos.

Formalizada la solicitud de protección internacional, se iniciará el procedimiento para determinar el Estado miembro responsable de examinar la solicitud y tomar una decisión mediante un proceso establecido por el Reglamento Comunitario 604/2013 (“ley europea”) ó Reglamento de Dublín, denominado, por ello, el “sistema de Dublín”¹⁶. No existe, por tanto, un derecho a elegir el Estado en el que asentarse, ya que este no se determina atendiendo a las preferencias de los solicitantes, sino a los criterios del Reglamento cuyo objetivo es racionalizar las solicitudes para dar celeridad a su tramitación¹⁷. Si España es responsable, se tiene derecho a permanecer en el país o, si otro país es responsable, a permanecer hasta el traslado a ese otro Estado responsable y beneficiarse de las condiciones materiales de acogida (alojamiento, alimentación, atención sanitaria, etc.). Los traslados previstos en el sistema de Dublín han generado discrepancias sobre las que se han pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la UE, que han concluido que no se puede trasladar a ningún país del que se sepa con certeza que no ofrece suficientes garantías, pudiendo quedar vulnerados derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸.

Tras determinarse que es España la responsable de decidir sobre la solicitud de asilo, ésta será enviada a la OAR para estudiar los aspectos formales de la solicitud. Para tal comprobación se dispone de un mes a contar desde la fecha de solicitud. Este plazo de un mes es de silencio positivo, por lo que, si no hay resolu-

15 Actualmente, la tardanza en la concesión de cita para formalizar la solicitud de asilo ha generado todo un mercado negro en el que se venden citas para solicitar asilo.

16 Existen varios motivos por los que un país puede ser responsable del examen de la solicitud: tener un miembro de la familia en otro país de Dublín, poseer o haber poseído un visado o un permiso de residencia expedido por un país de Dublín o haber estado en otro país de Dublín.

17 La falta de eficacia del sistema de Dublín es criticada por la doctrina. Chélling Inglés pone de manifiesto que “del total de peticiones de transferencia que se realizan entre Estados Miembros, únicamente se ejecutan alrededor de un 2 por 100”. (“El traslado de solicitantes de asilo a Estados Miembros con condiciones menos favorables”, Martín Consarnau, D. (coord.), Retos en inmigración, asilo y ciudadanía, Madrid, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, 2021, pág. 327). Sobre las causas de las deficiencias del sistema de Dublín, puede verse Garcés-Masareñas, B., “Por qué Dublín no funciona”, Notes Internacionals CIDOB, n.º 135, 2005, págs. 2-3.

18 Véanse, las sentencias del TEDH de 21 de enero de 2011, MSS c. Belgique et Grèce; de 5 de diciembre de 2013, Case of Sharifi v. Austria; de 21 de octubre de 2014, Affaire Sharifi et Autres c. Italie et Grèce; de 4 de noviembre de 2014, Tarakhel c. Suiza. La doctrina jurisprudencial de estas sentencias ha sido hecha suya por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, véanse, al respecto, sentencias de 21 de diciembre de 2011 (C-411/10 y C-493/10), 14 de noviembre de 2013 (C-4/11), 10 de diciembre de 2013 (C-394/12) y 17 de marzo de 2016 (C-695/15).

ción expresa en tal plazo, se entiende que la solicitud ha sido admitida a trámite. Durante estos treinta días, se concede a la persona una documentación provisional como solicitante de protección internacional. Si no se admite a trámite tiene que abandonar España, salvo que disponga de autorización para permanecer. En caso de inadmisión, la persona solicitante tiene el derecho de interponer un recurso administrativo de reposición y/o un recurso contencioso-administrativo. La gran mayoría de solicitudes son admitidas a trámite, salvo que se perciba de manera inequívoca indicios de falta de veracidad.

Si la solicitud fuera admitida a trámite, se abre otro periodo de seis meses, en los que se examina con mayor profundidad la situación personal en la que se sustenta la petición de protección internacional, aunque en la práctica suele ser más tiempo. Instruido el expediente, la OAR eleva la solicitud a estudio de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que formulará propuesta de resolución al Ministerio de Interior. Las decisiones son tomadas por el Ministerio del Interior, a propuesta de la Comisión. La solicitud se entenderá desestimada si en el plazo de seis meses desde su presentación no se notifica la resolución correspondiente.

Finalmente, la resolución puede ser estimatoria, bien de concesión del estatuto de persona refugiada o de reconocimiento de persona bajo protección subsidiaria; de denegación del estatuto, pero concesión de autorización de residencia por razones humanitarias o, por el contrario, denegatoria de la protección, debiendo abandonar España, salvo que se tenga autorización de residencia. En caso de decisión negativa, debe garantizarse el derecho a un recurso efectivo ante un juzgado o tribunal. El solicitante tiene derecho a permanecer hasta que haya expirado el plazo para recurrir la denegación o, si ya se ha interpuesto recurso, hasta que haya un pronunciamiento sobre el mismo (art. 46.5 Directiva “procedimientos”).

Los plazos pueden ser disminuidos a mitad de los del tiempo ordinario, cuando se realice una tramitación de urgencia. Su aplicación podrá instarse a petición de la persona interesada o de oficio por el Ministerio del Interior, siempre que concurren en las solicitudes algunas de las circunstancias relacionadas en el art. 25 LRDAPS. Por ejemplo, ser formuladas por solicitantes que presenten necesidades específicas, especialmente, por menores no acompañados.

Sin embargo, las solicitudes de protección internacional también pueden ser presentadas en los puestos fronterizos, cuando aún no han entrado en territorio español. En estos casos, las solicitudes son tramitadas según el procedimiento

conocido como *asilo en frontera* (art. 21 LRDAPS). El asilo en frontera es la solicitud de asilo que se realiza en la frontera de un Estado, esto es, en los aeropuertos, los puertos y las fronteras terrestres. Su presentación no puede ser demorada por los Estados injustificadamente. También son tramitadas por este procedimiento las solicitudes de asilo presentadas en un centro de internamiento, conocidos como CIE. También el procedimiento de frontera es la opción más usada por los extranjeros que acceden por puestos no habilitados, especialmente aquellos que han sido rescatados en las costas andaluzas y las que rodean Canarias, así como los que acceden irregularmente a Ceuta y Melilla, tras el salto del vallado.

Las solicitudes de asilo en frontera cuentan con un procedimiento específico, pero que tiene las mismas fases que el procedimiento ordinario, con una serie de diferencias, especialmente en los plazos. En este caso, la persona solicitante será retenida en dependencias habilitadas en el puesto fronterizo, mientras sobre la petición de asilo recae una primera resolución de admisión a trámite¹⁹.

Desde la solicitud, hay un plazo de cuatro días hábiles para dictar una resolución de admisión, inadmisión a trámite, o de denegación. Este plazo puede ampliarse a diez días a petición de ACNUR cuando el Ministerio de Interior haya alegado para denegar la solicitud que la persona solicitante incurre en algún supuesto de exclusión o de denegación recogido en la Ley de Asilo. Dictada la resolución de inadmisión o de denegación, se abre otro plazo de dos días hábiles para solicitar un reexamen de la solicitud, para el que se abre otro plazo de otros dos días hábiles. Durante este tiempo, el solicitante de asilo en frontera carece del derecho a entrar o circular por España. En su pronunciamiento, el Tribunal Constitucional español razonó que se trata de una restricción de la libertad de movimientos “claramente limitada: tanto en relación con los sujetos afectados (únicamente los extranjeros peticionarios de asilo cuya solicitud aún no ha sido admitida a trámite) como en el tiempo (un máximo de cuatro días, y dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen), en el espacio (no impide el retorno del extranjero a su lugar de procedencia o su entrada en otro Estado) y en el modo de la restricción (ausencia de régimen penitenciario o disciplinario). Y es también, por último, una limitación a la libertad plenamente controlada: ora en forma administrativa (el art. 5.7.1 LDA prevé –incluso– una posible visita de un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los

¹⁹ Las dudas de constitucionalidad suscitadas sobre la permanencia obligatoria en frontera de los solicitantes de asilo, al exceder su duración las setenta y dos horas exigidas en el art. 17.2 CE, fueron despejadas por la STC 53/2002, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo cuestionando la constitucionalidad de la figura de asilo en frontera introducida en la legislación en 1994.

Refugiados) como judicial” (STC 53/2002, FJ 10). Concluyó así que no resultaba inconstitucional, al tratarse de “modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutaran, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal (STC 53/2002, FJ 14).

Si el reexamen acaba con una nueva denegación o inadmisión, caben, de nuevo, los recursos antes comentados en el procedimiento ordinario. Si se incumple el plazo de cuatro días, ampliable a diez, señalado más arriba, la solicitud pasa a tramitarse por el procedimiento ordinario. A partir de la admisión, el trámite transcurre bajo la tramitación de urgencia, que reduce los plazos a la mitad, de forma que, en lugar de instruirse el expediente por un periodo de seis meses, se ha de instruir en tres meses. Una vez que su petición ha sido admitida a trámite, los solicitantes de asilo tienen derecho a la libre circulación por todo el territorio nacional.

El internamiento de nacionales de terceros países solicitantes de asilo: una medida excepcional, subsidiaria y garantista

La protección que el principio de no devolución presta a los migrantes peticionarios de asilo que han arriesgado sus vidas en precarias embarcaciones (cayucos, pateras, etc.) para alcanzar las costas andaluzas y canarias se ha visto ensombrecida en los supuestos en los que se ha decretado su internamiento. La reclusión en centros de control o confinamiento durante el tiempo en el que se tramita y valora la condición de demandante legítimo de asilo frente a los que son migrantes irregulares, que serán objeto de una devolución inmediata, ha sido objeto de críticas, por cuanto introduce una nueva categoría, “los refugiados contenidos”, a la clásica dicotomía entre *falso solicitante de asilo* y *refugiado legítimo*²⁰.

Sobre el internamiento, el derecho comunitario no es equívoco, con una regulación eminentemente protectora del extranjero formula el mandato de que “los Estados miembros no internarán a una persona por la única razón de que sea solicitante de protección internacional” (art. 8.1 *Directiva acogida*). Partiendo de esta premisa, deja, sin embargo, abierta la posibilidad de que los Estados miembros puedan internarlos únicamente cuando concurren los supuestos que relaciona de forma taxativa y siempre que sea proporcionado en el sentido de que no exis-

20 Tal es la opinión de Barbero, I. que define a “los refugiados contenidos” como “demandantes de asilo a los que se obliga a permanecer en los márgenes geográficos (y legales) a la espera de la resolución, con el fin de impedir o dificultar su movilidad intraeuropea y alentándoles a desistir de su demanda” (“Refugiados en contención: lógicas de (in)movilidad en materia de derecho de asilo en la Frontera Sur”, Revista CIDOB d’Afers Internacionals, n.º 129 (diciembre de 2021), p. 182). DOI: doi.org/10.24241/rcai.2021.129.3.179).

tan otras medidas menos gravosas para alcanzar el fin pretendido. Por tanto, no cualquier finalidad justifica la privación de libertad, el art. 8, apartado 3, párrafo primero, de esta Directiva enumera los únicos seis motivos que pueden justificar excepcionalmente un internamiento.

- Para determinar o verificar su identidad o nacionalidad.
- Para determinar los elementos en que se basa la solicitud de protección internacional que no podrían obtenerse sin el internamiento, en particular cuando exista riesgo de fuga del solicitante.
- Para decidir sobre el derecho del solicitante a entrar en territorio.
- Cuando la persona internada esté sometida a un procedimiento de retorno para preparar el retorno o ejecución del proceso de expulsión y el Estado miembro puede demostrar sobre la base de criterios objetivos, que, en particular, el interesado ya ha tenido la oportunidad de acceder al procedimiento de asilo, por lo que hay motivos razonables para pensar que únicamente presenta la solicitud de protección internacional como estrategia para retrasar o frustrar la ejecución de la decisión de retorno. Con este supuesto, se pretende prevenir el uso fraudulento del asilo, evitando que se solicite con la única intención de permanecer en la UE, eludiendo la expulsión.
- Cuando así lo exija la protección de la seguridad nacional y el orden público.
- De conformidad con lo establecido en el art. 28 del Reglamento 604/2013, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, que legitima a los Estados Miembros a internar a una persona únicamente con el fin de garantizar el desarrollo de los procedimientos de traslado cuando exista un riesgo considerable de fuga.

Se está ante una relación tasada de supuestos, pero su redacción deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados Miembros para valorar sin concurren tales situaciones y, por ende, decretar el internamiento. Por ello, el art. 8.3 in fine requiere que también queden establecidos las causas excepcionales de internamiento en el Derecho nacional, a la que se le suma la exigencia formulada de que sus respectivos

ordenamientos ofrezcan alternativas al internamiento, como la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza o la obligación de permanecer en un lugar determinado (art. 8.4 Directiva *acogida*). Tal previsión normativa reafirma que en el ordenamiento comunitario el internamiento reviste un carácter subsidiario en el sentido de que sólo será legítimo cuando no existan otras medidas menos coercitivas para la consecución de la finalidad perseguida con su internamiento. Tal planteamiento es el más respetuoso con el derecho fundamental a la libertad personal y el derecho al asilo de los que los migrantes son titulares, ya que el internamiento es una medida restrictiva, de ahí que al internamiento se le dote de un carácter excepcional y subsidiario, que debe superar el canon de proporcionalidad exigido a cualquier restricción de derechos fundamentales.

El carácter excepcional y subsidiario del internamiento se proyecta en la regulación sumamente garantista contenida en los artículos 9 y 10 de la Directiva *acogida*, que relacionan las garantías que han de ser preservadas cuando los solicitantes de asilo sean internados:

- el internamiento tendrá un carácter transitorio, porque el período de internamiento será lo más breve posible y solo se mantendrá si persisten los motivos establecidos en el art. 8.3 arriba relacionados.
- el internamiento ha de ser ordenado por escrito motivado por la autoridad correspondiente y se deberá informar inmediatamente al solicitante también por escrito, en una lengua que comprenda, de las razones en las que se basa el internamiento y de los procedimientos legales existentes para impugnar la orden de internamiento, así como la posibilidad de solicitar representación legal y asistencia jurídica gratuitas.
- el internamiento deberá ser objeto de control por la autoridad judicial de forma periódica, especialmente si es de larga duración, surgen circunstancias pertinentes o se dispone de nueva información que pueda afectar a la legalidad del internamiento.
- el internamiento se llevará a cabo, por norma general, en centros de internamiento especializados. Únicamente cuando no sea posible la acogida en un centro de tales características, el art. 10.1 Directiva *acogida* permite que, de forma excepcional, tenga lugar en centros penitenciarios, pero marcando como condición para considerarla legítima que el solicitante internado se en-

cuentre separado de los presos comunes, e incluso, en lo posible, también de nacionales de terceros países que no hayan presentado una solicitud de protección internacional, así como que se apliquen las condiciones de internamiento garantizadas en la Directiva.

- el acceso a espacios al aire libre de los solicitantes internados habrá de garantizarse.
- la posibilidad de ponerse en contacto con los solicitantes y visitarlos en condiciones que respeten la intimidad por familiares, asesores jurídicos y personas representantes de organizaciones no gubernamentales también debe estar garantizada por los Estados Miembros.

Por último, el internamiento de personas vulnerables y de solicitantes con necesidades de acogida particulares es objeto de regulación por el art. 11 de la Directiva *acogida*, que obliga a los Estados miembros a garantizar un control regular y una ayuda adecuada que tenga en cuenta la situación particular de las mismas, incluida su salud, así como un alojamiento separado a las familias internadas que les asegure una adecuada intimidad. Especial consideración se presta a los menores, reiterando, con especial énfasis, que el internamiento será una medida de último recurso, tras haberse determinado la imposibilidad de aplicar eficazmente otras medidas alternativas menos coercitivas, y, de llevarse a cabo, el período de tiempo será el más breve posible y realizando todos los esfuerzos necesarios para proporcionarles un centro de menores adecuado. De tratarse de menores no acompañados, se prohíbe de forma expresa su internamiento en centros penitenciarios y se autoriza su internamiento únicamente en circunstancias excepcionales, pero sin concretar cuáles serían, si bien se insta a realizar todos los esfuerzos que sean necesarios para la puesta en libertad de los menores no acompañados lo más rápido posible.

El internamiento de inmigrantes irregulares llegados en embarcaciones a las costas europeas que solicitan asilo: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2020.

Los claros términos con los que la Directiva *acogida* regula el internamiento no ha evitado que el TJUE tenga que pronunciarse sobre la práctica de internar a quién solicita asilo tras ser rescatado en una embarcación, intentando acceder a las cos-

tas europeas. En la sentencia de 25 de junio de 2020 (C-36/20), el TJUE resolvió tres cuestiones prejudiciales planteadas por un Juzgado de Instrucción canario el 20 de enero de 2020 en el contexto de un procedimiento relativo al internamiento de un migrante rescatado en una patera que formuló una solicitud de protección internacional, aclarando la interpretación que de la normativa comunitaria expuesta debe realizarse. En tal labor interpretativa, la metodología desarrollada por el Tribunal de Justicia se sustenta en el principio del efecto útil, en virtud del cual se ha de seleccionar, entre las varias soluciones posibles, aquella más adecuada para alcanzar los objetivos de los Tratados comunitarios, lo que comporta la “aplicación extensiva de las reglas de Derecho Comunitario” y la interpretación restrictiva de “las normas que derogan a los derechos establecidos por los Tratados”²¹.

Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento se produjeron cuando un migrante maliense viajaba, con otros cuarenta y cinco varones de origen subsahariano, en una patera que fue interceptada por Salvamento Marítimo cerca de las costas españolas el 12 de diciembre de 2019 a las 19.05 y los desembarcó al sur de la isla de Gran Canarias a las 21.30. Lamentablemente se trata de una situación cotidiana en las costas canarias y andaluzas, pero también en las costas griegas e italianas. Mediante acuerdo de 13 de diciembre de 2019, la Subdelegación del Gobierno en las Palmas ordenó la devolución de los referidos nacionales, resoluciones que han de ser dictadas dentro de las veinticuatro horas siguientes a la llegada del nacional de un tercer país. Al no poderse ejecutar ese acuerdo de devolución en el plazo de setenta y dos horas exigido por el art. 58.6 LODLE, se instó su ingreso en un centro de internamiento ante el Juzgado de Instrucción de Canarias. En el marco de las diligencias previas, el Juzgado adoptó el 14 de diciembre de 2019 tres resoluciones.

La primera resolución acordó recibir declaración de VL, en dicha comparecencia estuvo asistido de letrado e intérprete de bambara. En esa declaración, manifestó su intención de solicitar protección internacional por temor a ser perseguido por motivos de raza o pertenencia a un grupo social. Subrayó que, en razón de la guerra que sufría Malí, su retorno a este país lo expondría al riesgo de que lo mataran. Dado que, conforme al Derecho español, el Juzgado de Instrucción no tenía la consideración de autoridad decisoria, en el sentido del art. 2.f) de la Directiva *procedimiento*, el Juzgado de Instrucción comunicó mediante una segunda resolución a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras y al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) la declaración mediante la que VL

21 Cippitani, Roberto, “Derechos de los inmigrantes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Martín Consarnau, D. (coord.), Retos en inmigración, asilo y ciudadanía, Madrid, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, 2021, pág. 23.

había manifestado su intención de solicitar protección internacional, y dicha providencia también requirió asimismo a la Delegación del Gobierno en Canarias, a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras y al Ministerio de Trabajo para que dispensase a VL y a otros veinticinco solicitantes de protección internacional plaza en un centro de acogida humanitaria. Sin embargo, ante la falta de plazas disponibles, solo podía dispensarse plaza en centro de acogida humanitaria a doce de los veintiséis solicitantes, por lo que el Juzgado de Instrucción acordó, mediante una tercera resolución judicial, el ingreso de los otros catorce solicitantes, entre ellos VL, en un centro de internamiento de extranjeros y que su solicitud de protección internacional se tramitase en dicho centro.

La letrada VL interpuso recurso de reforma contra el auto mediante el que se acordó su internamiento, por considerarlo incompatible con las Directivas *procedimientos* y *acogida*. Durante la instrucción, el Ministerio Fiscal cuestionó que la magistrada fuese competente para recibir la declaración de solicitud de la protección internacional, ya que podría formular su solicitud posteriormente en el centro de internamiento. El Gobierno español también entendió que el juzgado remitente, conforme al derecho español, únicamente tiene competencia para resolver una petición de internamiento del nacional de un tercer Estado a los efectos de la ejecución de una orden de devolución, no pudiendo, por iniciativa propia, informar al nacional de un tercer país en situación irregular de la posibilidad de solicitar protección internacional. En ese momento, el Juzgado de Instrucción, mediante auto de 20 de enero, decidió suspender el procedimiento y solicitar la opinión del TJUE sobre la interpretación de las dos Directivas Comunitarias, planteando tres cuestiones prejudiciales surgidas en la instrucción: dos incidentales, relativas a la competencia, y una tercera sobre el alcance del principio de no devolución. Entretanto, VL estuvo privado de libertad, tras su ingreso en un centro de internamiento, durante el período comprendido entre el 14 de diciembre de 2019 y el 21 de enero de 2020 y sobre él pesaba un acuerdo de devolución, que se ejecutó al día siguiente del planteamiento de la petición de decisión prejudicial, esto es, el 21 de enero de 2020.

La petición de decisión prejudicial tuvo por objeto la interpretación de los artículos 6, apartado 1, párrafo segundo, y 26 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, así como del art. 8 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.

La primera cuestión prejudicial planteaba si el artículo 6.1, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva *procedimientos*²², que regula la posibilidad de que las solicitudes de protección internacional se formulen ante otras autoridades que no sean competentes para registrarlas conforme a su Derecho nacional, debe interpretarse en el sentido de considerar a los jueces y juezas de instrucción, competentes para resolver el internamiento de extranjeros conforme a la ley nacional española, como una de esas “otras autoridades” que sin ser competentes para registrar la solicitud de protección internacional, los solicitantes puedan manifestar su voluntad de hacerlo. En estos casos, los Estados miembros deben velar porque el registro se realice en el plazo máximo de los seis días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud, ya que se impone a los Estados Miembros la obligación de garantizar que las solicitudes formuladas se presenten lo antes posible, de forma que el acceso al procedimiento de concesión de la protección internacional sea sencillo, efectivo y rápido.

Pese a que la Directiva *procedimientos* deja en manos de los Estados Miembros la designación de la autoridad competente para el registro de las solicitudes de protección internacional, del tenor literal del precepto se desprende que el legislador de la UE adoptó una concepción amplia de las autoridades que, pese a carecer de competencia para registrar las solicitudes de protección internacional, pueden no obstante recibir tales solicitudes. Así, aunque solamente menciona como autoridades que es probable que reciban solicitudes a la policía, los guardias de fronteras, las autoridades de inmigración y el personal de los centros de internamiento, tal enumeración, introducida mediante la locución “tales como”, no es exhaustiva, incluye a una pluralidad de autoridades no limitadas en exclusiva a las autoridades administrativas, sino que pueden ser eventualmente judiciales.

Tras el análisis de la disposición, el TJUE concluyó que el precepto cuestionado debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “otras autoridades” engloba al órgano judicial, esto es, en el sentido de que el juez de instrucción ante el que se insta el internamiento de un nacional de un tercer país que se halla en situación irregular a los efectos de su devolución está incluido entre las “otras autoridades” a las que se refiere esta disposición, que, pese a ser probable que reciban solicitudes de protección internacional, no son competentes para registrarlas conforme

22 Art. 6.1, párrafo segundo, de la Directiva 2013/32 dispone: “En caso de que la solicitud de protección internacional se formule ante otras autoridades que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas conforme a su Derecho Nacional, los Estados miembros velarán por que el registro se realice en el plazo máximo de los seis días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud” y, su párrafo tercero: “Los Estados Miembros velarán por que estas otras autoridades que es probable reciban solicitudes de protección internacional, tales como policía, guardias de fronteras, autoridades e inmigración y personal de los centros de internamiento, dispongan de la información pertinente y su personal reciba la formación necesaria del nivel acorde a sus funciones y responsabilidades, así como instrucciones, para informar a los solicitantes dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional”.

a su Derecho nacional (&68). Tras este razonamiento, el TJUE dictamina que “prohibir a una autoridad judicial como el Juzgado de Instrucción n.º 3 de San Bartolomé de Tirajana que reciba solicitudes de protección internacional obstaculizaría la consecución del objetivo de garantizar el acceso efectivo al procedimiento de concesión de la protección internacional” (& 67).

En la segunda cuestión prejudicial, el juzgado remitente preguntaba que si es considerada una de esas autoridades puede interpretarse el art. 6.1, párrafos segundo y tercero, de la Directiva *procedimientos* que el juez o jueza de instrucción, en su calidad de otra autoridad, debe, por una parte, informar a los nacionales de terceros países que se hallen en situación irregular sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional y, por otra parte, que cuando haya manifestado su voluntad de formular tal solicitud, si debe dar traslado al órgano competente, conforme a la ley nacional, para el registro y tramitación de la solicitud de protección internacional y a la autoridad administrativa competente para que se concedan al solicitante las medidas de acogida y de atención sanitaria contempladas en el art. 17 de la Directiva *acogida*.

Al respecto, el TJUE aclaró que el precepto alegado debe interpretarse en el sentido de que el juez de instrucción, en su calidad de otra autoridad, también está obligado a facilitar a los nacionales de terceros países que se hallen en situación irregular información sobre las condiciones de presentación de las solicitudes de protección internacional. La obligación de informar adecuadamente es una garantía del derecho de asilo, en cuanto da a conocer a los inmigrantes que se encuentren en una situación que legitime su reconocimiento su derecho a solicitar la protección internacional. Por otra parte, el Tribunal comunitario añade que cuando un nacional haya manifestado su voluntad de formular tal solicitud, el juez de instrucción deberá dar traslado del expediente a la autoridad competente para el registro de la solicitud a los efectos de que ese nacional pueda disfrutar de las condiciones materiales de acogida y de la atención sanitaria que se contemplan en la Directiva *acogida*.

Esta interpretación, razona la sentencia, se sustenta en varias razones. En primer lugar, en relación a facilitar información, porque el considerando 28 de la Directiva *procedimiento* señala que, a fin de facilitar el acceso al procedimiento de examen en los puestos fronterizos y los centros de internamiento, se debe facilitar información sobre la posibilidad de solicitar protección internacional. Al respecto, el artículo 8, apartado 1, de dicha Directiva obliga a los Estados miembros, cuando

se presume que nacionales de terceros países o apátridas mantenidos en centros de internamiento o que se encuentren en puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores, pueden desear presentar una solicitud de protección internacional, a facilitar información a estos inmigrantes sobre la posibilidad de hacerlo, proporcionando servicios de interpretación en la medida que sea necesario para garantizar el acceso al procedimiento de asilo.

Por otra parte, la pretensión del legislador de la UE de preservar la eficacia del derecho de los nacionales de terceros países en situación irregular a solicitar que se les conceda protección internacional se malograría si, en cada fase del procedimiento, la otra autoridad pudiera abstenerse de informar al nacional en cuestión de la posibilidad de solicitar protección internacional con el pretexto de que ha debido recibir antes esa información o de que puede recibirla después (&73). Por consiguiente, cuando el juez de instrucción toma la iniciativa de informar al nacional de un tercer país sobre el derecho que le asiste a solicitar protección internacional cumple con lo dispuesto en los arts. 6, apartado 1, párrafos segundo y tercero, y 8, apartado 1, de la Directiva *procedimientos*. Además, VL no había sido informado, hasta el momento en que compareció ante la juez de instrucción, de la posibilidad de formular una solicitud de protección internacional. Dicha comparecencia “parece haber constituido la única ocasión que tuvo VL de solicitar protección internacional antes de que fuera trasladado a un centro de internamiento de extranjeros” (& 110 en relación con &66).

En lo relativo a posibilidad del juez de dar traslado de la solicitud a la autoridad competente, el art. 6, apartado 2, de la Directiva *procedimiento* impone a los Estados miembros la obligación de velar por que la persona que haya formulado una solicitud de protección internacional tenga efectivamente la oportunidad de presentarla lo antes posible. Por ello, al informar, el juez actúa, como requiere el considerando 18 de la Directiva *procedimiento*, “en el interés tanto de los Estados miembros como de los solicitantes de protección internacional de que se tome cuanto antes una decisión sobre las solicitudes de protección internacional, sin perjuicio de que estas sean objeto de un examen suficiente y completo” (&74).

Por último, la tercera cuestión prejudicial planteaba si debe interpretarse el art. 26 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional²³

²³ Dicho art. 26.1 de la Directiva 2013/32/UE dispone que “Los Estados Miembros no mantendrán a una persona internada por la única razón de que sea un solicitante de protección internacional. Los motivos y condiciones de internamiento y las garantías de los solicitantes internados, serán conformes con la Directiva 2013/33/UE”.

y el art. 8 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, en el sentido de que no procede el internamiento del ciudadano de tercer estado que ha manifestado su voluntad de solicitar protección internacional ante una autoridad, salvo que concurran los requisitos del art. 8.3º de la Directiva 2013/33, al encontrarse el solicitante protegido por el principio de no devolución desde que realiza dicha manifestación ante el juez o jueza de instrucción.

De la lectura de ambos preceptos, el TJUE deduce que los Estados miembros no pueden internar a una persona por la única razón de que sea un solicitante de protección internacional, por lo que podrá ser internada por los motivos contemplados de forma expresa en el art. 8.3 Directiva “acogida” y cuando resulte necesario, al no poderse aplicar medidas menos coercitivas, tras una evaluación inicial del caso concreto (art. 8.2 Directiva “acogida”) y por el período más breve posible (art. 9.1 Directiva “acogida”). En consecuencia, las autoridades nacionales deben comprobar caso por caso, si el internamiento es necesario y proporcionado a los objetivos que persigue, dada la grave injerencia que constituye una medida de internamiento en el derecho a la libertad. El internamiento deberá respetar los límites marcados en los arts. 8 a 11 de la Directiva *acogida* a la facultad conferida a los Estados Miembros de efectuar un internamiento.

Ante la cuestión sobre cuándo se adquiere la condición de solicitante de protección internacional para quedar protegido por el principio de no devolución, el TJUE la dilucida en beneficio del inmigrante, al declarar que: “no puede supeditarse ni al registro ni a la presentación de la solicitud y la manifestación por parte de un nacional de un tercer país de su voluntad de solicitar protección internacional ante otro autoridad (...), como el juez de instrucción, basta para que se le confiera la condición de solicitante de protección internacional y, por lo tanto, para que se inicie el plazo de seis días hábiles de que dispone el Estado miembro para registrar dicha solicitud” (&94). Por tal razón, la situación del migrante no puede quedar comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva *retorno*. Además, el TJUE argumenta, atendiendo a lo dispuesto en el art. 8, apartado 3, letra d), de la Directiva *acogida*, que la única posibilidad de internar a un solicitante de protección internacional sometido a un procedimiento de retorno con arreglo a la Directiva 2008/115, para preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión, sería “cuando el Estado miembro de que se trate puede demostrar sobre la base de criterios objetivos -como el hecho de que el solicitante ya ha tenido la oportunidad de acceder al procedimiento de asilo- que hay motivos razonables para pensar que

únicamente formula la solicitud de protección internacional para retrasar o frustrar la ejecución de la decisión de retorno” (&109). Razona el Tribunal de Justicia que no cabe inferir “motivos razonables para pensar que el solicitante formuló la solicitud de protección con el solo objetivo de retrasar la ejecución de la decisión de retorno o de frustrar que se llevara a efecto su devolución (&111).

Con relación al motivo esgrimido en el procedimiento principal para justificar el internamiento de VL –la imposibilidad de encontrarle una plaza en el centro de acogida humanitaria-, el TJUE razona que no se corresponde con ninguno de los seis motivos de internamiento mencionados en el art. 8, apartado 3, párrafo primero, de la Directiva *acogida* (&106), por lo que el internamiento es contrario a lo dispuesto en el art. 8, apartados 1 y 3 de la Directiva. Al privarlo de libertad, concluye que se vulnera el contenido esencial de las condiciones materiales de acogida que deben reconocerse al solicitante de protección internacional durante el examen de su solicitud. Si bien, “el art. 18, apartado 9, letra b, de la Directiva 2013/33 prevé que, en casos debidamente justificados, los Estados miembros pueden fijar excepcionalmente condiciones materiales de acogida diferentes de las previstas en dicho artículo durante un período razonable, que deberá ser lo más corto posible, cuando, en particular, las capacidades de alojamiento normalmente existentes estén temporalmente agotadas. Sin embargo, el internamiento, en cuanto medida privativa de libertad, no puede ser considerado una condición material de acogida diferente en el sentido de esta disposición” (&108). El razonamiento es irrefutable, porque, desde el punto de vista de protección de los derechos humanos, tiene poco sentido que quien solicita protección internacional sea internado en un centro destinado a albergar a extranjeros sometidos a expulsión y con un mismo régimen valorativo.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia añade que “la protección inherente al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de no devolución debe garantizarse reconociendo al solicitante de protección internacional el derecho a un recurso efectivo suspensivo de pleno Derecho ante, al menos, una instancia judicial contra una decisión de retorno (...) Incumbe a los Estados miembros garantizar la plena eficacia del recurso contra la disposición denegatoria de la solicitud de protección internacional suspendiendo todos los efectos de la decisión de retorno durante el plazo previsto para la interposición de dicho recurso y, en caso de que este se interponga, hasta su resolución” (&97).

Tras la relación de estos argumentos, el pronunciamiento del TJUE concluye que la resolución acordando el internamiento de VL no fue legal. La sentencia evi-

dencia el carácter humanitario que es intrínseco al procedimiento de asilo, que fundamenta el uso restrictivo de la posibilidad prevista de decretar el internamiento en los supuestos taxativamente previstos en la Directiva. El TJUE consideró a las juezas y jueces de instrucción como autoridades competentes para informar a los inmigrantes de la posibilidad de pedir la protección internacional, recibir esta solicitud y dar traslado para su resolución a la autoridad competente. Hasta esta sentencia, se entendía que era potestad de la fuerza policial y el Ministerio Fiscal y, por lo general, se hacía una vez ingresados en los centros de internamiento de extranjeros. La posibilidad contemplada en la sentencia no está recogida en la Ley Española de Asilo y Refugio, porque no se han transpuesto todavía las directivas aprobadas en 2013, pero la legislación nacional se ha de interpretar de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, además de que, transcurrido el plazo de transposición, la directiva pasa a ser de directo cumplimiento si reconocen, como es el caso, derechos claros y precisos.

El derecho de los migrantes solicitantes de asilo a no ser internados.

La doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en torno al internamiento de solicitantes de asilo rescatados en aguas territoriales europeas es un paso más en la humanización de los procesos migratorios, consagrando el derecho de los migrantes solicitantes de asilo a no ser privados de libertad. Se ahonda en la tendencia ya iniciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la migración irregular por mar, al anteponer la consideración de personas sobre la condición de ilegal. El Defensor del Pueblo en España ha manifestado en reiteradas ocasiones que “las autoridades españolas deben garantizar que los extranjeros puedan formalizar solicitudes de protección internacional cuando sean interceptados por funcionarios españoles, con independencia de que esta eventualidad se produzca fuera o dentro de las aguas territoriales españolas”²⁴.

La interpretación de la normativa comunitaria efectuada por el Tribunal Comunitario se decanta por no considerar *a priori* legal la práctica de privar del derecho a la libertad personal de quien pide protección internacional, porque agrava aún más su situación de vulnerabilidad. En su razonamiento, acaba ampliando, además, las posibilidades de demandar asilo que, hasta esta sentencia, ofrecía la ley española,

24 Op. cit: pág. 54. Al respecto, resultaron de gran importancia las sentencias del TEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012, Hirsi Jamaa E.A. c. Italia y de 21 de octubre de 2014, Sharifi y otros c. Italia y Grecia, que dotaron de un alcance extraterritorial al derecho a no ser expulsado de forma colectiva reconocido en el art. 4 del Protocolo n.º 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, garantizando de forma efectiva el derecho de los migrantes rescatados a solicitar asilo.

reconociendo a los jueces de instrucción, que es la primera autoridad judicial con la que entran en contacto cuando se solicita su internamiento, a recibir y tramitar la solicitud de protección internacional. La protección del derecho a la libertad personal de los migrantes interceptados en el mar que solicitan asilo se antepone así frente al cumplimiento de la legislación de extranjería. Únicamente en las circunstancias excepcionales tasadas en la Directiva *acogida*, puede privarse de libertad al inmigrante que solicite asilo. Al amparo de las regulaciones nacionales, no resulta posible justificar el internamiento de quién solicita asilo, siendo de aplicación preferente el derecho comunitario que proscribe el internamiento como solución general. En definitiva, el Tribunal de Justicia ha contribuido de forma decisiva a reforzar la protección de los derechos de los migrantes que traspasan fronteras irregularmente, huyendo de conflictos bélicos o de la endémica situación de pobreza que asola a sus países, reconociéndoles el derecho a no ser privados de libertad tras arribar a las costas españolas, después de ser rescatados, en el supuesto de que soliciten asilo. Por ello, es tan importante que se les informe de la posibilidad de solicitar asilo antes de decretar y ejecutar el internamiento.

El Juzgado español de Instrucción de Santa Cruz de Tenerife en Canarias fue el primero en aplicar en septiembre de 2020 esta sentencia europea, evitando que treinta y un inmigrantes procedentes de Malí entrasen en un centro de internamiento. La doctrina recogida en la sentencia del STJUE de 25 de junio de 2020 ha tenido así dos efectos positivos. Por un lado, su aplicación ha evitado el ingreso en centros de internamiento a los extranjeros rescatados que comunican al juez su voluntad de pedir asilo, siendo trasladados a un centro de acogida humanitaria en régimen abierto mientras su petición de asilo es estudiada. Cuando estas situaciones se plantean, sale a la luz el serio problema de la desproporción entre el número de solicitudes de asilo presentadas y el número de plazas disponibles en los centros de acogida, que exceden su capacidad, lo que no puede ser excusa para proceder al internamiento de inmigrantes, pero tampoco es una opción deseable la construcción de **campos de refugiados**. Por otro lado, un segundo efecto de gran relevancia es que ha contribuido a ralentizar los procesos de devolución, asegurando el respeto de los derechos de los migrantes en los procedimientos.

En esta misma línea, dos sentencias del TJUE dictadas también en 2020²⁵ obligaron a Hungría a eliminar las zonas de tránsito, ubicadas en la frontera serbo-húngara, en las que se obligaba a permanecer a los solicitantes de protección internacional y dentro de las cuales se aplicaban los procedimientos de asilo, al no

25 Sentencias de 14 de mayo y de 17 de diciembre de 2020.

ser subsumible el sistema húngaro de internamiento en ninguno de los supuestos previstos en el Derecho de la Unión. El TJUE razona que la obligación impuesta a los solicitantes de protección internacional de permanecer en las zonas de tránsito durante la totalidad del procedimiento de examen de su solicitud constituye internamiento, no cumpliéndose los requisitos en los que se autoriza el internamiento en el marco de los procedimientos fronterizos.

Estas sentencias son reflejo de que, en el nuevo escenario a nivel mundial, es necesario replantear y dar un cambio de rumbo a las políticas migratorias, que abandonen su interés en la militarización de las fronteras, para ahondar en el refuerzo de vías regulares y seguras que canalicen los flujos migratorios hacia Europa y faciliten el acceso al procedimiento de asilo a personas que necesiten protección internacional, sin tener que arriesgar sus vidas ni utilizar vías irregulares de entrada. Paralelamente es obligada la creación de una red de centros de recepción, que presten una acogida digna en los países europeos, evitando el internamiento forzoso en centros en los que se les prive de libertad y no dispensen la atención humanitaria requerida, lo que contribuirá a la construcción de sociedades más acogedoras que faciliten la inclusión social²⁶. Políticas que debieran complementarse con una mayor colaboración y cooperación destinadas a favorecer el progreso, el desarrollo y la pacificación de los países de los que las personas migrantes se ven forzadas a huir.

Referencias bibliográficas

Barbero, I. (2021). Refugiados en contención: lógicas de (in)movilidad en materia de derecho de asilo en la Frontera Sur. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 129, pp. 179-202. doi.org/10.24241/rcai.2021.129.3.179

Bouazza Ariño, O. (2015). Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Administración Pública*, 196, pp. 283-306.

Carrillo Salcedo, J. A. (2013). Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de Hirsi Jamaa y otros contra Italia (Sentencia de 23 de febrero de 2012). Derechos de los migrantes en situación irregular en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 32, pp. 285-291.

²⁶ Barbero denuncia, sin embargo, que se haya optado por “un régimen de disuasión en torno al asilo”, con el que “no hay intención de consolidar un sistema jurídico sólido y garantista (información, recursos materiales y humanos) de acceso al régimen de asilo, sino más bien lo contrario, generar las condiciones negativas para desalentar, postergar y condicionar la solicitud en otros lugares, incluso fuera del territorio estatal. El efecto disuasorio pretende, en última instancia, cerrar rutas migratorias, lanzando el mensaje de que, para quien cruce de forma irregular, la acogida no será inmediata, sino que aún habrá que sortear duros obstáculos o, incluso, la deportación” (Op. cit.: pp. 198-199).

- Castillo Daudí, M. (2018). El asilo en la Unión Europea: aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Anuario Español De Derecho Internacional*, 34, 901-918. <https://doi.org/10.15581/010.34.901-918>
- Chéliz Inglés, M.C. (2021). El traslado de solicitantes de asilo a Estados Miembros con condiciones menos favorables. En Martín Consarnau, D. (coord.), *Retos en inmigración, asilo y ciudadanía* (pp. 319-328). Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons.
- Cippitani, R. (2021), “Derechos de los inmigrantes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. En Martín Consarnau, D. (coord.), *Retos en inmigración, asilo y ciudadanía* (pp. 15-28). Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, 2021.
- Defensor del Pueblo de España (2016). *El asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. Defensoría del Pueblo.
- Garcés-Mascareñas, B. (2015). Por qué Dublín *no funciona*. *Notes Internacionals CIDOB*, 135, 1-5.
- Mangas Martín, A. (2012). Algunos desarrollos jurisprudenciales sobre asilo e inmigración irregular en la Unión Europea. En M. Aznar Gómez (Coord.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González* (pp. 1631-1646). Tirant lo Blanch.
- Pinto de Albuquerque, P. y Preciado Domènech, C. H. (2020). *Hablemos de Derechos Humanos. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque*. Tirant lo Blanch.