



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Document Version

Published versión

ARANZADI LA LEY digital library 'All rights reserved'.

Requena de Torre, M. D. (2022). El restablecimiento de los controles fronterizos como excepción normalizada: Sentencia del tribunal de justicia, gran sala, 26 de abril 2022, asuntos C-368/20 y 369/20: NW y landespolizeidirektion steiermark y bezirkshauptmannschaft leibnitz. *La Ley Unión Europea*, (104)

General rights

This manuscript version is made available under the CC-BY-NC-ND 4.0 licence (<https://web.upcomillas.es/webcorporativo/RegulacionRepositorioInstitucionalComillas.pdf>).

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact Universidad Pontificia Comillas providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim

El restablecimiento de los controles fronterizos como excepción normalizada

Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, 26 de abril 2022, asuntos C-368/20 y 369/20: NW y Landespolizeidirektion Steiermark y Bezirkshauptmannschaft Leibnitz

The reintroduction of border controls as a normalised exception

Resumen: Los intensos flujos migratorios que llegaron a Europa en el año 2015 justificaron que países como Alemania o Austria reactivaran los controles fronterizos en sus fronteras interiores. Desde entonces, otros Estados fueron sumándose a esta tendencia securitaria hasta que, en el año 2016, el Consejo Europeo recomendó el mantenimiento de los controles fronterizos en las principales rutas a fin de frenar los movimientos secundarios. Estos controles, en virtud de la recomendación del Consejo, estuvieron en vigor hasta el 11 de noviembre del 2017, fecha en la que expiraba la duración máxima prevista en el Código de Fronteras Schengen para esta medida excepcional y temporal. Sin embargo, algunos Estados mantuvieron los controles fronterizos más allá del período permitido por el CFS alegando que persistía la misma amenaza grave que había justificado la medida años atrás. ¿Fueron conformes al Derecho de la Unión los controles fronterizos mantenidos por ciertos Estados hasta el año 2021? ¿Cuál es la duración máxima que un Estado puede mantener la medida de restablecimiento de los controles interiores en caso de amenaza? A estas preguntas ha dado respuesta la STJUE 26 de abril del 2022; pero otras muchas cuestiones han quedado sin respuesta a la espera de que sea el legislador quien encuentre el modo de preservar la libertad de circulación y la competencia de los Estados en materia de seguridad interior.

Palabras clave: Frontera interior – Código de Fronteras Schengen – Controles fronterizos – Libertad de circulación – restablecimiento de controles.

Abstract: The intense migratory flows to Europe in 2015 justified the reactivation of border controls at internal borders in countries such as Germany and Austria. Since then, other states have joined this securitarian trend until, in 2016, the European Council recommended maintaining border controls on the main routes in order to contain secondary movements. These controls, Consequent to the Council's recommendation, were in force until 11 November 2017, when the maximum duration foreseen in the Schengen Borders Code for this exceptional and temporary measure expired. However, some states maintained border controls beyond the period allowed by the CFS on the grounds that the same serious threat that had justified the measure years earlier persisted. Were the border controls maintained by certain States until 2021 in accordance with EU law? What is the maximum duration for which a State may maintain the measure to reintroduce internal controls in the event of a threat? These questions have been answered by the CJEU of 26 April 2022; but many other questions have remained unanswered while waiting for the legislator to find a way to preserve freedom of movement and the competence of States in matters of internal security.

Keywords: Internal border – Schengen Borders Code – border control – free movement – Temporary reintroduction of border control.



María Dolores Requena de Torre

*Investigadora Predoctoral en Formación (FPU) del Departamento de Derecho Constitucional
Universidad de Granada*

I. El colapso de la política migratoria y sus consecuencias en las fronteras interiores

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

Pese a que según ACNUR más del 75% de quienes llegaban irregularmente a Europa por mar en el año 2015 huían de la persecución y los conflictos en Siria, Afganistán o Irak, la respuesta de la Unión no se asemejó a una acogida de refugiados como la que hoy se vive con quienes huyen de Ucrania. Por el contrario, la principal respuesta de los Estados Miembros de la Unión fue la construcción de vallas y el cierre de las fronteras.

La principal ruta de entrada en aquel año fue la del Mediterráneo oriental, y aunque las islas Griegas recibieron la mayor parte, la preocupación ante un posible colapso debido a los movimientos secundarios se extendió por todo el continente. Hungría no tardó en reaccionar. El 31 de agosto del 2015, el Ministro de Defensa húngaro anunció que se daba por terminada la construcción de una primera parte de la alambrada fronteriza con Serbia. Una valla de 175 kilómetros.

Ante la hostilidad húngara, y la evidencia del drama humanitario que se vivía, otros Estados respondieron con una política de puertas abiertas. Austria aún parecía conmocionada tras el hallazgo el 28 de agosto de aquel año de 71 cuerpos sin vida en un camión frigorífico en su frontera con Hungría. Y el 4 de septiembre, la imagen del cuerpo arrastrado por el mar de un niño sirio, Aylan Kurdi, dio la vuelta al mundo. El 5 de septiembre trenes y autobuses trasladaban refugiados sirios desde Hungría a Austria y a Alemania. La respuesta de Alemania, Estado de acogida final preferente para los solicitantes, sorprendió al resto de socios europeos. Elogiada por unos y tachada de irresponsable por otros, lo cierto es que en el 2015 solicitaron asilo en Alemania 442.000 personas (2) .

La política de puertas abiertas pronto se demostró instrumental. Alemania había calculado el número de refugiados de cuya entrada podía beneficiarse, pero una vez sobrepasado ese número cambió de orientación. El sistema europeo común de asilo se había demostrado fallido y la responsabilidad del estudio de solicitudes y acogida final distaba de ser equitativo y solidario, todas las rutas migratorias parecían tener como principal destino final Alemania. Por ello, el 13 de septiembre Alemania activó la cláusula del art. 25 del entonces Reglamento Núm. 562/2006 por el que se establece un código comunitario sobre el régimen de cruce de fronteras por las personas; y a fin de preservar el orden público y la seguridad interior del país, restableció los controles en las fronteras interiores (3) .

Tres días después, Austria reactivó sus controles fronterizos con Hungría, Italia, Eslovenia y Eslovaquia (4) . Y a estos dos caso pronto les siguieron Suecia, el 12 de noviembre de 2015; Noruega, el 26 de noviembre de 2015; Francia, el 14 de diciembre de 2015; Dinamarca, el 4 de enero de 2016 y Bélgica del 23 de febrero de 2016.

Los flujos migratorios clandestinos persistían y los controles fueron prorrogados en virtud de los arts. 23 y 24 del Reglamento 562/2006. Pues, como se detalla en el documento del Consejo de la Unión Europea que anunciaba el 18 de noviembre de 2015 la prórroga de los controles en las fronteras interiores de Austria: «entre el 5 de septiembre y el 5 de noviembre de 2015 aproximadamente 420,400 personas cruzaron irregularmente la frontera entre Austria y Hungría» (5) . Los controles persistieron hasta el 15 de mayo de 2016.

Justo antes de que el período de vigencia de los controles en Alemania y Austria finalizara, el Consejo de la Unión publicó una recomendación a favor de su mantenimiento en las fronteras interiores de cinco Estados miembros, sobre la base del art. 29 del Código de Fronteras Schengen: Alemania, en la frontera terrestre con Austria; Dinamarca en los puertos daneses con enlaces de transbordadores a Alemania y en la frontera terrestre con Alemania; Suecia, en los puertos suecos de la región policial meridional y occidental y en el puente de Öresund; Noruega, en los puertos noruegos con enlaces de transbordadores a Dinamarca, Alemania y Suecia; y Austria en las fronteras terrestres con Hungría y Eslovenia (6) . Medida que fue ampliada por el tiempo máximo posible, seis meses. Los controles debían finalizar el 12 de noviembre de 2016, pero se prorrogaron en tres ocasiones por un período total de 12 meses en virtud del art. 29.2 del CFS permaneciendo en vigor la recomendación del Consejo de la Unión hasta el 11 de noviembre de 2017.

La recomendación dejó de estar vigente pero Austria, Alemania, Dinamarca, Noruega y Suecia consideraron que las deficiencias que los justificaban hasta entonces perduraban y que, por tanto, los controles debían mantenerse. Aplicaron entonces el procedimiento descrito en el art. 25 del CFS (que había sido reformado en dos ocasiones en el 2016 y una en el 2017) para restablecer temporalmente los controles fronterizos en sus fronteras interiores, y lo hicieron en periodos sucesivos de 6 meses con el fin de prolongarlos hasta 2021.

El resultado es que los controles en las fronteras interiores de cinco Estados se han mantenido durante más de cuatro años, alargando la suspensión de la libre circulación hasta vaciar de contenido el derecho consagrado en el art. 3.2º del TUE; en el art. 21.1º del TFUE; y en el art. 45.1 de la CDFUE. ¿Fue conforme al Derecho de la Unión el restablecimiento de los controles fronterizos aplicando de forma consecutiva el art. 25 del CFS por un período superior al de dos años sin que mediara la correspondiente Decisión de Ejecución del Consejo *ex art.* 29 CFS? ¿Pueden los Estados, en virtud de su seguridad interior, restablecer los controles indefinidamente ? ¿Es la libertad de circulación un derecho de los ciudadanos o una prerrogativa del Estado? Sobre estas cuestiones se ha pronunciado recientemente el TJUE en la sentencia de 26 de abril de 2022.

II. Principio general y excepciones en el Código de Fronteras Schengen

1. Funcionamiento de la política de gestión de fronteras

Antes de adentrarnos en la sentencia del TJUE, debemos comenzar haciendo algunas consideraciones acerca del funcionamiento de la política de gestión de fronteras y del contenido del Código de Fronteras Schengen.

Aunque la libre circulación de personas ya había sido declarada en 1985 en el Acuerdo de Schengen, fue en 1990 cuando, con la firma de su Convenio de aplicación, se introdujo por primera vez la cláusula de suspensión (7) . El principio de libre circulación quedaba enunciado en el art. 2.1º pero en el apartado segundo se previó la posibilidad de reinstaurar los controles durante un período de tiempo limitado cuando el orden público o la seguridad nacional

lo requirieran.

En 1999, con la entrada en vigor el Tratado de Ámsterdam, la cooperación Schengen dejó de desarrollarse al margen de los Tratados comunitarios (8) y se acuñó el término de «Espacio de Libertad Seguridad y Justicia» que implicaba la generalización de la libre circulación en el interior de la Unión, a cambio de reforzar los controles para el ingreso en dicho espacio. Para su *comunitarización* era necesaria una nueva regulación mediante instrumentos y estructuras del Derecho de la Unión (9) .

El proceso legislativo no fue sencillo pero el 13 de octubre de 2006 entró en vigor el Reglamento 562/2006 por el que se creaba el Código de Fronteras Schengen y, derogando los arts. 2 a 8 del Convenio de Aplicación del Acuerdo (10) , desarrolló una nueva regulación relativa al cruce y control de fronteras. El art. 1 reiteró el principio general de libertad de circulación para las personas que crucen las fronteras interiores, entendiendo tal libertad como la ausencia de controles fronterizos. Y dentro del Título III, relativo a la regulación de las fronteras interiores, se dedicó el Capítulo II al «restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores».

En él, el art. 23 preveía que ante una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior todo Estado podría restablecer los controles en las fronteras interiores con carácter excepcional y durante un período limitado «no superior a 30 días o mientras se prevea que persiste la amenaza grave», período prolongable en supuestos justificados «durante periodos renovables que no sobrepasen 30 días» previa notificación a los demás Estados y a la Comisión. Y se establecieron dos procedimientos distintos para el restablecimiento según se tratara de «acontecimientos previsibles» (art. 24) o «necesidad de actuación urgente» (art. 25). La diferencia principal entre ambos procedimientos estribaba en el momento de comunicación a los demás Estados miembros y a la Comisión: al menos 15 días antes del restablecimiento en el caso de acontecimientos previsibles, e inmediatamente en el caso de que se restablezcan como actuación urgente.

La cláusula de suspensión se configuró como una prerrogativa estatal a la que ni siquiera la Comisión, cuyo papel se limitaba a la emisión de un dictamen, podía oponerse (11) . En el año 2010, un informe sobre la aplicación del CFS reveló que, desde su aprobación, doce Estados habían restablecido temporalmente los controles; que el plazo con el que se comunicaba el restablecimiento de los mismos era demasiado breve; y que las notificaciones no proporcionaban información suficiente para que la Comisión emitiera sus dictámenes, por lo que no había emitido ninguno hasta el momento (12) .

Atendiendo a ciertas deficiencias manifiestas de los procedimientos de restablecimiento de controles se adoptó el Reglamento 1051/2013 a través del cual se modificaba el Reglamento (CE) 562/2006 con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales. Y los arts. 23 a 27 fueron modificados.

En la exposición de motivos se subrayaba el carácter excepcional de la medida y que, como tal, y siguiendo la jurisprudencia del TJUE, debía interpretarse restrictivamente. En este sentido, se señalaba que la misma podía resultar necesaria «en caso de amenazas graves para el orden público o la seguridad interior (...) en particular las derivadas de actos o amenazas terroristas o de riesgos relacionados con la delincuencia organizada» (13) . Y advertía: «La migración y el cruce de las fronteras exteriores por un gran número de nacionales de terceros países no deben considerarse por sí mismos una amenaza para el orden público o la seguridad interior» (14) .

La nueva regulación contemplaba un marco general para el restablecimiento temporal de los controles fronterizos (art. 23; 23 bis y 24); un procedimiento para los casos que requirieran actuación inmediata (art. 25); y un nuevo supuesto relativo a un procedimiento específico aplicable en circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores (Art. 26 y 26 bis).

Los cambios legislativos adoptados en los últimos años y la crisis generada por la ineficiencia de las políticas migratorias (15) llevo a la Unión a adoptar en 2016 un nuevo reglamento relativo al Código de fronteras Schengen (16) que, tras ser reformado en el 2017 y en el 2019, continúa en vigor.

2. Excepciones al principio general de libre circulación

El Título III del Reglamento 2016/399, relativo a las fronteras interiores se compone de dos capítulos. El Capítulo I configura el principio general de ausencia de controles en las fronteras interiores (arts. 22 a 24). Mientras que el Capítulo II aborda las excepciones al principio general mediante el posible restablecimiento temporal de los controles fronterizos (arts. 25 a 35). Una medida de carácter excepcional que se prevé como última respuesta ante amenazas graves para el orden público o la seguridad interior de un Estado o del conjunto del espacio sin fronteras.

El art. 25 prevé el marco general para la adopción de esta medida señalando que la duración de la misma no podrá exceder el tiempo estrictamente necesario para responder a la amenaza, y por un período no superior a 30 días. Si bien, en caso de que persista la amenaza grave, se podrá renovar por períodos sucesivos que no sobrepasen los 30 días (ap. 3) no pudiendo superar la duración total de seis meses (ap. 4) salvo cuando concurren circunstancias excepcionales que permitan la aplicación del procedimiento contemplado en el art. 29, esto es, mediando una recomendación previa del Consejo.

Según el CFS se articulan tres procedimientos distintos. El del art. 27 hace referencia al restablecimiento ante amenazas previsibles y, como tal, impone la obligación al Estado miembro amenazado de notificar a los demás EEMM y a la Comisión del restablecimiento al menos cuatro semanas antes, o en un plazo inferior si las circunstancias acontecen en un plazo más breve. Esta notificación tiene la finalidad de dar traslado al resto de Estados miembros y sobre todo a la Comisión, de información suficiente con la que emitir un dictamen y que permita organizar, si procede, una cooperación mutua entre Estados. Aunque nada dice el precepto sobre el carácter vinculante del dictamen por lo que su razón responde más a la leal cooperación entre Estados que a su eficacia.

El legislador comunitario ha insistido en subrayar el carácter temporal y excepcional de esta medida de restablecimiento que atenta contra uno de los pilares del proyecto europeo: la libre circulación

Por su parte, el art. 28 contempla el procedimiento para el restablecimiento de controles en caso de que la amenaza exija una actuación inmediata. En este se deberá dar inmediata notificación a los demás EEMM y a la Comisión. Y la medida estará sujeta a un límite temporal de diez días. Superado ese período, si la amenaza continua, podrán prorrogarse los controles durante períodos renovables que no sobrepasen 20 días y no pudiendo superar en total los dos meses.

El art. 29 contempla el procedimiento aplicable en caso de que se den circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio Schengen. A diferencia de los anteriores procedimientos, el objetivo de este es proteger intereses comunes y no meramente nacionales y por ello se dota de un papel protagonista al Consejo facultándole para emitir una recomendación. Si bien resulta evidente que la decisión final del restablecimiento o no sigue recayendo en los Estados miembros. En caso de que los controles se restablezcan

con base en la recomendación del Consejo, la medida no podrá superar los seis meses, prorrogable en caso de que la amenaza persista por hasta tres periodos de seis meses cada uno, es decir, una duración total máxima de dos años. Sin duda, la previsión de una duración superior para el restablecimiento de controles en base a este procedimiento obedece al objetivo de preservar los intereses de la Unión que se ven en juego en este caso, mientras que cuando la amenaza afecta a los intereses de un único EEMM la duración máxima es de seis meses.

En definitiva, el legislador comunitario ha insistido en subrayar el carácter temporal y excepcional de esta medida de restablecimiento que atenta contra uno de los pilares del proyecto europeo: la libre circulación. De ahí su insistencia en señalar plazos breves y sucesivas pero limitadas posibilidades de prórrogas. El reto al que se enfrentó el legislador para equilibrar la libertad de circulación con la salvaguarda de los particulares intereses securitarios de los EEMM no fue sencilla y ciertas cuestiones quedaron sin matizar. En particular, tras la lectura de estos artículos y a la vista de las circunstancias actuales, una pregunta resulta obligada: ¿qué ocurre cuándo, superadas las prórrogas previstas, perdura la amenaza?

III. Respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos acumulados C-368/20 y C-369/20

1. Hechos y cuestiones sometidas al TJUE

Como adelantábamos, sobre la legalidad de los controles fronterizos tras finalizar el período de vigencia de las recomendaciones del Consejo se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión como respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria, Austria (el *Landesverwaltungsgericht Steiermark*).

El fallo (que acumula las causas 368/20 y 369/20) se enmarca dentro de dos procedimientos de sanción interpuestos frente a NW en virtud de una normativa nacional austriaca que obligaba a exhibir el pasaporte o documento nacional de identidad durante los controles fronterizos que habían sido restablecidos en las fronteras interiores del país.

El 29 de agosto de 2019 NW trató de entrar en Austria por el paso fronterizo de Spielfeld (frontera con Eslovenia) cuando fue requerido para exhibir su pasaporte. NW se negó a mostrárselo al agente de control cuando este le indicó que se trataba de un control fronterizo. Se interpuso denuncia en su contra y el 9 de septiembre de 2019 fue declarado culpable de una infracción del art. 2.1º de la Ley de Pasaportes austriaca. En el recurso administrativo planteado, NW adujo la ilegalidad de la inspección al no encontrar base legal alguna para la misma en el Título III del CFS, y alegó la vulneración de su derecho a la libre circulación reconocido en el art. 21.1º del TFUE. El 7 de noviembre de 2019 se desestimó su impugnación y fue declarado culpable de infringir la Ley de Pasaportes al entrar en el territorio austriaco sin un documento válido de viaje, condenándole al pago de una multa por importe de 36 euros. La resolución administrativa fue impugnada ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo al cual se le presentaron dudas en cuanto a la compatibilidad de la obligación de exhibir el documento de viaje (pasaporte o documento nacional de identidad) con el art. 45.1 de la CDFUE. El Tribunal Regional interpuso un procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión (C-369/20) planteando las siguientes cuestiones:

«¿Se opone el Derecho de la Unión a una legislación nacional en virtud de la cual, mediante una concatenación de reglamentos nacionales, se acumulan una serie de prórrogas, de modo que se posibilita el restablecimiento de los controles fronterizos más allá del plazo de dos años que, como limitación temporal, establecen los arts. 25 y 29 del Código de Fronteras Schengen, todo ello sin la correspondiente Decisión de Ejecución del Consejo con arreglo al art. 29 de dicho Código?»

¿Debe interpretarse el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión establecido en el art. 21 TFUE, ap. 1, y en el art. 45, ap. 1, de la Carta, en particular a la luz del principio de ausencia de inspecciones fronterizas de las personas en las fronteras interiores, consagrado en el art. 22 de dicho Código, en el sentido de que se comprende el derecho a no verse sometido a inspecciones fronterizas de las personas en las fronteras interiores, sin perjuicio de las condiciones y excepciones establecidas en los Tratados y, en particular, en dicho Código?

Y, en caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión: a la luz del efecto útil del derecho a la libre circulación ¿deben interpretarse el art. 21 TFUE, ap. 1, y el art. 45, ap. 1, de la Carta en el sentido de que se oponen a la aplicación de una norma nacional que obliga a una persona, bajo apercibimiento de una sanción administrativa, a exhibir un pasaporte o documento nacional de identidad en caso de que entrada a través de una frontera interior aun cuando el control específico en las fronteras interiores sea contrario al Derecho de la Unión?»

Por otra parte, el 16 de noviembre de ese mismo año 2019, NW fue nuevamente requerido para su identificación en el marco de un procedimiento fronterizo cuando se disponía a entrar en automóvil desde Eslovenia a través del paso de Spielfeld. El 19 de diciembre de 2019 NW interpuso recurso frente al Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria, Austria (*Landesverwaltungsgericht Steiermark*) impugnando lo que, según el interesado, suponía el ejercicio de una facultad directa de coerción por parte de las autoridades de control al llevar a cabo una inspección fronteriza. El Tribunal remitente cuestionó la compatibilidad de la Orden n.º 114/2019 sobre controles fronterizos, la Ley de Pasaportes austriaca y el Derecho de la Unión, concretamente el art. 21.1º TFUE y el art. 45.1º CDFUE. Considerando que se trata de una inspección que, en principio, está prohibida por el art. 22 del CFS, el Tribunal Regional dudaba sobre su amparo a la luz de las excepciones previstas en los arts. 25 a 29 del CFS y por ello planteó dos cuestiones prejudiciales frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-368/20) idénticas a las de la Causa expuesta anteriormente (C-369/20)

«¿Se opone el Derecho de la Unión a una legislación nacional en virtud de la cual, mediante una concatenación de reglamentos nacionales, se acumulan una serie de prórrogas, de modo que se posibilita el restablecimiento de los controles fronterizos más allá del plazo de dos años que, como limitación temporal, establecen los arts. 25 y 29 del Código de Fronteras Schengen, todo ello sin la correspondiente Decisión de Ejecución del Consejo con arreglo al art. 29 de dicho Código?»

Y en caso de respuesta negativa a la primera cuestión: «¿Debe interpretarse el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión establecido en el art. 21 TFUE, ap. 1, y en el art. 45, ap. 1, de la Carta, en particular a la luz del principio de ausencia de inspecciones fronterizas de las personas en las fronteras interiores consagrado en el art. 22 de dicho Código, en el sentido de que comprende el derecho a no verse sometido a inspecciones fronterizas de las personas en las fronteras interiores, sin perjuicio de las condiciones y excepciones establecidas en los Tratados y, en particular, en dicho Código?».

2. Duración máxima de la medida de restablecimiento

Al Tribunal de Justicia de la Unión se le planteaba como primera cuestión prejudicial presentada tanto en la C368/20 como en la C-369/20 si el art. 25.4º del Código de fronteras Schengen se opone a un restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores (ex. arts. 25 y 27 CFS) cuando el dicho restablecimiento mediante la aplicación sucesiva de los períodos previstos en el art. 25 CFS sobrepasa la duración de seis meses que, según el tenor literal del ap. 4 del art. 25, supone la duración total máxima.

Pues bien, la interpretación del art. 25 CFS, con el que se inicia el Capítulo II relativo al restablecimiento temporal

de los controles en las fronteras interiores, no resulta pacífica pero de su tenor literal podemos concluir algunas ideas:

En primer lugar, que el apartado primero del art. 25 establece la posibilidad para un Estado miembro, de restablecer los controles fronterizos cuando se presente una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior. Una posibilidad que se ve restringida conforme avanza la lectura del precepto. Así, la medida de restablecimiento de los controles debe tener carácter excepcional y temporal, no pudiendo excederse del tiempo estrictamente necesario para responder a la amenaza grave y con una duración máxima inicial de 30 días. En base a su excepcionalidad, el apartado segundo del precepto señala su naturaleza como medida de último recurso y se remite a otros preceptos para señalar las garantías que deben observarse en su adopción (arts. 26-30 CFS).

Por su parte, el apartado tercero se refiere a la posibilidad de que persista la amenaza grave más allá del período inicial de 30 días estipulado en el apartado primero. En ese caso, el precepto prevé la posibilidad de prolongar los controles fronterizos atendiendo a las mismas garantías justificativas descritas en los arts. 25.1º, 26 y 27, y por periodos renovables que no sobrepasen los 30 días. Y finalmente, el apartado cuarto contiene una cláusula de cierre del art. 25 al señalar como duración total máxima de la medida los seis meses. Únicamente prolongable hasta los dos años cuando se den las circunstancias excepcionales contempladas en el art. 29 relativas a una amenaza generalizada para el espacio común y previa recomendación del Consejo. Nada dice para el caso de que la amenaza persista más de estos plazos.

En el marco del procedimiento NW y la Comisión sostuvieron que el restablecimiento de los controles en las fronteras interiores, en base al art. 25, por un período superior a seis meses, supuso una vulneración del Derecho de la Unión, en concreto del art. 25.4 CFS. Sin embargo, los Gobiernos de Austria, Francia y Dinamarca (que mostraban evidentes intereses particulares) no estaban de acuerdo. Para estos Estados, si una nueva amenaza permitía aplicar nuevamente la medida de restablecimiento en esos periodos de tiempo, debía considerarse como «nueva amenaza» la mera reevaluación de la amenaza anterior que concluyera su persistencia. Alemania por su parte estimaba que los EEMM debían poder establecer excepciones a dichos periodos recurriendo directamente a la cláusula del art. 72 TFUE. Surgen así cuestiones de gran interés y de difícil interpretación, como demuestra la discordancia entre las Conclusiones del Abogado General y el fallo del TJUE, que abordaremos enseguida.

A) *Razonamiento del Abogado General*

Como adelantábamos, tanto los Estados parte en el procedimiento como el Abogado General parten de la premisa de considerar la amenaza como «nueva amenaza» tras los seis meses de vigencia de los controles. Un razonamiento que permitiría la aplicación sucesiva del art. 25. Una lectura oportuna para los intereses nacionales pero que no resulta del tenor literal del precepto. Aunque tampoco puede descartarse.

Lo cierto es que, aunque el CFS hace constantes referencias a las posibles amenazas, no define en ningún momento el concepto de «nueva amenaza». No parece que haya dudas de su aplicación cuando la amenaza que se presente sea de distinta naturaleza respecto de la amenaza previa que motivó los controles anteriores. Pensemos, siguiendo el ejemplo del A. General, que un Estado se enfrentase primero a una amenaza terrorista y, a continuación, a una crisis sanitaria o a intensos flujos migratorios (17). Podría volver a aplicar el art. 25 a fin de desarrollar otras herramientas para afrontar la nueva amenaza. El problema surge cuando esta no es nueva sino que persiste la amenaza original. A todas luces no se trata de una nueva amenaza pero, ¿significa eso que el Estado ya no tiene más herramientas con las que hacer frente a la misma? ¿Qué hace que una amenaza grave sea *nueva*? ¿Cuál es el límite para la aplicación consecutiva del art. 25?

Resulta interesante el razonamiento expuesto en las conclusiones del Abogado General que tilda esta amenaza

persistente como «amenaza renovada», equiparable a una nueva amenaza (18) . Según su razonamiento y el de los Estados parte, si surgiera una nueva amenaza, esto es, de distinta naturaleza, nada impediría al Estado que había restablecido sus controles volver a activarlos. Sin embargo, el CFS no desarrolla el concepto de «nueva amenaza» pero no parece excluir su aplicación en caso de que haya una amenaza de la misma naturaleza. Pensemos en amenazas terroristas de distintos grupos, diversas crisis sanitarias... La lógica, dada la finalidad del CFS de preservar el orden público y la seguridad, nos llevaría a interpretar la norma en el sentido de que si una amenaza de la misma naturaleza se repite, el Estado debe poder volver a aplicar el art. 25 y restablecer los controles.

La pregunta, una vez que asumimos que los Estados pueden volver a activar el procedimiento del art. 25 ante una nueva amenaza, es si debe mediar algún tiempo concreto entre ambas amenazas para su reactivación, cuestión sobre la que el CFS no se pronuncia. Y en este punto el A.G señala que una interpretación del CFS que exigiera la mediación de un período de tiempo determinado en el cual los controles se hayan suprimido resultaría ilógica:

«Cabe subrayar que nada en este Código indica que su art. 25, ap. 1, solo pueda utilizarse una única vez para un solo tipo de amenaza en el período en el cual este mismo Código esté en vigor. Pues bien, si se admite, de este modo, que el Código de fronteras Schengen no impide a los Estados miembros aplicar varias veces su art. 25, ap. 1, carecería de toda lógica obligar a los Estados miembros, cuando se enfrenten a una amenaza grave para la cual los controles fronterizos serían estrictamente necesarios, a suprimir los controles durante un cierto tiempo (un día, tres semanas, seis meses, o incluso otra duración, dado que esta no está definida), con el único objetivo de poder restablecer los controles de nuevo posteriormente».

Por tanto, si admitimos que los Estados pueden volver a activar el procedimiento del art. 25 y restablecer los controles ante una nueva amenaza, sea o no de la misma naturaleza que la anterior, debemos observar cuándo se trata de una *nueva* amenaza. Y en este sentido, teniendo en cuenta la «naturaleza dinámica de una amenaza y de la miríada de situaciones potenciales en las que podrían darse y evolucionar las amenazas para el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro» (19) , la distinción entre nueva amenaza y amenaza persistente no resulta sencilla en la práctica. Por ello, el A.G asume el concepto empleado por el Consejo de Estado francés de equiparar «amenaza renovada» y nueva amenaza a efectos de la interpretación del art. 25. Si bien, insiste el A.G, no se trata de una habilitación absoluta, sino que la sucesiva aplicación del procedimiento del art. 25 exigiría controles cada vez más rigurosos sobre la proporcionalidad de la medida.

B) Fallo del TJUE.

El Tribunal de Justicia se alejó del planteamiento del Abogado General y se aproximó más a los argumentos planteados por NW y por la Comisión observando los límites temporales del CFS como absolutos y diferenciando «nueva amenaza» respecto a la amenaza que perdura.

Partiendo de la afirmación de que una nueva amenaza puede justificar la aplicación sucesiva del procedimiento del art. 25, el Tribunal insiste en la noción de «nueva».

«Por lo que respecta a las condiciones en las que es posible considerar que una amenaza determinada es nueva respecto de una amenaza que hubiera justificado anteriormente el restablecimiento de los controles en las fronteras interiores, sobre la base del art. 25 del Código de fronteras Schengen, debe observarse que, cuando el Estado miembro de que se trata notifica a los demás Estados miembros y a la Comisión su propósito de restablecer los controles en las fronteras interiores de la Unión, el art. 27, ap. 1, de dicho Código hace referencia, en particular, a "las circunstancias que dan lugar a la necesidad

de restablecer los controles fronterizos en las fronteras interiores" y a "los acontecimientos que representen una amenaza grave" para el orden público o la seguridad interior del Estado miembro de que se trate. Asimismo, el art. 27, ap. 5, del referido Código hace referencia a "las circunstancias que requieren el restablecimiento de los controles fronterizos". Por consiguiente, es siempre en relación con dichos acontecimientos y circunstancias como debe apreciarse la cuestión de si, al término del período máximo de seis meses contemplado en el art. 25, ap. 4, del Código de fronteras Schengen, la amenaza a la que se enfrenta el Estado miembro sigue siendo la misma o bien si se trata de una nueva amenaza que permita a ese Estado miembro continuar, inmediatamente después de ese período de seis meses, los controles en las fronteras interiores de modo que haga frente a esa nueva amenaza (20) ».

A partir de aquí, el fallo del TJUE se centró en la posibilidad de prorrogar la medida más allá del plazo previsto, y su decisión se basó en el tenor literal del precepto, su contexto y una interpretación finalista de la normativa. De tal manera, que si observamos el tenor literal del art. 25.4º, la expresión «no podrá superar los seis meses» parece excluir toda posibilidad de que se sobrepase dicho período (§ 56). Por otra parte, el TJUE recuerda que el Reglamento 1051/2013, que incorporó en el Reglamento 562/2006 el establecimiento de un límite a la duración de la medida fijada en seis meses, y que fue posteriormente recogido en el art. 25.4º del CFS, lo hizo con la pretensión de garantizar el carácter excepcional de la medida y el respeto al principio de proporcionalidad en su apelación (§ 59). Finalidad que se deduce de manera evidente del considerando 1º del Reglamento 1051/2013, y que hoy permanece transcrito en el considerando 22 del CFS:

«La creación de un espacio en el que se garantiza la libre circulación de las personas es uno de los principales logros de la Unión. En un espacio sin controles en las fronteras interiores, es necesario disponer de una respuesta común a situaciones que afecten gravemente al orden público o a la seguridad interior de dicho espacio, de partes de él o de uno o varios Estados miembros, permitiendo la reintroducción temporal de los controles en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales, pero sin menoscabo del principio de libre circulación de las personas. Dada la repercusión que tales medidas de último recurso pueden tener en todas las personas que tienen derecho a desplazarse en el espacio sin controles en las fronteras interiores, es preciso establecer las condiciones y procedimientos para el restablecimiento de dichas medidas, con el fin de garantizar su carácter excepcional y el respeto del principio de proporcionalidad. El alcance y la duración de cualquier restablecimiento temporal de tales medidas deben limitarse a lo estrictamente necesario para responder a amenazas graves contra el orden público o la seguridad interior».

Límite al que se refiere más expresamente el considerando 23 al subrayar el carácter excepcional y subsidiario de la medida:

«(...) En cualquier caso, el restablecimiento de controles en las fronteras interiores debe seguir siendo excepcional, y solo debe llevarse a efecto como último recurso, con un alcance y durante un período de tiempo estrictamente limitados, y basarse en criterios objetivos específicos y en una evaluación de su necesidad, que debe ser supervisada a escala de la Unión (...)».

El TJUE recuerda además que el apartado tercero del art. 25 prevé la prórroga más allá del período inicial de 30 días (establecido en el apartado primero) cuando la amenaza persista, «durante periodos renovables que no sobrepasen treinta días». Pero no puede interpretarse que la renovación no esté sujeta a un límite temporal, pues en ese caso la expresión «duración total» a la que se refiere el apartado cuarto quedaría sin contenido pese a la expresa referencia que hace al apartado anterior: «La duración total del restablecimiento de los controles fronterizos en las fronteras interiores, incluido el período inicial contemplado en el ap. 3, del presente artículo, no podrá superar los seis meses».

En definitiva, el asunto que se planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión requería de una interpretación del art. 25 del CFS. Pero este artículo, relativo al restablecimiento de controles en las fronteras interiores es, como recordó el propio Tribunal, una excepción al principio general de libertad de circulación, y como excepción que es, debe interpretarse «con criterio restringido» (21) .

Atendiendo a la exigencia de una interpretación restrictiva de esta medida excepcional, el TJUE entiende que no cabría otra lectura posible; pues la interpretación considerada por ciertos Estados miembros y compartida por el Abogado General, según la cual la persistencia de la amenaza inicial (apreciada a la luz de nuevos elementos o de una reevaluación de la misma) basta para justificar el restablecimiento de los controles fronterizos más allá de los seis meses, «equivaldría a permitir, en la práctica, el restablecimiento de los controles en las fronteras interiores debido a una misma amenaza con duración ilimitada, menoscabando así el propio principio de la ausencia de controles en las fronteras interiores, consagrado en el artículo 3 TUE, ap. 2, y recordado en el art. 67 TFUE, ap. 2» (§66). Y en ese caso, ¿qué sentido tendría la distinción que hace el legislador entre el restablecimiento de controles *ex art. 25* y el del art. 29? Si efectivamente el legislador hubiese pretendido establecer la posibilidad de prorrogar ilimitadamente los plazos para el restablecimiento de controles en el art. 25, el procedimiento del art. 29, que prevé su restablecimiento por un plazo de hasta dos años en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio sin controles en las fronteras interiores, no tendría sentido alguno. Ese período de dos años podría superarse mediante las prórrogas del art. 25 aun cuando no concurriesen las circunstancias previstas en los arts. 29 o 30.

En el mismo sentido, el TJUE dio respuesta al argumento sostenido por el Gobierno alemán según el cual la actuación de Austria debía entenderse amparada en la cláusula de seguridad del art. 72 TFUE que legitimaría aquellos controles fronterizos. No obstante, el TJUE, recordando su jurisprudencia sobre la interpretación del art. 72 TFUE (22) , ha reiterado su naturaleza excepcional:

«El TFUE solo establece excepciones expresas aplicables en caso de situaciones que pueden poner en peligro el orden público o la seguridad pública en sus artículos 36, 45, 52, 65, 72, 346 y 347, que se refieren a unos supuestos excepcionales claramente delimitados. La cláusula de excepción recogida en el art. 72 TFUE, conforme a reiterada jurisprudencia debe ser objeto de interpretación estricta. De ello se sigue que no cabe interpretar dicho art. 72 como si atribuyera a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones a las disposiciones del Derecho de la Unión mediante la mera invocación de las responsabilidades que les incumben para el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior» (§ 86).

En conclusión, el TJUE respondió a la primera cuestión prejudicial planteada fundamentando que el art. 25, ap. 4, del Código de fronteras Schengen «debe interpretarse en el sentido de que se opone al restablecimiento temporal por un Estado miembro de los controles en las fronteras interiores basado en los arts. 25 y 27 de dicho Código cuando la duración de dicho restablecimiento sobrepase la duración total máxima de seis meses fijada en dicho art. 25, ap. 4, y no exista una nueva amenaza que justifique una nueva aplicación de los períodos previstos en el referido art. 25 § 94.

El TJUE reconoce la facultad de los Estados (*ex art. 25 CFS*) para restablecer los controles fronterizos cuando exista una amenaza grave para su seguridad interior u orden público, por un período máximo de seis meses

El TJUE no respondió a la segunda cuestión prejudicial entendiendo que quedaba respondida con la primera cuestión. Y abordó brevemente la tercera cuestión prejudicial, planteada en el asunto C-3639/20 y que preguntaba si el art. 25, ap. 4, del CFS se opone a una normativa nacional que obliga a una persona a exhibir un pasaporte o documento nacional de identidad para la entrada en el territorio de dicho Estado a través de una frontera interior bajo apercibimiento de una sanción, cuando el restablecimiento de esos controles en las fronteras interiores que fundamentan dicha obligación es contrario al CFS. Cuestión que el TJUE respondió reiterando su jurisprudencia asentada en *Touring Tour und Travel y Sociedad de transportes* (C-412/107 y C-474/17), según la cual una sanción que tiene por objeto el cumplimiento de una obligación que no es conforme con el Derecho de la Unión, es a su vez contraria al Derecho de la Unión.

IV. Cuestiones sin responder

La principal conclusión que podemos extraer de la sentencia es el reconocimiento por parte del TJUE de la facultad de los Estados (*ex art. 25 CFS*) para restablecer los controles fronterizos cuando exista una amenaza grave para su seguridad interior u orden público, por un período máximo de seis meses. Sin embargo, el fallo resulta decepcionante al omitir la interpretación de ciertos puntos esenciales acerca de los cuales la normativa no es clara.

La lectura que lleva a cabo el TJUE parte de considerar esta medida de restablecimiento de los controles como una herramienta a través de la cual los Estados ganan tiempo para desarrollar otra medida preferente con la que afrontar la amenaza. Esto es, la solución a una amenaza no puede ser el sacrificio de la libre circulación. Mediante esta interpretación *pro libertate*, el TJUE parece encontrar el equilibrio entre derecho a la libre circulación y seguridad interior de los Estados, pero queda sin respuesta una pregunta esencial y que subyace desde el primer momento del procedimiento: ¿qué ocurre cuando la amenaza no se ha resuelto?

En este sentido resulta muy interesante el razonamiento expuesto por el Abogado General que insiste en la competencia exclusiva de los Estados en el mantenimiento del orden público y de salvaguardia de la seguridad interior a tenor del art. 4.2 TUE y de la cláusula de seguridad del art. 72 TFUE según la cual: «El presente título (Título V relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia) se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior».

Sin embargo, con la interpretación defendida por la Comisión, y acogida finalmente por el TJUE, el Estado es desprovisto de una herramienta fundamental para ejercer su competencia en materia de seguridad interior y que los Tratados les reservan (art. 4.2 TUE). En este sentido advertía el A.G:

«Si un Estado miembro se viera obligado a suprimir los controles estrictamente necesarios en sus fronteras al término del plazo de seis meses, dicho Estado no podría asumir las competencias y cumplir las responsabilidades que le incumben en virtud del art. 72 TFUE. Esta situación sería incluso contraria, en ciertos casos, al art. 4 TUE, ap. 2, en la medida en que el Estado no podría luchar así contra una amenaza para su seguridad nacional» (23).

Nos preguntamos entonces qué ocurre cuando la amenaza persiste pero no se trata de una nueva amenaza o de una «amenaza renovada», en tanto que concepto excluido de la interpretación del TJUE, ¿deben resignarse los Estados y suprimir sus controles fronterizos atendiendo a que el plazo ha vencido? Esta interpretación, que en la práctica no parece la más eficaz, fue desechada por el Abogado General atendiendo a los objetivos del CFS.

Cuestión que el Tribunal de Justicia no abordó, pese a haber advertido en el pasado la existencia una relación entre los objetivos del CFS y el mantenimiento del orden público. Y es que, como recordó el Abogado General en el ap. 58 de sus conclusiones, el TJUE había identificado la prevención de cualquier amenaza contra el orden público como uno de los objetivos del Código. Y lo hizo en la STJUE 12 de diciembre de 2019:

«Por lo que se refiere, en tercer lugar, a los objetivos del código de fronteras Schengen, se desprende de su considerando 6 que el control fronterizo debe contribuir a la prevención de ‘cualquier amenaza’ para el orden público. Por lo tanto, queda de manifiesto, por una parte, que la preservación del orden público es, por sí sola, uno de los objetivos perseguidos por dicho código y, por otra, que el legislador de la Unión se ha propuesto luchar contra todas las amenazas para el orden público» (24) .

En base a ello, resulta difícil de entender que el legislador pretenda dejar a los Estados sin una poderosa herramienta con la que afrontar la amenaza y preservar el orden público. La estricta postura del TJUE de mantener el carácter absoluto de sus plazos plantea serias dudas. Y tal vez la lectura propuesta por el A.G, que permitiría reiniciar el procedimiento y volver a aplicarlo a su fin, facilitaría a los Estados miembros el ejercicio de su competencia; no obstante, resulta también difícil considerar que esta libertad casi absoluta a los Estados miembros fuera la voluntad del legislador. En cualquier caso, parece evidente que las interpretaciones que pueden hacerse son excluyentes: bien negar esa facultad a los Estados, lo que igualmente no impediría que estos acabaran recurriendo a todas las herramientas posibles para destruir una posible amenaza, incluso saltándose los plazos fijados. O bien, conceder una interpretación más flexible respecto del concepto de «nueva amenaza» que permitiera la aplicación sucesiva del procedimiento tras una reevaluación de las circunstancias que dieron lugar a los controles. En este caso, el principal problema que se plantea atiende a las consecuencias de atribuir una potestad casi ilimitada a los Estados para el restablecimiento de los controles. Pero, ¿no lo es ya? ¿Puede esperarse que un Estado que considere que su seguridad interna está siendo amenazada levante los controles que él considera indispensable para frenar la amenaza, únicamente porque el período que establece el CFS ha expirado? ¿A caso no es el Estado el principal garante de su seguridad interna? ¿Quién y cómo se controla la actuación de los Estados ante el establecimiento de controles injustificados?

Lo cierto es que, a falta de una mayor claridad del CFS respecto de las facultades de la Comisión, los Estados tienen una gran libertad para su actuación. Por ello la respuesta quizás no recaiga tanto en negar un poder que los Estados ya ejercen, sino en tratar de controlarlo. Pero en el estado actual, la actividad de la Comisión parece limitarse a una facultad para emitir dictámenes no vinculantes que, de hecho, ni siquiera emite.

Y aunque en el procedimiento no se discutieron los efectos de tal dictamen, o de su ausencia, si se cuestiona por parte del A.G la naturaleza de esta competencia de la Comisión. Esto es, si su emisión resulta facultativa u obligada. Y entiende el Abogado General que dependerá de la motivación del mismo. De tal manera que, la emisión del dictamen será facultativa cuando recaiga en las notificaciones de los Estados miembros, pero de obligado ejercicio cuando plantee dudas sobre la necesidad o proporcionalidad de la medida. Resaltando así el importante papel que desempeña la Comisión en el procedimiento respecto al cual, hasta ahora, no ha estado a la altura:

«A mi modo de ver, esto se desprende del propio tenor del art. 27, ap. 4, del Código de fronteras Schengen, en virtud del cual la Comisión siempre ‘podrá’ emitir un dictamen sobre las notificaciones de los Estados miembros, mientras que el párrafo segundo de dicho apartado dispone que la Comisión “emitirá” un dictamen a tal efecto si alberga dudas respecto de la necesidad o la proporcionalidad del restablecimiento previsto de los controles fronterizos en las fronteras interiores. El futuro de indicativo del único verbo, “emitir”, se utiliza aquí para expresar el carácter obligatorio de la disposición, lo que se desprende también, en esencia, del considerando 23 de dicho Código, según el cual el restablecimiento

de los controles fronterizos en las fronteras interiores por parte de un Estado miembro debe ser supervisado a escala de la Unión» (25) .

Y continúa el A.G recriminando su pasividad en el caso enjuiciado pues la Comisión no emitió ningún dictamen relativo a los controles austriacos, pese a señalar ante el TJUE que los mismos se restablecieron sin fundamentos suficientes.

«(...) La Comisión desempeña un papel importante a la hora de garantizar que el art. 25, ap. 1, del Código de fronteras Schengen se aplique, y se vuelva a aplicar, de una manera conforme con todos los criterios establecidos en dicha disposición. En este punto, he de observar que, en los presentes asuntos, la Comisión impugnó la legalidad de los controles establecidos por la República de Austria. Sin embargo, en la vista confirmó que, pese a ello, no había emitido un dictamen sobre las notificaciones que le había enviado el citado Estado miembro. En la medida en que la Comisión consideraba las notificaciones controvertidas infundadas, me parece lamentable que no desempeñase la función que le encomienda dicho Código.» (26)

Con todo ello nos podemos atrever a señalar como respuesta a esta confusión normativa una interpretación acorde con la propuesta por el Abogado General, que permita la reactivación sucesiva del procedimiento del art. 25 cuando sea necesario, respetando al máximo la competencia de los Estados en materia de seguridad interior. Compaginando esta interpretación con una mayor atribución de funciones a la Comisión a fin de que vele por el cumplimiento de los requisitos de necesidad y proporcionalidad que exige la medida. Se lograría así un equilibrio entre garantía de la libertad y de la seguridad si se permite a la Comisión un papel activo capaz de activar el procedimiento sancionatorio cuando resulte necesario para proteger una libertad fundamental del proyecto europeo, que se encuentra amenazada desde hace años. Aun así, no podemos dejar de señalar que la interpretación sugerida pero descartada por el TJUE no es la mejor opción. Pues, en todo caso, resultaría más apropiado y garantista un pronunciamiento por parte del legislador que aclarara estas y otras cuestiones que han quedado sin respuesta y colmara las lagunas normativas que se han evidenciado recientemente. Tal vez así logremos sacar algo positivo de las experiencias de los últimos años, una enseñanza que corrija las deficiencias del sistema e impida que la próxima amenaza (tenga la forma que tenga) conlleve otra anárquica y restrictiva respuesta individualista que, protegiendo al Estado en cuestión, arriesgue todo el proyecto europeo.

V. Reflexiones finales

La problemática del restablecimiento de controles fronterizos tiene, a mi entender, dos lecturas. Una relativa a las deficiencias normativas que se han evidenciado en los últimos años y en la cual se ha centrado este trabajo hasta ahora. Y una segunda, que debe quedar siquiera planteada en este último punto, y va más allá de esta herramienta concreta para referirse al contexto de la medida. Y es que la problemática relativa al restablecimiento de los controles en las fronteras interiores se enmarca en la misma dinámica que, sobre todo a partir del 2015, ha absorbido a la Unión. Una dinámica securitaria con la que Europa ha decidido afrontar el reto migratorio y que, hasta el momento, se ha demostrado errada. Con graves consecuencias en los derechos de las personas inmigrantes y solicitantes de protección internacional, lo cierto es que la política migratoria europea ha dañado seriamente los principios de solidaridad y confianza mutua que sostienen el proyecto europeo, amagando en no pocas ocasiones con detonarlo.

Así, la política migratoria de la Unión Europea, que en su enfoque holístico incluye las tres políticas reguladas en el Capítulo II del Título V del TFUE, «controles en las fronteras, asilo e inmigración», se ha demostrado deficiente al plantearse bajo una incoherente postura de rechazo a la migración plagada de contradicciones que ha llevado al

desmantelamiento del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) con las potenciales vulneraciones de derechos que ello supone. Y es que, a raíz de la afluencia migratoria del 2015 que Europa no supo abordar, se ha logrado una relación más estrecha entre la política de asilo y las políticas de gestión de fronteras e inmigración. Una pretensión que resulta coherente con el deseo de alcanzar una gobernanza de las migraciones. Sin embargo, el acercamiento entre estas tres políticas no ha conllevado una mejor coordinación entre estas sino que la política de asilo parece haber sido absorbida por las otras dos políticas que comparten una prioridad común: la lucha contra la inmigración irregular. Y como consecuencia, el SECA se ha *securitarizado* condicionando su aplicación a la preferente ejecución de políticas de lucha contra la inmigración irregular y caracterizando a los solicitantes de protección como una amenaza para el orden público y la seguridad interior.

Sin duda, del planteamiento de la «Europa fortaleza» subyace un intento de los Estados por evadir sus obligaciones de Derecho internacional y supranacional cuyo respeto requiere un gasto social para la acogida e integración de inmigrantes y solicitantes de protección internacional que los Estados no quieren afrontar. Como respuesta, los flujos migratorios se han configurado como una amenaza frente a la que se han elaborado tres niveles de seguridad: los controles externalizados a través de terceros Estados a los que Europa, o los diferentes EEMM, han nombrado centinelas de sus fronteras (pensemos en Turquía o Libia); los muros externos que son fronteras de Estados como Grecia, Italia o España, pero que son a la vez fronteras de Europa; y los muros internos, los controles en las fronteras interiores que se han configurado como último bastión cuyo recurso evidencia una predilección por la individualidad estatal frente la solidaridad común exigida en la UE, conscientes de que el restablecimiento de los controles en un Estado produce un efecto en cadena hacia los Estados de su alrededor.

Una política construida a base de muros que pretenden proteger a la Unión a fin de mantenerla inalterable frente a la realidad de un mundo globalizado que se resigna a permanecer inmóvil y que ha conllevado a una nueva conceptualización de la figura del refugiado despojada de su inherente vulnerabilidad y caracterizada ahora como una amenaza para la seguridad europea (27) .

Y como señala G. Pinyol, esta nueva conceptualización conlleva importantes consecuencias geopolíticas pues, habiendo difundido la idea de que debemos proteger nuestra seguridad nacional manteniendo alejados a los refugiados (o los flujos migratorios, en general) hemos lanzado la idea de que nos suponen una amenaza. Y otros Estados han aprovechado esta nueva orientación para emplear a los refugiados (o los flujos migratorios) como elementos de presión (28) . Tal y como se evidencia, cada vez con más frecuencia, por las actuaciones llevadas a cabo por socios de la Unión como Marruecos o Turquía.

Por todo ello debemos insistir en la necesidad de una reforma integral de la política migratoria. Pues resultan evidentes las lagunas y deficiencias de la política de fronteras, de la política de asilo y de la política de inmigración. Pero sin embargo, el adecuado planteamiento de todas estas políticas requiere de una mayor coordinación y equilibrio entre las mismas. Se ha apuntado en el epígrafe anterior la necesidad de que el legislador europeo se pronuncie para reformar el CFS a fin de evitar que se repita en el futuro la situación vivida en estos años. Pero debemos ser conscientes de que un Sistema Europeo Común de Asilo que permitiera un reparto equitativo y solidario podría haber evitado el colapso que se vivió en el 2015 y que dio lugar a la suspensión de la libertad de circulación mediante el restablecimiento de controles. Evidenciando así la indudable interconexión de estas tres políticas.

Urge por tanto un replanteamiento integral de las políticas de inmigración, asilo y gestión de fronteras que aborde sus deficiencias individuales y de conjunto, a fin de lograr alcanzar el necesario equilibrio entre seguridad, libertad y derechos que, a la vista de la experiencia de los últimos años, se ha perdido. Una reforma integral cuyos objetivos aquí apuntados no coinciden con los del Pacto migratorio presentado en 2020 que pretende perpetuar el

predominio del planteamiento securitario.

Solo a través de esta reforma podremos aprender a responder de manera adecuada, conforme a Derecho, a lo que en 2015 constituyó una tragedia humanitaria. Mediante la pretendida reforma, no solo se lograría claridad en una normativa plagada de lagunas, sino que se lograría un fin mayor completamente necesario: que los flujos migratorios no sean considerados como una amenaza para el orden público y la seguridad interior. Pero para ello, lejos de discursos buenistas, es necesario dotar a la Unión de una política fuerte con la que abordar todas las complejidades del fenómeno migratorio. Y ello, en nuestro sistema comunitario, se traduce en dotar a la Unión de más competencias en la materia.

VI. Bibliografía

- BOLLO AROCENA, M^aD.: «Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frastante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el Derecho de la Unión: el invierto futuro del Visado Humanitario Europeo y del Marco Europeo de Reasentamiento», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 60/2019, pp. 219-264.
- DE TORO MEZQUITA, I.: *Las fronteras de la Unión Europea: Objetivos y Medidas para afrontar su seguridad*, Tesis dirigida por Giner Alegría, C.A y Fernández Villazala. T. Defendida en Murcia en 2021.
- DEL VALLE GÁLVEZ, J.A., «Unión Europea, crisis de refugiados y limes imperii», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 38. 2016.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre «extraterritorialidad», «desterritorialidad» y «externalización» de controles y flujos migratorios», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 145-210
- GÜLZAU, F., «A "New Normal" for the Schengen Area. When, Where and Why Member States Reintroduce Temporary Border Controls?», *Journal of Borderlands Studies*, 2021.
- IILAMOLA DAUSÀ. M., «Hacia una gestión integrada de las fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión Europea». CIDOB. 2008.
- JANER TORRENS, J.D., «El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 899-932.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R.P., «Los instrumentos de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea ante los flujos migratorios masivos», *Anuario Español de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), vol. 32, 2016, pp. 475-502.
- OLESTI RAYO, A., «Las Políticas De La Unión Europea Relativas Al Control En Las Fronteras, Asilo E Inmigración», *Revista de derecho constitucional europeo*, n 10, 2008, pp. 13-48
- OLESTI RAYO, A., «El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados Miembros de la Unión Europea». *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n.º 15, abril 2012, p. 44-84.
- PINYOL JIMÉNEZ, G., «Las Personas Refugiadas No Son El Enemigo», *El País*, el 10 de noviembre de 2021.

- PORRAS RAMÍREZ, J.M., «El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 175. 2017. P. 207-234.
- PORRAS RAMÍREZ, J.M. (dir.), *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, Cuzur Menor, Thompson Reuters Aranzadi. 2020.
- SCHAMBECK, H., «Las respuestas del Estado austriaco a los retos que plantean las cuestiones políticas de integración de la actual crisis de los refugiados», *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, n.º. 16, 2019 (Ejemplar dedicado a: Integration and Fundamental Rights in a Globalized World), pp. 175-179.
- VAN OUIRIVE, L., «Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen». *Afers Internacionals*, n.º 53, pp. 43-61.
- VOTUPALOVÀ, M., «The wrong critiques: Why internal border controls don't mean the End of Schengen», *New Perspectives*, vol. 27, n.º 1/2019.
- YOKHANA, E.: «Acercamiento crítico a discursos de desarrollo relacionados con la crisis de refugiados: perspectivas desde Alemania», *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, n.º 19, 2017, pp. 333-344.

(1) Datos oficiales extraídos de Frontex y del Ministerio del Interior de España.

[Ver Texto](#)

(2) Según la organización Pro Asyl, en aquel año se presentaron 442.000 primeras solicitud de asilo. De las cuales: 159.000 eran de nacionales de Siria; 54.000 de Albania; 33.000 de Kosovo; 31.000 de Afganistán, 30.000 de Iraq y 17.000 de Serbia. Tal y como refleja E. Youkhana en su artículo «Acercamiento crítico a discursos de desarrollo relacionados con la crisis de refugiados: perspectivas desde Alemania», *Revista internacional de filosofía*. 2017, p. 334.

[Ver Texto](#)

(3) Consejo de la Unión Europea, Reintroducción temporal de los controles fronterizos en las fronteras interiores de Alemania de conformidad con el art. 25 del Reglamento (CE) Núm.. 562/2006 por el que se establece un código comunitario sobre el régimen de cruce de fronteras por las personas, no. 11986/15, de 14 de septiembre de 2015.

[Ver Texto](#)

(4) Consejo de la Unión Europea, Reintroducción temporal de los controles fronterizos en las fronteras interiores de Austria de conformidad con el art. 25 del Reglamento (CE) no. 562/2006 por el que se establece un código comunitario sobre el régimen de cruce de fronteras por las personas, no. 12110/

[Ver Texto](#)

(5) Consejo de la Unión Europea, Prórroga del restablecimiento temporal de los controles fronterizos en las fronteras interiores de Austria de conformidad con el art. 25 y sobre la base de los arts. 23 y 24 del Reglamento (CE) n.º 562/2006 por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, n.º 14211/15 de 28 de noviembre de 2015.

[Ver Texto](#)

(6) Consejo de la Unión Europea, Decisión de Ejecución (UE) 2016/894 del Consejo, de 12 de mayo de 2016, por la que se establece una Recomendación de realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias

excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen, DO L 151 de 8 de junio de 2016.

[Ver Texto](#)

- (7) J.D. Janer Torrens: «El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de La Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, p. 904.

[Ver Texto](#)

- (8) F.J. Carreras Hernández, «El Espacio de Libertad, Seguridad, y Justicia ante los nuevos desafíos de la Unión Europea: evolución y articulación jurídica», *Migraciones y asilo en la Unión Europea*. (J.M. Porras Ramírez, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 45-72.

[Ver Texto](#)

- (9) *Ibid.*

[Ver Texto](#)

- (10) Art. 39 del Reglamento 562/2006: «1. Quedarán derogados los arts. 2 a 8 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 a partir del 13 de octubre de 2006».

[Ver Texto](#)

- (11) J.D. Janer Torrens, *loc. cit.*, p 906.

[Ver Texto](#)

- (12) Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del título III (Fronteras interiores) del Reglamento (CE) nº 562/2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) /* COM/2010/0554 final */ En el Anexo I de dicho Informe se recopilan las notificaciones de restablecimiento temporal de controles durante aquellos años, reflejando las distintas justificaciones que van desde actividades políticas a eventos deportivos.

[Ver Texto](#)

- (13) Reglamento (UE) n.º 1051/2013 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 562/2006 con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales ap. 4 de la exposición de motivos.

[Ver Texto](#)

- (14) Reglamento (UE) n.º 1051/2013, ap.5 de la exposición de motivos.

[Ver Texto](#)

- (15) En 2015 la Comisión reconsideró su postura acerca de los controles fronterizos como herramienta para abordar el control de la inmigración al señalar: «"[...] sí supone en la práctica una amenaza para el orden público y la seguridad interior"; Dictamen de la Comisión de 23 de octubre de 2015 sobre la necesidad y proporcionalidad de los controles en las fronteras interiores restablecidos por Alemania y Austria [C (2015) 7100 final, p. 8].

[Ver Texto](#)

- (16) Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (texto codificado)

[Ver Texto](#)

- (17) Conclusiones del Abogado General. ap. 43.

[Ver Texto](#)

(18) Conclusiones del Abogado General. ap. 44. Acogiendo la expresión empleada por el Conseil d'État francés en las resoluciones n.º 415231, de 28 de diciembre de 2017, Association nationale d' Assistance aux frontières pour les étrangers y otros, ap. 7 y 8; y la resolución n.º 425936, de 16 de octubre de 2019, ANAFE y Groupe d'information et de soutien aux émigrés ap. 6 y 7, en asuntos relativos al restablecimiento de los controles fronterizos por parte de las autoridades francesas con las fronteras interiores terrestres de Bélgica, Luxemburgo, Alemania, la Confederación Suiza, Italia y España, así como en las fronteras aéreas y marítimas, del 1 de noviembre de 2017 al 20 de abril del 0218 y del 1 de noviembre de 2018 al 30 de abril del 2019.

[Ver Texto](#)

(19) Conclusiones del Abogado General. ap. 61.

[Ver Texto](#)

(20) Aps. 80 y 81.

[Ver Texto](#)

(21) Como señala el ap. 64 de la Sentencia; el considerando 27 del CFS; y las SSTJUE 3 de junio de 1986, *Kempf*, 139/85 ap.13; y de 10 de julio de 2008, *Jipa*, C-33/07, ap. 23.

[Ver Texto](#)

(22) En particular, la STJUE *Comisión / Hungría*, C-808/18 aps. 214 y 215.

[Ver Texto](#)

(23) Conclusiones del Abogado General. ap. 56.

[Ver Texto](#)

(24) STJUE 12 de diciembre de 2019. C-380/18.

[Ver Texto](#)

(25) Conclusiones del Abogado General. ap. 71.

[Ver Texto](#)

(26) Conclusiones del Abogado General. ap. 73.

[Ver Texto](#)

(27) *Vid.* en este sentido la interesante reflexión de G. Pinyol en torno a la securitización de las personas refugiadas. G. Pinyol Jiménez: «Las Personas Refugiadas No Son El Enemigo», *El País*, el 10 de noviembre de 2021.

[Ver Texto](#)

(28) *Ibíd.*

[Ver Texto](#)