



FACULTAD DE DERECHO.

ANÁLISIS DEL DERECHO DE ASILO Y MOVIMIENTOS
MIGRATORIOS. ESTUDIO DEL CASO UCRANIANO.

Autor: Jaime Velasco Toronjo

4º E-1

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

Tutora: Pía Navazo Capriles

RESUMEN.

Lo que comenzó a finales de enero de 2022 como unas aparentes maniobras militares por parte del ejército ruso cerca de la frontera con Ucrania, derivó, trágicamente, en la invasión por parte de Rusia del territorio del este ucraniano, además de continuos ataques a diversas ciudades muy alejadas de esa zona, incluyendo constantes bombardeos a Kiev. Ello ha resultado en un movimiento migratorio masivo, el más grande de este siglo y el segundo más importante de los últimos tiempos, sólo detrás del que provocó la Segunda Guerra Mundial.

A lo largo de este Trabajo de fin de grado, se realizará un análisis de los movimientos migratorios y un estudio sobre el propio derecho de asilo, su origen y evolución histórica, además de analizar, desde el punto de vista del caso ucraniano, si las políticas y medidas relativas al asilo e inmigración son eficaces y suficientes.

Palabras clave: asilo e inmigración, protección subsidiaria, protección temporal, Ucrania, políticas migratorias, directivas.

ABSTRACT

What began in late January 2022 as apparent military manoeuvres by the Russian army near the Ukrainian border, tragically led to Russia's invasion of eastern Ukrainian territory and continued attacks on several cities far away from that area, including constant shelling of Kiev. This has resulted in a massive migration movement, the largest of this century and the second largest in recent times, second only to that caused by the Second World War.

Throughout this thesis, an analysis of migratory movements and a study of the right to asylum itself, its origin and historical evolution will be carried out, in addition to analysing, from the point of view of the Ukrainian case, whether the policies and measures relating to asylum and immigration are effective and sufficient.

Key words: asylum and immigration, subsidiary protection, temporary protection, Ukraine, migration policies, directives.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. EL DERECHO DE ASILO E INMIGRACIÓN.....	5
a. EL DERECHO DE ASILO, ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL?.....	5
b. DIFERENTES TIPOS DE PROTECCIÓN Y ESTATUS.....	7
3. EL ASILO Y REFUGIO EN EUROPA Y ESPAÑA.....	12
a. COMPLICADA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA.....	12
b. LA LEY 12/2009 Y EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN.....	14
i. LA LEY 12/2009.....	14
ii. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN.....	16
iii. JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	19
c. NEGATIVAS JUSTIFICADAS AL ASILO.....	23
d. IMPACTO DEL PACTO EUROPEO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO.....	26
e. INSUFICIENCIAS DE LA LEY DE ASILO.....	29
4. MOVIMIENTOS DE LOS UCRANIANOS EN LA UE.....	33
a. CONSECUENCIAS DIRECTAS.....	33
b. MEDIDAS COMUNITARIAS QUE SE HAN APLICADO.....	34
i. LA DIRECTIVA 55/2001.....	36
5. SOSTENIBILIDAD O INVIABILIDAD.....	41
a. CÓMO LA UE ESTÁ LIDIANDO CON ESTA MIGRACIÓN.....	42
b. RESPUESTA ESPAÑOLA ANTE ESTA CRISIS DE REFUGIADOS.....	42
6. CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFIA.....	47

1. INTRODUCCIÓN

El asilo es un derecho fundamental reconocido en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, siendo posteriormente desarrollado en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 1951 (en adelante, **Convención de Ginebra**) y en el protocolo de Nueva York, siendo una estricta obligación de los estados partes concederlo y garantizarlo a aquellas personas que cumplen los criterios de la Convención de Ginebra, cuya definición dicta: “Todo ser humano debe tener garantizado el derecho a buscar protección fuera de su país natal, pudiendo disfrutar del mismo en el extremo de tener que huir de un conflicto armado de cualquier tipo, poniendo su vida en peligro, o por el miedo a ser perseguido por su religión, etnia, género o demarcación política”.

A día de hoy, más de 100 millones de personas se encuentran en esta situación, de ellas 27,1 millones refugiadas en otros países, principalmente fronterizos.

A lo largo de este trabajo, se realizará un análisis de la aplicación del derecho de asilo a los movimientos migratorios actuales en Europa; enfocándose especialmente en España, y se realizará un detallado estudio del asilo y la migración en el contexto de la actual guerra de Ucrania. Se hará un análisis al amparo de la Ley de Asilo, aquella que marca la pauta a seguir en España, e implementa la normativa comunitaria.

En España, el asilo fue asumido y regulado en la propia Constitución, siendo desarrollado posteriormente por la Ley de Asilo, de 30 de octubre (en adelante, **Ley de Asilo**). En el plano comunitario, el derecho de asilo es parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en 2007.

A la vista de la normativa comunitaria, se pondrá el foco en los resultados, el impacto de las políticas migratorias y sus consecuencias en las fronteras de la Unión Europea (**UE**, en adelante); asimismo, se analizará la jurisprudencia, tanto europea como internacional, en relación con la aplicación del derecho de asilo en España.

Finalmente, como punto innovador y de actualidad, se analizará la invasión rusa de Ucrania y la crisis masiva de refugiados que ha generado, ocasionando una de las olas migratorias más grandes de la historia, comparable al fenómeno migratorio ocurrido a causa de la Segunda Guerra Mundial.

2. EL DERECHO DE ASILO E INMIGRACIÓN

2.1. EL DERECHO DE ASILO, ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL?

La constitución española prevé, de manera expresa, en su artículo 13.4 el asilo: “La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Por su redacción y ubicación en el texto constitucional, el asilo no se configura como un derecho fundamental más, sino que “el constituyente se ha limitado a introducir un mandato al legislador para su concreción y desarrollo posteriores¹”.

Esta consideración contraria a la condición de derecho fundamental ha sido siempre controvertida, ya que la primera ley reguladora del derecho de asilo, la Ley 5/1984, preveía que las resoluciones del Ministerio del Interior en las que no se admitía a trámite las peticiones de asilo eran recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa², ajustándose, según el artículo 20.3 de la ya derogada ley 5/1984, a las “normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas³”. En el caso de que el asilo se hubiera configurado como un derecho fundamental, se debería de haber aplicado el procedimiento privilegiado a todas las resoluciones, no exclusivamente a las de inadmisión. Luego de varios años, y modificarse la ley original, la Ley 9/1994, de 19 de mayo, hizo que los recursos contencioso-administrativos que se formularan contra las resoluciones de asilo denegadas tuvieran tramitación preferente.

Finalmente, en la nueva Ley de asilo no existe referencia al asilo como un derecho fundamental ni una tramitación ventajosa. De hecho, ha desaparecido ya la tramitación preferente de estos recursos contencioso-administrativos.

Por otra parte, ni el Pacto Internacional de Nueva York de 19 de septiembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, **PIDCP**), ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante

¹ Ortega Martín, E., “Asilo y Refugio”, *Manual práctico de derecho de extranjería*, LA LEY, Madrid, 2010, p. 1.

² *Id.*

³ Ley 5/1984 de 27 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (BOE de 27 de marzo de 1984).

CEDH), reconocen el asilo dentro de la enumeración de derechos humanos que en tales textos se contienen.

Cosa distinta hace el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual dicta: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas⁴”.

Existe además jurisprudencia que recalca que el derecho de asilo no está configurado como un derecho fundamental. Nuestro Tribunal Constitucional, en su **STC 53/2002, FJ 4º**, dice: “Estamos entonces ante una remisión al legislador ordinario para configurar el régimen de disfrute de este derecho constitucionalmente reconocido a quienes solicitan asilo en España. Atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en el texto constitucional, fácilmente se colige que no estamos ante un derecho fundamental de los enunciados en el capítulo II del mismo Título I de la Constitución.

Estamos, propiamente, ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo serán, entonces, los que establezca la Ley. Obviamente, la Ley que regule el régimen de los extranjeros asilados ha de respetar plenamente los demás preceptos de la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros. Pero ningún precepto constitucional exige que esa Ley de configuración del derecho de asilo se apruebe con forma de Ley Orgánica⁵”.

Bajo esta premisa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, **CDFUE**) establece lo siguiente en su artículo 18: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la UE”. No obstante, como se mantiene, no se reconoce como derecho fundamental.

Frente a esta confusión, es necesario repasar algunas ideas:

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 53/2002, de 27 de febrero de 2002, FJ 4º. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2002-6299>. Fecha última consulta: 03/03/2023.

- Ni la constitución española a nivel nacional, ni el **PIDCP ni el CEDH** a nivel internacional recogen el asilo como un derecho fundamental.
- En la UE, la Carta subordina el asilo a respetar una serie de requisitos y circunstancias establecidos en la Convención de Ginebra y su protocolo de desarrollo. Esta subordinación cabe asimilarla a un acto de poder público.
- El alcance de asimilar la Carta a un poder público llegará a los límites marcados por el Derecho comunitario, ya que el art. 51 de la Carta especifica que sus disposiciones están dirigidas a instituciones y organismos de la UE⁶.
- Cabe concluir que no se puede confirmar totalmente que el ordenamiento jurídico español haya recibido el asilo como un derecho fundamental, en atención a todas las cautelas y exigencias marcadas por Ley Orgánica para su regulación⁷.

2.2. DIFERENTES TIPOS DE PROTECCIONES Y ESTATUS

Es necesario hacer una aclaración de diversos conceptos que se encuentran relacionados al derecho de asilo e inmigración, ya que suponen diferentes estatus y niveles de protección de acuerdo con cómo se clasifiquen los respectivos solicitantes.

Este apartado busca realizar una descripción y diferenciación de los distintos conceptos, mecanismos y niveles de protección con los que cuenta España para lidiar con las solicitudes de asilo. Se trata de diversos mecanismos adoptados a nivel nacional para dar respuesta a un problema de magnitud global, por lo que deben de ser periódicamente revisados para adaptarlos a la normativa internacional.

Por ejemplo, el propio concepto de refugiado, que, a causa de cambios constantes a nivel internacional y de la aparición de nuevas causas de éxodo, ha quedado ciertamente obsoleto en el ordenamiento jurídico español.

Con todo ello, se procede ahora a realizar una diferenciación de esos conceptos. Se usará de apoyo la Ley de Asilo.

En primer lugar, abordamos el concepto de asilo. De manera generalizada, el asilo se define en la propia Ley de Asilo, en su artículo 2 como: “**la protección (jurídica) dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en**

⁶ Ortega Martín, E., *op. cit.*, p. 2.

⁷ *Id.*

la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967⁸”. Como se mencionó en la introducción de este trabajo, este derecho se establece en la Convención de Ginebra, a la cual España se adhirió en 1978.

Por otro lado, el concepto de refugio es más difuso. El refugio es una institución humanitaria, la cual surge con el objetivo de “dar protección y atención a las víctimas de sucesos históricos en el mundo, que aún con la evolución de las sociedades se mantiene vigente⁹”. Por otro lado, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, (en adelante, **ACNUR**), el cual es el órgano de Naciones Unidas que protege a refugiados y desplazados por conflictos y otras situaciones, además de trazar posibles soluciones a la situación de éstos, define el asilo como práctica mediante la cual un Estado garantiza la protección, el amparo y la asistencia de aquellas personas que han huido de su país de origen por diversas razones, generalmente relacionada con la violación de sus derechos fundamentales¹⁰.

Asilo y refugio, como conceptos, guardan cierta relación entre sí, no es como en la antigua Ley de Asilo, donde eran conceptos diferentes, sino que guardan relación entre ellos. A día de hoy, el asilo se puede establecer como la consecuencia directa de reconocer la condición de refugiado.

Antes de la reforma, el asilo era un acto gubernamental, ejecutado en el ejercicio de su soberanía, siendo el refugio un derecho subjetivo de todas las personas que reunían los requisitos de la Convención de Ginebra. Puede entenderse, tras la reforma, el fin de la distinción entre ambas. Hoy por hoy, se puede concluir que «refugio» sirve para definir una condición reconocida a ciertas personas, teniendo un carácter más humanitario y de grupo, a diferencia del asilo, el cual es una condición meramente individual¹¹.

⁸ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE de 31 de octubre de 2009).

⁹ Lenza García, I., “Asilo y Refugio. Un acercamiento desde el Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Ciencia Jurídica y Política*, Volumen 7, núm. 13, 2021 (disponible en: <https://www.camjol.info/index.php/rcijupo/article/view/11912>, última consulta: 23/02/2023)

¹⁰ Ortega Martín, E., *op. cit.*, p. 6.

¹¹ Molina Conzué, D.A., “Reconocimiento normativo y diferencias entre el asilo diplomático, asilo territorial y refugio en la opinión consultiva OC-25/18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Precedente Revista Jurídica*, Vol. 9, 2015 (disponible en

El concepto que más conviene aclarar y limitar es el de refugiado. Son muchas las fuentes que definen el concepto. La Ley de Asilo, en su artículo 3, lo define de esta manera: “La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o a causa de dichos temores no quiere, acogerse a la protección de tal país; pero también al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos y/o temores no puede o no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del art. 8 o de las causas de denegación o revocación del art. 9¹²”.

ACNUR realiza también define este concepto: “personas que se encuentran fuera de su país de origen por temor a la persecución, al conflicto, la violencia generalizada, u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y, en consecuencia, requieren protección internacional¹³.

Otro de los conceptos que interesa aclarar será el de protección subsidiaria. Definido en el art. 4 de la Ley de Asilo, es el “derecho dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate¹⁴”.

Como se puede ver, estas dos figuras comparten tanto contenido, como protección similar una vez se conceden, incluso comparten parte de su procedimiento de concesión, pero no

<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/3603/3672>, última consulta, 23/02/2023).

¹² Sánchez Fernández, A., Protección internacional: asilo, protección subsidiaria y protección temporal en España. *Diario La Ley*, 2015, no 8655, p. 2 (disponible en

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5260334>, última consulta 23/02/2023)

¹³ UNHCR ACNUR, Comité Español, “Derechos y valores del ser humano”, 2023, (disponible en <https://www.acnur.org/refugiados.html>, última consulta 23/02/2023)

¹⁴ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE de 31 de octubre de 2009).

se debe olvidar que los requisitos para lograr la condición de refugiado son más exactos. Cuando estos requisitos no se cumplen, existe la oportunidad de la protección subsidiaria. Se habla, tanto en los arts. 3 y 4 de la Ley de Asilo, sobre el término “apátrida”. La definición legal de un apátrida, según ACNUR, es “una persona que no es reconocida por ningún país como ciudadano conforme a su legislación¹⁵”. Es decir, una persona apátrida no ostenta la condición de ciudadano de ningún país, carece de nacionalidad, pudiendo ser una apatridia originaria o sobrevenida.

Alguna de las causas de la apatridia es coincidentes con varios de los motivos por los que se origina el temor fundido que da ocasión a solicitar la condición de refugiado, tales como discriminación contra grupos étnicos o religiosos, discriminación por género o incluso transferencias de territorio entre los Estados existentes.

Finalmente, un término que engloba a todos los mencionados anteriormente, es el de la migración. Pese a carecer de una definición jurídica única, las Naciones Unidas definen al migrante como alguien que ha residido en un país extranjero durante más de un año independientemente de las causas de su traslado, voluntario o involuntario, o de los medios utilizados, legales u otros¹⁶.

Existe también lo que se conoce como “movimientos mixtos”, los cuales hacen referencia a los flujos de personas que irregularmente viajan juntas, por las mismas rutas y utilizando el mismo medio de transporte, pero por motivos muy diferentes.

Las personas que viajan como parte de movimientos mixtos tienen diferentes necesidades y pueden incluir personas solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata, niños no acompañados o separados, y migrantes en situación irregular. Es un concepto complejo, el cual entraña diversas dificultades, tanto físicas como jurídicas para aquellos involucrados.

¹⁵ UNHCR ACNUR, “Acabar con la Apatridia”, 2023. (disponible en <https://www.acnur.org/acabar-con-la-apatridia.html> : última consulta 3/02/2023).

¹⁶ Naciones Unidas, “Pacto Sobre Migración: Definición de Refugiados y migrantes”, 2023 (disponible en <https://refugeesmigrants.un.org/es/definitions>; última consulta 13/03/2023).

Aunque a veces se confunden, los términos refugiado y migrante son radicalmente distintos. Los refugiados gozan de una definición legal, siendo personas que no pueden regresar a su país natal por un temor fundado determinado, requiriendo éstos de protección internacional. Tampoco son los refugiados una subcategoría de migrantes.

La importante distinción entre refugiados y migrantes fue reconocida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, de 2016. Los refugiados huyen forzosamente por una situación de persecución o violencia, pudiendo acceder a la protección que brinda el asilo o la protección subsidiaria, mientras que los migrantes lo hacen generalmente de manera voluntaria, a los que se aplican las leyes nacionales de inmigración.

Una última distinción conceptual es la que alude a la **protección temporal**, diferente tanto de la protección subsidiaria como del asilo. Esta figura representa “una respuesta coyuntural de emergencia ante la llegada de flujos masivos de refugiados, de manera que se garantice protección inmediata con carácter temporal¹⁷”.

En estos casos no hay un estudio individual de los casos demandantes, se trata de un procedimiento grupal para dar un estatuto al grupo. Durante el período en que dura la protección (máximo tres años) las personas deberán solicitar la condición de refugiado o protección subsidiaria. En caso de no serle reconocido ninguno de estos estatutos, retornarán en caso de poder aplicarse la misma, pero en caso contrario, el Estado protector deberá otorgarle algún tipo de protección humanitaria, en base al principio fundamental de no devolución¹⁸.

Esta figura nació a nivel comunitario por la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001 (en adelante, **Directiva 55/2001**), la cual está regulada en España por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre.

Son estos los diferentes términos que hemos de comprender y discernir en el estudio. Representan, como más adelante se verá, los 3 principales niveles de protección que se pueden otorgar a una persona que solicita protección a nivel internacional.

¹⁷ Sánchez Fernández, A., *op.cit.* p. 3.

¹⁸ *Id.*

3. EL ASILO EN EUROPA Y ESPAÑA

3.1. COMPLICADA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA

El primer registro relativo a la protección de refugiados y la institución del asilo son en el Convenio de Ginebra y el Estatuto de Nueva York, respectivamente.

No fue hasta mediados de hasta la década de los 80, cuando la por entonces Comunidad Europea comenzó a conferirse competencias sobre la gestión de la migración, lo cual atendía a una inicial concepción de la inmigración, “un problema que los estados miembros no podían resolver, pues actuaciones aisladas resultaban insuficientes para responder a unos movimientos tan complejos¹⁹”. Por ese entonces, se promulga en España la Ley 5/1984, de 26 de marzo (en adelante, **Ley 5/1984**), a raíz de la normativa comunitaria desarrollada.

Fue definitivamente bajo el Tratado de Maastricht de 1992 (en adelante, **Tratado de Maastricht**), donde tanto inmigración como asilo pasaron a ser un área de competencia propia de la UE dentro de un marco de cooperación intergubernamental, desencadenado por el “acervo de Schengen²⁰”. Finalmente, gracias al Tratado de Ámsterdam y el Consejo de Tampere, se produjo un avance en la política de inmigración europea, incorporándose materias como el asilo, la inmigración y los derechos de nacionales extranjeros a las políticas comunes.

Debido a la normativa comunitaria desarrollada en la búsqueda de una política común europea sobre inmigración y asilo, y como consecuencia del Tratado de Ámsterdam, la inicial Ley 5/1984 fue modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (en adelante, **Ley 9/1994**).

Ya a finales de la década de los 2000 se han producido los últimos cambios en las políticas europeas de inmigración y asilo, teniendo como uno de los objetivos principales el tratado de Lisboa de 2009 (en adelante, **Tratado de Lisboa**), donde se ha tratado de generar una

¹⁹ Argerey, P., “La Unión Europea y el control de la inmigración”, *Estudios de Política Exterior S.A.*, Vol. 20, núm. 114, 2006, pp. 177-184. (Disponible en <https://www.jstor.org/stable/20646006>, última consulta 3/02/2023).

²⁰ Fischer, R., “The Europeanization of Migration Policy: the Schengen Acquis between the Priorities of Legal Harmonization and Fragmentation”, *Franfurt/Main, Lang*, 2012.

política común de asilo y migración de la UE²¹. De esta manera, la UE tuvo por primera vez competencia sobre asilo, migración y protección de refugiados, a costa de que los estados miembros perdieran gran parte de sus competencias en estas áreas.

En España surge, a raíz de la pérdida de eficacia de la Ley 5/1984, debido a la introducción por parte de la UE de diversos cambios, la Ley de Asilo actual, la cual llevó aparejada a su vez la incorporación de diversas directivas del Consejo de Europa, tales como la Directiva 86/2003, sobre el derecho de reagrupación de los refugiados, la Directiva 85/2005, relativa a normas mínimas para los procedimientos de concesión o revocación de la condición de refugiado o la directiva 9/2003, por la que se aprueban las **normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo**.

Se ha producido una evolución en el rumbo que marcaban las primeras políticas europeas de asilo e inmigración. Se diferencia una fase inicial, marcada por el carácter reactivo y huidizo de los estados miembros a la inmigración y la concesión del derecho de asilo, considerándose los movimientos migratorios como un problema inabarcable, siendo hoy en día objeto de una política común, pretendiendo que la UE sea entendida como un auténtico espacio único de libertad, seguridad y justicia para todos²².

No obstante, estas políticas no están exentas de errores surgidos de la práctica, ni todos los Estados Miembros de la UE están actuando tan solidariamente como se pretendió al momento de elaborar estas políticas. Estas insuficiencias serán analizadas en su correspondiente apartado.

Vista su construcción, es escasa la evolución y el acercamiento de posturas que se ha producido en el seno de la UE, especialmente con la entrada en vigor del Reglamento Dublín III, el cual trasladó toda la presión de gestión migratoria a los países de entrada de los migrantes. Esto supuso un receso en el intento de conseguir una política común europea en materia de migración, por lo que fueron necesarias diversas reformas para poder formar un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE²³.

²¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOE de 30 de marzo de 2010).

²² Fernández Rozas, J.C., “Luces y sombras de veinte años de política común en materia de control de fronteras, asilo e inmigración ante la defensa de un dionisiaco estilo de vida europeo”. *La Ley Unión Europea*, núm. 76, 2019, pp. 4-7.

²³ *Ibid*, p.14.

3.2. LA LEY 12/2009 Y EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

3.2.1. LA LEY 12/2009

Con la Cumbre de Tampere, y su posterior ratificación en la Cumbre de la Haya 5 años después, se produjo la creación legal del Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, **SECA**), siendo el Consejo Europeo el encargado de adoptar las medidas necesarias sobre asilo y refugio de acuerdo con la Convención de Ginebra. Fueron 2 las fases que se previeron en cuanto a la creación del SECA. La primera de ellas “definió los denominadores comunes y unos estándares mínimos para los estados miembros²⁴”, mientras que la segunda fase consistió en el desarrollo de un procedimiento común y un estatus de protección claramente marcado y definido, teniendo su reflejo en el TFUE.

Es aquí donde se enmarca la actual Ley de Asilo, que aporta varias disposiciones que pretenden ser un importante medio de protección internacional, reforzando determinadas instituciones del derecho de asilo, inmigración y la protección subsidiaria. Además, añade varias novedades de cara a contribuir con las necesidades administrativas de la UE. En lo que respecta a su contenido, analizaremos las novedades que la misma supuso.

Dentro del título preliminar, podemos encontrar las definiciones tanto de derecho de asilo (art. 2), como del concepto de refugiado (art. 3), en los términos establecidos en la Convención de Ginebra expresamente, además de considerar, subliminalmente, a la UE como un espacio único de libertad, seguridad y justicia para todos los ciudadanos²⁵. La mayor novedad del mismo es la regulación autónoma de la figura de la protección subsidiaria (art.4). De esta manera, se le otorga entidad jurídica propia a la protección subsidiaria, consagrándose en lo que conoceremos como tercer nivel de protección²⁶.

El título I, denominado “De la protección internacional”, cubre las exigencias para el reconocimiento del derecho de asilo y protección subsidiarias, así como causas de exclusión y denegación de la misma, definiendo así todas las condiciones requeridas para

²⁴ Abrisketa Uriarte, J. “El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo y el control previo a la entrada: ¿quid prodest?”. *La Ley Unión Europea*, no 106, 2022, pp. 2-3.

²⁵ Fernández Rozas, J.C., *op. cit.*, p.11.

²⁶ Gonzalez de Lara Mingo, S. “Niveles de protección reconocidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria: Principio de «non-refoulement» y causas de exclusión”. *Actualidad administrativa*, no 10, 2019, pp. 5-7

el reconocimiento de estos derechos, en contraste con la Ley 5/1984, presente en su art. 6 y 7, evitando así un número significativo de solicitudes maliciosas.

En cuanto a las causas de exclusión de la condición de refugiado y denegación de la misma (art. 8 y art. 9, respectivamente), se aprecia una ampliación significativa de estas, estableciendo este segundo una excepción algo genérica al principio de no devolución, refiriéndose a todas aquellas personas que constituyan un peligro fundado para la seguridad de España²⁷.

El Título III, “De la unidad familiar de las personas beneficiarias de protección internacional”, introduce, como novedad, la Directiva 86/2003, relativa al derecho de reagrupación familiar, estableciéndose como vía alterna a aquellos casos donde sin tener que solicitar la extensión, por no necesitar de protección, los familiares del solicitante quieran acogerse a los beneficios de autorización de residencia y trabajo, beneficiándose en mayor grado que otros extranjeros.

El Título IV expone las causas de la revocación y cese de la condición de refugiado y la protección subsidiaria, además de su procedimiento, donde se amplían notablemente los supuestos de cese y revocación, de cara a evitar el uso de protección de manera abusiva. Se ve que esta nueva regulación ha sido muy beligerante con las personas en las que concurren las causas de revocación, a diferencia de la antigua Ley 5/1984, la cual era excesivamente permisiva. Destaca, también, el establecimiento de un proceso común para cese y revocación²⁸.

Finalmente, su Título V , prevé la adopción de medidas necesarias para una efectiva protección de los menores y otras personas vulnerables, creando un régimen diferenciado para ellos, adoptando medidas en atención al “interés superior del menor”. Dentro de este colectivo encontramos, además, a menores no acompañados, personas con discapacidad y de edad avanzada, y personas que hayan padecido torturas o tratos degradantes.

²⁷ Sardina Cámara, P., “Comentarios a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”. *Diario La Ley*, no 7370, 2010, pp. 3-5.

²⁸ *Ibid*, p. 14.

Se puede ver como la nueva Ley de Asilo supone una regulación novedosa en el marco español de regulación de la protección internacional, no exenta de errores, como más adelante se detallarán.

3.2.2. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

El principio de no devolución es el pilar fundamental de la protección internacional, dando sentido a todas las instituciones de la misma, siendo, además, norma consuetudinaria del derecho internacional, estando reflejado en el art. 33 de la Convención de Ginebra:

“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas²⁹”.

Como se aprecia, se aplica con respecto al país el cual se va a deportar, y a cualquier otro a donde el individuo pueda, en un futuro, ser trasladado.

La convención de Ginebra define al refugiado en 3 aspectos. Los que más interesan ahora mismo son lo de inclusión, por la que se define quién se considera refugiado, mientras que las cláusulas de exclusión y cesación indican las situaciones contrarias, tanto cese como exclusión de la misma condición. De esta manera, el artículo 33 aplica a todo individuo considerado refugiado y no envuelto en alguna de las causas de exclusión.

Existen determinadas excepciones al principio de no devolución, previsto en el art. 33.2 de la Convención: “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un **peligro para la seguridad del país donde se encuentra**, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país³⁰”.

²⁹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE de 21/10/1978).

³⁰ *Id.*

Se ha de analizar cómo actúa el principio de no devolución en la actual Ley de Asilo, particularmente en los casos donde el solicitante esté inmerso en una causala de exclusión. Considérense 3 los grados de protección escalonados que ofrece la Ley de Asilo³¹, siendo éstos el asilo, la protección subsidiaria y la autorización de permanencia en España por cuestiones humanitarias (arts. 3, 4, 37 b) y 46.3, respectivamente). Para su interpretación, de acuerdo con el principio de la no devolución, nos valdremos del Auto de 2 de noviembre de 2018, el Recurso de Casación nº 5805/2017, el cual examina una sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Esta sentencia apreció la exclusión de protección internacional por parte de un solicitante de asilo, pero incluso así, se le aplicaba el principio de no devolución (art. 3 CPDH), limitándose el fallo a declarar la aplicación del principio de no devolución a cualquier país donde se prevea la ausencia del mismo. Otra sentencia muy similar es el recurso 595/2017, donde un solicitante de asilo, incurso en una causa de exclusión, se consideró que estaba en una situación de protección subsidiaria.

Ambas sentencias recalcan la existencia de los 3 niveles de protección, especialmente la no devolución en caso de que en otro país haya peligro para los solicitantes de asilo o protección subsidiaria. Resulta, a mi entendimiento, que reconocer el principio de no devolución supone reconocer el derecho de todo solicitante a permanecer en España.

En aras de un mejor entendimiento del principio de no devolución, he de citar el art. 78.1 TFUE: “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 tratados³²”.

Como se aprecia, se refleja de nuevo los 3 niveles anteriormente mencionados en la Ley de Asilo. Siguiendo esta línea, la Ley de Asilo transpuso la Directiva 95/2011, la cual sustituye y deroga a la antigua Directiva 83/2004. En esta nueva Directiva, se ubica, en

³¹ Gonzalez de Lara Mingo, S. *op. cit.*, pp. 5-7

³² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOE de 30 de marzo de 2010).

su Capítulo VII, su artículo 21, de protección contra la devolución, exponiendo que todos los Estados Miembros respetarán el principio de no devolución.

Bajo esta premisa, la Convención de Ginebra establece que existen excepciones al principio de no devolución, previéndose las mismas en el art. 21.2 a y b) de la misma: “Cuando no esté prohibido por las obligaciones internacionales mencionadas en el apartado 1, los Estados miembros podrán devolver a un refugiado, reconocido formalmente o no, si: a) existen motivos razonables para considerar que constituye un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra, o b) habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro³³”.

Hilando de nuevo con la Ley de Asilo, en el Capítulo V de su primer título se enmarca el artículo 37, que dispone que la denegación de las solicitudes de protección internacional supondrán el retorno o salida del territorio español al Estado responsable del examen de solicitud, salvo que, entre otros casos, se autorice su estancia por razones humanitarias. Así, el principio de no devolución actúa como salvaguarda en caso de denegación de los 2 primeros niveles de protección.

Otro artículo que refleja el principio de no devolución es el 44.4 de la Ley de Asilo, el cual estipula: “No obstante lo dispuesto en los anteriores apartados, ninguna revocación ni eventual expulsión posterior podrá determinar el envío de los interesados a un país en el que exista peligro para su vida o su libertad o en el que estén expuestos a tortura o a tratos inhumanos o degradantes o, en su caso, en el que carezca de protección efectiva contra la devolución al país perseguidor o de riesgo³⁴”.

A modo de conclusión, en estas sentencias se aprecia que la normativa española no prevé una articulación expresa del principio de no devolución, sino que su aplicación debe hacerse mediante una valoración de razones humanitarias, las cuales justifiquen la permanencia de los solicitantes en España. Ambas sentencias acuerdan la permanencia en territorio nacional del solicitante, pese a existir motivos para su expulsión, ya que, en

³³ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE de 21/10/1978).

³⁴ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE de 31 de octubre de 2009).

el destino al que serían expulsados, no se les garantiza un respeto a sus derechos a la vida, salud e integridad física. Esta es la razón de que el principio de no devolución actúe como una salvaguarda a la situación de los solicitantes.

3.2.3. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Es diversa la jurisprudencia que se puede mencionar con respecto a este apartado, pero me centraré en la STS 1634/2022, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 12 de Diciembre de 2022, Recurso 8806/2021. Se puede ver claramente en esta Sentencia como el principio de no devolución constituye una última garantía del derecho de asilo.

Se impugna en este recurso planteando interés casacional objetivo, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid (Sección Décima), de 30 de noviembre de 2021, por la que se desestima el recurso de apelación nº 590/2021, seguido contra la sentencia de 4 de marzo de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 29 de Madrid, que desestimó el p.a. nº 503/2019, interpuesto frente a la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid que acordó la expulsión del territorio nacional con la prohibición de entrada por un periodo de cinco años en los países a que se refiere el Acuerdo de Schengen³⁵.

La delegada del Gobierno en Madrid dictó resolución acordando la expulsión, de un nacional de Ucrania, por haber sido condenado por delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de un año, cuatro meses y dos días de prisión por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 5 de Alcalá de Henares, por un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de dos años y tres meses de prisión por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Getafe y por un delito continuado de hurto a la pena de doce meses y 15 días de prisión, lo cual entraría en conflicto con el artículo 28 de la Directiva 55/2001, relativo a las causas de exclusión de protección internacional.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 1634/2022 (sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 12 de diciembre de 2022. Versión electrónica – base de datos VLEX. Ref. RC 8806/2021, disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d1ce0e63649475e4a0a8778d75e36f0d/20221230>

En el auto de admisión de este recurso, según dicta el FJ 4º: “la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar:

- La incidencia de la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo (en adelante, **Orden PCM**) -por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022 (en adelante, **Acuerdo del Consejo**), por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España (en adelante, **Decisión de Ejecución UE**)- en la situación del extranjero solicitante.
- Y, en consonancia, las normas jurídicas que, en principio, habrá de ser objeto de interpretación en sentencia la Orden PCM³⁶”.

La representación del recurrente considera que se infringe la Orden PCM, ya que como la sentencia de la Sección 10ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid confirma la resolución inicial de la Delegación de Gobierno de Madrid de 2019, hace que el solicitante sea expulsado de manera inmediata de España, lo cual resultaría incompatible con la protección temporal concedida a los ucranianos por la invasión del ejército ruso, argumentando que la expulsión no se puede llevar a cabo por la Orden PCM, ya que entre las personas que afecta son “los nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania³⁷”.

En el FJ 7º se analiza el marco normativo de la cuestión planteada. En primer lugar, la Directiva 55/2001, por la que se comienza a construir el SECA y el principio de no devolución, estableciendo que tal protección es compatible con las obligaciones internacionales de los Estados miembros en cuanto a derecho de los refugiados, siendo además normas mínimas, por las cuales los estados pueden establecer otras más favorables.

³⁶ *Id.*

³⁷ Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España (BOE de 10 de marzo de 2022).

Con respecto a la Decisión de Ejecución, debido a la invasión de Ucrania por parte de Rusia y el desplazamiento masivo de personas, se activa automáticamente un mecanismo de protección temporal automático previsto en la Directiva 55/2001. Esta directriz supuso que la UE acordase facilitar la acogida indiscriminada de los refugiados procedentes de Ucrania sin exigirles la solicitud de asilo, eliminando casi cualquier tipo de formalidad.

En tercer lugar, la Orden PCM. El acuerdo al que esta orden hace referencia señala: “La invasión militar no provocada e injustificada de Rusia contra Ucrania que busca socavar la seguridad y la estabilidad europeas y mundiales ha sido condenada por el Consejo Europeo con la máxima firmeza en sus Conclusiones de 24 de febrero de 2022 haciendo hincapié en que supone una grave violación del Derecho internacional y de los principios de la Carta de las Naciones Unidas³⁸”.

El tribunal destaca 2 puntos de este Acuerdo. En primer lugar, expresa la voluntad del Gobierno sobre la posibilidad de ampliar la protección temporal a categorías adicionales de personas desplazadas además de las que aplica la Decisión. En segundo lugar, que tal ampliación la extiende a los nacionales ucranianos en situación irregular en España antes del 24 de febrero.

Los FFJJ 8º y 9º son los más importante de esta sentencia, estableciendo doctrina. Vuelve a recalcar la importancia del art. 78.1 del TFUE en relación con el principio de no devolución, estableciendo que el respeto al mismo es “la principal consecuencia de la aplicación de cualquiera de los tres mecanismos de protección internacional previstos en la normativa europea a los que se añade el de protección por razones humanitarias previsto en la normativa española³⁹”.

Según el FJ 8º C), “En el ámbito interno es el art. 5 de la Ley de Asilo, el que proclama la no devolución ni expulsión como derecho sustancial que garantiza el estatuto de asilo y protección subsidiaria, y para garantizar la efectividad de este derecho nuclear de la protección internacional se adelanta su salvaguarda al momento de presentación de la solicitud de protección internacional⁴⁰”.

³⁸ *Id.*

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1634/2022 (sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 12 de diciembre de 2022. Versión electrónica – base de datos VLEX. Ref. RC 8806/2021, F.J. 8º.

⁴⁰ *Id.*

El tribunal analiza la aplicación del principio de no devolución a todos aquellos acogidos a la protección temporal, en base al art. 78.1 TFUE. Se establece: “Aunque nuestro Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas aprobado por Real Decreto 1325/2003, no contiene una previsión específica sobre la aplicación del principio de no devolución a las personas acogidas a dicha protección temporal, esta falta de desarrollo en la normativa interna no impide la aplicación de tal principio, ya que, además de estar contemplado en la normativa europea antes trascrita, existen poderosas razones adicionales que lo justifican⁴¹”.

Argumenta el Tribunal que esto se une al art. 37.b) de la Ley de Asilo, la cual establece que “para los casos de no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional, de que no se produzca el retorno, la devolución, la expulsión o la salida obligatoria del territorio español, cuando concurren razones humanitarias determinadas en la normativa vigente que autoricen su estancia o residencia en España⁴²”, razones que, según el tribunal, concurren en las personas que pueden acogerse a la protección temporal regulada en la normativa europea y española.

Concluye el Tribunal este fundamento establecimiento que el principio de no devolución “proyecta sus efectos sobre aquellas personas que se encuentran acogidas, o pueden serlo, a la protección temporal regulada en la Directiva 55/2001 y en el Reglamento sobre dicho régimen de protección temporal, salvo que se encuentren comprendidas en algunas de las situaciones previstas en el art. 28 de la Directiva y artículo 12 del Reglamento, que permiten denegar dicha protección temporal⁴³”.

En el FJ 9º se explica que las 2 resoluciones dictadas con anterioridad a la presente consideraban que la expulsión era proporcionada según sus antecedentes penales. Ambas son anteriores a la Orden PCM, por lo que no pudieron pronunciarse sobre la aplicación al caso de esta normativa, sino únicamente determinar si cabía o no expulsión.

Finalmente, el FJ 10º afirma que el Acuerdo del Consejo de Ministros del 8 de marzo de 2022 “amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución a los

⁴¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOE de 30 de marzo de 2010).

⁴² Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31/10/2009).

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo 1634/2022 (sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 12 de diciembre de 2022. Versión electrónica – base de datos VLEX. Ref. RC 8806/2021, F.J. 8º.

nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania (...) sin que puedan ser expulsado del territorio nacional en virtud del principio de no devolución⁴⁴”.

El tribunal falla estableciendo que en el recurrente “se dan las circunstancias exigidas en la normativa para que se pueda acoger al principio de no devolución derivado del régimen de protección temporal declarado en toda la UE, consecuencia de la invasión de Ucrania por la Federación Rusa, lo que implica, con estimación del recurso de casación, dejar sin efecto el acuerdo de expulsión decretado el 7 de octubre de 2019 por la Delegación de Gobierno en Madrid, debiendo estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a ella⁴⁵”.

Como se puede ver, el principio de no devolución se articula como una última garantía para el solicitante de protección internacional. El principio de no devolución supone otorgar protección a aquellas personas cuya solicitud de protección ha sido denegada, pero que sin embargo, devolverles a sus países de origen supondría un riesgo muy grande para su vida, ya que corren riesgo de ser perseguidos o discriminados por motivos políticos, religiosos, sociales o étnicos.

3.3. NEGATIVAS JUSTIFICADAS AL ASILO.

Como se ha expuesto, son varias las situaciones que pueden ocasionar la denegación de la solicitud de asilo. Son los artículos 8 y 9 de la Ley de Asilo los que establecen las causas de exclusión y denegación de la condición de refugiado, respectivamente.

El art. 9 prevé que el asilo se denegará a: “a) las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España; b) las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad⁴⁶”.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 1634/2022 (sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 12 de diciembre de 2022. Versión electrónica – base de datos VLEX. Ref. RC 8806/2021, F.J. 10º.

⁴⁵ *Ibid.* Fallo.

⁴⁶ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31/10/2009).

Esto se puede apreciar claramente en la jurisprudencia española, siendo varios los casos de denegación de asilo. Analizaremos la SAN 58/2023, de 9 de Enero, de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Recurso 539/2021.

En la misma, se recurre por parte de un nacional venezolano su denegación de la protección de asilo que éste solicitó. Este señor estaba condenado por malos tratos, tráfico de drogas, violencia doméstica y maltrato de género habitual. El alegaba, en su solicitud, la convulsa situación económica, humanitaria y social que sufría Venezuela, siéndole inseguro regresar.

En su FJ1º, la Sala alega: “Si bien esta alegación encuentra correlación con la situación actual de Venezuela, no por ello cualquier persona que se manifiesta su ideología contraria a la del gobierno, es objeto de por sí de actos de amenazas y coacción susceptibles de protección internacional. El solicitante no ha sido perseguido ni amenazado en su país. No ha sufrido una persecución personal por motivo de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, género u orientación sexual, ni se desprende de su declaración la existencia de un fundado temor a sufrirla⁴⁷”.

Continúa estableciendo que, según el art. 9 b) de la Ley de asilo, se denegará el derecho de asilo a todo aquel que, condenado por delito grave sea una amenaza para la comunidad. El art. 33.2 b) CP establece: “Serán penas graves: la prisión superior a 5 años”

En el FJ2º, la sala establece: “En el presente caso, la parte actora, se basa antes que en una persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, que son los que dan lugar a la protección solicitada, a una denuncia en términos generales sobre la situación de Venezuela. Mas en el presente caso frente a tal contexto general se ha de tener en cuenta que el recurrente se encuentra interno en la prisión de Topas, dónde ingresó por la comisión de un delito de tráfico de drogas, al haber sido condenado con pena de 10 años, habiendo quebrantado la condena aprovechando un permiso penitenciario en 2010, marchando a Colombia, de donde regresa a España en 2019, ingresando nuevamente en prisión”.

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional 58/2023 (sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 9 de enero de 2023, FJ1º. Versión electrónica – base de datos VLEX.
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1c32aca221bb63c3a0a8778d75e36f0d/20230131>, FJ 1º.

“A tenor de los caracteres del delito contra la salud pública que se reputa cometido, sin que pueda exactamente precisarse el alcance de los hechos ha de tenerse en cuenta, la previsión del artículo 368 del Código Penal, que establece una pena para actos de cultivo o tráfico de drogas de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito”.

“Si aplicamos el concepto de gravedad que a los efectos de la aplicación de la Ley de Extranjería, se desprende de la STS de 31 de mayo de 2018, el delito cometido ha de entenderse como grave, en cuanto el tipo penal aplicado contiene siempre una pena mínima superior al año. La aplicación del referido precepto de la ley 12/2009, impide por lo tanto el otorgamiento del asilo solicitado”.

“Se han de tener en cuenta las circunstancias del recurrente, ingresado en prisión desde el 2007, regresando a Venezuela solo de una forma transitoria, con quebrantamiento de condena en el 2010 para regresar posteriormente a España en 2019, en forma tal que ello impide entender cometido ningún tipo de persecución en su país de origen. Por ello ha de entenderse que el recurrente no ha acreditado tener un perfil de haber sido perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a un grupo social, de género u orientación sexual⁴⁸”.

Finalmente, en su FJ 3º, la sala concluye que en este caso no se acreditó la existencia de riesgo de daños graves para el solicitante, careciendo de fundamento la adopción de la medida interesada de protección. Finalmente, el recurso es íntegramente desestimado, viendo como es que el recurrente, al ser considerado una amenaza para la comunidad, y no existir una situación de persecución real, no se le concede el derecho de asilo.

A modo de conclusión, se pueden ver en estas sentencias tanto las circunstancias que dan lugar a que se niegue el derecho de asilo a un ciudadano y que se tramite su expulsión. Se recuerda que se denegará el derecho de asilo a todo aquel que, condenado por delito grave sea una amenaza para la comunidad, teniendo el recurrente varios delitos considerados graves. Vemos como pese a la parte alegar de la difícil situación a la que se enfrentaría de ser deportado a su país de origen (Venezuela), la Sala, en su FJ1º, deja claro que pese a la difícil situación que atraviesa este país, el solicitante no ha sido perseguido ni amenazado en ningún momento, ni ha sido perseguido por su raza, religión, nacionalidad, opinión política u orientación sexual, ni se desprende de su declaración la existencia de

⁴⁸ *Ibid*, F.J. 2º.

un fundado temor a sufrirla, concluyendo que, al no acreditarse la existencia de riesgo de daños graves para el solicitante, no podía aplicar la protección final que brinda el principio de la no devolución.

El principio de no devolución actúa en el caso de existir una amenaza real contra una persona si la repatriación se lleva a cabo, por lo que ante esa amenaza, el principio obliga a la permanencia en el estado del que se pretende expulsar al solicitante, hasta que la situación deje de suponer una amenaza. Al no existir amenaza alguna en este caso, se procede a la expulsión de España del solicitante.

3.4. IMPACTO DEL PACTO EUROPEO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO.

En septiembre de 2020, la Comisión Europea presentó el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo (en adelante, **PEMA**⁴⁹), representando el último esfuerzo en unificar y progresar en materia de migración y asilo dentro de la UE. Las insuficientes respuestas ante la crisis de 2015, propulsaron esta reforma, la cual intenta, desde una doble perspectiva, superar la propuesta de reforma legislativa del SECA, y establecer una nueva línea legislativa para el Parlamento Europeo.

El objetivo principal de la Comisión Europea es incluir los diversos intereses de los Estados miembros en esta nueva línea legislativa, apoyándose en “los principios de solidaridad y de reparto equitativo de responsabilidades⁵⁰”.

Lo más llamativo del nuevo pacto es que prevé una Propuesta de Reglamento para establecer un control de los nacionales de terceros países en las fronteras (en adelante, **PRCFE**⁵¹). Este reglamento prosperó en la primera mitad del 2022 en el seno del Consejo de la Unión Europea, y se fundamenta en la idea de que este control sólo puede asegurarse elaborando "normas uniformes relativas a la identificación de los nacionales de terceros

⁴⁹ Comisión Europea, Comunicación al Consejo Europeo, al Parlamento, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, COM (2020) 609 final, de 23 de septiembre de 2020.

⁵⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) 767/2008 (UE) 2017/226 (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817, COM(2020) 612 final, 23 de septiembre de 2020, p.1

⁵¹ *Id.*

países⁵² que no cumplan los requisitos de entrada especificados en el Código de fronteras Schengen, señalando que no se autoriza la entrada a nacionales de algunos países a menos que se presente una identificación previa.

Este reglamento prevé que se avance en la identificación de estos nacionales de terceros países y que se le asegure una remisión a un procedimiento adecuado y sin retrasos⁵³. El mismo aboga por un proceso bifásico obligatorio para todos los que no cumplan los requisitos de entrada.

En primer lugar, un control previo para determinar datos fundamentales de personas con pocas probabilidades de ser aceptadas en los Estados miembros, el cual ya estaba regulado en el Código de Fronteras Schengen, pero con un límite temporal de 5 días, prorrogables otros 5 por causas extraordinarias y remitirlos a un proceso adecuado, ya sea de retorno o asilo⁵⁴.

Realizado el control previo, el Reglamento fuerza a los estados miembros a aplicar el procedimiento en frontera⁵⁵ en tres casos:

- a. Si el solicitante supone un riesgo para la seguridad/orden público
- a. Si el solicitante miente a las autoridades mostrando documentos falsos
- a. Si el solicitante es de un tercer país para el que la proporción de decisiones de asilo positivas es inferior al 20%⁵⁶. Tras este procedimiento, prorrogable hasta 3 meses, los solicitantes tienen entonces derecho a entrar en el territorio del Estado miembro.

El ámbito de aplicación subjetivo del control previo incluye a nacionales de terceros países interceptados en un cruce no autorizado, aquellos que solicitan asilo en un control fronterizo sin los requisitos Schengen, y los rescatados en una operación marítima. De esta manera, el RCFE refuerza la relación entre el control de fronteras exteriores y el examen de solicitudes de asilo⁵⁷. No obstante, los países mediterráneos se opusieron al

⁵² *Ibid*, p.2.

⁵³ *Ibid*, p.3.

⁵⁴ Abrisketa Uriarte, J., *op.cit.*, p.3.

⁵⁵ Abrisketa Uriarte, J., *op.cit.*, p. 4.

⁵⁶ Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 final, 23 de septiembre de 2020, art. 41.3.

⁵⁷ Morgades Gil, S. "El pacto mundial sobre los refugiados y el nuevo pacto de la UE sobre migración y asilo". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, no 1, 2022, p. 25-46.

control previo, el cual suponía un control de fronteras, examen de solicitudes y resolución de procedimientos mucho más exigentes, eficaces y rápidos.

Esto coincide con las operaciones de apoyo de acogida de la Oficina Europea de Apoyo y Asilo (en adelante, **EASO**), desde 2020 a 2022, siendo principalmente en Malta, Italia y España, siendo casi 80.000 llegadas por mar desde enero hasta agosto del 2022. Nuestro país, según ACNUR, recibió unas 65.000 solicitudes de asilo⁵⁸. Como se ve, la ruta mediterránea sigue siendo de las más transitadas.

Como se deduce del art. 4 de la PRCFE, “el control se producirá en el territorio nacional, pero antes de la autorización formal de entrada⁵⁹”. Sin embargo, no es fácil enmarcar la situación en la que queda el migrante durante el control, por lo que la STJUE FMS y otros c. Országos, calificó estas zonas de control como espacios de detención, como hotspot, que según el art. 2 del reglamento Frontex, es “una zona establecida a petición del Estado miembro de acogida en la que el mismo, la Comisión, los organismos competentes y los Estados miembros participantes cooperan para gestionar un reto migratorio desproporcionado, existente o potencia⁶⁰”.

Los solicitantes de protección internacional tienen derecho a permanecer en el Estado miembro mientras se examina su solicitud hasta que se emita resolución. El Código de fronteras Schengen prohíbe denegar la entrada en el territorio de los Estados miembros a los extranjeros que no cumplan sus requisitos de entrada, pero aclara que esto no impedirá el uso de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y la protección internacional⁶¹.

Finalmente, en relación al límite temporal del control, este debe entenderse junto con la PRFCE, que aboga por un procedimiento común en protección internacional. El plazo de registro de solicitud será aplicable al finalizar los 5 o 10 días de control previo.

⁵⁸ Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) “Informe sobre el asilo 2022: Resumen ejecutivo”. *Informe sobre el asilo 2022: Resumen ejecutivo*, 2022 (disponible en https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2022-07/2022_Aylum_Report_Executive_Summary_ES_0.pdf; última consulta 15/03/2023).

⁵⁹ Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 final, 23 de septiembre de 2020.

⁶⁰ Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1052/2013 y (UE) 2016/1624 (BOE de 14/11/2019).

⁶¹ 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), (DOUE L 77/1 de 23/3/2016), art. 14

Tras el control exterior, destaca el RCFE la propuesta por establecer un procedimiento fronterizo conjunto de asilo, el cual, según su artículo 41.11, no durará más de 12 semanas desde el registro de la solicitud.

3.5. INSUFICIENCIAS DE LAS NORMATIVAS ANALIZADAS.

Una vez analizados los aspectos más importantes de estas 2 normativas (Ley de Asilo y Pacto Europeo), se analizarán algunas deficiencias de estos.

Comenzando con la propia ley de asilo, se analiza una importante deficiencia en atención a la garantía del principio de no devolución en el caso de que existiera riesgo contra la vida del expulsado en el país de destino. Generalmente, en estos casos, no se determina cual es la situación legal en España del recurrente.

Esta laguna suele repetirse, siendo un solicitante de asilo que, incurriendo en una causa de exclusión, no es expulsado finalmente, ya que existe un peligro para su vida o libertad en el país perseguidor⁶².

En estos casos, se abandona a los recurrentes en una especie de limbo jurídico⁶³, ya que no se les reconoce situación legal en España hasta que no sean devueltos a otro país donde sí tengan efectivamente garantizados sus derechos fundamentales.

Sin embargo encontramos otra laguna en la Ley de Asilo. El art. 37.b) establece: “La no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional determinarán el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron, salvo (...) b) que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente⁶⁴”

De otra parte, el 46. 3º de la misma ley establece que por razones humanitarias, se podrá autorizar la permanencia de un solicitante de protección internacional en España⁶⁵.

⁶² Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE de 31 de octubre de 2009).

⁶³ Gonzalez de Lara Mingo, S. *op.cit.*, p. 3.

⁶⁴ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE de 31 de octubre de 2009).

⁶⁵ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE de 31 de octubre de 2009).

Según la Convención de Ginebra, si un refugiado es excluido de protección internacional, se inaplican sus propias disposiciones, suponiendo que no aplique el principio de no devolución, pero como se ha visto en las sentencias del apartado 3.3, esto se desvirtúa en la práctica, ya que, cuando España deba aplicar el art. 3 CPDH, y no pueda devolver a alguien a su país de origen para que no sea sometido a torturas ni tratos degradantes, concederá una autorización de residencia por razones humanitarias, hasta encontrar otro país para expulsar al solicitante.

Sin embargo, la normativa española carece de previsiones sobre cómo articular este principio de no devolución, y la situación legal del solicitante de asilo. Las sentencias analizadas en el apartado 3.3 no mencionan la situación legal en la que se deja al solicitante de asilo.

Es una situación muy complicada, ya que son personas que no tienen residencia legal en España, pero que tampoco pueden volver a su país de origen.

- Insuficiencias del Pacto Europeo de Migración y Asilo

Ahora se analizarán las insuficiencias sobre la propuesta del reglamento de control previo a la entrada. Según la propuesta de reglamento, el acceso al territorio supone acceder también al orden legal del mismo y al europeo⁶⁶. Sin embargo, el solicitante, en el control previo, no puede recurrir el mismo, no hay una previsión de paliar el posible daño que suponga el control previo.

Este control previo va en contra del Código de Fronteras Schengen, que en su artículo 6.5.a) establece: “los nacionales de terceros países que no cumplan una o varias de las condiciones establecidas en el ap. 1 (visado o documento semejante) podrán ser autorizados por un Estado miembro a entrar en su territorio por razones humanitarias, de interés nacional o por obligaciones internacionales⁶⁷”.

Siendo así, la PRCFE solo prevé 3 planos:

1. Someter la decisión a un orden legal con garantías para optar a un recurso efectivo.
2. Exigir garantías a terceros países.

⁶⁶ Moreno Lax, V. “Accessing asylum in Europe: Extraterritorial border controls and refugee rights under EU law”. *Oxford University Press*, 2017.

⁶⁷ 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), (DOUE L 77/1 de 23/3/2016)

3. Considerar el principio de solidaridad y reparto equitativo⁶⁸.

Con respecto al primero, destaca el lenguaje tan vago en la redacción de la PRCFE en cuanto a asistencia jurídica, condiciones de acogida y la motivación en la denegación de entrada. Se ha de tener en cuenta que, en base a la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos (en adelante, **TEDH**), los solicitantes de asilo y protección internacional son un grupo muy vulnerable que requiere protección especial.

Resulta claro que, si la propuesta de reglamento carece de la posibilidad de revisión judicial, se les priva a los solicitantes del derecho a un recurso efectivo (art.13 CEDH). Es diversa la jurisprudencia que encontramos que manifiesta esta contradicción.

En primer lugar, la Sentencia del TEDH Darboe y Camara c. Italia dicta que ese mismo artículo asegura la provisión de recursos en el ámbito nacional para aplicar el contenido del Convenio, es decir, supone una exigencia de que exista un recurso interno efectivo para toda reclamación basada en el CEDH⁶⁹.

Estas incongruencias vuelven a manifestarse en la STEDH M.A. y otros contra Lituania. En la misma, se declaró violado el art. 3 CEDH debido a la negativa de guardas fronterizos a aceptar ciertas solicitudes de asilo del lado bielorruso, sin que las mismas fueran examinadas ni revisadas.

El segundo de los motivos que plantea dudas de la PRCFE es que entraña una dependencia de los Estados Miembros que comparten frontera, los cuales deberán colaborar para controlar las entradas y salidas de migrantes y solicitantes de asilo.

Esto supone instrumentalizar a los migrantes con fines políticos y desestabilizar las relaciones entre Estados Miembros por la actividad de terceros países⁷⁰. La crisis de refugiados del 2015 hizo ver que los migrantes y refugiados de medio oriente y el Sahel fueron instrumentalizados por estados de tránsito (Turquía o Marruecos) para fortalecer sus relaciones exteriores y presionar, aún más si cabe las fronteras europeas⁷¹.

⁶⁸ Abrisketa Uriarte, J., *op.cit.*, pp. 7-8.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, n.o 5797/17, 21 de julio de 2022, Darboe y Camara c. Italia, párrs. 194 y 195, disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,62e160514.html>, ultima consulta: 20/03/2023).

⁷⁰ Abrisketa Uriarte, J. *op.cit.*, p. 9.

⁷¹ García Andrade, P. “Competencias de la Unión Europea en el área de Migración: Como actuar externamente desde el pensamiento interno”. *Common Market Law Review*, vol. 55, núm. 1, 2018, p. 3

La Resolución del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2021 declaró que es necesario avivar la cooperación exterior de la UE con los países de origen. Sin embargo, el Parlamento Europeo destacó que tales acuerdos de cooperación deberán efectuarse “con terceros países que se comprometan explícitamente a respetar los derechos humanos, el principio de no devolución, y los derechos consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados⁷²”.

Finalmente, la división de la Unión por los intereses propios de cada país toma especial relevancia en la competencia sobre migración y asilo. La PRCFE evade el principio de solidaridad, marcado como esencial en la formación del SECA, mientras que incrementa la presión de los estados miembros. La PRCFE demuestra que el procedimiento de respuesta a situaciones de crisis no se ha adaptado adecuadamente para abordar la vulnerabilidad fronteriza de los países mediterráneos.

- Conclusiones

A modo de conclusión, se pueden identificar las lagunas existentes en cada una de estas normativas. Con respecto a la Ley de Asilo, existe una contradicción en sus art. 37 a) y 37 b), ya que, pese a que se establece que negar la protección internacional a una persona supone su expulsión de territorio español, el apartado b establece la salvedad de permanencia en el mismo si concurren causas humanitarias que hagan peligrar el respeto a la vida del solicitante, por el principio de no devolución.

No obstante, no se regulan los términos en los que estas personas se quedarían en España, ya que no gozan de protección internacional. Se ha visto que la Convención de Ginebra prevé que si un refugiado es excluido de protección internacional, se inaplican sus disposiciones, entre ellas, el principio de no devolución, algo que no es así en la práctica, ya que si no se puede devolver a alguien a su país por razones humanitarias, se le concederá una autorización de residencia por el principio de no devolución, pero claro, no existen previsiones de articulación de este principio ni de la situación legal en la que queda el solicitante.

Concluyendo con la PRCFE, son 3 los defectos destacados. En primer lugar, destaca la ausencia de someter la decisión a un orden legal con garantías para optar a un recurso efectivo, teniendo un lenguaje muy vago en cuanto a sus condiciones y garantías. Es

⁷² Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2021, sobre la protección de los derechos humanos y la política exterior de la Unión en materia de migración, 2020/2116 (INI), párr. 7.

necesaria la existencia de un recurso para garantizar la seguridad de los solicitantes. De otro lado, se destacaba la necesidad de exigir ciertas garantías a terceros países, para que se comprometan a respetar los derechos humanos, el principio de no devolución, y los derechos de la Convención de Ginebra. Finalmente, para mejorar esta normativa, se debe considerar el principio de solidaridad y reparto equitativo, algo que el PRCFE no prevé y que debería de garantizar si se quiere lograr la formación efectiva del SECA.

4. MOVIMIENTOS DE LOS UCRANIANOS EN LA UE

4.1. CONSECUENCIAS DIRECTAS

El pasado 24 de febrero de este año se cumplió ya un año desde que comenzó la invasión, por parte de las tropas rusas, en el territorio ucraniano. Un conflicto que se pensaba que no iba a durar más de un mes, como mucho, ha puesto de manifiesto tanto la férrea resistencia ucraniana, como la falta de cooperación y obsolescencia del ejército ruso, convirtiéndose en una guerra de desgaste.

Por ahora, son más de 19.000 víctimas las que se ha cobrado esta invasión, de entre ellos, en torno a 7200 muertos civiles (de ellos, unos 450 niños⁷³), dejando una cifra estimada de más de 9 millones de desplazados, aunque las diversas asociaciones alertan que pueden ser muchos más, dada la dificultad en el acceso a la información.

Entre los heridos, que se estima sobre unos 11.700, 854 serían niños, pero como se ha dicho, estas cifras podrían ser mucho mayores, ya que son varias las bajas por confirmar en algunas zonas donde el conflicto sigue activo. Por otra parte, contabilizar las víctimas mortales de cada ejército es algo muy difícil, que no podrá hacerse hasta que el conflicto finalice, debido a los intereses de cada estado en esta invasión.

Según **Naciones Unidas** (NNUU, en adelante), desde que comenzó la guerra, 8.087.952 personas han huido de Ucrania y buscado refugio en otros países, tanto miembros como no, de la UE⁷⁴. Es curioso ver como de estos, casi 3 millones de refugiados registrados

⁷³ ACNUR, “Actualización de cifras sobre personas refugiadas de Ucrania”, *Comunicados de Prensa*, 2022 (disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/press/2022/6/62a21b184/acnur-actualiza-las-cifras-sobre-personas-refugiadas-de-ucrania-incluyendo.html>, última consulta 10/03/2023)

⁷⁴ Alonso Pascual, C., “Más de 18.000 víctimas civiles y 8 millones de refugiados: los datos de la guerra en Ucrania un año después del inicio de la invasión rusa”, *Newtral*, 23 de febrero de 2023 (disponible en <https://www.newtral.es/datos-guerra-ucrania-invasion-rusia/20230223/>).

se encuentran en Rusia, casi el 35,27% del total de estos. En España, son en torno a 167.726 los refugiados ucranianos registrados, más o menos el 2% de estos.

Destacan además los desplazados tanto a Alemania como a Polonia. Con respecto al primero de ellos, las razones son principalmente económicas y de búsqueda del bienestar, siendo más de 1 millón los refugiados ucranianos registrados en Alemania. Con respecto a Polonia, es sabido de la importante comunidad ucraniana que vive en este país, principalmente por su proximidad geográfica, por lo que son muchos los que buscan la acogida de amigos o familiares en Polonia, siendo registrados más de 1.5 millones de refugiados.

Además de todos aquellos que han cruzado la frontera para huir de la invasión, casi 11 millones de ucranianos han cambiado su residencia dentro del país, de los cuales la mitad siguen todavía lejos de sus hogares. Consuela saber que al menos los desplazados internos se han reducido desde octubre, habiendo vuelto casi la mitad (unos 5.6 millones) a sus zonas de origen⁷⁵.

4.2. MEDIDAS COMUNITARIAS QUE SE HAN APLICADO

La entrada constante y masiva de refugiados que huyen de la guerra está exigiendo, por parte de la UE, una respuesta inclusiva inmediata, lo cual implica promover y utilizar instrumentos jurídicos acordes a facilitar la acogida de refugiados, además de poner en marcha y uso recursos materiales y humanos para lograrlo.

Durante estos últimos años, la UE ha sufrido constantes crisis de refugiados. Así, además de las que se producen por el Atlántico y al Mediterráneo occidental y central, fue la crisis masiva de 2015 la que hizo que la UE se tuviera que enfrentar a un problema de gestión, acogida e integración de refugiados de magnitud inédita desde el final de la Segunda Guerra Mundial, que puso a prueba las políticas sobre control de fronteras, asilo e inmigración de la UE, evidenciando serias limitaciones e insuficiencias. Fueron más de millón y medio de personas las que huyeron de Siria, Afganistán e Irak, pidiendo protección internacional en territorio de la UE.

A todas estas olas de migración, se añade la actual movilización de aquellas personas, nacionales o no, desde Ucrania, resultado de la invasión rusa desde el 24 de febrero de 2022. Aun con ello, la escalada de tensión internacional iniciada desde la ocupación de

⁷⁵ *Id.*

Crimea en 2014, hizo que los Estados fronterizos de la UE se concienciaran en afrontar la recepción de refugiados⁷⁶.

Una vez ya producida la invasión por parte del ejército ruso, se calcula que casi 9 millones de personas, la mayoría mujeres y niños, han salido de Ucrania, calculándose que la cifra de desplazados pueda elevarse a nueve o, si se alarga la guerra, a once millones en los meses próximos. Así, si se alarga este conflicto durante meses o años, dadas las condiciones actuales de ambos ejércitos y los apoyos con los que cuentas, se agravará aún más la crisis humanitaria.

Esta invasión ha generado el mayor éxodo humano que ha habido hasta el día de hoy, solo por detrás de la Segunda Guerra Mundial. La mayoría de migrantes ucranianos, (especialmente niños, mujeres y ancianos) han encontrado refugio de manera provisional en los países fronterizos, como: Polonia, Eslovaquia y Rumanía, aunque tras más de un año de guerra, están siendo acogidos en casi todos los Estados Miembros de la UE, demostrando una solidaridad con la causa nunca antes vista en las olas de migración vividas hasta el momento.

La UE ha estado facilitando el acceso a sus fronteras interiores a todos aquellos desplazados desde Ucrania, casi sin formalidades ni exigencias. Todo ello ha implicado la concienciación, por parte de las instituciones de la UE, de que el actual sistema de asilo es insuficiente en relación con la crisis que se vive. Es esa la razón de que la protección temporal se haya facilitado, teniendo en cuenta el posible reconocimiento individual del estatuto de refugiado, según las disposiciones de la Convención de Ginebra y el SECA⁷⁷.

Al estallar la guerra y su ola migratoria masiva, no se ha realizado un examen personal e individual minucioso de cada solicitante de protección internacional, absolviéndoles además de demostrar un motivo de persecución por algún motivo específico, no aplicando en la práctica el Reglamento Dublín III⁷⁸, permitiendo la entrada a todo tipo de refugiados.

⁷⁶ Ramírez Porras, J.M. “La crisis de Ucrania, la aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes: ¿un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea?”. *La Ley Unión Europea*, num.106, 2022, p. 4

⁷⁷ *Ibid*, p.5.

⁷⁸ Reglamento 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (BOE de 29/6/2013).

Así, tras 3 días de invasión, la UE acordó permitir la acogida indiscriminada de refugiados venidos de Ucrania, de forma ilimitada durante máximo 3 años, sin pedirles tramitar la solicitud de asilo o protección internacional.

- **LA DIRECTIVA 55/2001**

Siendo esa la situación, por vez primera, el 3/3/2022, las instituciones de la UE aplicaron la Directiva de Protección Temporal, (Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, “relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida⁷⁹”, en adelante, **Directiva 55/2001**).

De esta manera se permitió el acceso y permanencia temporal de todos aquellos provenientes de Ucrania por mínimo un año, prorrogable por otro más si no fuera posible volver a Ucrania con plenas garantías. Además, esta Directiva establece que en caso de permanecer los motivos de protección temporal, el Consejo, mediante mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, prorrogará otro año más la protección temporal, teniendo plena libertad de movimiento entre estados miembros de la UE.

Han sido más de 20 años los que el Consejo de ministros de la UE ha demorado en aplicar esta directiva, al producirse una corriente inabarcable de desplazados, desapareciendo las negaciones a adoptar esta decisión, gracias a la concienciación europea con respecto a la situación ucraniana⁸⁰.

Esto permite una a “respuesta a la presión migratoria resultante de la invasión militar de Ucrania por parte de Rusia”⁸¹, señalando los colectivos que se beneficiarán de la protección temporal:

- En primer lugar, los ucranianos residentes en Ucrania, desplazados desde el 24 de febrero de 2022 en adelante.

⁷⁹ 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 (DOCE núm. 212, de 7/8/2001).

⁸⁰ Garcés Mascareñas, B., “Por qué esta crisis de refugiados es distinta”. *CIDOB opinión*, 2022, vol. 728

⁸¹ Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022. (DOUE 4 de marzo de 2022).

- Los nacionales de terceros países distintos de Ucrania, desplazados de ese país, si disponían en Ucrania del estatuto de refugiados.
- En tercer lugar, los apátridas y nacionales de terceros países distintos de Ucrania que puedan demostrar que residían legalmente allí antes del 24 de febrero de 2022. Por cuestiones humanitarias, se admitirá también a aquel que estuviera estudiando o trabajando en Ucrania⁸².

Junto a esto, se prevé que los estados miembros puedan ampliar la protección temporal a otras categorías adicionales de desplazados, siempre que lo sean por las mismas razones y procedan de Ucrania, incluso habiendo huido antes del 24 de febrero.

Esta directiva promueve que sus medidas sean adoptadas, interpretadas y desarrolladas por cada sistema interno de protección temporal. Estos sistemas internos pueden ofrecer medidas más favorables que las de la directiva, pero nunca restringir aquellos derechos previstos en la misma. Todos los estados miembros deberán someterse a la CDFUE y al espíritu de la propia Directiva 55/2001, basada en garantizar un respeto a la dignidad humana y un nivel de vida digno.

No obstante, la Directiva permite a los estados miembros denegar la protección temporal a todo aquel desplazado que haya cometido un crimen de guerra o contra la paz, o cuando haya motivos fundados para considerar a alguien una amenaza para la seguridad del estado⁸³.

Es vital la coordinación y aporte de información constante entre estados miembros y la comisión, por ende, se crea una plataforma solidaria que permitirá saber la capacidad de acogida de los estados y el número de personas que consigan la protección temporal en los mismos. Para lograrlo, la comisión ha establecido directrices operativas en base al art. 5 de la Directiva, para perfilar y organizar a los estados miembros, junto con otro tipo de recomendaciones⁸⁴. La Red de Preparación y Gestión de crisis migratorias de la UE es el

⁸² *Id.*

⁸³ 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 (DOCE de 7/8/2001).

⁸⁴ Porrás Ramírez, J.M., *op.cit.*, p.7.

mejor soporte para lograr la cooperación requerida por la Directiva 55/2001, estableciendo los estados miembros una relación cercana con ACNUR⁸⁵.

Los estados miembros contarán, además, con la financiación de los fondos de la unión y del Fondo de Asilo, Migración e Integración. Contarán, además, con mecanismos de flexibilidad y emergencia, en atención a movilizar fondos para afrontar las urgencias que surjan en cada estado miembro.

La Directiva 55/2001 exige la acogida solidaria de todos aquellos que opten al régimen de protección temporal. Si esa capacidad es superada por una afluencia masiva, el Consejo estudiará con urgencia la situación y adoptará las medidas necesarias. Este ha sido el caso polaco en cuanto a Ucrania⁸⁶.

Una ventaja al activar esta Directiva ha sido que gran cantidad de ucranianos gozaban ya de un pasaporte biométrico, dándoles derecho a cruzar las fronteras de la UE sin requerir de visado y permanecer dentro de las mismas por máximo 90 días. La necesidad de ampliar esos 90 días hizo necesario aplicar la propia directiva.

- Derechos y deberes que reconoce la directiva a los desplazados y a los estados miembros

La Directiva ofrece protección y ayuda en cuanto a permisos de trabajo y residencia, asistencia social, educación a menores, acceso a la vivienda y, en líneas generales, promueve el esfuerzo equitativo entre los estados miembros de la UE para acoger a todos los solicitantes y asumir las consecuencias de lo mismo. Se explica el funcionamiento de un sistema de protección en el que se han simplificado las formalidades y trámites normales que las solicitudes de asilo o protección conllevan.

La Directiva prevé que los Estados miembros pongan en marcha todas las medidas necesarias para que los beneficiarios obtengan sus permisos de residencia durante todo el tiempo de la protección de manera casi inmediata⁸⁷. Este permiso corrobora su condición ante otras autoridades como el SEPE u hospitales. Aún con las facilidades dadas para que

⁸⁵ Recomendación (UE) 2020/1366, de la Comisión, de 23 de septiembre de 2020 (DO L 317 de 1/10/2020)

⁸⁶ 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 (DOCE núm. 212, de 7/8/2001).

⁸⁷ *Id.*

se otorgue, la Comisión europea concientiza a los Estados miembros que, previo a darlas, revisen las bases de datos de la UE para evitar que utilicen estas medidas nacionales de terceros países autores de delitos graves.

Además, esta protección temporal deberá ser otorgada a los beneficiarios mediante un documento informativo apropiado, en un idioma que ellos entiendan, donde se detallen sus derechos y obligaciones. Se pone especial atención en la información que reciban los menores desplazados, que sea acorde a su edad y madurez⁸⁸.

Es fundamental para ello el registro de los datos personales de los beneficiarios de la protección temporal. Todos sus datos esenciales, como nacionalidad, estado civil, fecha de nacimiento y nombre se registran en los datos de nacionales extranjeros, siendo necesaria la colaboración de la Agencia de Asilo de la UE para facilitar el intercambio de información⁸⁹.

Otro derecho que se les reconoce a todos los beneficiarios de esta protección es el acceder a un puesto de trabajo retribuido, por cuenta propia o ajena. Si es verdad, sin embargo, que la propia Directiva considera que, por razones de mercado laboral, los Estados miembros puedan dar prioridad a los ciudadanos de la UE. Los beneficiarios podrán además tener acceso al sistema de seguridad social de la actividad laboral que hagan⁹⁰. Todos los estados miembros deberán asegurar que los beneficiarios tengan los medios suficientes para conseguir un alojamiento adecuado, ya que es una prestación considerada básica⁹¹.

Además, se ha de garantizar a todos los beneficiarios ayuda social y alimenticia, además de atención médica. No obstante, todas estas medidas dependerán, a su vez, de la capacidad económica de los mismos beneficiarios, ya que aquellos miembros de un colectivo vulnerable gozarán de asistencia preferente.

La Directiva hace mucho hincapié en los menores no acompañados. Establece que, de manera urgente, se les asignará un tutor legal y un alojamiento junto con adultos, siempre teniendo en cuenta su interés superior. Los Estados miembros de destino final de los menores deberán implementar un proceso eficaz y rápido para registrar la presencia de

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ Auto del TJUE de 16 de julio de 2015, Asunto C-539/14, interpreta el significado del art. 34.3 CDFUE, aludiendo a «un derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda».

los mismo en sus fronteras interiores, en atención a designar un tutor legal que permanezca al cuidado del menor, o si no, un centro o familia de acogida.

Se ha de mencionar que la mayoría de estas garantías y previsiones responden a que la mayoría de los desplazados desde Ucrania son mujeres y niños, por ello otra de las medidas que se ha adoptado, aunque no es tan sonora, es la **Directiva 36/2011 UE**, para prevenir cualquier riesgo y evitar todas las formas de explotación relacionadas con la trata de mujeres y niños.

Con todo ello, hay que recordar que esta protección temporal no les hace gozar del estatuto de refugiado. Para conseguirlo, han de presentar la solicitud correspondiente y superar los trámites de la UE⁹², siendo finalmente los Estados miembros los que admiten o no la solicitud en base a sus criterios.

No obstante, la Directiva establece que es responsabilidad de los Estados miembros señalar que no pueda acumularse el beneficio de la protección temporal con el del propio solicitante de asilo. Pero, si la solicitud de asilo es negada, los Estados miembros pueden acordar que el solicitante continúe gozando de la protección temporal durante el tiempo que a ésta le quede⁹³.

Pese a todo lo que ofrece y representa, si la guerra continua, esta Directiva será insuficiente, ya que finalizada la protección temporal, los ucranianos a los que no se les haya reconocido el asilo o protección subsidiaria, estarán bajo el Derecho general en materia de protección y de extranjería de los Estados miembros⁹⁴.

En todos estos casos, los Estados miembros facilitarán el regreso voluntario y consciente de todos aquellos que hayan gozado de la protección temporal, siempre respetando la dignidad de los mismos, facilitando su vuelta a otro Estado de acogida de la UE si fuera imposible volver a su país de origen.

Con todo, aquellas personas que no logren conseguir la protección temporal o una protección subsidiaria según el derecho interno de cada estado deberán ser repatriados.

⁹² 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 (DOCE núm. 212, de 7/8/2001).

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*

Mientras ésta se lleva a cabo, los Estados miembros deberán concedan autorizaciones de estancia limitada en sus territorios por causas humanitarias, permitiendo a todos aquellos que han huido de la guerra acceder a una asistencia básica hasta su repatriación. Este proceso necesita de la ayuda, apoyo y solidaridad de los Estados miembros, incluso recurriendo a la ayuda del Frontex.

5. SOSTENIBILIDAD O INVIABILIDAD

5.1. CÓMO LA UE ESTÁ LIDIANDO CON ESTA MIGRACIÓN.

No está siendo para nada fácil asimilar semejante ola migratoria para la UE, pero gracias a una solidaridad extraordinaria y sin precedentes, se está consiguiendo gestionar la misma de manera satisfactoria, gracias a la unánime aplicación de la Directiva 55/2001.

Conviene recalcar la magnitud de la aplicación de esta Directiva, que no fue aplicada en el caso precedente de 2015. Son varios los factores que han permitido la aplicación de esta. En primer lugar, la mayor concienciación por parte de la UE, especialmente los países vecinos del este, de la alarmante situación que viven los vecinos ucranianos, apoyándolos en su recepción. Estos países han sido históricamente reacios a la acogida de refugiados, pero las numerosas comunidades ucranianas residentes en estos países han motivado ayudar a sus compatriotas.

Otra de las diferencias con respecto a otras crisis de refugiados es el miedo y rechazo común a Rusia, materializado en los intentos por parte de esta de que los países bálticos y escandinavos se retiren de la OTAN. La mayor parte de la sociedad europea ve a los ucranianos víctimas de un temor común, reflejando así también en la participación de los estados miembros de la UE en la invasión, aportando financiación económica y armamentística.

No obstante, todo ello no supone que las medidas aplicadas, con el tiempo, presenten ciertos problemas. Tras la acogida inicial, surgieron iniciativas de particulares para acoger a refugiados ucranianos en sus casas, pero el problema está ahora en la viabilidad de las medidas a largo plazo. Empieza a surgir cierto cansancio en los países de la UE, a medida que el conflicto avanza, y no parece que acabe en el corto plazo. A diferencia de muchos países, la sociedad española sigue mostrando una acogida y apoyo total, que contrasta en parte con la actitud de otros estados miembros.

Las medidas adoptadas para paliar esta crisis son puramente excepcionales, ya que no se puede concluir que, en el largo plazo, de prolongarse esta invasión, o incluso de futuras crisis humanitarias, la UE y sus estados miembros vayan a actuar de la misma manera.

Esto es evidente ya que, a la hora de tomar la decisión de establecer esta directiva, revelando la necesidad de reformar el actual el SECA, no se mencionó siquiera la posibilidad de la misma. Gran parte del éxito en la gestión de los refugiados ha sido la ayuda altruista de los ciudadanos de la UE, pero es muy complicado que una respuesta de tal magnitud vaya a volver a producirse⁹⁵.

Han sido muy escasos los avances para tratar de reformar la política de asilo europea. Sin embargo, sigue siendo muy desproporcionada la cantidad de refugiados con los que tienen que lidiar los países mediterráneos, siendo necesario un reparto equitativo de los refugiados, que no dependa de la voluntad de cada estado.

El SECA ya mostró sus debilidades e ineficiencias durante la crisis de refugiados de 2015, y nada garantiza que, si la invasión se prolonga, las medidas adoptadas sean suficientes.

5.2. RESPUESTA ESPAÑOLA ANTE ESTA CRISIS DE REFUGIADOS.

Pese a no ser fácil, son muchos los instrumentos legales que España está utilizando para controlar esta migración masiva desde Ucrania.

Por seguir un orden cronológico, se destaca la Nota informativa del 4/3/2022, relativa a la acogida de aquellos que huyen de Ucrania y no pueden volver por la guerra⁹⁶, reflejando la voluntad e implicación de España con la situación ucraniana cual se dejó de usar rápidamente por la aplicación de la Orden PCM y Orden OCM/169/2022 de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania (en adelante, **Orden OCM**⁹⁷)

⁹⁵ González Enríquez, C. “La acogida a los refugiados ucranianos en la UE y su efecto en la reforma del sistema europeo de asilo”, en Ruiz, J.J., *La guerra en Ucrania un año después Impacto global, europeo y español*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2023, pp. 97-102.

⁹⁶ Nota informativa 04/03/2022 sobre la acogida de personas que huyen de la guerra de Ucrania o que no pueden regresar a este país a causa de ella. Disponible en: <https://fextranjeria.es/wpcontent/uploads/2022/03/instruccion-regularizacion-de-ucranianos-en-espana>, última consulta: 14/03/2023).

⁹⁷ Orden OCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania (BOE de 10 de marzo de 2022).

Ésta, pretende regular normas adicionales para reconocer individualmente protección temporal a los llegados de Ucrania. Por otro lado, la aplicación de la orden PCM fue muy importante, ya que la misma ampliaba aquellos a los que la Directiva 55/2001 le concedía el beneficio de la protección temporal, no solamente a aquellos de terceros países o apátridas que residieran en Ucrania previo a estallar la invasión, también a los propios ucranianos que se encontrasen en España antes del 24 de febrero de 2022 y que a causa de la invasión no puedan regresar a Ucrania, los nacionales de terceros países o apátridas que residieran legalmente en Ucrania sobre la base de un permiso de residencia legal válido (permanente o estudiantes) expedido de conformidad con el derecho ucraniano y no pueden regresar a su país natal, Ucranianos irregulares en España previamente a la invasión y que no puedan volver, y finalmente, familiares de los dos primeros grupos.

Ello ha supuesto un avance y mejora de las condiciones de acogida con respecto a otros estados miembros de la UE.

Otra de las herramientas básicas usadas en España para lidiar con esta crisis fue la Instrucción 2/2022, de 10 de marzo, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras sobre el procedimiento de solicitud de protección temporal para los ciudadanos ucranianos desplazados a España (en adelante, **Instrucción 2/2022**⁹⁸). Esta controla la actuación policial a la jora de tramitar las solicitudes de protección temporal de aquellos provenientes de Ucrania.

Cabe concluir que la actuación española más destacada fue ampliar el ámbito subjetivo de protección temporal de aquellos provenientes de Ucrania, englobando también a todos los que vivían previamente en España, permitiendo además que los residentes irregulares pudieran legalizarse, junto aquellos turistas de larga duración⁹⁹.

Según datos de la OAR, transcurrido un año desde que comenzase la invasión, España supera las 168.000 protecciones temporales de refugiados provenientes de Ucrania, cifra

⁹⁸ Instrucción 2/2022, de 10 de marzo, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (Ministerio del Interior) sobre el procedimiento de solicitud de protección temporal para los ciudadanos ucranianos desplazados a España. Ministerio del Interior (disponible en: <https://www.icab.es/export/sites/icab/galleries/documents-noticias/INSTRUCCION-2-2022-PROCEDIMIENTO-DE-SOLICITUD-DE-PROTECCION-TEMPORAL-PARA-LOS-CIUDADANOS-UCRANIANOS-DESPLAZADOS-A-ESPANA.pdf>, última consulta 17/03/2023)

⁹⁹ González Enríquez, C., *op.cit.*, P. 101.

mayor a poblaciones como las de Huelva o Badajoz, la mayoría de ellas, provenientes de mujeres y niños¹⁰⁰.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo, se han ido analizando diversas cuestiones relacionadas con el fenómeno de la migración, las figuras de protección internacional como son el asilo y la protección subsidiaria, las diferencias conceptuales, entre ellas, a destacar la de migrante y refugiado, cómo está afectando la crisis migratoria de Ucrania a la UE y España, y cuales son las medidas que se han puesto en marcha para paliar la misma.

La solidaridad mostrada por los estados miembros de la UE no puede ocultar la necesidad de reformar el SECA, especialmente tras la reforma anterior del Reglamento Dublín III, por la que la presión y gestión de los migrantes se traslada a los estados de entrada, perjudicando a España considerablemente. Si el SECA quiere estar basado en los principios de solidaridad y responsabilidad compartida entre toda la UE, son necesarias políticas que incentiven la misma, por lo que el sistema requiere de una modificación urgente.

Han sido muchas las propuestas que han intentado modificar y adaptar el SECA, como la PRCFE, analizado anteriormente, la cual no termina de balancear las injusticias de los estados de primera línea (como España e Italia), ni tampoco solventa los problemas actuales de la migración. Eso sí, demuestra que el control de fronteras exteriores requiere si o si del apoyo de toda la UE, especialmente a estados como España, Italia o Grecia. Recordemos que el SECA debe regirse por el art. 80 TFUE, el cual dicta que todas las políticas de la UE sobre Asilo y Migración deberán regirse por los principios de solidaridad y reparto equitativo en la responsabilidad de los estados miembros.

Se ha hecho un análisis a las políticas utilizadas por la UE para lidiar con la crisis de refugiados que ha supuesto la invasión rusa. De entre ellas se ha destacado la Directiva 55/2001, la cual pese a formularse con anterioridad, nunca antes había sido aplicada. Repasando los factores que han propiciado su aplicación, se destacaba la identificación

¹⁰⁰ Ministerio del Interior: “España supera las 168.000 protecciones temporales a refugiados de Ucrania un año después del inicio de la invasión rusa”, *La Moncloa*, 2023. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/paginas/2023/220223-protecciones-temporales-refugiados-ucrania.aspx#:~:text=Hasta%20el%2021%20de%20febrero,refugiados%20ucranianos%20en%20nuestro%20pa%C3%ADs>.

de una amenaza común para la UE, como la de una víctima clara, (Rusia y Ucrania, respectivamente). A diferencia de otros conflictos que generaron olas masivas de refugiados, como la de 2015, que la UE viera una amenaza real de guerra en su territorio ha propiciado la aplicación de la directiva en detrimento de otras ocasiones. No obstante, esto supone también una discriminación para todos los casos anteriores, ya que parece que se está haciendo por simpatía e intereses políticos, en vez de por respecto a los derechos humanos y a los valores promulgados en la Convención de Ginebra.

Debido a esto, considero que, de cara a futuras migraciones masivas de cualquier tipo, la figura de la protección temporal debe contemplarse y establecerse ipso facto en la normativa europea, sin la necesidad de depender de la autorización de ningún gobierno de los estados miembros. De esta manera, no solo estaríamos siguiendo los principios que el art. 80 TFUE promulga, sino que además lograríamos un mayor respeto a los derechos promulgados en la Convención de Ginebra, ya que no se estaría dando preferencia a un tipo de refugiados respecto a otros de otra nacionalidad. En este sentido, es de destacar la actitud y medidas españolas en cuanto a la aplicación de la Directiva 55/2001, extendiendo el ámbito subjetivo de la misma, ampliando los colectivos a los que se les aplica la protección temporal.

Otro de los puntos que se han cuestionado sería sobre la viabilidad o no de las medidas ejecutadas por la UE para hacer frente a futuras crisis de refugiados, o incluso si las medidas actuales son suficientes si la invasión perdura. Se recuerda que no todos los estados europeos ven la migración del mismo modo, teniendo un especial rechazo en los países del este y centro europeo. Esto complica la toma de medidas, debido al rechazo de muchos estados a implementar medidas que favorezcan la migración.

Gran parte del éxito de las medidas tomadas por la UE ha sido la solidaridad inédita de los países europeos, y que en muchos de estos países que no son partidarios de aplicar medidas que favorezcan la acogida de refugiados, existían importantes comunidades de ucranianos (caso de Polonia, Rumanía y Alemania). Gracias a ello, ha triunfado la solidaridad común por encima de los intereses de cada país.

Sin embargo, lo extraordinario de estas medidas no garantiza que de cara a futuras crisis se vaya a actuar de la misma manera. Por ello, es necesario promulgar métodos legales para acceder a la protección internacional, y eso pasa por una reforma urgente del SECA.

Hay que plantear una reforma del SECA de manera que se cree un mecanismo de distribución entre los países de la UE de desplazados y refugiados, distribuyendo la responsabilidad y creando equidad¹⁰¹. Así se conseguiría trasladar la presión migratoria (especialmente la que sufren los países mediterráneos) a todos los países de la UE, según sus capacidades logísticas y económicas, siguiendo así los principios de responsabilidad compartida y solidaridad del art. 80 del TFUE, rompiendo con la dinámica del Reglamento Dublín III, el cual va completamente en contra de estos principios.

Esta reforma del SECA debe incluir varios aspectos. Lo primero que debe de conseguirse es que los procedimientos para acceder a los mecanismos de protección internacional sean más eficaces y rápidos. Segundo, todas las políticas relacionadas con la migración y el asilo deben de partir del respeto a los derechos humanos, y tenerlos en mente por encima de cualquier otra cosa, logrando así fomentar la solidaridad y cooperación entre estados europeos y solicitantes de asilo.

Se puede concluir que, si no se efectúa una reforma del SECA pronto, las medidas extraordinarias que han sido implantadas por la crisis ucraniana no serán efectivas en el largo plazo. No obstante, hay que destacar la rápida, efectiva y sobre todo muy solidaria gestión que los países de la UE han hecho con respecto a esta crisis. Sin embargo, no hay que olvidar que de cara al futuro son muchos los cambios que se requieren, puestos de manifiesto en crisis anteriores como la de 2015, por lo que la UE deberá ponerse manos a la obra para reformar y recuperar el espíritu del espacio Schengen y procurar el respeto a los derechos de la Convención de Ginebra.

¹⁰¹ Ministerio del Interior, “Informe de 2022 de la Comisión Europea sobre el Nuevo Pacto de Migración y Asilo”, *Sala de Prensa del Gabinete de Presidencia del Gobierno*, 14, de octubre de 2022, (disponible en <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/informe-2022-comisi%C3%B3n-europea-sobre-nuevo-pacto-migraci%C3%B3n-asilo>, última consulta 22/03/2023).

BIBLIOGRAFIA.

Legislación:

- Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966.
- 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.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022. DO núm. 71, de 4 de marzo de 2022, art. 2.
- Instrucción 2/2022, de 10 de marzo, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (Ministerio del Interior) sobre el procedimiento de solicitud de protección temporal para los ciudadanos ucranianos desplazados a España. Ministerio del Interior (disponible en: <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticias/INSTRUCCION-2-2022-PROCEDIMIENTO-DE-SOLICITUD-DE-PROTECCION-TEMPORAL-PARA-LOS-CIUDADANOS-UCRANIANOS-DESPLAZADOS-A-ESPANA.pdf>, última consulta 17/03/2023).
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. «BOE» núm. 263, de 31/10/2009.
- Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. «BOE» núm. 74, de 27 de marzo de 1984.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

- Orden OCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania. BOE, núm. 59, del 10 de marzo de 2022.
- Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) 767/2008 (UE) 2017/226 (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817, COM(2020) 612 final, 23 de septiembre de 2020.
- Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 final, 23 de septiembre de 2020.
- 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), DO L 77/1 de 23.3.2016.
- Reglamento 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.
- Recomendación (UE) 2020/1366, de la Comisión, de 23 de septiembre de 2020 (DO L 317 de 1.10.2020, p. 26).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOE de 30 de marzo de 2010).

Jurisprudencia

- Auto del TJUE de 16 de julio de 2015, Asunto C-539/14, interpreta el significado del art. 34.3 CDFUE, aludiendo a «un derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda».
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, n.o 5797/17, 21 de julio de 2022, Darboe y Camara c. Italia, párrs. 194 y 195, disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,62e160514.html>, última consulta: 20/03/2023).
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 53/2002, de 27 de febrero de 2002, FJ 4º. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2002-6299>. Fecha última consulta: 03/03/2023.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1634/2022 (sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 12 de diciembre de 2022. Versión electrónica – base de datos VLEX. Ref. RC 8806/2021. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d1ce0e63649475e4a0a8778d75e36f0d/20221230>.
- STJUE 18 diciembre 2007, as. C-77/50: Reino Unido / Consejo, mantuvo la integridad y coherencia del acervo de Schengen. *Vid.* Fischer, R., “The Europeanization of Migration Policy: the Schengen Acquis between the Priorities of Legal Harmonization and Fragmentation”. *Franfurt/Main, Lang*, 2012.
- Sentencia de la Audiencia Nacional 58/2023 (sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 9 de enero de 2023, FJ1º. Versión electrónica – base de datos VLEX. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1c32aca221bb63c3a0a8778d75e36f0d/20230131>, FJ 1º

Obras doctrinales

- Abrisketa Uriarte, J., “El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo y el control previo a la entrada: ¿quid prodest?”, *La Ley Unión Europea*, 2022, no 106, pp. 2-3.
- Argerey, P., “La Unión Europea y el control de la inmigración”, *Estudios de Política Exterior S.A.*, Vol. 20, núm. 114, 2006, pp. 177-184. (Disponible en <https://www.jstor.org/stable/20646006>, última consulta 3/02/2023).
- Fernández Rozas, J.C., “Luces y sombras de veinte años de política común en materia de control de fronteras, asilo e inmigración ante la defensa de un

- dionisiaco estilo de vida europeo”. *La Ley Unión Europea*, 2019, num. 76, pp. 4-7.
- Garcés Mascareñas, B., “Por qué esta crisis de refugiados es distinta”. *CIDOB opinión*, 2022, vol. 728
 - García Andrade, P. “Competencias de la Unión Europea en el área de Migración: Como actuar externamente desde el pensamiento interno”. *Common Market Law Review*, 2018, vol. 55, no 1.
 - González Enríquez, C. “La acogida a los refugiados ucranianos en la UE y su efecto en la reforma del sistema europeo de asilo”, en Ruiz, J.J., *La guerra en Ucrania un año después Impacto global, europeo y español*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2023, pp. 97-102.
 - Gonzalez de Lara Mingo, S. “Niveles de protección reconocidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria: Principio de «non-refoulement» y causas de exclusión”. *Actualidad administrativa*, 2019, no 10, pp. 5-7
 - Molina Conzué, D.A., “Reconocimiento normativo y diferencias entre el asilo diplomático, asilo territorial y refugio en la opinión consultiva OC-25/18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Precedente Revista Jurídica*, Vol. 9, 2015 (disponible en <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/3603/3672>, última consulta, 23/02/2023).
 - Moreno Lax, V., “Accessing asylum in Europe: Extraterritorial border controls and refugee rights under EU law”. *Oxford University Press*, 2017.
 - Morgades Gil, S. “El pacto mundial sobre los refugiados y el nuevo pacto de la UE sobre migración y asilo”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, vol. 74, no 1, p. 25-46.
 - Lenza García, I., “Asilo y Refugio. Un acercamiento desde el Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Ciencia Jurídica y Política*, Volumen 7, núm. 13, 2021 (disponible en: <https://www.camjol.info/index.php/rcijupo/article/view/11912>, última consulta: 23/02/2023).
 - Ortega Martín, E., “Asilo y Refugio”, *Manual práctico de derecho de extranjería*, LA LEY, Madrid, 2010.

- Pérez Monereo, J.L., López Insua, B.M., “Expulsiones «en caliente»: proporcionalidad versus garantía de los derechos humanos al hilo de la jurisprudencia europea”. *La Ley Unión Europea*, , no 93, 2021, p. 3
- Ramírez Porras, J.M. “La crisis de Ucrania, la aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes:¿ un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea?”. *La Ley Unión Europea*, 2022, no 106, p. 4.
- Sardina Cámara, P., “Comentarios a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”. *Diario La Ley*, 2010, no 7370, pp. 3-5
- Sánchez Fernández, A., “Protección internacional: asilo, protección subsidiaria y protección temporal en España”. *Diario La Ley*, 2015, no 8655, p. 2 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5260334>, última consulta 23/02/2023).

Recursos de internet

- ACNUR, “Actualización de cifras sobre personas refugiadas de Ucrania”, *Comunicados de Prensa*, 2022 (disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/press/2022/6/62a21b184/acnur-actualiza-las-cifras-sobre-personas-refugiadas-de-ucrania-incluyendo.html>, última consulta 10/03/2023).
- Alonso Pascual, C., “Más de 18.000 víctimas civiles y 8 millones de refugiados: los datos de la guerra en Ucrania un año después del inicio de la invasión rusa”, *Newtral*, 23 de febrero de 2023 (disponible en <https://www.newtral.es/datos-guerra-ucrania-invasion-rusia/20230223/>).
- Ministerio del Interior, “Informe de 2022 de la Comisión Europea sobre el Nuevo Pacto de Migración y Asilo”, *Sala de Prensa del Gabinete de Presidencia del Gobierno*, 14, de octubre de 2022, (disponible en <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/informe-2022-comisi%C3%B3n-europea-sobre-nuevo-pacto-migraci%C3%B3n-asilo>, última consulta 22/03/2023).
- Ministerio del Interior: “España supera las 168.000 protecciones temporales a refugiados de Ucrania un año después del inicio de la invasión rusa , *La Moncloa*,

2023. Disponible en:
<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/paginas/2023/220223-protecciones-temporales-refugiados-ucrania.aspx#:~:text=Hasta%20el%2021%20de%20febrero,refugiados%20ucranianos%20en%20nuestro%20pa%C3%ADs.>

- Nota informativa 04/03/2022 sobre la acogida de personas que huyen de la guerra de Ucrania o que no pueden regresar a este país a causa de ella. Disponible en: <https://tfextranjeria.es/wpcontent/uploads/2022/03/instruccion-regularizacion-de-ucranianos-en-espana>, última consulta: 14/03/2023).
- Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) “Informe sobre el asilo 2022: Resumen ejecutivo”. *Informe sobre el asilo 2022: Resumen ejecutivo*, 2022 (disponible en [https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2022-07/2022 Asylum Report Executive Summary ES 0.pdf](https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2022-07/2022%20Asylum%20Report%20Executive%20Summary%20ES%200.pdf): última consulta 15/03/2023).
- UNHCR ACNUR, “Acabar con la Apatridia”, 2023. (disponible en <https://www.acnur.org/acabar-con-la-apatridia.html> : última consulta 3/02/2023).
- UNHCR ACNUR, Comité Español, Derechos y valores del ser humano, 2023, (disponible en <https://www.acnur.org/refugiados.html>, última consulta 23/02/2023).
- Naciones Unidas, “Pacto Sobre Migración: Definición de Refugiados y migrantes”, 2023 (disponible en <https://refugeesmigrants.un.org/es/definitions>, última consulta 13/03/2023).