

**MIGRACIONES Y ASILO: ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS/
MIGRATIONS AND ASYLUM: ANALYSIS
AND PERSPECTIVES**

**EL PACTO MUNDIAL SOBRE LOS REFUGIADOS Y EL NUEVO
PACTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE MIGRACIÓN
Y ASILO: DERECHO INFORMAL Y JURISPRUDENCIA
EUROPEA EN MATERIA DE ACCESO A LA PROTECCIÓN**

Silvia MORGADES GIL*

RESUMEN

**EL PACTO MUNDIAL SOBRE REFUGIADOS Y EL NUEVO PACTO
DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO: DERECHO INFORMAL
Y JURISPRUDENCIA EUROPEA EN MATERIA DE ACCESO A LA PROTECCIÓN**

Desde 2016 el régimen internacional y europeo de las migraciones forzosas se encuentra inmerso en procesos de renovación normativa con la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes; el Pacto Mundial sobre los Refugiados, y el Nuevo Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo. Este trabajo examina en la primera parte si y en qué modo estos procesos permiten vislumbrar avances en relación con el acceso al asilo, y el reparto equitativo de las responsabilidades de los Estados y la solidaridad en la protección. En la segunda parte se examina la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en relación con distintas situaciones relacionadas con el acceso a la protección comparando los planteamientos y resultados de ambos tribunales. El trabajo concluye con unas reflexiones finales sobre: 1) los resultados matizados de los dos procesos de renovación del régimen normativo de las migraciones forzosas a través de normas de Derecho internacional informal y de propuestas de Derecho institucional europeo, y 2) el balance más positivo de la jurisprudencia reciente del TJUE en relación con la del TEDH, desde la perspectiva del acceso a la protección de los demandantes de asilo en Europa.

Palabras clave: refugiados, asilo, Derecho informal internacional, TEDH, TJUE.

* Profesora agregada Serra Hunter de Derecho Internacional Público de la Universitat Pompeu Fabra (silvia.morgades@upf.edu), miembro de los grupos de investigación *Orbis-UPF* y *GRITIM-UPF*. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 15 de noviembre de 2021. Se agradecen los comentarios constructivos de los dos revisores anónimos que con su labor han contribuido a mejorar la versión inicial del trabajo.

ABSTRACT

THE GLOBAL COMPACT ON REFUGEES AND THE EU NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM: INFORMAL LAW AND EUROPEAN JURISPRUDENCE CONCERNING ACCESS TO PROTECTION

Since 2016, the international and European regime on forced migrations has undergone a process of normative renewal with the New York Declaration on Refugees and Migrants, the Global Compact on Refugees, and the New Pact on Migration and Asylum. The first part of this paper examines whether and how these processes offer a glimpse of progress in relation to access to asylum and the equitable sharing of state responsibilities and solidarity in protection. The second part examines the case law of the ECtHR and the CJEU in relation to different situations related to access to protection, comparing the approaches and outcomes of both courts. The paper concludes with some final reflections on: 1) the nuanced outcomes of the two processes of renewing the normative regime of forced migration through informal international law norms and European institutional law proposals, and 2) the more positive balance of the ECJ recent case law in relation to that of the ECtHR, from the perspective of access to protection for asylum seekers in Europe.

Keywords: refugees, asylum, informal international law, ECtHR, CJEU.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS PACTOS: EL NUEVO DERECHO INFORMAL INTERNACIONAL Y EUROPEO SOBRE MIGRACIONES FORZOSAS Y ASILO.—2.1. La Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial sobre los Refugiados.—2.2. El Nuevo Pacto europeo sobre Migración y Asilo.—3. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL COMO MOTOR DE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN EUROPEO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.—3.1. Acceso a la protección internacional y medidas de detención: *FMS-FNZ, SA-SA junior (TJUE) versus Ilias y Ahmed c. Hungría (TEDH)*.—3.2. Retorno automático tras entrada irregular y principio de *non-refoulement*: *Comisión Europea c. Hungría (TJUE) versus N. D. y N. T. c. España (TEDH)*.—3.3. El pre-acceso a la protección o el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y del Convenio Europeo: *X. y X. c. Bélgica (TJUE) y M. N. y otros c. Bélgica (TEDH)*.—4. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se están desplegando procesos de renovación de los regímenes internacional y europeo de protección de los migrantes forzosos. Por una parte, el que se inicia con la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes de 2016¹, los Pactos Mundiales de 2018², y continúa con el Foro Global de los refugiados celebrado por primera vez en 2019. Por otra, la Agenda Europea de Migraciones de 2015³ y su versión renovada en

¹ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016. A/RES/71/1*, 3 de octubre de 2016.

² Pacto Mundial sobre los Refugiados, Resolución sobre el ACNUR de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 2018, A/RES/73/151, que afirma el pacto tal y como figura en A/73/12 (Part II)*; y Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, Resolución de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 2018, A/RES/73/195.

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CES y al Comité de las Regiones. Una Agenda europea de migración, Bruselas, 13 de mayo de 2015, COM (2015) 240 final.

forma de Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de 2020⁴ que marcan los pasos hacia una tercera fase del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). Los dos procesos parten de instrumentos con naturalezas jurídicas diferentes pero coinciden en la búsqueda de nuevos marcos reguladores. Plantean cambios para conseguir, bien instituciones más eficientes en la protección de derechos y más equitativas para los Estados (principalmente, los Pactos mundiales), bien para controlar las afectaciones de las migraciones forzosas en la consecución de otros objetivos, como la realización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (principalmente, el Nuevo Pacto).

Este trabajo estudiará el impacto de estos procesos, principalmente, en uno de los dos mayores aspectos no resueltos por el Derecho internacional del asilo y el refugio que es el acceso a un asilo provisional tras el ejercicio del Derecho a huir de las personas necesitadas de protección, es decir, las vías para una entrada segura en un país en el que tramitar la solicitud de asilo. También se revisará si estos procesos suponen avances en relación al segundo aspecto, es decir, respecto del reparto equitativo de las responsabilidades comunes en la protección de los migrantes forzosos. El principio de *non-refoulement* hace recaer en los Estados de primera llegada la carga de proteger a quienes llegan como demandantes de asilo o refugiados, tramitar sus solicitudes, y asumir su integración en caso de obtener protección. En la Unión Europea, esta deficiencia del régimen internacional se agrava con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que excluye a los demandantes de asilo y refugiados de la libre circulación y atribuye la responsabilidad de su protección (salvo excepciones por razón de la protección del derecho a la unidad familiar) al país de primera llegada⁵. Los itinerarios y la concentración de las rutas migratorias hace que algunos países del sur de Europa con fronteras más vulnerables a la migración irregular (Grecia, Malta, Italia, España) sean más propensos a recibir un número de migrantes forzosos en relación con su población muy superior a otros países de la región, sin que existan mecanismos de solidaridad eficientes y de reparto de las responsabilidades en la gestión de los controles fronterizos y en relación con la protección internacional.

En la primera parte, el trabajo analizará hasta qué punto el Derecho internacional informal más reciente sobre protección internacional, es decir: *a*) la Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial sobre los Refugiados, y *b*) las propuestas para una tercera fase del SECA se enfrentan a estos dos desafíos. La segunda parte del trabajo se dedicará a examinar la evolución reciente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CES y al Comité de las Regiones relativa al *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, Bruselas, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 609 final.

⁵ Reglamento (UE) 604/2013, del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio, 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 (Texto refundido), *DOUE* de 29 de junio de 2013, L 180/31-59.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con el primer aspecto, es decir, el acceso a una protección de los migrantes forzosos. Esta jurisprudencia parece revelar un cambio de tendencia en el diálogo entre estos dos tribunales, en el que el TEDH era quien marcaba el umbral de protección de las personas necesitadas de protección. El estudio finalizará con algunas reflexiones acerca de las razones que explican por qué la evolución del régimen de la protección internacional está en la actualidad más vinculada a esta jurisprudencia que a los recientes compromisos políticos difusos de escasa densidad normativa.

2. LOS PACTOS: EL NUEVO DERECHO INFORMAL INTERNACIONAL Y EUROPEO SOBRE MIGRACIONES FORZOSAS Y ASILO

En las dos primeras décadas del siglo XXI se están desarrollando tanto en el Derecho internacional universal como regional europeo procesos que han derivado en normas de Derecho informal renovadoras del régimen de la protección internacional. Es el caso de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, el Pacto Mundial sobre los Refugiados, y el Nuevo Pacto europeo. De los tres, este último no es en realidad un *pacto* entre Estados europeos (como sí lo era el Pacto europeo de 2008⁶ adoptado en el Consejo), sino más bien un plan de acción de la Comisión a corto y medio plazo para adoptar normas de Derecho derivado en materia de controles fronterizos, migración y asilo orientadas a superar las deficiencias del marco actual. En esta primera parte se analizará hasta qué punto este nuevo Derecho internacional informal más reciente se enfrenta a estos desafíos y propone estrategias para completar el régimen de la protección internacional.

2.1. La Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial sobre los Refugiados

El número de migrantes forzosos en el mundo ya llevaba años aumentando cuando en 2015 se produjo la llamada *crisis de refugiados*, en que se registraron más de un 1.800.000 entradas irregulares a través de las fronteras exteriores de la Unión Europea⁷ y más de 4.000 muertes en el Mediterráneo⁸.

⁶ Pacto europeo sobre Inmigración y Asilo, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 24 septiembre de 2008, 13440/08 ASIM 72.

⁷ FRONTEX, *Risk Analysis for 2016*, Luxemburgo, OPOCE, 2016, p. 16. Irregulares en el sentido de no amparadas por las leyes de extranjería.

⁸ OIM, *Missing Migrants. Tracking deaths along migratory routes*, <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>. Se calcula que más de 20.000 personas podrían haber muerto en las diferentes rutas del Mediterráneo desde 2014, año en que por primera vez el mayor número de entradas irregulares se producía por mar, lo que mostraba el «éxito» de las estrategias de extraterritorialización (y externalización) del control, DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Refugee Crisis and Migrations at the Gates of

Con 82,4 millones de migrantes forzados en 2020, de los cuales, 26,4 millones de refugiados, las dos cifras se han duplicado en los últimos diez años⁹. Además del fracaso de la comunidad internacional a la hora de evitar, contener o resolver las crisis para que la huida y la búsqueda de protección internacional no sean una necesidad para millones de personas, el régimen internacional del asilo y el refugio revelaba ya en 2015 grandes desequilibrios en relación con las responsabilidades en la acogida y protección¹⁰ y en relación con las contribuciones financieras y materiales¹¹.

De forma coherente con el planteamiento de que «el desafío [...] es ante todo moral y humanitario», los representantes de los Estados reconocieron compartir «la responsabilidad de gestionar los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes de manera humana, respetuosa, compasiva y centrada en las personas» en la Declaración de Nueva York¹². Es decir, sesenta y cinco años después de la Conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados y los apátridas, se reconocían las responsabilidades colectivas de los Estados en la gestión de esta movilidad¹³. En relación con el acceso a la protección internacional se afirmó: «Tenemos la intención de aumentar el número y la variedad de las vías legales disponibles para la admisión o el reasentamiento de los refugiados en terceros países»¹⁴. No obstante, ninguna brecha se abría en el poder de los Estados de decidir acerca de la admisión de los extranjeros: «Reafirmamos que toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país. Recordamos, al mismo tiempo, que cada Estado tiene el derecho soberano de decidir a quien admite en su territorio, con sujeción a las obligaciones internacionales que le correspondan»¹⁵. El Pacto Mundial ni tan solo se refiere a la cuestión del acceso a la protección, lo que resulta coherente con una aproximación bastante tibia al reparto de cargas. Las políticas de no entrada dejarían de tener buena parte de su sentido si el lugar de acceso al sistema internacional del refugio no tuviese consecuencias gravosas a corto plazo para el Estado de primera llegada¹⁶.

El Anexo I de la Declaración de Nueva York establece un «Marco de respuesta integral para los refugiados» sobre la participación más equitativa de los Estados en las cargas y responsabilidades y se establecen compromisos

Europe: Deterritoriality, Extraterritoriality and Externalization of Border Controls», *Paix et Sécurité Internationales*, 2019, núm. 7, pp. 117-160.

⁹ ACNUR, *Tendencias globales. Desplazamiento Forzado 2020*, Ginebra, 2021, p. 6.

¹⁰ Diez países acogen el 56 por 100 de personas desplazadas a través de las fronteras en el mundo: *ibid.*, p. 19.

¹¹ ACNUR, *Pacto Mundial sobre los Refugiados. Guía rápida*, septiembre de 2018, p. 2.

¹² Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, párrs. 10-11.

¹³ En esta conferencia ya se «Recomienda a los Gobiernos que [...] actúen de común acuerdo, con verdadero espíritu de solidaridad internacional, a fin de que los refugiados puedan hallar asilo y posibilidades de reasentamiento». Recomendación D, UN Doc.A/CONF.2/108, 8.

¹⁴ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, párr. 77.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 42.

¹⁶ HATHAWAY, J. C., «The Global Cop-Out on Refugees», *International Journal of Refugee Law (IJRL)*, vol. 30, 2019, núm. 4, doi:10.1093/ijrl/ey062, pp. 591-604, esp. p. 597.

«en cooperación con donantes multilaterales y asociados del sector privado» para movilizar recursos financieros; prestar asistencia, etc. Este marco debía analizarse y perfeccionarse basándose en la práctica hasta la adopción de un Pacto Mundial sobre los Refugiados en 2018 que concretaría estos mecanismos para «aliviar las presiones sobre los países de acogida de los afectados»¹⁷. El Pacto Mundial sobre los Refugiados incorporó un Programa de acción con un apartado principal dedicado a los «Mecanismos de distribución de la carga y la responsabilidad». En primer lugar, se establece un instrumento de cooperación internacional universal, el Foro Mundial sobre refugiados a nivel ministerial con reuniones cuatrienales en donde todos los actores implicados puedan analizar la situación, hacer balance, discutir los desafíos y llegar a compromisos de asistencia financiera, material y técnica. En segundo lugar, se proponen: mecanismos nacionales para apoyar la respuesta a las situaciones de refugiados; la posibilidad de que ACNUR active una «plataforma de apoyo» a petición de los países de acogida o de origen (aunque sería dirigida por grupos de Estados que movilizarían contribuciones y asistencia); y la conveniencia de incorporar los enfoques regionales o subregionales a las «respuestas integrales»¹⁸.

El primer Foro Mundial sobre los Refugiados tuvo lugar en Ginebra en diciembre de 2019 con una amplia participación de representantes de Estados, organizaciones internacionales, empresas, fundaciones, organizaciones de la sociedad civil, académicos y refugiados. Se alcanzaron 840 compromisos, entre los cuales, 160 compromisos de retorno o reasentamientos y unos 250 compromisos de tipo financiero por más de 8.000 millones de dólares. A pesar de todos estos esfuerzos, los enormes desequilibrios entre Estados en materia de protección internacional, marcados por «accidentes geográficos más que por su riqueza o capacidades» han llevado a considerar que las estrategias del Pacto Mundial tienen el riesgo de generar «expectativas no realistas» acerca del número de refugiados que pueden beneficiarse de ellas¹⁹. Y es que, como ya ha apuntado la doctrina, el Pacto carece de una *estrategia* claramente definida respecto del reparto de responsabilidades global²⁰, y los compromisos que se incluyen son difusos y no están acompañados de «medidas efectivas»²¹ ni de «obligaciones detalladas»²².

¹⁷ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, Anexo I, párr. 18

¹⁸ Pacto Mundial sobre los Refugiados, A/73/12 (Part II)*, párrs. 14-48.

¹⁹ HANSEN, R., «The Comprehensive refugee Response Framework: A Commentary», *Journal of Refugee Studies*, vol. 31-2, 2018, doi:10.1093/jrs/fey020, pp. 131-151, esp. pp. 135 y 144-145. En el mismo sentido, y proponiendo estrategias concretas, INELI-CIGER, M., «The Global Compact on Refugees and Burden Sharing: Will the Compact Address the Normative gap Concerning Burden Sharing?», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 38, 2019, pp. 115-138.

²⁰ ALEINIKOFF, T. A., «The Unfinished Work of the Global Compact on Refugees», *IJRL*, vol. 30, 2018, núm. 4, doi.org/10.1093/ijrl/eeey057, pp. 611-617, esp. p. 612.

²¹ CHIMNI, B. S., «Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back», *IJRL*, 2019, doi:10.1093/ijrl/eeey067, pp. 630-634, esp. p. 3.

²² GILBERT, G., «Indicators for the Global Compact on Refugees», *IJRL*, vol. 30, 2018, núm. 4, doi:10.1093/ijrl/eeey053, pp. 635-639, esp. p. 637.

2.2. El Nuevo Pacto europeo sobre Migración y Asilo

El programa de acción del Pacto Mundial sobre los Refugiados establecía la conveniencia de incorporar enfoques regionales a la respuesta *integral*. El enfoque regional europeo a las migraciones forzadas empezó, por lo menos, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la atribución de competencia en materia de migraciones y asilo a la Unión Europea (entre 1999 y 2009, a la Comunidad Europea), y el programa de Tampere, que establecía las prioridades para el primer quinquenio de las políticas que se derivarían de estas competencias. Tras los pactos mundiales, este enfoque europeo se renovaba y actualizaba en el marco de un proceso de revisión de las políticas de inmigración y asilo iniciado en 2015, en plena crisis migratoria en el Mediterráneo.

La Agenda Europea de Migraciones²³ proponía tanto acciones *inmediatas* como prioridades para la gestión de las migraciones, que incluían la revisión de la política de asilo y la construcción de una nueva política de migración legal. Aunque en 2016 se presentaron dos paquetes de medidas para reformar el SECA (destacaba la propuesta de revisión del *sistema Dublín*, con un instrumento de reubicación permanente y de activación automática cuando se hubiesen superado ciertos parámetros objetivos de presión sobre los sistemas de asilo), lo cierto es que el principal avance de esos años fue la transformación de FRONTEX en una Guardia Europea de Fronteras y Costas²⁴, y las perspectivas para replicar el modelo con EASO, para convertirla en una agencia operativa en procedimientos de asilo²⁵. Teniendo en cuenta el relativo fracaso de las negociaciones sobre la tercera fase del SECA, la nueva Comisión elegida tras los comicios del Parlamento Europeo de 2019 presentó el 23 de septiembre de 2020 un *Nuevo Pacto* sobre Migración y Asilo para relanzar el proceso con propuestas más tibias respecto de la solidaridad²⁶. El nuevo pacto fue anunciado en julio 2019, pero durante todo el tiempo transcurrido hasta su presentación, elementos de política interna europea y de geopolítica internacional fueron contribuyendo a la dilución de las expectativas²⁷. El *nuevo pacto* no contiene ninguna referencia expresa al Pacto

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CES y al Comité de las Regiones. Una Agenda europea de migración, Bruselas, 13 de mayo de 2015, COM (2015) 240 final.

²⁴ Reglamento (UE) 2019/1896, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) 1052/2013 y (UE) 2016/1624, *DOUE* de 14 de noviembre de 2019, L 295/1-131.

²⁵ Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) núm. 439/2010, *DOUE* de 30 de diciembre de 2021, L 468/1-54.

²⁶ El *Nuevo Pacto* se presentó junto con otras cinco propuestas normativas para: 1) establecer un «marco europeo común para la gestión de la migración y el asilo» que incluía una aproximación a la solidaridad interestatal europea; 2) un procedimiento común aplicable a las demandas de protección internacional; 3) reglas acerca del control de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores; 4) reglas sobre gestión de situaciones de crisis, y 5) revisar Eurodac. En relación con todo este proceso de revisión del SECA tras la crisis de 2015, véase MORGADÉS GIL, S., *De refugiados a rechazados. El sistema Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 108-121.

²⁷ Se trata con detalle esta cuestión en ABRISKETA URIARTE, J., *Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea. Límites del Reglamento de Dublín III*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 176-181.

Mundial, aunque sí se refiere al Foro Global de 2019²⁸, lo que parece dar más cuenta de posicionamientos de algunos Estados en contra del mismo que de una voz propia que exprese una reflexión profunda y sincera sobre los retos migratorios actuales en el espacio europeo²⁹. En el nuevo pacto continúan presentes estrategias que ya han mostrado sus límites en el pasado reciente: *a)* el vínculo entre los controles migratorios y la protección internacional³⁰; *b)* la búsqueda de la externalización de los controles y la protección, y *c)* una aproximación a la solidaridad como interestatal y basada en la gestión de crisis más que en el reparto de responsabilidades que se ejercen de forma constante y continuada en el tiempo por cuenta de todos, alejada de la «cultura de la bienvenida» (*welcome culture*) europea expresada por buena parte de la sociedad civil durante los acontecimientos de 2015³¹.

En relación con la solidaridad y la equidad en la distribución de responsabilidades, el Nuevo Pacto alude a la necesidad de trazar un «enfoque global que reconozca las responsabilidades colectivas» e introducir un «marco europeo común y una mejor gobernanza de la gestión de la migración y el asilo, así como un nuevo mecanismo de solidaridad»³². Además, reconoce que «ningún Estado miembro debe asumir una responsabilidad desproporcionada y que todos [...] deben contribuir a la solidaridad *de forma constante*»³³. Todo ello resulta significativo ya que el *nuevo* pacto se propone superar las diferencias insoslayables que impidieron adoptar entre 2016 y 2020 la tercera fase del SECA debido a la oposición de algunos Estados a aceptar un mecanismo de reubicación permanente y automático. La nueva propuesta supone una claudicación en la defensa del respeto del principio de solidaridad porque ni prevé una aplicación automática (dependería de actos de ejecución de la Comisión) ni implica la asunción de compromisos equivalentes por parte de los Estados³⁴. La forma de la solidaridad no está prevista como un acuerdo entre Estados sino más bien como una opción entre reubicación y patroci-

²⁸ «Como se reiteró en diciembre de 2019 en el Foro Mundial sobre los Refugiados, la UE está decidida a mantener su firme compromiso de prestar un apoyo vital a millones de refugiados y desplazados, así como a auspiciar soluciones sostenibles orientadas al desarrollo», *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, Bruselas, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 609 final, parág 6.2, p. 22.

²⁹ PINYOL, G., «The New Pact on migration and asylum: A proposal on (maritime) border control», *The new EU Pact and its impact on Mediterranean Migration Governance: Continuity or rupture?* *EuroMedMig Policy Paper Series*, 2021, núm. 3, pp. 10-12.

³⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Controles migratorios y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

³¹ «*What hope might still have been left for a more Cosmopolitan European mainstream, is being destroyed by the European political establishment*», en palabras de ANDERSEN, D. J. y SANDBERG, M., «How to Hatch the Wings of a Mockingbird: A Comment on the EU's New Migration and Asylum Pact and the Risk of Destroying Civil Society Engagement in Refugee Relief Work Internally to the EU Member states», *Journal of Borderlands Studies*, 2021, doi: 10.1080/08865655.2021.1985587, pp. 5-6.

³² *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, p. 3.

³³ *Ibid.*, p. 2 (cursivas añadidas).

³⁴ De aprobarse, se podrá aceptar reubicar a demandantes de asilo o bien patrocinar retornos, o incluso contribuir con «otras formas de solidaridad»: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX [Fondo de Asilo y Migración], Bruselas, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 610 final.

nio de retorno que, como señala Philippe de Bruycker, son al fin y al cabo contradictorias «lo que no contribuye a construir un nuevo consenso sobre la política de asilo en la Unión Europea (UE), sino al contrario a ratificar a todos los Estados miembros en su opinión»³⁵. La Comisión podría obligar a satisfacer hasta la mitad de la cuota de solidaridad de un Estado, pero la combinación entre compromiso y flexibilidad resulta «demasiado poco fiable y confusa como para generar confianza»³⁶ y, además, ni este mecanismo de solidaridad por etapas³⁷ ni las otras propuestas ligadas al pacto van a lograr frenar los problemas de aplicación del conjunto normativo actual, los rechazos en frontera sin acceso a una protección provisional tras una solicitud de asilo, y los impedimentos a la reubicación³⁸. Los instrumentos de solidaridad del mal llamado *nuevo y pacto*, como apunta Joana Abrisketa, «difícilmente brindan una respuesta realista y asumible frente a los problemas presentes» y, además, la que ofrece, no está ni tan solo admitida como válida colectivamente por parte de los Estados participantes³⁹.

En relación con el desarrollo de vías legales de entrada hacia Europa, la aproximación del *Nuevo Pacto* es aún más limitada. Se reconoce retóricamente que «(d)isponer de canales seguros que ofrezcan protección a quienes lo necesiten elimina el incentivo que estas personas puedan tener para acometer viajes arriesgados hacia Europa y es una prueba de solidaridad con los terceros países que acogen refugiados»⁴⁰. Pero en el apartado 6.6 de pacto, titulado «Desarrollo de las vías legales hacia Europa», solo se mencionan algunas propuestas en relación con la estrategia de reasentamiento y la

³⁵ DE BRUYCKER, P., «The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been», *EU Immigration and Asylum Law and Policy. Blog*, 15 de diciembre de 2020, <https://eumigration-lawblog.eu/the-new-pact-on-migration-and-asylum-what-it-is-not-and-what-it-could-have-been/>.

³⁶ MAIANI, F., «A “Fresh Start” or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact», *EU Immigration and Asylum Law and Policy. Blog*, 20 de octubre de 2020, <https://eumigrationlawblog.eu/a-fresh-start-or-one-more-clunker-dublin-and-solidarity-in-the-new-pact/>. La disparidad de aproximaciones al pacto entre detractores por tibio e insuficiente o por atrevido y mal planteado se refleja, por ejemplo, en FRANCE TERRE D’ASILE, «À peine présenté, le nouveau Pact Migratoire Européen ne fait pas consensus», *Veille Europe*, 28 de septiembre de 2020, <https://www.france-terre-asile.org/veille-europe-articles-archives/du-16-au-30-septembre-2020/a-peine-presente-le-nouveau-pacte-migratoire-europeen-ne-fait-pas-consensus>.

³⁷ Estas etapas son, de forma resumida: 1) identificación de las necesidades debido a una presión o crisis migratoria por parte de la Comisión; 2) puesta a disposición de contribuciones de diverso tipo por parte de los Estados; 3) en su caso, ajuste obligatorio de las contribuciones hasta el 50 por 100 de las cuotas atribuidas, y 4) finalmente, ejecución. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración [...], COM (2020) 610 final, arts. 45-56.

³⁸ PEERS, S., «First analysis of the EU’s new asylum proposals», *EU Law Analysis*, 25 de septiembre de 2020, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/09/first-analysis-of-eus-new-asylum.html>.

³⁹ ABRISKETA URIARTE, J., «El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo: hacia un marco jurídico aún más complejo», en ABRISKETA URIARTE, J. (coord.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 307-335, esp. p. 332. En este trabajo se desarrolla con gran precisión las razones del rechazo por parte del «bloque del Mediterráneo» (España, Italia, Chipre, Malta y Grecia) a la propuesta de control en frontera y examen de las solicitudes; y la posición del grupo *Visegrado* (Hungria, Polonia, Chequia y Eslovaquia) en relación con las propuestas que evoquen la solidaridad en materia de protección internacional (pp. 313-318).

⁴⁰ *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, Bruselas, párr. 6.6.

posible futura financiación de vías complementarias basadas en patrocinios comunitarios o privados. Ni tan solo se menciona la posibilidad de regular a escala europea la emisión de visados humanitarios, aunque la facilitación de visados sea una de las medidas que se proponen para «fomentar la movilidad de los viajeros de buena fe, incluidos los intercambios de estudiantes»⁴¹, y a pesar de las propuestas del Parlamento en este sentido⁴². La mayor parte del apartado se dedica a fomentar las vías legales en el marco de asociaciones de migración laboral legal y asociaciones de talento. Acompañando al pacto, una Recomendación de la Comisión concretaba sus propuestas «sobre las vías legales para obtener protección en la Unión Europea: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias» con la pretensión de reactivar los compromisos de los Estados especialmente en materia de reasentamiento, estancados en buena parte por las consecuencias a la movilidad de la pandemia covid-19⁴³.

3. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL COMO MOTOR DE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN EUROPEO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

A pesar de las dificultades para avanzar en la reformulación de un Derecho internacional de asilo y refugio convencional, informal o institucional, en el entorno regional europeo va desarrollándose este régimen a partir de la jurisprudencia de dos tribunales internacionales: TEDH y TJUE. A partir de los años noventa del siglo xx, el TEDH ha ido interpretando ciertos artículos del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de un modo que suponían una garantía específica para los demandantes de asilo y refugiados en Europa; en cambio, la jurisprudencia del TJUE sobre protección internacional se ha desarrollado en paralelo a la evolución del SECA, así que no ha sido hasta bien entrado el siglo xxi cuando se han ido interpretando sus instrumentos.

Progresivamente y tras procesos de diálogo jurisdiccional, en general, el TJUE iba asumiendo en su jurisprudencia estándares de protección del TEDH, a pesar de que ciertos principios de la integración europea pasaran por ello a un segundo plano (p. ej., el principio de la confianza mutua)⁴⁴. El

⁴¹ *Ibid.*, párr. 6.6. final.

⁴² Se desarrolla la posibilidad de esta aproximación europea a los visados humanitarios en MORGADES GIL, S., «Entre visado y humanitario: A vueltas con los conceptos de competencia y jurisdicción en el Derecho de la Unión Europea y europeo de los Derechos Humanos», en ABRISKETA URIARTE, J. (coord.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 251-274.

⁴³ Recomendación (UE) 2020/1364, de la Comisión, de 23 de septiembre, sobre las vías legales para obtener protección en la Unión Europea: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias, *DOUE* de 1 de octubre de 2020, L 317/13-22.

⁴⁴ Así, este principio acaba cediendo el paso a la necesidad de preservar el estándar de protección del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes marcado por el TEDH, en casos de transferencia de demandantes de asilo entre Estados miembros basados en la aplicación del sistema *Dublin*. El

TJUE solía aproximarse a los temas de extranjería desde perspectivas más estatocéntricas, basadas en consideraciones difusas de seguridad y poderes del Estado y, en cambio, el TEDH, por definición, resuelve las demandas de un modo más centrado en las personas y sus derechos. Ello no obstante, recientemente el Tribunal de Justicia ha incluso superado al TEDH en cuando al nivel de protección de los demandantes de asilo en una especie de *sorpasso* que aún es pronto para saber si obedece a motivos circunstanciales o contextuales concretos o bien tiende a consolidarse. Algunos autores han planteado que quizá el TEDH haya llegado a un «punto de inflexión» que marque un «punto final provisional» tras un largo periodo de jurisprudencia «dinámica», evolutiva, y configuradora de un estatuto informal de protección basado en los derechos humanos de las personas extranjeras⁴⁵.

En este apartado se estudiará la jurisprudencia reciente de los dos tribunales acerca del *pre*-acceso y el acceso a la protección a partir de algunas sentencias sobre vías de entrada, detención, y retornos automáticos de inmigrantes tras un cruce irregular de las fronteras. En relación con los mecanismos de solidaridad y reparto de cargas o responsabilidades, es decir, la segunda laguna del régimen internacional y europeo, solo el TJUE ha aludido directamente a esta cuestión ya que en el entorno de la Unión Europea la solidaridad es tanto un valor como un principio que informa expresamente las políticas de control de fronteras, inmigración y asilo⁴⁶. Así, por ejemplo, en una Sentencia de 2 de abril de 2020, declaró el incumplimiento de Polonia, de Hungría y la República Checa en relación con las medidas *ad hoc* de reubicación adoptadas en 2015 para hacer frente a la crisis de gestión migratoria de ese año en el Mediterráneo, aunque el argumento principal no fuese directamente referido al principio de solidaridad y de reparto equitativo de responsabilidades⁴⁷.

Aunque el Pacto Mundial sobre los Refugiados no se refiera a la cuestión del acceso a la protección, la Asamblea General de las Naciones Unidas sí lo ha hecho en repetidas ocasiones, en resoluciones sobre la Oficina del ACNUR. Así, la Asamblea General:

TEDH establece este estándar basado en el riesgo real personal en las sentencias *M. S. S. c. Bélgica y Grecia* de 2011 y *Tarakhel c. Suiza* de 2014, y el TJUE lo acepta tras una cierta vacilación basada en el principio de confianza mutua entre Estados. Se ha desarrollado esta cuestión en MORGADÉS-GIL, S., «The “internal” dimension of the *safe country* concept: The interpretation of the *safe third country* concept in the Dublin system by International and internal Courts», *European Journal of Migration and Law*, vol. 22, 2020, pp. 82-113.

⁴⁵ THYM, D., «The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on “Hot Returns” and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy», *IJRL*, 2020, doi:10.1093/ijrl/eeab004, pp. 1-28, esp. p. 21.

⁴⁶ Además de en el preámbulo y en el art. 2 TUE, se menciona expresamente en los arts. 67 y 80 TFUE, en el capítulo en el que se encuentran las bases jurídicas de las políticas comunes de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores.

⁴⁷ Que «de conformidad con el art. 80 TFUE, (es) el principio rector de la política de asilo de la Unión», SSTJUE de 2 de abril de 2020, *Comisión Europea c. República de Polonia; Comisión Europea c. Hungría; Comisión Europea c. República Checa*; C-715/17; C-718/17; C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257, párr. 181. La referencia al principio contenido en el art. 80 también es importante en el razonamiento del TJUE en la Sentencia de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría c. Consejo*, C-643/15 y C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, párrs. 253 y 304.

«(o)bserva con grave preocupación los considerables riesgos a que se exponen muchos refugiados y personas en busca de asilo en su intento de buscar seguridad y alienta la cooperación internacional para asegurar el establecimiento de mecanismos de respuesta adecuados, incluidas medidas para salvar vidas y servicios de recepción, registro y asistencia, así como para asegurar que el acceso seguro y regular al asilo esté siempre abierto a las personas que necesitan protección internacional»⁴⁸.

El acceso a una protección provisional en el marco de la política europea de asilo está especialmente en riesgo debido a la aproximación de la Comisión expresada en el Nuevo Pacto sobre Migración Asilo. Así, la propuesta de Reglamento por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores que lo acompaña tiene precisamente por objeto «el control en las fronteras exteriores de los Estados miembros de todos los nacionales de terceros países que hayan cruzado la frontera exterior de forma no autorizada, de aquellos que hayan solicitado protección internacional durante las inspecciones fronterizas sin cumplir las condiciones de entrada, así como de aquellos que hayan desembarcado tras una operación de búsqueda y salvamento»⁴⁹. Este control «se aplicará a dichas personas independientemente de si han solicitado protección internacional»⁵⁰, lo que en cierto modo reduce el ámbito de aplicación temporal y espacial del régimen internacional de la protección internacional cuyo pilar es el principio de *non-refoulement*, aplicable incluso en frontera a todos los demandantes de protección tanto si cumplen como si no las condiciones de entrada de la política migratoria europea. En la aproximación del Nuevo Pacto, las políticas migratorias y de control de fronteras claramente se imponen a la aplicación del régimen de protección internacional fundamentado en la protección de los derechos humanos.

3.1. Acceso a la protección internacional y medidas de detención: *FMS-FNZ, SA-SA junior (TJUE) versus Ilias y Ahmed c. Hungría (TEDH)*

En *Ilias y Ahmed c. Hungría*, la Gran Sala del TEDH no consideró aplicable el artículo relativo a la prohibición de detenciones arbitrarias por la posibilidad *fáctica* de los demandantes de salir de la zona de tránsito en Rösztke y volver hacia el país desde el que habían entrado a la Unión Europea⁵¹. La si-

⁴⁸ Asamblea General, Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2020, 75/163. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, A/RES/75/163, párr. 34; y también Resolución de 18 de diciembre de 2019, A/RES/74/130, párr. 40; Resolución de 17 de diciembre de 2018, A/RES/73/151, párr. 35; Resolución de 19 de diciembre de 2017, A/RES/72/150, párr. 30.

⁴⁹ 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) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817, Bruselas, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 612 final, art. 1.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 3.

⁵¹ STEDH *Ilias and Ahmed c. Hungary* (GC), núm. 47287/15, de 21 de noviembre de 2019, ECLI: CE:ECHR:2019:1121JUD004728715.

tuación en esta zona se mantuvo por un tiempo indefinido puesto que Serbia rechazaba readmitir a inmigrantes que, según su interpretación, no habían entrado *ilegalmente* en Hungría (que era a lo que se comprometía según un acuerdo de readmisión entre los dos países)⁵².

En cambio, el TJUE, en un caso muy similar resuelto unos meses más tarde, *FMS-FNZ, SA-SA junior*, consideró que la situación de los demandantes alojados en la zona de tránsito de Röszke no podía distinguirse de un *régimen de retención* y descartó el argumento de las autoridades húngaras de que eran libres de irse. Según el Tribunal ello «no podría cuestionar la apreciación de que la ubicación de estos demandantes en la zona de tránsito no es distinta de un régimen de retención» puesto que su entrada en Serbia sería considerada como ilegal y susceptible de ser sancionada, por lo que los demandantes no tenían una «posibilidad *efectiva* de irse de la zona de tránsito»⁵³.

3.2. Retorno automático tras entrada irregular y principio de *non-refoulement*: *Comisión Europea c. Hungría (TJUE) versus N. D. y N. T. c. España (TEDH)*

El TJUE consideró en la sentencia *Comisión Europea c. Hungría* que los traslados coactivos colectivos de nacionales de terceros países a zonas fronterizas sin que existiese posibilidad efectiva de ingresar en una zona de tránsito equivalían a expulsiones contrarias a las garantías de la Directiva de retorno (2008/115), es decir, eran contrarios al Derecho de la Unión Europea por no respetar los procedimientos y garantías establecidos⁵⁴. En cambio, el TEDH había considerado unos meses antes en una situación similar, pero esta vez contra España (*N. D. y N. T.*), que los retornos automáticos de personas extranjeras no habían constituido una expulsión colectiva teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, aunque ningún procedimiento formalmente establecido hubiese precedido al retorno⁵⁵. La sentencia del TJUE declara el incumplimiento de Hungría por violación de normas del SECA y de la Directiva de retorno interpretadas a la luz de los arts. 6, 18 y 47 de la Carta de derechos fundamentales. La Comisión (y luego el Tribunal) consideraba que la argumentación húngara sobre que existía una situación de crisis provocada por una *inmigración masiva* no podía seguir justificando prácticas por las que inmigrantes en situación ilegal fuesen sistemáticamente traslada-

⁵² Sobre esta ficción, NAGY, B., «A —pyrrhic— victory concerning detention in transit zones and procedural rights: FMS & FMZ and the legislation adopted by Hungary in its wake», *EU Immigration and Asylum Law and Policy. Blog*, 15 de junio de 2020, <http://eumigrationlawblog.eu/a-pyrrhic-victory-concerning-detention-in-transit-zones-and-procedural-rights-fms-fmz-and-the-legislation-adopted-by-hungary-in-its-wake/>.

⁵³ STJUE de 14 de mayo de 2020, *FMS-FNZ, SA-SA junior*, C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, párrs. 227-229 (cursivas añadidas).

⁵⁴ STJUE de 17 de diciembre de 2020, *Comisión c. Hungría*, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029.

⁵⁵ STEDH *N. D. y N. T. c. España* (GS), núms. 8575/15, 8697/15 (traducción realizada por el equipo de traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos), de 13 de febrero de 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515.

dos a una franja del país entre una valla y la frontera con Serbia, sin apenas posibilidad fáctica de llegar a dos zonas de tránsito en Rösztke y Tompa o a lugares aptos para vivir, lo que les llevaba a salir de Hungría y entrar en territorio serbio. Estos traslados forzosos fueron interpretados como formas de expulsión contrarias a la directiva de retorno que exige que se siga un «procedimiento de retorno» para la ejecución de la «decisión de retorno» con un pleno respeto de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona⁵⁶. El TJUE tuvo en cuenta los principios de humanidad y de protección de la dignidad de las personas, así como también el principio de no devolución para interpretar las disposiciones de la directiva europea y sus efectos ante prácticas generales y sostenidas en el tiempo de Hungría. Por ello, no solo el resultado final, sino la aproximación al caso difiere de otras sentencias en las que la situación fáctica tiene ciertas analogías con la situación húngara.

Así, por ejemplo, contrasta con sentencias del TEDH sobre situaciones en las que existe una práctica de las autoridades de devolución sumaria sin que se sigan los procedimientos establecidos en la Directiva de retorno. En la sentencia de Gran Sala del caso *N. D. y N. T. c. España* de 13 de febrero del 2020⁵⁷, la respuesta del TEDH es mucho más borrosa en relación con el principio de *non-refoulement* y respecto de las garantías procedimentales básicas para (como decía el TJUE) preservar la humanidad en el retorno y «los derechos fundamentales y (la) dignidad» de los retornados⁵⁸. La situación en *N. D. y N. T.* también se produjo en el contexto de una práctica continuada y general, pero el TEDH: por una parte, descartó tener en cuenta el principio de *non-refoulement*, ya que consideró que no existía ningún riesgo de violación del art. 3 CEDH (la demanda a este respecto había sido considerada inadmisibile en un estadio anterior del procedimiento); y, por otra parte, estableció que el retorno sin identificación ni procedimiento alguno hacia Marruecos de extranjeros que habían atravesado las demarcaciones fronterizas (las vallas) irregularmente no era contrario a la prohibición de expulsiones colectivas del art. 4 del Protocolo 4 del Convenio. En este segundo caso, el argumento de *humanidad* y de *dignidad* de los retornados cede el paso ante su pretendida «conducta culpable»⁵⁹. Al no haber optado por aprovechar las vías de entrada supuestamente existentes hacia España, la ausencia de un mínimo procedimiento e identificación resulta asumible para el TEDH y, con ello, desde nuestro punto de vista, consiente indirectamente la *deshumanización e indignidad* para con los demandantes⁶⁰.

⁵⁶ STJUE de 17 de diciembre de 2020, *Comisión c. Hungría*, C-808/18, párrs. 248-250. Para un análisis pormenorizado y contextualizado de esa sentencia, véase FERRER LLORET, J., «La Unión Europea ante el Derecho de asilo: A propósito de la sentencia Comisión/Hungría (acogida de solicitantes de protección internacional)», *RDCE*, vol. 68, 2021, pp. 25-66.

⁵⁷ Esta sentencia se emitió tras el recurso presentado por las autoridades españolas contra la sentencia de la Sección 3.ª de 3 de octubre de 2017: TEDH, *N. D. y N. T. c. España*, núms. 8575/15, 8697/15, ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD000867515.

⁵⁸ STJUE de 17 de diciembre de 2017, *Comisión c. Hungría*, C-808/18, párr. 248.

⁵⁹ STEDH *N. D. y N. T. c. España* (GS), núms. 8575/15, 8697/15, de 13 de febrero de 2020, párrs. 200 y 208.

⁶⁰ El TEDH ha reiterado esta jurisprudencia, si bien, en el caso concreto, se consideró que los demandantes habían actuado correctamente, por lo que condenó al Estado defensor: *M. K. and others c. Poland*,

3.3. El *pre-acceso a la protección o el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y del Convenio Europeo: X. y X. c. Bélgica (TJUE) y M. N. y otros c. Bélgica (TEDH)*

El argumento del TEDH en la sentencia *N. D. y N. T. c. España* de febrero de 2020 se desvaneció, en parte, en la decisión *M. N. y otros c. Bélgica* del mes siguiente, en la que el Tribunal consideró que los visados humanitarios no están cubiertos por el ámbito de protección del Convenio⁶¹. La supuesta existencia de vías de entrada legales en España operaba como justificación del argumento de la *conducta culpable* de los inmigrantes que no las utilizan y tensionan las fronteras europeas, pero resulta que las decisiones sobre la emisión de visados humanitarios no podrían ser controladas en función del Convenio Europeo. Tanto el TEDH como el TJUE se han pronunciado sobre este tipo de casos, es decir, relativos a lo que podría llamarse el *pre-acceso a la protección o la entrada en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, o personal del Convenio Europeo*. En esta cuestión los dos tribunales han mantenido en 2020 posiciones especialmente apocadas y marcadas por contextos en que la aproximación política a las migraciones es securitaria, intergubernamentalista, y disuasoria. En la primera de las dos resoluciones (*X. y X. c. Bélgica*) la situación era extraterritorial, puesto que se trataba de resolver el alcance del margen de discrecionalidad de un Estado europeo en la emisión de un visado humanitario de validez territorial limitada en la embajada belga en Beirut a una familia siria en virtud del Código de Visados Schengen. El TJUE consideró que no eran aplicables de forma estricta las normas de Derecho derivado (ni el Código de Visados —entendiendo que solo regulaba visados de corta duración y que la *intención* de los demandantes era permanecer por más tiempo en territorio europeo—, ni las normas del SECA), aunque el caso planteara cuestiones tanto de política de visados como de política de asilo, es decir, ámbitos del Derecho de la Unión Europea. El TJUE no tuvo en cuenta el principio de *non-refoulement*, el riesgo de violación de derechos consagrados en la Carta, ni los principios de humanidad o de efecto útil, como sí lo hizo en la sentencia contra Hungría, en la que el *non-refoulement* alcanzaba una dimensión práctica concreta⁶². Para el Tribunal, las decisiones sobre los visados no entraban dentro del ámbito material del Derecho de la Unión Europea, por lo que la Carta no jugaba ningún papel como parámetro de control.

La decisión de inadmisibilidad del TEDH en el caso *M. N. y otros c. Bélgica*, de 5 de marzo de 2020, también supuso la inhibición del control del respeto de los derechos humanos de la medida estatal, pero esta vez porque los demandantes no se encontraron bajo la jurisdicción belga y, con ello, es-

núms. 40503/17, 42902/17, 43643/17, 23 de julio de 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0723JUD004050317, párr. 207.

⁶¹ Decisión del TEDH, *M. N. and others c. Belgium*, núm. 3599/18 (GS), de 5 de marzo de 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC00359918.

⁶² STJUE de 7 de marzo de 2017, *X. y X. c. Estado belga*, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

tuvieron fuera del ámbito de aplicación personal del Convenio europeo⁶³. La situación de hecho era prácticamente idéntica a la de la sentencia del TJUE. En la primera parte de su razonamiento el TEDH hizo una recapitulación de su propia jurisprudencia, reiterando el carácter excepcional del ejercicio de *jurisdicción* en el sentido del art. 1 por actos realizados o que producen efectos fuera de su territorio. *M. N. y otros* no encajaba en ninguno de los dos grandes grupos de casos: A) aquellos en los que circunstancias específicas de naturaleza procedimental justifican la aplicación del Convenio, como cuando se ejerce jurisdicción sobre las partes en procedimientos que tienen lugar ante órganos judiciales aunque los hechos encausados hubiesen ocurrido fuera del territorio⁶⁴. Y B) casos en los que se ejerce: *a)* un control efectivo en una zona situada fuera del territorio nacional directamente o a través de una administración local subordinada; *b)* poder público en forma de autoridad y responsabilidad en el mantenimiento de la seguridad; *c)* uso de la fuerza o custodia por parte de agentes del Estado que actúan en el exterior siempre que las personas afectadas estén bajo su *control* o bajo su *poder y control físico*, y *d)* o bien acciones u omisiones de agentes diplomáticos o consulares que, actuando en función de su capacidad oficial, ejercen su autoridad sobre personas o bienes en el exterior⁶⁵.

A partir de esta recapitulación, el TEDH desgranó las razones por las cuales los demandantes no habrían estado bajo la *jurisdicción* de Bélgica por más que hubiesen tenido relación con «agentes diplomáticos actuando en función de su capacidad oficial ejerciendo su autoridad sobre personas en el exterior»⁶⁶. El Tribunal consideró que al no tratarse de nacionales belgas ni haber sido sometidos a un control ineludible por parte de las autoridades diplomáticas (pudieron entrar y salir libremente de las dependencias de la embajada) no se había ejercido de forma efectiva «autoridad o control sobre los demandantes»⁶⁷. Además, mantuvo que, a diferencia de otros casos, no cabía analizar el riesgo de sufrir tratos contrarios al Convenio en caso de expulsión debido a que los demandantes no se habían encontrado nunca en territorio belga o en sus fronteras⁶⁸, y ello por bien que las autoridades belgas hubiesen ejercido poder público, es decir, «*funciones* gubernamentales

⁶³ Decisión del TEDH, *M. N. and others c. Belgium*, núm. 3599/18 (GS), de 5 de marzo de 2020, párrs. 8-42.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 109.

⁶⁵ *Ibid.*, párrs. 103-106.

⁶⁶ En palabras del Comité de Derechos Humanos, podría decirse que se «ejerció jurisdicción [...] en una forma que [...] expuso (a los demandantes) a un riesgo auténtico de ser víctima de violaciones de sus derechos [...] que cabía razonablemente prever» o que las actuaciones de las autoridades belgas en la embajada constituía «un vínculo en la cadena causal que haría posible las violaciones en otra jurisdicción»: Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 30 de julio de 2019 sobre la Comunicación núm. 1539/2006, *Mohammad Munaf c. Rumanía*, CCPR/C/96/D/1539/2006, párr. 14.2.

⁶⁷ Decisión del TEDH, *M. N. and others c. Belgium*, párrs. 113 y 118.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 120. Desde *Hirsi Jamaa* parecía que no era necesaria la ubicación física en el territorio del Estado, ni en sus fronteras, para considerar la posibilidad de un ejercicio de jurisdicción extraterritorial [sentencia *Hirsi Jamaa* (GS), núm. 27765/09, de 23 de diciembre de 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509].

a través de las cuales el poder del Estado encuentra una expresión concreta en un caso determinado»⁶⁹. El Tribunal también consideró que no bastaba el haber presentado una solicitud que comportara la adopción de una decisión oficial para que se activara la jurisdicción de un Estado porque ello: *a)* supondría generar «una obligación ilimitada para los Estados partes de autorizar la entrada en su territorio de cualquier persona que se encontrara en riesgo de sufrir tratos contrarios al Convenio fuera de su jurisdicción»⁷⁰, y *b)* iría en contra del principio de Derecho internacional que otorga a los Estados la potestad de controlar al entrada y presencia de los extranjeros en su territorio⁷¹. Tampoco fue considerado suficiente que las decisiones denegatorias de los visados hubiesen sido sometidas a impugnaciones y procedimientos judiciales que, en el contexto del examen de posibles violaciones del art. 2 del Convenio, sí habían sido considerados en otros casos como generadores de un *vínculo jurisdiccional* por parte del TEDH⁷².

La lectura de la decisión del Tribunal suscita diversas consideraciones: en primer lugar, parece como si, por primera vez (y en mala hora), el Tribunal fuese consecuente con una concepción algo clásica del Derecho internacional de que las restricciones a la soberanía entendida como poder absoluto sobre el territorio de los Estados son de interpretación restrictiva. La protección internacional de los derechos humanos a lo largo del siglo xx ha servido precisamente para afianzar la idea de que existen valores públicos globales como la dignidad humana que modulan esta soberanía o su ejercicio, es decir, que la definen. Si bien el Estado continúa siendo soberano sobre su territorio en el Derecho de extranjería, el ejercicio de esta competencia de control sobre la entrada, la estancia y la salida de las personas extranjeras debe ser compatible con la protección de los derechos humanos y de los demandantes de asilo, lo que supone el cumplimiento de deberes positivos de prevenir violaciones estos derechos. En ningún momento se pone en duda la cuestión material de fondo que planea sobre todo el caso: que los solicitantes eran refugiados o personas con necesidad de protección internacional puesto que se encontraban fuera del Estado de su nacionalidad y tenían temor de ser perseguidos o un riesgo real de ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes derivados de la violencia generalizada en el país de origen. La cuestión que se trataba de resolver es si, ya que estas personas habían logrado establecer una conexión con el Estado en cuyas dependencias diplomáticas en Beirut estuvieron, Bélgica estaba obligada a emitir los visados humanitarios para acceder en condi-

⁶⁹ Es decir, que se ejerció «jurisdicción funcional», es decir, que entre el Estado y el individuo se estableció un «*sovereign-authority nexus*» en una situación específica, con el ejercicio de «poderes públicos»: MORENO-LAX, V., «The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control-On Public Powers, S. S. and others c. Italy, and the “Operational Model”», *German Law Journal*, vol. 21, 2020, núm. 3, pp. 385-416, esp. pp. 402-403.

⁷⁰ Decisión del TEDH, *M. N. and others c. Belgium*, párr. 123.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 124.

⁷² Así, por ejemplo, en las sentencias *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* (GS), núm. 36925/07, de 29 de enero de 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507, párr. 188; y *Hanan c. Alemania* (GS), núm. 4871/16, de 16 de febrero de 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD000487116, párr. 142.

ciones seguras al territorio europeo. En nuestra opinión, el vínculo conector no tiene que buscarse ni en las decisiones que toma la Oficina de Extranjeros en Bélgica, ni en los procedimientos posteriores de impugnación, sino precisamente en la presencia de los demandantes ante las autoridades diplomáticas que, actuando en el ámbito de sus funciones oficiales, ejercieron su autoridad sobre los demandantes. El estar bajo la jurisdicción de un Estado no proviene de la entidad ni de la intensidad de las funciones que se ejercen, sino de que existan agentes con autoridad estatal a través de quienes se ejerce soberanía que la ejerzan efectivamente sobre las personas o deban hacerlo de acuerdo con sus funciones. Los actos de autoridad no causan la jurisdicción, si bien su impacto en la situación jurídica de una persona puede constituir una prueba de que esta estuvo bajo la jurisdicción de un Estado. Además, el hecho de que alguien haya podido escoger voluntariamente situarse en una jurisdicción e incluso pueda salir de ella no ha sido un criterio tomado en consideración en muchos otros casos en los que personas logran alcanzar espacios que están bajo la jurisdicción territorial de un Estado, como el caso de los inmigrantes que atravesaron ilegalmente las fronteras españolas desde Marruecos en *N. D. y N. T.*⁷³.

4. REFLEXIONES FINALES

Primera. Uno de los méritos principales del Pacto Mundial sobre los Refugiados es su propia existencia porque supone una movilización global en favor de los refugiados y «un paso adelante significativo en la retórica de la responsabilidad compartida» para con ellos⁷⁴. Como apunta Alexander Betts, el «Pacto sobre los refugiados tiene el potencial de marcar la diferencia» y puede llegar a ser un primer paso de una «visión estratégica a largo plazo» aunque falte un largo camino por recorrer hasta su traducción en la práctica⁷⁵. La Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial suponen una cierta renovación del discurso jurídico de la movilidad humana y, por tanto, de la búsqueda de un equilibrio entre la libertad individual de salir del país de origen y el derecho de las sociedades organizadas en Estados de ejercer un control sobre su territorio y población. En el caso de las migraciones forzadas, el principio de *non-refoulement* y derechos humanos como el que protege a las personas ante riesgos graves para la vida, la integridad o la libertad hacen que el equilibrio entre una y otra se incline más a favor de los derechos individuales relacionados con el acceso a una protección. La jurisprudencia internacional europea, con matices, ha ido confirmando durante años esta interpretación. Con todo, la sostenibilidad mundial y regional de esta situación

⁷³ Sentencia *N. D. y N. T. c. España* (GS), de 13 de febrero de 2020, párr. 190.

⁷⁴ DOYLE, M. W., «Responsibility Sharing: From Principle to Policy», *IJRL*, 2018, doi:10.1093/ijrl/eey046, p. 2.

⁷⁵ BETTS, A., «The Global Compact on Refugees: Towards a Theory of Change?», *IJRL*, vol. 30.4, 2018, doi:10.1093/ijrl/eey056, p. 626. También CANTOR, D. J., «Fairness, Failure, and Future in the Refugee Regime», *IJRL*, 2019, doi:10.1093/ijrl/eey069.

únicamente depende de que la mayor carga que soportan unos Estados por su situación geográfica quede compensada de forma previsible y duradera por formas de solidaridad y cooperación internacional que aseguren un reparto equitativo de las responsabilidades comunes. El Pacto y el Foro Mundial sobre los Refugiados son buenos instrumentos para canalizar progresivamente los esfuerzos, compromisos y diferencias sobre la gestión equitativa y solidaria de las migraciones forzosas. Las dificultades intrínsecas para un desarrollo adecuado de los principios que los integran (divergentes intereses estatales, utilización geoestratégica de las migraciones, etc.), así como dificultades extrínsecas más o menos sobrevenidas (crisis migratorias u otras con afectación sobre las migraciones y sobre las capacidades de cooperación —como la pandemia covid-19—), pueden haber frenado su potencialidad a corto y medio plazo. La evolución de la jurisprudencia del TEDH parece reflejar estos límites. Aunque los dos fenómenos no estén directamente interrelacionados, apuntan en direcciones semejantes. El mayor peso de los derechos humanos subjetivos en la interpretación del equilibrio entre control migratorio y derecho de acceso a la protección está llegando a sus límites sin un contrapeso basado en: *a)* una solidaridad interestatal basada en el reparto de cargas y responsabilidades comunes de la comunidad internacional, y *b)* una solidaridad interpersonal, humana y cosmopolita de las sociedades de acogida respecto de las personas necesitadas de protección.

Segunda. Que el TEDH infiriera un deber implícito del art. 3 de no trasladar por expulsión, extradición o rechazo a ningún extranjero bajo la jurisdicción de un Estado parte hacia lugares en que pudiera sufrir los tratos prohibidos por el Convenio comportó la creación de obligaciones positivas de protección que tenían consecuencias indistinguibles de un supuesto derecho de acceso y admisión en el territorio (de personas situadas en las fronteras, interceptadas en zonas marítimas no sometidas a jurisdicción estatal, etc.). En los últimos años, no obstante, se han producido dos tipos de situaciones que todavía es pronto para predecir si apuntan tendencias emergentes o bien se trata de fenómenos más o menos aislados. Por una parte, el TEDH está suavizando una jurisprudencia expansiva de la protección, con resoluciones con un sesgo político-contextual marcado por la securitización de las migraciones, la «*hiperterritorialización del acceso a los derechos*»⁷⁶, y la ilusión de que es fácticamente posible controlar los flujos migratorios forzosos. La sentencia *N. D. y N. T. c. España* o la decisión *M. N. y otros c. Bélgica* son muestras de este cambio. Tras años de construcción de un régimen europeo de protección internacional que parte de principios universales, pero en el que el ámbito material y personal se había ido modulando por vía interpretativa de un modo favorable a los derechos subjetivos de las personas, han empezado a aparecer límites. En algunas ocasiones, las argumentaciones que sustentan ciertas resoluciones judiciales pueden aparecer

⁷⁶ FITZGERALD, D. S., «Remote control of migration: theorising territoriality, shared coercion, and deterrence», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2019, doi:10.1080/1369183X.2020.1680115, pp. 3-4.

como algo frágiles en la medida en que se apartan de una jurisprudencia que parecía asegurada: Así, la teoría de la *conducta culpable* de los demandantes en el caso *N. D. y N. T. c. España*, o de la *autogeneración voluntaria del vínculo* como excluyente de la jurisdicción en el caso *M. N. y otros c. Bélgica*, suponen excepciones a la protección frente a expulsiones colectivas y frente a violaciones de derechos de personas respecto de las que se ha ejercido directamente poder público en el extranjero. La opción contraria a la defendida por el TEDH suponía el ejercicio de obligaciones positivas de protección y, en los dos casos, la extraterritorialidad (embajada en Beirut) o la situación fronteriza (frontera entre Melilla y Marruecos) operan como facilitadores del límite de la protección. Es por este motivo que estos dos factores, ejercicio de obligaciones positivas por parte de los Estados y extraterritorialidad (o territorialidad menguada en fronteras securitizadas), son factores que aparecen como límites a la protección de los derechos de personas que de otro modo estarían protegidas.

Esta jurisprudencia es coherente con los postulados de fortaleza europea que impiden avances normativos en las dos áreas en las que los regímenes internacional y europeo de la protección internacional muestran deficiencias, que son el acceso al asilo y los instrumentos de solidaridad y reparto equitativo de cargas y responsabilidades. Las estrategias interpretativas pueden operar como acompañamiento de tendencias que se vayan consolidando en el plano normativo, pero, como se ha visto, tanto a escala mundial como regional europea este desarrollo normativo es inconsistente, informal y algo retórico. Por otra parte, no obstante, el TJUE está emergiendo como agente de protección al emitir sentencias que se basan en la interpretación de las normas del SECA y sobre retorno teniendo en cuenta los derechos de la Carta de derechos fundamentales. Como ya se había apuntado hace algunos años, el TJUE tiene un importante potencial en la configuración del régimen internacional de la protección internacional, al ser el primer tribunal internacional que se pronuncia acerca de la interpretación del Convenio de Ginebra de 1951 en relación con la política de asilo europea y su aplicación por parte de los Estados miembros⁷⁷. Por lo menos dos factores ayudan a explicar que con el tiempo se esté produciendo esta evolución afianzadora de la protección internacional en el entorno europeo por parte del TJUE: en primer lugar, que desde 2009 la aplicación del SECA debe respetar los estándares de protección de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y el mandato del art. 18; y, en segundo lugar, el hecho de que la mayoría de sentencias del TJUE se emitan en el marco de cuestiones prejudiciales, lo que comporta interpretaciones generales de las normas aplicables y no tanto decisiones de violación o no de derechos individuales *in concreto*. La jurisprudencia del TJUE tiene alcance general, lo que supone que cada pequeño avance en la protección tenga un efecto potencialmente exponencial. El contraste entre algunas sentencias de los dos tribunales en supuestos de hecho

⁷⁷ BANK, R., «The Potential and limitations of the Court of justice of the European Union in Shaping International Refugee Law», *IJRL*, vol. 27, 2015, núm. 2, pp. 213-244, esp. p. 241.

análogos ofrece un panorama favorable al TJUE en términos de protección, si bien el *sorpasso* podría ser únicamente circunstancial y temporal. En todo caso, la combinación de ambos instrumentos continúa siendo el mejor medio para la consolidación de un entorno regional europeo de protección que actualice los compromisos adquiridos tanto en el Pacto Mundial sobre los Refugiados como en el Nuevo Pacto europeo de Migración y Asilo.

