

**EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A SOLICITAR
PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LAS
EMBAJADAS Y CONSULADOS DE ESPAÑA
(A PROPÓSITO DE LA STS 3445/2020)**

***THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO APPLY FOR
INTERNATIONAL PROTECTION IN SPANISH EMBASSIES
AND CONSULATES
(COMMENTS ON THE SUPREME COURT JUDGMENT
3445/2020)***

ANGEL SÁNCHEZ LEGIDO*

Sumario: I. EL TRIBUNAL SUPREMO ACEPTA EL DERECHO A SOLICITAR PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN EL EXTERIOR Y EL VISADO HUMANITARIO; II. UNA DECISIÓN AUDAZ PRONUNCIADA EN UN CONTEXTO DE CONTROL MIGRATORIO REACIO A RECONOCER DERECHOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN EL EXTERIOR; III. CONSIDERACIONES FINALES: ¿Y AHORA QUÉ?

RESUMEN: Motivado por el contumaz incumplimiento tanto de la obligación de desarrollo reglamentario del artículo 38 de la ley de asilo como de la obligación administrativa de resolver las solicitudes de protección internacional presentadas en el exterior, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2020 supone el reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en embajadas y consulados así como la obligación, en caso de silencio administrativo, de trasladar a España al solicitante. Incidiendo claramente en el meollo del problema suscitado en torno al llamado visado humanitario, con ese reconocimiento se incorpora al Derecho español un derecho deliberadamente eludido por la legislación de la Unión Europea, cuestionablemente negado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*X y X c. Bélgica*) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*M.N. c. Bélgica*), y progresivamente suprimido en los Estados de nuestro entorno. En un contexto de creciente presión migratoria sobre nuestro país, en la presente contribución se formulan las líneas generales de una posible respuesta al reto así planteado basada en el respeto de las exigencias jurídicas y el compromiso con el derecho de asilo, por un lado, pero también en la necesidad de tomar en consideración la capacidad de nuestro sistema de asilo, por otro.

Fecha de recepción del trabajo: 23 de febrero de 2021. Fecha de aceptación de la versión final: 17 de mayo de 2021.

* Catedrático de Derecho Internacional Público. (UCLM). Angel.slegido@uclm.es, Facultad de Derecho, Pza. de la Universidad s/n, 02071, Albacete.

ABSTRACT: In a judgement based on the persistent violation of the required regulatory development of the 2009 Spanish Asylum Act, last October the Spanish Supreme Court has recognized the right to apply for international protection in Spanish Embassies and Consulates. In the context of the so-called Human Visa problem, this recognition implies the incorporation to Spanish Law of a right deliberately eluded in EU Law, questionably rejected by both the European Court of Justice in X and X v. Belgium and the European Court of Human Rights in M.N. v. Belgium, and progressively suppressed in European States national Laws. Under a growing migratory pressure background, this study suggests that the challenge posed by this decision requires a response that balances a Law-abiding approach and the commitment to the right of asylum, on the one side, and the real capabilities of the Spanish Asylum system, on the other.

PALABRAS CLAVE: Acceso al Asilo, Visado Humanitario, Procedimientos de Entrada Protegida, Dimensión exterior del Sistema de Asilo, Procedimiento de Embajada, Aplicación extraterritorial del CEDH, Devoluciones en caliente.

KEYWORDS: Access to Asylum, Humanitarian Visa, Protected Entry Procedures, External Dimension of Asylum System, Asylum Application in Embassy, Extraterritorial Application of ECHR, Pushback.

I. EL TRIBUNAL SUPREMO ACEPTA EL DERECHO A SOLICITAR PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN EL EXTERIOR Y EL VISADO HUMANITARIO

Con los tiempos que corren, no deja de causar cierta sorpresa la encomiable actitud *pro homine* que, en ámbitos vinculados con la aplicación de las normas internacionales humanitarias y de derechos humanos, viene mostrando últimamente un órgano jurisdiccional tradicionalmente tildado de conservador como es, en su sala de lo contencioso administrativo, el Tribunal Supremo. A la aceptación de la eficacia obligatoria interna de las decisiones de los órganos de garantía de Naciones Unidas y el consiguiente reconocimiento de la posible responsabilidad de la administración en caso de incumplimiento¹, o a la -más testimonial que otra cosa- condena del Estado por el incumplimiento de las decisiones de la Unión Europea sobre el mecanismo de reubicación² se une ahora, a la espera de la posible confirmación del giro jurisprudencial en materia de responsabilidad de la administración por falta de ejercicio de la protección diplomática en el caso Couso³, la rotunda y en buena medida sorprendente afirmación de

¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4ª), Sentencia nº 1263/2018 de 17 de julio. Véase CARDONA LLORENS, J., “The Legal Value of the Views and Interim Measures Adopted by United Nations Treaty Bodies (A Response to the Opinions of E. Jimenez Pineda, C. Jiménez Sánchez and B. Vázquez Rodríguez)”, *SYBIL*, vol. 23 (2019), pp. 146 y ss., y la bibliografía que allí se cita.

² TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso, Sección 5ª), Sentencia 2546/2018, de 9 de julio. Aunque España no es el único Estado miembro en haber incumplido los compromisos asumidos, dista mucho su actitud del contumaz y recalcitrante rechazo a cualquier atisbo de acatamiento de sus implicaciones mostrado, como ha acabado constatando el Tribunal de Luxemburgo, por parte de algunos de los más insignes integrantes del Grupo de Visegrad. TJUE, Sentencia de 2 de abril de 2020, Comisión/Polonia, Hungría y República Checa (Mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional), C-715/17, C-718/17 y C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

³ VAZQUEZ RODRÍGUEZ, B., “Protección diplomática y responsabilidad patrimonial del Estado: a propósito del asunto Couso”, *REEI*, vol. 39 (2020); ALCOCEBA GALLEGO, M.A., “Límites a la

la posibilidad de solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España⁴.

1. Los hechos del litigio

El trasfondo fáctico, cronológicamente ubicado en el momento álgido de la llamada crisis de los refugiados, está representado por el intento de una familia de ciudadanos iraquíes integrada por el padre, la madre y dos hijas menores de edad, de acceder a la protección internacional en Europa. Tras llegar a Grecia y en aplicación del mecanismo de reubicación, España fue designada como país de acogida. Las correspondientes decisiones de traslado fueron materializadas en relación con la madre y las hijas, lo que les permitió solicitar protección internacional en la Comisaría de Vitoria y obtener tras la tramitación del correspondiente expediente el estatuto de protección subsidiaria en nuestro país.

Distinta fue la suerte corrida por el progenitor. Por circunstancias que los pronunciamientos de las autoridades españolas no aclaran, las autoridades griegas denegaron su reubicación a España, afirmaron su competencia para examinar su solicitud de protección internacional y decidieron incoar un procedimiento penal en su contra. No obstante, poco después de solicitar su reubicación, tanto la esposa y las hijas, de una parte, como el padre, de otra, habían dirigido telemáticamente a la embajada de España en Atenas sendas solicitudes de protección internacional al amparo del régimen previsto en el Derecho español, es decir, del derivado de la ley de asilo de 2009⁵. Tales solicitudes obtuvieron la llamada por respuesta, sin que la Administración española contestara en forma alguna a ninguna de ellas. Presentado recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo de ambas decisiones, la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional estimó el recurso presentado por el padre⁶. Basándose en el artículo 38 de la ley de asilo, por una parte, y en la resolución del ministro del Interior por la que concedía el derecho a la protección subsidiaria a su esposa e hijos, por otra, el citado órgano reconocía en una escueta motivación el derecho del padre a que se promoviera su traslado a España a los efectos previstos en el citado precepto, es decir, la presentación de su solicitud de protección internacional.

El recurso de casación contra la citada decisión presentado por el Abogado del Estado sería admitido por entenderse existente interés casacional objetivo para la resolución de tres tipos de cuestiones vinculadas con el artículo 38 de la ley de asilo que se analizarán

discrecionalidad del Estado español en el ejercicio de la protección diplomática”, *REDI*, vol. 72 (2020), pp. 163 y ss.; o CRESPO NAVARRO, E., “La naturaleza de la protección diplomática en el caso "Couso": la compleja relación entre Derecho internacional y Derecho interno”, *REDI*, vol. 72 (2020), pp. 197 y ss.

⁴ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso, Sección 5ª), Sentencia 3445/2020, de 15 de octubre.

⁵ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *BOE* núm. 263, de 31.10.2009.

⁶ Por el contrario, la AN estimó que la concesión de la protección subsidiaria a la madre e hijos en virtud de la solicitud presentada una vez que se encontraban en España, dejaba sin efecto la denegación presunta de la solicitud formalizada desde Grecia, desestimando su recurso. AUDIENCIA NACIONAL (Sala de lo Contencioso, Sección 8ª), Sentencia 1616/2019, de 28 de marzo, FJ 4. Limitado el recurso de casación al pronunciamiento estimatorio de la AN, el TS no entró a revisar la validez de tal decisión. STS 3445/2020, FJ 3.

sucesivamente una vez que se recuerden brevemente los antecedentes de dicho precepto. De acuerdo con su tenor literal:

“Artículo 38. Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados.

Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley.

El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos.

2. La supresión legislativa del derecho a solicitar asilo en el exterior y el incumplimiento del mandato de desarrollo reglamentario

El precepto que se acaba de transcribir constituye la solución con la que trató de solventarse una de las cuestiones que más polémica suscitaron durante el proceso legislativo que llevó a la promulgación de la Ley 12/2009. Se trata del problema vinculado con la inicial supresión de la posibilidad que preveía la legislación precedente de presentar solicitudes de protección en nuestras embajadas y consulados⁷. Más que a un olvido, todo parece apuntar a que la omisión fue la deliberada respuesta a la situación planteada en 2007 por la masiva presentación de solicitudes de asilo que, fruto de un rumor infundado, formularon casi millar y medio de ciudadanos iraquíes en la embajada española en El Cairo⁸.

Ante el rechazo por parte de algunas de las más representativas entidades en la materia de nuestra sociedad civil⁹, y acogiendo el sentido de más de media docena de enmiendas

⁷ La previsión del art. 4.4 de la Ley 5/1984, según la cual “la petición de asilo presentada ante una Embajada o Consulado españoles será cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores”, fue objeto de desarrollo en el reglamento de aplicación de la citada ley (Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, BOE núm. 52, de 26.III.1995). Aun cuando tales solicitudes quedaban sometidas al régimen general previsto para las presentadas en territorio español, el reglamento contemplaba disposiciones específicas en las que, sin perjuicio de mantener las atribuciones previstas en la tramitación para los órganos de instrucción (Oficina de Asilo y Refugio, OAR en lo sucesivo) y resolución (Comisión interministerial de Asilo y Refugio, CIAR en lo sucesivo, y ministro del Interior), encomendaba al Ministerio de Asuntos Exteriores la transmisión de las solicitudes y contemplaba la incorporación al expediente de un informe por parte de la embajada o consulado (art. 6.2). Por su parte, el traslado del solicitante a territorio español, limitado a los supuestos en los que el interesado se encontrara en una situación de riesgo, quedaba sometida a la autorización de la CIAR a instancias de la OAR (art. 16).

⁸ EFE (Javier OTAZU), «Un rumor provoca que cientos de iraquíes residentes en Egipto pidan asilo en España», *El Mundo*, 8.2.2007. Tales solicitudes fueron inadmitidas a trámite por estimar la OAR que los interesados gozaban de suficiente protección en Egipto. Al respecto, BÁRCENA GARCÍA, P., “25 años de la ley de asilo de 1984, un balance necesario”, en CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2009. Hacia la Nueva Ley de Asilo*, p. 238; o GARCÍA MAHAMUT, R., “El nuevo régimen jurídico del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España a la luz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre: principales novedades y desafíos”, en García Mahamut, R., y Galparsoro, J., *Régimen Jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, Madrid, 2010, pp 80 y ss..

⁹ CEAR, *Manifiesto público en defensa del Derecho de asilo*, diciembre de 2008, apdo. 2, *in fine*, en CEAR, *Informe 2009, cit.*, p. 239; y AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Comentarios de Amnistía Internacional al*

presentadas por diversos grupos parlamentarios, en el seno de la Comisión de Interior del Congreso se modificó el proyecto a fin de introducir, dentro del título relativo a las reglas procedimentales y como único precepto de un capítulo específicamente dedicado a las “solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados”¹⁰, el precepto antes reproducido.

Como consecuencia de una enmienda aprobada en el Senado, su operatividad, en los aspectos relacionados con las condiciones de acceso a los recintos diplomáticos y las cuestiones procedimentales, quedaba sin embargo supeditada al desarrollo reglamentario que, según la disposición final tercera de la ley, debía materializarse en un plazo de seis meses. Pese a que en 2014 llegó a someterse a consulta un proyecto de reglamento, el mismo no fue finalmente aprobado¹¹. Como consecuencia, los más de once años transcurridos desde la entrada en vigor de la ley no han sido suficientes para dar cumplimiento al mandato legislativo. Esa falta de desarrollo reglamentario ha dificultado por una parte la aplicación de la ley en ámbitos tales como la resolución de expedientes de reagrupación familiar, la articulación de la asistencia jurídica a los solicitantes de protección o el cómputo de los plazos en los procedimientos en frontera. Y ha incrementado, por otra, la discrecionalidad con la que es aplicada en aspectos tales como el tratamiento diferenciado de los casos de vulnerabilidad, o el reconocimiento de la libre circulación de los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla¹². Ni el llamamiento del Defensor del Pueblo al urgente cumplimiento del mandato legal¹³, ni la apertura de un procedimiento formal de infracción por las consecuencias que de ello derivan en lo que a la plena transposición de las principales directivas del SECA se refiere¹⁴, han tenido por ahora efecto alguno.

Proyecto de Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, Madrid, 30.I.2009, pp. 12 y 23.

¹⁰ TRUJILLO PÉREZ, A.J., “Las claves parlamentarias de la nueva ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, en Trujillo Pérez, A.J., y Ortega Terol, J.M. (Coords.), *Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva ley*, Madrid, 2010, p. 68; y FERNANDEZ BURGUEÑO, B., “Solicitudes de asilo patrocinadas presentadas en embajadas y consulados: un modelo basado en la experiencia española y en el programa canadiense de «private sponsorship»”, *REEI*, vol. 35 (2018), pp. 10-11.

¹¹ La regulación que de los aspectos que nos interesan se hacía en el mencionado proyecto fue objeto de consideraciones críticas por parte del Consejo General del Poder Judicial. No tanto porque no se estableciera claramente el procedimiento a seguir para el examen de las solicitudes de protección presentadas en el exterior -pues el citado órgano entendía que se aplicaban las reglas generales previstas para las presentadas en España-, como por la ausencia de toda referencia a las condiciones de acceso a embajadas y consulados así como a las cuestiones relativas al personal encargado de recibir y formalizar la solicitud. CGPJ, *Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria*, 31.I.2014, pp. 22-25. Al respecto, MORGADES GIL, S., “La política de asilo en España en el contexto europeo: cambios recientes y perspectivas de desarrollo normativo”, *Anuario de la Inmigración en España 2014*, 2015, pp. 241 y ss.

¹² GARCÍA VITORIA, I., “Una década sin Reglamento de Asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes”, *Anuario CIDOB de la inmigración 2018*, pp. 116-128.

¹³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, Madrid, junio de 2016, p. 103.

¹⁴ Bajo la presión generada por las masivas llegadas de inmigrantes y refugiados y el auge de las respuestas nacionalistas, populistas e identitarias en muchos Estados miembros, la Comisión ha optado, en lo que ha sido denunciado como una actitud de complaciente condescendencia, por imprimir una selectiva

A los efectos que ahora interesan, y como consecuencia de la ausencia de desarrollo reglamentario, la deficiente regulación aplicable a las solicitudes presentadas en embajadas y consulados se ha venido caracterizando por una evidente endeblez. Por una parte, coincidiendo con la entrada en vigor de la nueva ley, el gobierno dirigía a los embajadores una circular, no publicada oficialmente hasta la fecha y de la que hasta hace poco se tenían escasas (por no decir ningunas) noticias. Precisamente, entre las pocas virtudes que cabe apreciar en el procedimiento seguido contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la compatibilidad con la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros de las denominadas devoluciones en caliente, cabe detectar la difusión del único documento adoptado hasta la fecha para concretar los aspectos de fondo de la previsión contenida en el artículo 38 de la ley de asilo¹⁵. Más adelante se comentarán sus aspectos de fondo más relevantes. Baste señalar ahora que la citada circular fue adoptada bajo la vigencia de la Ley 30/1992, la cual hizo desaparecer de nuestra legislación en materia de procedimiento administrativo la expresión “circular” con la finalidad, a decir de la doctrina especializada, de eliminar la confusión preexistente y “clarificar su carácter *ad intra*, sin que en ningún caso puedan clasificarse como disposiciones administrativas generales”¹⁶.

Por otra parte, un reglamento de 2013 regula los aspectos formales relacionados con el título de viaje previsto para documentar la autorización de entrada en territorio español de los beneficiarios del traslado. En él, junto al pasaporte provisional o el salvoconducto para circunstancias de urgencia en favor de ciudadanos españoles, se contempla también la expedición de un salvoconducto a extranjeros en los casos en que España haya asumido su protección internacional (en el marco por ejemplo de procedimientos de readmisión o esquemas de admisión humanitaria) o en aplicación del precepto de la ley de asilo del que venimos hablando. El rigor al que se pretende someter su utilización queda de manifiesto en los aspectos relacionados con su validez -limitada a la entrada en territorio español-, la obligación de entrega a las autoridades a su llegada y, sobre todo, la exigencia de autorización para su expedición por parte de las autoridades centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores previo informe del órgano instructor de los expedientes de protección internacional (la OAR)¹⁷.

ralentización a los procedimientos, congelando los derivados de la falta de trasposición a la espera de la pretendida sustitución de las directivas de reconocimiento y de procedimientos por reglamentos directamente aplicables. FERNÁNDEZ BURGUEÑO, P., “La transposición de la Directiva de Procedimientos de Asilo y la efectividad coercitiva de las decisiones de infracción de la Comisión Europea”, *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, vol. 7 (2017), pp. 263 y ss.

¹⁵ *N.D. and N.T. v. Spain* [GC], no. 8675/15 and 8697/15, ECHR-2020, § 38. En su versión original en español, puede consultarse en STS 3445/2020, FJ 3º.

¹⁶ MORENO REBATO, M., “Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico”, *RAP*, nº 147 (1998), p. 164.

¹⁷ Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto, BOE nº 47, de 23 de febrero de 2013 (arts. 8.2 y 3, 9 y 10).

3. El régimen jurídico aplicable a las solicitudes de protección

Como ya se dijo, tres son esencialmente las cuestiones identificadas en el auto de admisión como de interés casacional¹⁸ y que son abordadas en la sentencia. Se refieren, respectivamente, al régimen jurídico de las solicitudes contempladas en dicho precepto, a las consecuencias que a los efectos de su aplicación se anudan al incumplimiento del mandato de desarrollo reglamentario que en él se recoge y, por último, a la determinación del lugar al que cabe entender referida la exigencia de que la integridad física del solicitante corra peligro.

Aunque planteada en términos un tanto confusos en la sentencia, el cuestionamiento del régimen jurídico aplicable a las solicitudes de las que habla el artículo 38 de la ley de asilo seguramente pueda plantearse de forma más sencilla y elocuente a través de la siguiente pregunta: ¿qué es lo que desde el punto de vista de la protección internacional se puede solicitar en las embajadas y consulados de España y cuáles son las reglas que se aplican al tratamiento de esa solicitud? Para una mejor comprensión de la respuesta quizá convenga recordar que en dicho precepto se contempla un mecanismo que, de superar favorablemente en su tramitación todas las etapas imaginables en favor del interesado, le permitiría disfrutar de la protección internacional en nuestro país. Ahora bien, no todos los mecanismos de acceso a la protección internacional en un determinado país desde el exterior son iguales ni responden a las mismas características, por lo que conviene trazar una doble distinción.

Por una parte, cabe distinguir si nos encontramos ante un “procedimiento de entrada protegida” (PEP en lo sucesivo)¹⁹ o de un instrumento para el examen en el exterior de las solicitudes de protección internacional en alguna de sus diferentes modalidades²⁰. Con toda evidencia, nos encontramos en el primer caso. El artículo 38 no altera el régimen general previsto en la ley para el examen de las solicitudes de protección internacional, que en todo caso se encomienda a órganos centrales radicados en el territorio español (OAR, CIAR y ministro del Interior). Nunca nadie ha podido ver, ni en la anterior ni en la vigente legislación, el reconocimiento de una eventual potestad para el examen de la elegibilidad y el reconocimiento del estatuto de protección a los interesados en favor de las autoridades diplomáticas y consulares. O, más exactamente, a los embajadores que es a quienes, con exclusión de los cónsules y del resto del personal diplomático y consular, la circular de la que antes se habló limita restrictivamente las facultades que se contemplan en el precepto reiteradamente mencionado²¹.

¹⁸ TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo contencioso, Sección 1ª), Auto 11422/2019, de 12 de noviembre.

¹⁹ Al respecto, FAGERLUND, J., *Safe Avenues to Asylum? The Actual and Potential Role of EU Diplomatic Representations in Processing Asylum Requests*, Danish Centre for Human Rights, Final Report, April 2002, p. 14; y COMISIÓN EUROPEA, *Hacia sistemas de asilo mejor gestionados, más accesibles y equitativos*, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2003) 315 final, apdos. 6.1, 6.2 y 6.3, p. 16

²⁰ Tales mecanismos pueden basarse en evaluaciones más o menos completas de las solicitudes de protección, en función de que se trate de mecanismos de procesamiento extraterritorial de tales solicitudes o de esquemas de admisión humanitaria o protección temporal. O pueden implicar la aceptación por las autoridades de un país del examen y del eventual reconocimiento del estatuto de protección verificados por autoridades u organismos ajenos a dicho país, como ocurre en el caso del reasentamiento.

²¹ Carta circular a los embajadores españoles de 20 de noviembre de 2009, cit., apartado 3º.

Ahora bien, no todos los PEPs son iguales, y de ahí que se imponga una segunda distinción. Más allá de si el acceso lo es a un procedimiento que implique un examen más o menos amplio y completo de la solicitud de protección, lo que ahora nos interesa es trazar la relevante diferencia entre los mecanismos graciabiles o discrecionales y aquellos otros que, sin perjuicio de apelar en ocasiones a ineludibles facultades de apreciación, se caracterizan por la preeminencia de elementos reglados y vinculantes para las autoridades competentes. Que, a falta de desarrollo reglamentario, el artículo 38 de la ley de asilo había suprimido la posibilidad de solicitar asilo en embajadas prevista en la legislación anterior era una opinión ampliamente extendida tanto en el plano doctrinal²² como en el ámbito institucional²³. Con la doble consecuencia de que, por una parte, las autoridades encargadas de aplicarlo dejaron de admitir solicitudes de asilo en el exterior²⁴ y, por otra, siempre consideraron que la facultad de promover el traslado al territorio español era una prerrogativa discrecional. Con meridiana y rotunda claridad se contempla lo uno y lo otro en la circular de la que antes se habló. En cuanto a lo primero, sin escatimar franqueza en el reconocimiento de la razón subyacente, se afirmaba que:

“En todo caso la Ley no faculta ni a los Embajadores ni a los Cónsules a admitir a trámite ninguna demanda de solicitud de asilo o de protección y menos trasladarla a España. Este punto es capital; Si se admitiera a trámite, el Estado español se vería obligado a otorgar asistencia jurídica, protección, incluida la necesaria para evitar el "refoulement" del país y mantenimiento (alimentación y alojamiento), incluyendo el sanitario, lo que no prevé el art. 38 en cuestión. Por lo tanto el hecho de que una persona pretenda presentar una solicitud de asilo en una Embajada o en un Consulado no implicará, en ningún caso, el comienzo del procedimiento de una posible admisión”²⁵.

Y en cuanto a lo segundo, la circular incidía en que la apreciación por el Embajador del riesgo para la integridad física del interesado se haría “según su criterio”, y en que, en función de esa apreciación, es él quien “tiene la *facultad* para que (...) se lleve a cabo el traslado al territorio nacional”²⁶. En lógica coherencia, según el resumen de sus alegaciones en el marco del proceso casacional, el Abogado del Estado sostenía que:

“aun cuando se considerara que existió un procedimiento válidamente iniciado tampoco se habría generado un silencio negativo en el sentido propugnado por la sentencia, dado que el artículo 38 de la Ley 12/2009 permite la presentación de las solicitudes de traslado ante los Embajadores o Cónsules de España en el extranjero cuando concurren determinadas circunstancias excepcionales *pero no se les impone la obligación de resolver estas peticiones*, con lo que la falta de respuesta no puede ser generadora de silencio”²⁷.

²² 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, epígrafe 3º, *in fine*; NAVARRO GANDULLO, L., ALCONADA DE LOS SANTOS, M., y RUBIO RAZO, M., *Asilo y Protección Internacional. La situación de las personas refugiadas*, Consejería de Justicia e Interior de Andalucía, Sevilla, 2015, p. 35; o algo más dudosamente, pero apostando por una interpretación estricta del artículo 38 de la ley de asilo, GARCÍA MAHAMUT, R., “El nuevo régimen...”, *op.cit.*, p. 84.

²³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre el asilo en España*, *cit.*, p. 48.

²⁴ NAVARRO GANDULLO ET ALT., *op. cit.*, p. 36. Las únicas peticiones de protección formuladas en embajadas a las que se ha dado curso se refieren a la extensión familiar del derecho de asilo contemplada en el artículo 40 de la Ley de asilo. CEAR, “España solo ofrece protección a uno de cada 20 solicitantes”, 4 de febrero 2020. Disponible en internet.

²⁵ Carta circular a los embajadores españoles de 20 de noviembre de 2009, *cit.*, apartado 3º.

²⁶ *Ibidem* (cursivas añadidas).

²⁷ STS 3445/2020, FD 2 (cursivas añadidas).

En una argumentación que privilegia los criterios literales de interpretación y que, en líneas generales había sido defendida por algún autor²⁸, el Alto Tribunal rechaza la posición que, apoyada mayoritariamente por la doctrina, había venido manteniéndose por parte del Ejecutivo. Dos son sustancialmente los argumentos en los que se apoya.

El primero de ellos, para el que se invoca el tenor literal del artículo 38²⁹, conduce a proclamar que la ley no somete a un régimen jurídico distinto las solicitudes de protección por el hecho de ser presentadas en embajadas o consulados. Dicho precepto, nos dice el órgano supremo:

“no regula un régimen jurídico distinto para la obtención de la protección internacional, sino que se limita a regular la atención de aquellas solicitudes que se presentan fuera del territorio nacional y en un tercer país (...) en otras palabras, el art. 38 de la Ley 12/2009 establece una norma de procedimiento para facilitar la presentación de la solicitud de protección internacional conforme al procedimiento previsto en la Ley, cuando se formula fuera del territorio nacional y en un tercer país, *sin que se altere el régimen jurídico sustantivo a que se sujeta el reconocimiento de la protección internacional*”³⁰

No se trata, por tanto, de impetrar la concesión de una gracia, sino de reclamar el reconocimiento de un derecho en unos términos legalmente establecidos indistintamente y con carácter general, sin que quepa apreciar distinciones legales en función de su presentación dentro o fuera del territorio nacional. De este modo, la ley vendría a extender también al exterior esa consideración de la protección internacional como un derecho subjetivo que el DUE solo exige, como después de dirá, para cuando la solicitud se presenta en el interior. Y ello en un supuesto en el que la solicitud había sido presentada telemáticamente y sin que el interesado hubiera tenido que acceder a la propia legación diplomática española en Atenas a la que se dirigió su petición.

No puede dejar de señalarse que ese carácter libérrimo con el que nuestra Administración ha venido entendiendo su posición en respuesta a las solicitudes de protección presentadas en el exterior no ha sido mantenido de forma absoluta por parte de la propia Abogacía del Estado. En lo que no es precisamente una actitud que pueda calificarse de coherente ni congruente con las exigencias de una buena administración, la Abogacía del Estado sostuvo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) -y después ante el Tribunal Constitucional (TC)³¹- una posición diametralmente opuesta en el que seguramente pueda calificarse como el más trascendente asunto con el que nuestro país haya debido entenderse en cuestiones migratorias ante tribunales internacionales. En efecto, ante el Tribunal de Estrasburgo, en el asunto sobre las devoluciones en caliente y respaldada por varios de los gobiernos intervinientes, la defensa de nuestro país aludió al

²⁸ FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B., “Solicitudes de asilo...”, *op. cit.*, p. 11.

²⁹ El TS evita sin embargo profundizar en esa literalidad sin precisar por qué son los elementos textuales del artículo 38 que favorecen la consideración de la petición como una solicitud de protección internacional (la rúbrica explicativa que acompaña al número del artículo cuando habla de “solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados”, o el empleo del término “solicitante” para referirse a los interesados), y no los que la contradicen (el traslado se promueve para hacer posible la presentación de la solicitud) los que han de prevalecer.

³⁰ STS 3445/2020, FD 3 (cursivas añadidas).

³¹ STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, Antecedente 6.d.ii.

mecanismo del artículo 38 como una de las vías legales reales y efectivas de entrada en España cuya “voluntaria” omisión por los demandantes constituía una conducta culpable que, como muy discutiblemente acabaría reconociendo la Gran Sala, legitimaba las expulsiones sumarias e impediría su consideración como una vulneración del artículo 4 del Protocolo Adicional nº 4³². Y es precisamente ése, como se verá a continuación, uno de los elementos manejados por el Alto Tribunal para rechazar el enfoque plenamente potestativo que se ha venido imprimiendo por parte de la Administración a la respuesta a este tipo de solicitudes.

Por lo demás, aunque sin hacer referencia expresa al pronunciamiento del Tribunal Supremo ni al llamado procedimiento de embajada, vale la pena apuntar que, en la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de la mencionada sentencia del TEDH, la constitucionalidad de las llamadas devoluciones en caliente está condicionada -junto a su enigmática aplicación a las entradas individualizadas y el pleno control judicial-, al cumplimiento de unas obligaciones internacionales que exigirían la existencia de vías de acceso real y efectivo a un procedimiento de entrada legal al territorio español. Una exigencia esta última que el citado órgano parece dar por satisfecha con la afirmación según la cual la disposición introducida por la ley de protección de la seguridad ciudadana para dotar de cobertura legal a las devoluciones en caliente “en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la Ley 12/2009”³³. Aunque bajo un manto de notable ambigüedad, el máximo intérprete de nuestra Constitución parece focalizar en la protección internacional y no en los mecanismos de regulación y control migratorio los citados procedimientos de entrada, exigiendo el acceso real y efectivo a los primeros, sea en embajadas y consulados, sea en frontera, como condición para admitir la constitucionalidad de las devoluciones en caliente.

4. La falta de desarrollo reglamentario y su impacto sobre la cuestión del traslado del solicitante a territorio español

El segundo de los argumentos se proyecta fundamentalmente sobre el otro aspecto contemplado en el artículo 38, es decir, el traslado del solicitante a territorio español. Tiene que ver con las consecuencias de la ya comentada ausencia de desarrollo reglamentario. Y es el que sirve en último término para reconocer el derecho del recurrente en instancia a que se promueva su traslado a territorio español.

En una argumentación que en cierto modo recuerda a la que acostumbra a acompañar los pronunciamientos del TJUE en favor del efecto directo, la Sala de lo contencioso rechaza en efecto que, en ausencia de otros desarrollos, la ley no imponga a la Administración una obligación de resolución cuyo incumplimiento pueda ser generador de silencio administrativo. En este sentido, considera en primer lugar que el artículo 38, al identificar a la autoridad competente y las circunstancias de su aplicación, es una norma con concreción suficiente para deducir de ella un “mandato legal que no queda supeditado o condicionado en su efectividad al desarrollo reglamentario”. Y recuerda, para continuar, que como había reconocido el propio gobierno español cuando se trataba de escenificar que estábamos en presencia de una vía real y efectiva de acceso al territorio y aunque

³² STEDH, *N.D. and N.T. v. Spain* (2020), *cit.*, en especial, § 212.

³³ STC 172/2020, FJ 8, apdo. C.b.c.

ahora lo niegue, en aplicación del artículo 2.2 del Código Civil (sólo la *lex posterior derogat priori*), hasta tanto se acate el mandato de desarrollo normativo exigido por la propia ley de asilo y en lo no previsto en el artículo 38, la promoción del traslado ha de regirse por el reglamento de desarrollo de la predecesora ley de 1984, es decir, el ya mencionado Real Decreto 203/1995. El cual, además de reconocer expresamente la posibilidad de presentar solicitudes de asilo en misiones diplomáticas y oficinas consulares (art. 4.e), y disponer un plazo de seis meses para una resolución del expediente (24.4) susceptible de revisión judicial (art. 24.4), contempla un procedimiento para evaluar el eventual traslado (art. 16). El citado procedimiento resulta coherente en líneas generales con lo que según se comentó, dispone el reglamento que, desde 2013, regula pasaportes provisionales y salvoconductos.

De la argumentación contenida en la sentencia no es posible concluir con seguridad cuál es el fundamento que lleva al Tribunal Supremo a afirmar el derecho del interesado a ser trasladado a territorio español y la correlativa obligación de la Administración a verificarlo. Más concretamente, cabe cuestionarse si es una consecuencia derivada del artículo 38 de la ley que impondría el traslado a España como una obligación o, por el contrario, se trataría de una simple facultad como a todas luces y según se vio es considerado en la circular³⁴, y también en el reglamento sobre el salvoconducto³⁵ antes mencionados. A favor de la primera opción militaría el que, cuando se argumenta en torno a la suficiencia del artículo 38 para ser aplicado en ausencia de desarrollo reglamentario, la sentencia habla de “mandato legal” para referirse al precepto que contiene. Sin embargo, simultáneamente se usan otros términos que abogarían por la solución contraria: la expresión “propuesta normativa” para referirse a ese mismo contenido del precepto, o la referencia a que el mismo contiene una norma procedimental que impone sí la propia ley, pero solo “posibilitando la promoción del traslado del solicitante de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud”. De hecho, es también esa solución la que parece desprenderse del reglamento de aplicación de la ley anterior³⁶.

De esta forma, tal vez la interpretación más plausible sea considerar que el fundamento del derecho subjetivo al traslado sería, pese a la ausencia de toda referencia a la cuestión en las sentencias, la simple aplicación del régimen jurídico vigente en materia de silencio administrativo. Al respecto, la reconocida aplicabilidad del reglamento de 1995 no se extendería a lo dispuesto en su artículo 24.2, el cual asignaba efecto desestimatorio al transcurso del plazo máximo de seis meses en él previsto sin resolución del expediente. Y ello porque desde 2015, como regla general y a menos que por norma con rango de ley

³⁴ *Supra*, epígrafe I.2.

³⁵ La rúbrica del artículo 8 del RD 116/2013 es, por contraste entre el régimen jurídico de los dos tipos de documentos que en él se contemplan, suficientemente elocuente cuando habla al propio tiempo de “*Derecho a la obtención del salvoconducto por parte de los ciudadanos españoles y*”, sin solución de continuidad ni matización alguna, sólo de “*posibilidad de su expedición a ciudadanos extranjeros*” (cursivas añadidas). En lógica coherencia, los apartados segundo y tercero de dicho artículo utilizan un verbo para identificar la consecuencia jurídica de la norma (“podrán”) en la que inequívocamente se refleja que la expedición del salvoconducto, previa autorización de la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Exteriores y previo informe preceptivo de la OAR, es una facultad de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas.

³⁶ El artículo 16 del citado reglamento dispone que es a la CIAR a quien corresponde autorizar el traslado a propuesta de una OAR que “podrá someter el caso” a aquella.

o por norma de DUE o de Derecho internacional aplicable a España se disponga otra cosa, en nuestro país se ha impuesto el silencio administrativo positivo³⁷.

En cualquier caso, como a continuación se verá, el carácter potestativo del traslado a España bajo ningún concepto puede interpretarse como el reconocimiento de una discrecionalidad absoluta para nuestras autoridades. Aun cuando como después se dirá, la normativa europea en materia de acogida no resulta aplicable³⁸, la condición de solicitante de asilo del interesado supone otorgarle los derechos que el reglamento de 1995 reconoce a todo solicitante de asilo -entre los que ciertamente, no se incluye necesariamente la permanencia en España hasta que se acuerda su admisión a trámite³⁹. Sea como fuere, aún en el caso en que no se acuerde el traslado cuando el mismo es posible, la necesidad de asegurar el efecto útil del artículo 38 de la ley, más aún después de su interpretación por el Tribunal Supremo, exige salvaguardar la integridad física del solicitante.

5. La restricción al país de origen del riesgo para la integridad del solicitante y las dudas sobre la aplicación en el procedimiento de embajada de los conceptos de país seguro a otros territorios

La orientación marcadamente garantista que sobrevuela el tratamiento por parte de nuestros tribunales de este asunto queda muy claramente de relieve en la respuesta a la tercera y última cuestión de interés casacional planteada. Se refiere a la localización geográfica del lugar al que debe entenderse referido el requisito al que el artículo 38 de la ley supedita, junto a la condición de no nacional del país receptor de la misión diplomática u oficina consular, la decisión de trasladar al solicitante a España. La duda es si el lugar donde debe constatar el peligro para su integridad física ha de ser aquel en el que se encuentra el solicitante -que en pura lógica debería ser el del lugar en que está radicada la legación diplomática o la oficina consular o, en caso de presentación telemática, el de la correspondiente circunscripción consular- o el país de origen, es decir, el lugar al que habrá que referir el grueso de las valoraciones a los efectos de apreciar la concurrencia de la persecución o el riesgo de daños graves determinante del eventual reconocimiento del derecho de asilo o de protección subsidiaria.

Frente a lo mantenido por la parte recurrente en casación, el TS entiende que es la situación determinante de la presentación de la solicitud y, por tanto, la existente en el país de origen, la que corresponde valorar también a los efectos de la decisión sobre el traslado. Para el órgano juzgador, otra solución desvincularía tal decisión de la situación determinante de la protección que se pide, modificaría las razones y términos en que se funda la solicitud y ubicaría la respuesta a la cuestión del traslado en un contexto distinto al exigido, que no es otro que el riesgo para la integridad física por causas relacionadas con el ámbito de aplicación de la ley.

³⁷ Artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 236, de 02.10.2015.

³⁸ Véase *infra*, nota 85.

³⁹ El artículo 11 del reglamento de 1995 reconoce el derecho de permanencia provisional en España a los solicitantes de asilo que presentan su solicitud en España, pero es ése un derecho que solo se reconoce a los solicitantes en frontera a partir de su admisión a trámite.

La solución así formulada supone cortar tajantemente, de raíz, y aunque solo sea al inicio del procedimiento, la posibilidad de aplicar como criterios condicionantes del traslado los mecanismos basados en conceptos de país de asilo o país seguro proyectados sobre territorios distintos a los del país de origen. La argumentación del máximo intérprete de nuestra legalidad ordinaria patria parece manifiestamente errónea. Y el problema es que es dudoso que la solución que propone sea siempre la más razonable.

Respecto a lo primero, no es correcto afirmar que el riesgo respecto a la integridad física del solicitante fuera del país de origen cae fuera del ámbito de aplicación de la ley. Por muchas que sean las dudas que suscitan los mecanismos de país seguro⁴⁰ y los riesgos que implica la *eficaz* solución que en términos de control migratorio supone su automática aplicación más allá de los límites con que se aceptan⁴¹, se trata de fórmulas que no dejan de estar admitidas y reconocidas por el Derecho internacional⁴² y el Derecho de la Unión Europea⁴³, ámbito éste último en que cuentan con creciente predicamento⁴⁴. Y lo que es más relevante aún, ese reconocimiento se halla presente en nuestra propia ley de asilo.

⁴⁰ HATHAWAY, J., *The Rights of Refugees Under International Law*. New York, 2005, pp. 324 y ss.; o BORCHELT, G., “The Safe Third Country Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum Law and a Violation of International Human Rights Standards.” *Columbia Human Rights Review* vol. 33 (2002), pp. 473 y ss.

⁴¹ Tales límites suponen, además de condicionar *en general* la consideración de un país como seguro al cumplimiento de ciertos requisitos (prohibición efectiva de la tortura, ausencia de persecución, respeto del principio de no devolución, compromiso efectivo con los instrumentos de protección de los derechos humanos más esenciales, entre otros), la necesidad de arbitrar con todas las garantías la posibilidad de que, en el marco del procedimiento de examen de la solicitud, el interesado pueda cuestionar efectivamente que, *en su caso particular*, el país de que se trate no puede ser considerado seguro. Véanse, a título de ejemplo, los artículos 38 y 39 de la Directiva 213/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DO L 180, de 29.6.2013 (Directiva de procedimientos en lo sucesivo).

⁴² UNHCR, *Background Note on the Safe Country Concept and Refugee Status*, 26 July 1991, EC/SCP/68, paras. 11 y ss.; o ECHR, Research Division, *Articles 2, 3, 8 and 13. The concept of a «safe third country» in the case-law of the Court*, 2018. Para un reciente análisis de la aplicación de dicho concepto por parte del TEDH, SOLER GARCÍA, C., “¿La noción de «país seguro» es segura? Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº 66 (2020), pp. 559 y ss.

⁴³ Véanse los artículos 33.2.b) y c), 35, 37, 38 y 39 de la ya citada Directiva de Procedimientos.

⁴⁴ Especialmente a partir de la llamada crisis de los refugiados. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Una Agenda Europea de Migración*, COM(2015) 240 final, p. 15; y COMISIÓN EUROPEA, *Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo*, COM(2020) 609 final, pp. 4 y 6. En aplicación de la renovada estrategia migratoria del actual ejecutivo de la Unión, la obsesión por lo que califica como el abuso del derecho de asilo (ectópico concepto peyorativo de grano grueso que trasluce una notoria falta de sensibilidad hacia, entre otros, quienes huyen de la miseria, del desastre climático o del hambre) ha llevado a la Comisión a proyectar sobre una de sus principales propuestas -el reforzamiento de la gestión migratoria en frontera y la proyección en ella de ese enfoque integral volcado en el retorno de quienes no merecen protección internacional-, lo que bien mirado constituye una profundización en la aplicación de este tipo de mecanismos. En la propuesta revisada de reglamento de procedimientos, la Comisión propone convertir la procedencia de países con tasas de reconocimiento inferiores al 20% en uno de los motivos, junto a otros vinculados a la falta de colaboración o la amenaza a la seguridad, para la aplicación de los renovados y reforzados procedimientos fronterizos conjuntos de asilo y retorno. COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta modificada de Reglamento 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, p. 5 y propuestas de revisión de los arts. 40 y 41.

Esta última, en efecto, considera el hecho de que se disfrute de protección efectiva o se tengan opciones reales de conseguirla en otro país como causas tanto de inadmisión como de tramitación de urgencia de la solicitud de asilo (art. 20.1.c y d y 25.1.d).

A lo que conviene añadir que, sin perjuicio del reconocimiento de otros derechos de acogida previstos en los artículos 30 y ss. de la ley y en lo que se refiere a las solicitudes presentadas en frontera, el reglamento de 1995 no reconoce el derecho de permanencia provisional en España a los solicitantes que no han entrado plenamente en nuestro territorio hasta la admisión a trámite de la solicitud, independientemente del posible riesgo para la integridad física en el lugar de origen. De este modo, la interpretación del TS supone otorgar a la solicitud en embajada un trato privilegiado y no justificado respecto del que reciben en la normativa vigente las solicitudes en frontera.

En cuanto a lo segundo, lo inexacto de la fundamentación siembra serias dudas en cuanto a que la solución a la que conduce tenga realmente sentido. Lo tiene, en efecto, para desvirtuar la pretensión avanzada por la Abogacía del Estado orientada a que se desestimara el recurso con el argumento según el cual la promoción del traslado sólo sería admisible cuando la integridad física del solicitante esté en peligro en el tercer país en que se encuentre. Y lo tiene porque, sin existir ese riesgo en dicho país pero habiéndolo en el de origen, puede haber otras razones -vínculos personales o familiares en España, o dificultades en el país de presencia, por ejemplo- que aconsejen el ejercicio de la facultad de promover el traslado que el artículo 38 reconoce a nuestras autoridades diplomáticas.

Sin embargo, es dudoso que el traslado sea siempre facultativo y, en ese caso, sería absurdo no considerar imprescindible valorar el riesgo para la integridad física en el lugar en que el solicitante está presente. En la propia lógica inherente al reconocimiento que hace el Tribunal Supremo de la petición formulada en el exterior como una solicitud de protección sometida al régimen previsto en la ley, es razonable *concebir el traslado como una medida orientada esencialmente a salvaguardar la efectividad del derecho así admitido* para el caso de que, finalmente, se reconozca que el interesado reúne los requisitos para obtener protección internacional. A tal fin, el fundamento del temor de persecución o de graves daños en el país de origen puede tener sentido a los efectos de calibrar el *fumus*, es decir, si la solicitud es o no manifiestamente infundada. Pero la cuestión de si hay opciones reales de protección en un país distinto al de origen, y muy especialmente aquél en el que se encuentra el solicitante, lo tiene no solo para valorar *prima facie* el fundamento de una solicitud que exige también tomar en consideración la posible existencia de alternativas de protección, sino también el *periculum in mora*, esto es, el riesgo de que los daños graves que con la protección internacional se pretenden evitar no se consumen en dicho lugar.

De entenderse, como antes se mantuvo, que la ley no impone necesariamente el traslado del solicitante, dejar de valorar el peligro para su integridad en el lugar en que se encuentra solo puede reafirmar el carácter potestativo de esa medida cuando existen fórmulas alternativas para asegurarla. Pero si no es ése el caso y no hay alternativas, no es precisamente descabellado entender que, cuando se trata de una medida imprescindible para salvaguardar los derechos que nuestra legislación reconoce a los solicitantes de asilo y, en última instancia, el eventual derecho a la protección internacional que en ella se

consagra, el traslado deja de ser una simple facultad para convertirse en una obligación. Y en ese sentido, valorar el riesgo a que se expone el solicitante fuera del país de origen no solo es conveniente para un mejor ejercicio de la facultad de decretar el traslado, sino una condición ineludible para calibrar si el mismo es obligatorio.

II. UNA DECISIÓN AUDAZ PRONUNCIADA EN UN CONTEXTO DE CONTROL MIGRATORIO REACIO A RECONOCER DERECHOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN EL EXTERIOR

Facilitada en su fundamentación jurídica por la estrategia seguida por las diferentes Administraciones encargadas de gestionar en nuestro país el reto migratorio desde la promulgación de la ley de asilo, puede decirse sin temor a equivocarse que la respuesta judicial a la falta de respuesta administrativa a la exigencia de concreción de las posibilidades de reclamar protección internacional se sitúa frontalmente a contracorriente de las tendencias políticas, legales y judiciales contemporáneas. Lo hace, en efecto, en un contexto político fuertemente influido por la acumulación de varias crisis y en el que, en lo que a la migratoria respecta, la respuesta institucional a nivel europeo ofrece síntomas de fatiga y debilidad ante el empuje de las corrientes que auspician simplistas soluciones nacionalistas -cuando no abiertamente xenófobas- a problemas que exigen respuestas multilaterales basadas en principios humanitarios y de solidaridad⁴⁵. Pero también, como prueba palpable de la permeabilidad del Derecho real al sustrato político, el pronunciamiento del Tribunal Supremo se coloca claramente a contramano en el inmediato contexto jurídico europeo en el que se ubica. Hasta cuatro son las coordenadas que pueden servirnos para justificar su calificación como pronunciamiento “a contracorriente”.

1. TJUE (X y X c. Bélgica): el visado humanitario como asunto estrictamente nacional

Desde su respectivo parámetro normativo de referencia, los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo se pronunciaron sucesivamente y con el orden lógico que impone el agotamiento de los recursos internos como condición de admisibilidad solo para el segundo, sobre sendos asuntos extraordinariamente similares. Aunque sin incurrir en la semejanza casi clónica de los casos ante los tribunales europeos, el marco fáctico guarda además ciertas similitudes con el que ha sido objeto del pronunciamiento de la Sentencia del TS que comentamos.

⁴⁵ La obsesión por preservar el injusto e ineficaz sistema de Dublín; la renuncia a apostar por formas de solidaridad basadas en un reparto equitativo de responsabilidades que incluyan mecanismos de reubicación obligatorios de verdad; la apuesta por una gestión migratoria interna volcada en la expulsión a través de centros de detención en frontera y siguiendo fórmulas ensayadas en otros continentes con éxito radicalmente desigual según se contemplen desde la óptica securitaria del control migratorio o desde el enfoque humanitario de la protección internacional; o la insistencia en la deslocalización y externalización de los controles migratorios a través de políticas de no entrada que, entre otras cosas, convierten a la UE en rehén de las más ilegales y antidemocráticas aspiraciones de nuestros poco democráticos vecinos. De todo ello hay más que preocupantes signos en el paquete de medidas incluido en el escasamente novedoso *Nuevo Pacto Europeo sobre migración y asilo*, antes citado.

En el caso ante el TJUE, resuelto por vía prejudicial, se trataba de la solicitud de protección internacional presentada en la embajada belga en Beirut por los miembros de una familia integrada por una pareja con tres hijos menores, de origen sirio y religión cristiano-ortodoxa que, en un relato nunca cuestionado, habrían huido de una situación que difícilmente puede nadie mínimamente informado y con algo de sensibilidad imaginar más hostil: el idílico patrimonio de la humanidad que era Aleppo, la segunda ciudad siria, mutado en infierno cuando en 2016 la batalla se recrudece para incluir un férreo asedio. La intervención de la institución judicial comunitaria sobre la base del artículo 267 TFUE, fue reclamada por parte del órgano judicial belga de primera instancia en materia de asilo (el *Conseil du Contentieux des Étrangers*). Y la cuestión de fondo, tramitada a través del procedimiento prejudicial de urgencia, suponía plantear la posible existencia en virtud del DUE de una obligación de examinar las solicitudes de protección internacional presentadas en embajadas y consulados así como de conceder en situaciones como la planteada, algo parecido a lo que comúnmente se conoce como visado humanitario. Se trata de un concepto lo suficientemente amplio como para integrar los diferentes mecanismos formales y documentales a través de los cuales un Estado puede aceptar preliminarmente una solicitud de protección internacional formulada en el exterior a fin de posibilitar el traslado del solicitante a los efectos de que su pretensión sea examinada ya dentro de su territorio por parte de las autoridades competentes⁴⁶.

A falta de poder sustentar en los instrumentos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) la citada obligación por las razones que después se dirán, fue uno de los principales instrumentos normativos comunitarios de gestión migratoria el seleccionado a tal fin. Los demandantes en el proceso nacional fundamentaban su pretensión, esencialmente, en el artículo 25 del Código Comunitario de Visados (CCV)⁴⁷. Atendían en particular a los términos compulsivos utilizados en dicho precepto (“se expedirá”) al contemplar el recurso a los Visados de Validez Territorial Limitada (VTL) para documentar la autorización de traslado a quien, sin satisfacer el conjunto de requisitos a que se supedita la obtención de un visado Schengen, deba permitirse entrar en el territorio nacional por razones humanitarias o derivadas de obligaciones internacionales. En su opinión, dicho precepto impondría a los Estados miembros la obligación de concederlo en situaciones merecedoras *prima facie* del reconocimiento de protección internacional. En ese sentido, de conformidad con el principio según el cual la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) es de aplicación allá donde se aplica el

⁴⁶ Frente a otros PEPs, el visado humanitario o visado por razones humanitarias se caracteriza por tratarse de un instrumento orientado exclusivamente a facilitar una entrada en el territorio cuyo objetivo es el examen, preferentemente a través de los cauces procedimentales ordinarios, de las solicitudes de protección internacional. Para una apreciación de conjunto de éste y otros instrumentos legales y seguros de acceso a la protección internacional puede verse FRA, *Legal Entry Channels to the EU for persons in need of international protection: a toolbox*, 2015, pp. 7 y ss.

⁴⁷ Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código Comunitario sobre Visados (CCV en lo sucesivo), DO L 243, de 15 de septiembre de 2009, pp. 1 y ss.. Para la versión actualmente vigente, consúltese la versión consolidada. Documento 02009R0810-20200202.

DUE (art. 51.1 CDFUE)⁴⁸, los demandantes esgrimían también que la negativa a concederles el visado implicaba una devolución contraria al artículo 19.2 de la Carta.

Apartándose de lo propuesto por el Abogado General Mengozzi, que en un vibrante alegato basado en la defensa de los valores sobre los que se asienta la UE (art. 2 TUE) había insistido en que al regularse en el CCV diferentes extremos de los visados VTL (reglas de competencia, condiciones y modalidades de concesión, alcance y causas de nulidad o de retirada) la Carta resultaba aplicable⁴⁹, el TJUE optó por acoger sustancialmente las tesis mantenidas por la Comisión, el gobierno belga y buena parte de los otros ¡once! Estados miembros que formularon observaciones en el procedimiento prejudicial⁵⁰. Para la Gran Sala, el tenor literal del artículo 25 sólo impone el recurso a los visados VTL cuando los Estados miembros consideren necesario, discrecionalmente, autorizar la entrada de quien no cumpla los requisitos del visado Schengen; la pretensión de los solicitantes de protección busca un acceso al territorio que excede del límite temporal (90 días) aplicable a los únicos visados que hasta tanto se ejerza la competencia contemplada en el artículo 79.2.a TUE están regulados por el DUE, los llamados visados Schengen; afirmar la existencia de una obligación de autorizar la entrada por parte de las autoridades diplomáticas a las que los solicitantes decidan acudir contradice la lógica del mecanismo de criterios obligatorios y jerarquizados de reparto de responsabilidades entre los Estados miembros sobre el que en virtud del Reglamento de Dublín se asienta el SECA; y por todo ello, ni el DUE ni consiguientemente la CDFUE resultan aplicables a las decisiones de los Estados miembros por las que se deniega la concesión de este tipo de visados⁵¹.

⁴⁸ En términos especialmente rotundos, el TJUE ha señalado que “no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta”. Sentencia del TJUE *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, apdo. 21, y sentencia del TJUE *Pfleger y otros*, C-390/12, EU:C:2014:281, apdo. 34.

⁴⁹ Conclusiones del abogado general Mengozzi en el asunto X y X vs. Bélgica, C-638/16 PPU, EU:C:2017:93., apdo. 83. En un sentido también favorable el reconocimiento de la existencia de obligaciones basadas en el artículo 25 CCV, PEERS, S., “Do potential asylum-seekers have a right to a Schengen visa?”, *EU Law Analysis*, Enero de 2014; IBEN JENSEN, U., *Humanitarian visas: option or obligation. Study for the LIBE Committee*, 2014, pp. 16 y ss. y p. 50 ; o MORENO-LAX, V., *Europe in Crisis. Facilitating Access to Protection, (Discarding) Offshore Processing and Mapping Alternatives for the Way Forward*, Red Cross EU Office, 2015, pp. 35 y ss.

⁵⁰ Sentencia del TJUE (Gran Sala) X y X/Bélgica, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173, apdos. 42 y ss.

⁵¹ Sin faltar posiciones comprensivas con el pronunciamiento del TJUE [KOUTRAKOS, P., “A Realist Court?”, *European Law Review*, voy. 3 (2017), pp. 311 y ss.; o BAMBARA, S.T. “L’avènement du «visa humanitaire» dans le système d’asile européen”, *RTD Eur*, vol. 55 (2019), pp. 817 y ss.], la mayor parte de los comentarios doctrinales se muestran críticos con el mismo. Pueden verse, entre otros, MORGADES GIL, S., “Humanitarian Visas and EU Law: Do States Have Limits to their Discretionary Power to Issue Humanitarian Visas?”, *European Papers*, vol. 2 (2017), pp. 1005 y ss.; BROUWER, E., “The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal integrity vs. political opportunism?”, *CEPS Commentary*, 16.II.2017; ZOETEWIJ, M.H., y PROGIN-THEUERKAUF, S., “CJEU Case C-638/16 PPU, X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe”, *European Law Blow*, 10.III.2017; o SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa Fortaleza: La batalla por el visado humanitario europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 57 (2017), pp. 457 y ss..

2. La decisión del TEDH, en M.N. y otros c. Bélgica: definiendo nuevos límites al alcance extraterritorial del CEDH

En el célebre y polémico asunto relativo a las *devoluciones en caliente españolas*, y a fin de justificar la compatibilidad de la citada práctica con la prohibición de devoluciones colectivas en un sentido diametralmente opuesto al mantenido en primera instancia, la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo valoró especialmente la existencia de vías reales y efectivas de acceso al territorio español:

“El Tribunal toma nota del argumento del Gobierno español según el cual, además de disponer de un acceso real y efectivo al territorio español en el puesto fronterizo de Beni-Enzar, *los recurrentes tenían acceso igualmente a las embajadas y consulados españoles en los que, en virtud del derecho español, cualquiera podía presentar una solicitud de protección internacional*”⁵²

Al dar por cierto que el acceso al puesto fronterizo era real y efectivo⁵³ el órgano de Estrasburgo no consideró necesario pronunciarse sobre si, de haber solicitado protección internacional en embajada o consulado españoles, los recurrentes habrían pasado a encontrarse bajo nuestra jurisdicción y, con ello, dentro del ámbito de aplicación del CEDH⁵⁴. Y pese a afirmar que no consideraba indispensable valorar si la posibilidad esgrimida por el gobierno español de hacerlo ofrecía a los recurrentes “el nivel de acceso requerido” (para hacer tolerables las devoluciones en caliente, se entiende), tomó en consideración *in extenso* la vigente regulación española en la materia y dio por buenas unas alegaciones del gobierno español sobre su aplicación manifiestamente alejadas de la realidad. Todo ello para concluir, en lo que parece una ciega aplicación de la doctrina del margen de apreciación, que no había sido persuadido de que tal vía de acceso no fuera real y efectivamente accesible para los recurrentes⁵⁵.

La relevancia de incierto alcance así asignada por el TEDH a las posibilidades de solicitar protección internacional en embajadas no hacía sino acrecentar la expectación por la respuesta que ese mismo órgano daría en su inminente pronunciamiento sobre el asunto *M.N. y otros contra Bélgica*⁵⁶. El marco fáctico era como ya se dijo gemelo al antes comentado ante el TJUE: familia procedente de Aleppo con hijos menores, solicitante de protección internacional en la embajada belga en Beirut, en fechas coincidentes con el recrudecimiento de las hostilidades contra la población civil como consecuencia del asedio por parte de las tropas gubernamentales, y que solicita un visado humanitario que les permita desplazarse a Bélgica. Se proyectaba también aquí una fuerte presión proveniente de un amplio número de gobiernos de los Estados parte, con otra vez once de

⁵² STEDH, *N.D. y N.T. v. Spain* (2020), cit., § 222 (Traducción del autor y cursivas añadidas).

⁵³ Los propios datos ofrecidos en sus estadísticas por las autoridades españolas desmentían tozudamente que, tratándose de personas de origen subsahariano, fuera posible acceder al puesto fronterizo. Y abundaban las denuncias que apuntaban al empeño con que para impedirlo se empleaban los efectivos de la Fuerza Auxiliar marroquí. A fin de mantener pese a ello que existían vías reales y efectivas de acceso y poder aplicar su nueva doctrina de la conducta culpable, el TEDH hizo constar que “il n’est pas établi devant la Cour que le gouvernement défendeur eût une quelconque responsabilité dans cette situation”, *Idem*, § 221. Al respecto, SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo”, *REDI*, vol. 72 (2020), p. 256, y la documentación allí citada.

⁵⁴ STEDH, *N.D. y N.T. v. Spain* (2020), cit., § 222.

⁵⁵ *Idem*, §§ 222-227.

⁵⁶ *M.N. and others v. Belgium* [GC] (dec.), no. 3599/18, 5 March 2020.

ellos formulando observaciones escritas en las que se alertaba contra una posible decisión capaz de “perturbar el sistema introduciendo elementos de desorden e inestabilidad”⁵⁷. Y a diferencia de *N.D.* y *N.T.* el tema de fondo sí pivotaba⁵⁸ en torno al principio de no devolución proclamado a partir del artículo 3 CEDH⁵⁹. De modo que el órgano de Estrasburgo debía decidir si y en qué medida puede representar una violación del citado instrumento la negativa a conceder un visado a quien solicita protección en una embajada en el exterior en una situación en la que, de no obtenerla, se expone a un riesgo real de ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes.

Varios datos abonaban la expectativa de un pronunciamiento sobre el fondo del órgano de Estrasburgo: los constatables pasos dados por el TEDH que permitían como mínimo cuestionar la superación del estrecho y desafortunado enfoque territorialista asumido por el citado órgano en *Bancovic*⁶⁰; la proyección de esa tendencia en el específico ámbito migratorio en el asunto *Hirsi Jamaa*⁶¹; y muy especialmente, la existencia de diversos casos en los que los órganos de garantía del CEDH habían considerado que dicho instrumento era de aplicación a los actos realizados por el personal diplomático y consular en sus respectivas legaciones y oficinas en el exterior⁶². Suscitados todos ellos antes de la entrada en vigor del Protocolo nº 11, el órgano encargado en aquella época de examinar la admisibilidad de las demandas había señalado, calificándola expresamente como constitutiva de una constante jurisprudencia, que:

“los agentes autorizados de un Estado, incluyendo los agentes diplomáticos o consulares, colocan a las personas y a los bienes bajo la jurisdicción de ese Estado, en la medida en que ejercen su autoridad respecto de esas personas o bienes”⁶³.

⁵⁷ *MN and others* (2020), § 90. La alta sensibilidad asignada por los ejecutivos nacionales al tema de fondo estuvo también presente en el periplo por el que los dos asuntos belgas pasaron a nivel interno, caracterizado incluso por conatos de desacato administrativo de órdenes sobre medidas cautelares adoptadas por las autoridades judiciales. CARLIER, J.Y., “Le visa humanitaire et la jouissance effective de l’essentiel des droits: une voie moyenne? À propos de l’affaire X. et X”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 27.II.2017, disponible en internet; o MYRIA, “Les Visas Humanitaires. Frontières et droits fondamentaux”, *Myriadocs 4* (2017), p. 60-61. Del citado periplo se da cuenta en la propia decisión de la Gran Sala. *MN and others* (2020), §§ 28 y ss..

⁵⁸ Además del artículo 3 CEDH, los demandantes fundaban también su recurso en posibles violaciones más bien accesorias del derecho de acceso a la justicia (art. 6.1) y del derecho de recurso para la protección de los derechos reconocidos en el Convenio (art. 13).

⁵⁹ En *N.D.* y *N.T.* el TEDH creyó oportuno señalar que su apreciación sobre la compatibilidad de las devoluciones en caliente se hacía en un contexto referido a una denuncia de violación de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros del artículo 4 del Protocolo nº 4, y no del principio de no devolución que deriva del artículo 3. STEDH, *N.D. y N.T. v. Spain* (2020), *cit.*, § 226.

⁶⁰ GONZÁLEZ VEGA, J.A., “¿Enterrando a Bankovic? La eficacia extraterritorial del Convenio Europeo a la luz de la sentencia TEDH (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2014 en el asunto Jaloud c. Países Bajos”, *REDI*, vol. 67 (2015), pp. 312-317.

⁶¹ *Hirsi Jamaa and Others vs. Italy* [GC], no. 27765/09, ECHR 2012.

⁶² BOLLO AROCENA, M.D., “Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el Derecho de la Unión: el incierto futuro del Visado Humanitario Europeo y del Marco Europeo de Reasentamiento”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 60 (2019), pp. 225 y ss.

⁶³ *X. against the Federal Republic of Germany*, núm. 11611/62, Decision of 25th September 1965, Yearbook 8, p. 168; *X. v. the United Kingdom*, núm. 7547/76, Commission decision of 15 December 1977, DR 12, p. 73; y muy especialmente por especificar que se trata de una constante jurisprudencia, *M. vs.*

Pese a ello, de una manera que algunos de los primeros comentaristas han considerado esperada y previsible⁶⁴, en el asunto *MD y otros contra Bélgica* la Gran Sala acabó rechazando que los demandantes se hubieran encontrado bajo la jurisdicción belga y que por ello el CEDH les resultara de aplicación. Su argumentación parecería confirmar que, lejos de encontrarnos ante un simple refinamiento⁶⁵, de lo que se trata es de un más que apreciable giro respecto de la que parecía una clara tendencia jurisprudencial de limitación de las llamadas políticas migratorias de no entrada⁶⁶, es decir, las orientadas a reforzar los controles migratorios, externalizándolos y deslocalizándolos -real o ficticiamente-, a fin de impedir la llegada de la inmigración irregular. Y todo ello sobre la base de una consideración del Convenio de Roma que privilegia una visión, ya no solo de sus protocolos facultativos, sino de todo el sistema que aquel instituye, de carácter contractualista como un simple tratado más, sobre su también reconocida vocación de “garantía constitucional del orden público europeo”⁶⁷.

Es cierto que el punto de partida no es una novedad. Como en todos los casos en que se analiza la aplicación extraterritorial del Convenio, el tribunal recuerda que, sobre la base de su artículo 1, el principio de territorialidad es la regla general y solo en circunstancias excepcionales apreciadas a la luz de los hechos particulares de cada asunto es posible

Denmark, núm. 17392/90, Commission decision of 14 October 1992, DR 73, p. 193. La citada doctrina ha sido invocada *obiter dictum* por el TEDH, entre otros, en los asuntos *Medvedyev and others vs. France*, [GC], 29 March 2010, §§ 65, ECHR Reports 2010-III; y *Hirsi Jamaa*, cit., § 75.

⁶⁴ M. BAUMGÄRTEL, “Reaching the dead-end: M.N. and others and the question of humanitarian visas”, *Strasbourg Observers*, 7.V.2020; o STOYANOVA, V., “M.N. and Others v. Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas”, *EJIL Talk!*, 12.V.2020.

⁶⁵ En ese sentido, apuntando por una parte a la consideración por el TEDH de las peculiares circunstancias de las devoluciones en caliente en Melilla y del asunto concreto planteado -entre ellas, el no tratarse de un caso de posible violación del principio de no devolución, o el carácter violento y masivo de los saltos de la valla- así como, por otra, a doctrinas ya presentes en su jurisprudencia -conducta culpable y margen de apreciación-, GONZÁLEZ VEGA, J.A., “¿Un difícil equilibrio? La sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. C. España*, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 52 (2020), pp. 5 y ss.

⁶⁶ Presente en el rechazo a los intentos de deslocalizar ficticiamente partes del propio territorio, como zonas internacionales de puertos y aeropuertos o zonas fronterizas (*Amuur c. France*, 25 June 1996, § 52, Reports 1996-III; o *M.A. et autres c. Lituanie*, no 59793/17, 11 décembre 2018, § 70), para evitar la aplicación de las garantías del Convenio, o en la extensión de esa aplicación a los casos en que, en alta mar, agentes de los Estados parte y desde buques bajo su pabellón embarcan a inmigrantes a los que posteriormente devuelven a su lugar de partida (*Hirsi Jamaa and others* -2012-, cit.). Es cierto que la Gran Sala se muestra firme en *N.D. y N.T.* a la hora de rechazar la pretensión española de deslocalización ficticia a través del llamado concepto operacional de frontera (§ 104). Pero, a través de la doctrina de la conducta culpable, acompañada de ese reconocimiento de la existencia de vías acceso reales y efectivas basado en una doble ceguera -por no querer ver ni lo que hace de verdad el Estado demandado, ni tampoco lo que hace el Estado vecino-, la formación suprema del Tribunal de Estrasburgo acaba legitimando lo que, se mire por donde se mire, debería ser intolerable desde la óptica de los derechos humanos.

⁶⁷ *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, Series A, no. 310, §§ 75 y 93. Sobre la citada noción y algunas de sus manifestaciones, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., “Consejo de Europa y derechos humanos: desarrollos recientes”, XVI jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Andorra, 21-23 septiembre de 1995, pp. 215-263

aceptar su eficacia extraterritorial⁶⁸. Tampoco lo es, lamentablemente, el rechazo a una concepción causalista de la noción de jurisdicción, de manera que “(l)a sola circunstancia de que las decisiones adoptadas a nivel nacional tengan un impacto sobre la situación de personas que residen en el extranjero no es susceptible de establecer la jurisdicción del Estado”⁶⁹. En cambio, lo que quizá sí sea novedoso es la exacerbación del enfoque empírico y casuístico y su empleo como vía para negar la aplicación de las garantías reconocidas en el Convenio en un supuesto de ejercicio de prerrogativas públicas por parte de las autoridades diplomáticas y consulares⁷⁰. Ya no es suficiente ni el desempeño de prerrogativas públicas en el exterior, ni que esas prerrogativas se ejerzan respecto de personas o bienes por parte de los agentes diplomáticos o consulares, pues como novedad en esos casos la concurrencia de jurisdicción dependerá de “la naturaleza del vínculo entre los demandantes y el Estado demandado” y de “si éste ha ejercido efectivamente su autoridad y su control sobre ellos”⁷¹.

Aunque en ninguna de las decisiones precedentes el vínculo de conexión hubiera sido mencionado como decisivo, y a fin de corregir el inequívoco principio antes reproducido, el TEDH se esfuerza ahora por identificar las diferencias para basar en ellas un cambio de rumbo jurisprudencial que por innegable que sea no es reconocido. Sea como fuere, cuatro cosas parecen poder afirmarse a partir de este asunto. Poco prometedoras todas ellas, todo hay que decirlo, desde el punto de vista de la contribución europea a la salvaguarda de los derechos humanos de inmigrantes y refugiados.

La primera tiene carácter positivo, e implica aceptar que el vínculo de nacionalidad supone anudar al desempeño de las funciones consulares la condición de ejercicio de la jurisdicción determinante de la aplicación extraterritorial del Convenio⁷². Más allá de la evidente fortaleza del vínculo de nacionalidad, cabe preguntarse si, por razones de seguridad y certeza jurídicas y disipar de paso las dudas sobre una posible colisión con el principio de no discriminación que el propio Convenio reconoce (art. 14), no habría sido

⁶⁸ *M.N. and others* (2020), §§ 100-101 y 113. Esa visión territorialista del CEDH no es compartida, en relación con otros tratados de derechos humanos, ni por la Corte Internacional de Justicia, ni por los órganos de garantía de los citados tratados, lo que ha llevado a afirmar que “(l)’absence de présomption contre l’extraterritorialité d’un traité est aujourd’hui bien assise dans la jurisprudence internationale”. FLEURY GRAFF, Th., “Extraterritorialité et juridiction en matière de Droits de l’Homme: «Jurisdiction, juridiction, quand tu nous tiens, on peut bien dire: Adieu prudence!»”, en SFDI, *Extraterritorialités et droit international. Colloque d’Angers*, Paris, 2020, p. 219.

⁶⁹ Y decimos lamentablemente porque creemos que, además de poner algo más de claridad y previsibilidad a la cuestión de la aplicación extraterritorial del Convenio, garantizaría en mayor medida algo que hace tiempo que el TEDH dejó de decir al abordar este tipo de cuestiones: evitar que un Estado parte pueda “cometer violaciones de la Convención que no podría cometer en su propio territorio”. *Andreou v. Turkey* -dec.-, no. 45653/99, 3 June 2008, apdo. 3.c, tercer párrafo. A favor de ese enfoque causalista de la noción de jurisdicción asumido por el Comité de Derechos Humanos, NAGORE CASAS, M., “‘Impact on rights’ as a form of extraterritorial jurisdiction: a new legal restriction on border controls through international cooperation”, *SYbIL*, vol. 23 (2019), pp. 235 y ss.

⁷⁰ El TEDH da por hecho que, al desarrollar los cometidos propios de la función consular en materia de acceso de extranjeros, tales autoridades ejercen prerrogativas públicas incluso aunque las correspondientes decisiones sean adoptadas por las autoridades centrales. Rechaza por ello el argumento de la embajada-buzón avanzada por el gobierno demandado para negar que hubiera control personal o ejercicio de autoridad sobre los demandantes. *M.N. and others* (2020), cit., §§ 112 y 114.

⁷¹ *Idem*, § 113.

⁷² *Idem*, § 118.

conveniente que el Tribunal, además de constatar que en el caso concreto los demandantes no habían estado nunca en Bélgica ni habían desarrollado ninguna vida familiar o privada en ese país⁷³, hubiera afirmado que la residencia o tal tipo de vínculos son susceptibles de activar la aplicación del Convenio en los supuestos de ejercicio de las funciones consulares vinculadas con quienes puedan acreditarlos.

La segunda presenta un carácter negativo, e implica rechazar que el desempeño de las funciones consulares comporte por sí solo control o autoridad sobre las personas y, con ello, el ejercicio de jurisdicción cuando la relación entre el interesado y las autoridades diplomáticas o consulares de un país sea el resultado de la libre elección del primero. Libertad de elección que, en la valoración del Tribunal, hace completa abstracción de la situación de los demandantes tanto en su país de origen como en el de recepción de la embajada u oficina consular, y para la que solo importa si contaban con opciones de haber elegido otra embajada en la que presentar sus solicitudes o si podían salir libremente de la elegida⁷⁴.

La tercera tiene que ver con la peligrosa -por innecesaria- respuesta que da el Tribunal a la invocación por los demandantes de la doctrina *Soering*, enfatizando que la mayor parte de los casos en los que el Tribunal ha aplicado el principio de no devolución se refieren a supuestos de devolución desde el territorio, incluyendo la frontera, y por tanto en relación con demandantes que se encontraban manifiestamente bajo la jurisdicción del Estado⁷⁵. No hay que olvidar que en apartados precedentes el Tribunal ya había negado la aplicación del Convenio por falta de jurisdicción. Y conviene también recordar que en el ámbito del Derecho Internacional de los refugiados, el paralelo principio de *non refoulement* tiene reconocida eficacia extraterritorial⁷⁶. Por ello, cabe preguntarse si con esa referencia diferenciadora a la *devolución desde el territorio* no se estará preparando el terreno para corregir el reconocimiento que de esa eficacia extraterritorial se hiciera en el asunto *Hirsi Jamaa*, o para establecer distinciones *ratione loci* en relación con un principio que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los refugiados, en el CEDH se reconoce desde el asunto *Chahal* con carácter absoluto y, por tanto, sin posibilidad de modulación atendiendo a la trascendencia de los intereses generales en cuyo nombre se pretende exceptuar⁷⁷.

La cuarta, por último, tiene también carácter negativo, y supone reiterar su posición según la cual la apertura de procedimientos en un Estado miembro a iniciativa del demandante y vinculados con hechos o situaciones que acontecen en el exterior no comporta la aplicación del CEDH más que en lo que se refiere, en su caso, a la aplicación del derecho de acceso a un tribunal (art. 6)⁷⁸. Tratándose de un precepto que solo se aplica a litigios

⁷³ *Idem*, § 115.

⁷⁴ *Idem*, § 118.

⁷⁵ *Idem*, § 120.

⁷⁶ ACNUR/UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (26 January 2007).

⁷⁷ En un sentido parecido, E. LENAIN, “Il était une fois, un visa obligatoire qui n’existait pas. Quand les Cours européennes dansent la polka autour des lacunes du droit”, *La Revue des droits de l’homme. Actualités Droits-Libertes/2020*, para. 20.

⁷⁸ *Markovic et autres c. Italie* [GC], no 1398/03, CEDH 2006-XIV, §§ 4 et 49-50; y *Abdul Wahab Khan c. Royaume-Uni* (déc.), no 11987/11, 28 janvier 2014, § 28.

relativos a derechos de carácter civil o penal y que, de acuerdo con su jurisprudencia, no incluye los procedimientos de carácter migratorio⁷⁹, ello supone que el Convenio no se aplicará aunque en relación con asuntos gestionados o eventos acaecidos en el exterior se reconozcan internamente garantías administrativas o jurisdiccionales.

Conviene hacer, para terminar con este asunto, una apreciación para subrayar el carácter extraordinariamente restrictivo del pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo. Para éste, reconocer que un individuo pueda crear un vínculo jurisdiccional que determine la aplicación del Convenio acudiendo a la embajada de su elección para solicitar un visado o iniciando un procedimiento administrativo o judicial independientemente de donde se encuentre, reduciría a la nada el derecho soberano que a todo Estado corresponde de controlar la entrada, estancia y expulsión de extranjeros de su territorio⁸⁰. Se trata de una forma de ver las cosas desde un enfoque exclusivamente centrado en la soberanía. Olvida que, según tiene reconocido el propio Tribunal, tal derecho soberano no es ilimitado, y que cuando los Estados parte lo ejercen, también están vinculados por los derechos reconocidos en el Convenio⁸¹. La opción de elegir no debería ser un pretexto para negar la aplicación del Convenio cuando la única opción de escapar a violaciones graves de los derechos humanos más esenciales es la cada vez más reducida opción -como se verá a continuación- que pueda existir de elegir al Estado al que reclamar efectiva protección⁸². Al negarse su aplicación, se niega que la vulnerabilidad de los solicitantes, o la gravedad, la previsibilidad y la inminencia de la amenaza constituyan elementos que puedan considerarse susceptibles de condicionar la respuesta de los Estados.

3. Unos que desaparecen y otro que no nace: la generalizada ausencia del visado humanitario en la legislación nacional y en el Derecho europeo

Al doble varapalo judicial recibido por el llamado visado humanitario por parte de los dos tribunales europeos ha de añadirse el fracaso que, en el ínterin de los pronunciamientos

⁷⁹ *Maaouia v. France*, no 39652/98, 5 Octubre 2000, § 40; y *M.N. and others (2020)*, *cit.*, §§ 137 y ss.

⁸⁰ *M.N. and others (2020)*, *cit.*, § 124. No puede dejar de subrayarse la dudosa pertinencia de la referencia que el tribunal de Estrasburgo hace en el apartado que se acaba de citar al reconocimiento de la condición de cuestión nacional que de los visados de larga duración hizo la sentencia antes comentada del Tribunal de Luxemburgo (*X y X contra Bélgica*). Si con ello quiere reforzarse la idea de la amplitud del derecho soberano a controlar la inmigración, quizá convenga recordar que la circunstancia de que en la actualidad el visado de larga duración sea, para el DUE, una cuestión nacional, no es el resultado de la intangibilidad de ese derecho, mucho menos desde la óptica de los valores sobre los que se asienta la UE (art. 2 TUE), sino de las dificultades de la regulación de un ámbito respecto del que, pese a todo, al someterlo al método comunitario, los Estados miembros han aceptado la posibilidad de limitar seriamente su soberanía (art. 79.2.a TFUE).

⁸¹ *Guzzardi v. Italy*, no. 7367/76, 6 November 1980, ECHR series A no. 39, § 92; *Amuur c. France (1996)*, *cit.*, § 41.

⁸² En un sentido favorable a reconocer la existencia de un derecho de entrada en virtud del Convenio en casos de extrema vulnerabilidad o de amenazas previsibles y evitables a los derechos de los artículos 2 y 3 en los que no existen otras alternativas reales, véase la opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque en el ya citado asunto *Hirsi Jamaa (2012)*; LENAIN, E., “Il était...”, *op. cit.*, para. 17; REYHANI, A.N., “Expelled from Humanity: Reflections on M.N. and Others v. Belgium”, *VerfBlog*, 6.V.2020; DANISI, C., “A ‘formalistic’ approach to jurisdiction in the European Court of Human Rights’ decision on Humanitarian Visas: Was another interpretation Possible?”, *SIDIBlog*, 27.V.2020; o, reclamando una reconsideración de la posición del TEDH, SCHMALTZ, D., “Will the ECtHR Shake up the European Asylum System?”, *VerfBlog*, 2018/11/30.

de uno y otro, ha experimentado el intento de regular esa figura en el seno de la UE. Un intento que, en un contexto de creciente presión migratoria y dramático incremento de las tragedias en el Mediterráneo, nace en respuesta al llamamiento de apertura en favor de la creación de vías legales y efectivas de acceso a una Europa⁸³ que pretende cerrarse en un doble sentido: por una parte, porque ha focalizado su política migratoria en la multiplicación de las barreras a la inmigración irregular⁸⁴; y por otra, porque entretanto, ha restringido al territorio europeo la aplicación de su sistema de asilo⁸⁵. El cierre pretendido sería efectivo si no fuera porque al efecto llamada (*pull effect*) se le une un poderoso y multifacético efecto expulsión (*push effect*) desde los lugares de partida de los flujos migratorios. Como resultado, el acceso al sistema europeo de protección internacional exige una entrada irregular peligrosa en general, y especialmente arriesgada para los más vulnerables.

Los estudios preparatorios impulsados a nivel comunitario para afrontar el problema corroboraban que, antes del desarrollo del SECA, un significativo número de Estados miembros contemplaban en sus legislaciones mecanismos que cabe encuadrar bajo la noción de visado humanitario. Unas veces recurriendo a visados nacionales de larga duración (Bélgica, Alemania, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Polonia y Reino Unido), otras a visados Schengen de validez territorial limitada en aplicación del artículo 25 CCV (Finlandia, Malta, Italia y Portugal) y otras siguiendo un enfoque más casuístico que implicaba recurrir indistintamente en función de las circunstancias a visados nacionales o a visados Schengen, sean de validez territorial limitada o visados uniformes (Austria, Dinamarca, Francia, Polonia y España), lo cierto es que, bajo expedientes formales diversos y de acuerdo con marcos normativos que como regla general aseguraban amplios márgenes de discrecionalidad, la mayor parte de los Estados

⁸³ Junto a los llamamientos de entidades de la sociedad civil empeñadas en la defensa del derecho de asilo y los derechos humanos o de la Agencia de Derechos fundamentales de la Unión Europea (FRA), la necesidad de evaluar las posibilidades de introducir mecanismos de acceso seguro e, incluso, la armonización y coordinación de la práctica nacional al respecto aparecen, aunque de manera intermitente, en buena parte de los documentos prospectivos y de reflexión que han jalonado la construcción del Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia en el ámbito de la migración y el asilo. SALAMANCA AGUADO, M.E., “La dimensión exterior de la política común de asilo: ¿solidaridad internacional o elusión de responsabilidades?”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Madrid, 2012, pp. 274 y ss. Pese a no haber desaparecido en los más recientes, y una vez desechado aquello que se presenta como vía legal de acceso pero ni lo es al sistema europeo de asilo ni atiende preferentemente a las necesidades de quienes pretenden entrar, las ambiciones parecen ceñirse ahora a promover y ordenar, sobre bases voluntarias y cada vez más orientadas a asistir en los esfuerzos de los Estados terceros que cooperen en el control migratorio europeo, la implicación de los Estados miembros en las iniciativas internacionales de reasentamiento. Véase lo que sobre el particular se dice en el *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, cit., pp. 25 y ss.

⁸⁴ Véase, ampliamente, en SANCHEZ LEGIDO, A., *Controles migratorios y derechos humanos*, Valencia, 2020.

⁸⁵ Véanse los respectivos artículos 3 de las directivas de procedimientos, ya citada, y de acogida, así como el artículo 3.1 del Reglamento de Dublín (III). Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición), DO L 180, DE 29.6.2013; y Reglamento (UE) n ° 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, DO L 180, de 29.6.2013.

miembros contaba con mecanismos más o menos regulados adscribibles a la noción de visado humanitario⁸⁶.

Sin embargo, el incremento de la presión migratoria, acompañado del injusto sistema de reparto de responsabilidades sobre el que se basa el SECA⁸⁷, y que genera el riesgo de aumentar desproporcionadamente la carga para quien apuesta por la acogida, ha provocado la progresiva supresión de la práctica totalidad de esos mecanismos⁸⁸ y su sustitución por instrumentos coyunturales, puntuales y plenamente discrecionales cuya aplicación en términos cuantitativos no ha pasado de ser meramente simbólica⁸⁹. Una tendencia de la que, hasta el inesperado pronunciamiento del Tribunal Supremo que justifica esta contribución, el artículo 38 de la vigente ley de asilo era paradigmático reflejo.

Con ese trasfondo, y en vista de que las bienintencionadas propuestas de la titular del derecho de proposición legislativa eran condenadas, ante la frialdad con que eran acogidas en las instancias intergubernamentales de la Unión⁹⁰, a habitar eternamente el limbo de los grandes documentos programáticos⁹¹, el Parlamento Europeo decidió tomar la iniciativa. Aprovechando los trabajos legislativos relativos a una reforma del Código Comunitario de Visados limitada a la introducción del llamado “visado itinerante”, y orientada a aligerar trámites y requisitos para la concesión de visados a viajeros frecuentes

⁸⁶ NOLL, G., y FAGERLUND, J., y LIEBAUT, F., *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, European Commission y The Danish Centre for human Rights, 2002, pp. 95 y ss.. Similares aproximaciones, realizadas en desarrollo del citado estudio, pueden consultarse en IBEN JENSEN, U., *Humanitarian Visas...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; LEPOLA, O., *Counterbalancing externalized border control for international protection needs: humanitarian visa as a model for safe access to asylum procedures*, Åbo Akademi University, Institute for Human Rights 2011, pp. 14 y ss.; o EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Visa policy as migration channel produced by the European Migration Network, Synthesis Report*, 2012, pp. 19 y ss.

⁸⁷ Para un reciente estudio del sistema de Dublín y unas propuestas de reforma que no alteran la esencia de un modelo firmemente asentado sobre la regla del país de entrada, véase ABRISKETA URIARTE, J., *Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea*, Cizur Menor, 2020.

⁸⁸ MORENO-LAX, V., *Europe in Crisis. Facilitating Access to Protection, (Discarding) Offshore Processing and Mapping Alternatives for the Way Forward*, Red Cross EU Office, 2015, p. 37; o VAN BALLEGOOIJ, W., y NAVARRA, C., *European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report (Rapporteur: Juan Fernando López Aguilar)*. Study. PE 621.823, p. 10.

⁸⁹ MORENO-LAX, V., “The Added Value of EU Legislation on Humanitarian Visas – Legal Aspects Research paper”, en VAN BALLEGOOIJ, W., y NAVARRA, C., *European Added Value...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

⁹⁰ GUILD, E., y MORENO-LAX, V., “Current challenges regarding the International Refugee Law, with focus on EU Policies and EU Co-operation with UNHCR”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, núm. 59, 2013, p. 19.

⁹¹ Esa misma Comisión que reiteradamente insistía en la apertura de canales seguros de acceso, mantenía al mismo tiempo una interpretación del Código Comunitario de Visados que limitaba las razones humanitarias que posibilitan la adopción de visados VTL a cuestiones sanitarias o de duelo alejadas de las que justifican la protección internacional. *Manual práctico para guardias de fronteras (Manual Schengen) común destinado a las autoridades competentes de los Estados miembros encargadas del control fronterizo de personas*, Doc C(2006) 5186 final, paras. 7.5, pp. 47-48. Y en el penúltimo de los grandes documentos programáticos, reducía a limitados programas de reasentamiento su ambición de abrir canales legales y seguros de acceso. *Una Agenda...*, *cit.*, p. 5.

(y solventes), especialmente turistas y gente de negocios⁹², la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) proponía la aprobación de un puñado de enmiendas dirigidas, por una parte, a relajar las exigencias a fin de hacer más factible la concesión del visado uniforme sobre la base de consideraciones humanitarias y, por otra y sobre todo, la introducción de un visado humanitario europeo⁹³. En líneas generales, se sugería la modificación de los dos preceptos del Código de Visados que en mayor medida afectan al visado VLT con una doble finalidad. Por una parte, del artículo 19.4, a fin de clarificar que cuando resulta procedente por razones humanitarias derivadas de obligaciones internacionales, su concesión no es facultativa sino obligatoria. Y por otra, del artículo 25.1, con la intención de incluir expresamente entre las consideraciones humanitarias o las obligaciones internacionales que imponen su concesión la necesidad de garantizar la protección internacional de la persona interesada⁹⁴. Pese a que, a fin de hacer más digerible la propuesta, se contemplaba el aplazamiento de su aplicación para la realización de un estudio de impacto, supeditándose además esa aplicación a la concreción de las condiciones de concesión a través de reglamentos ejecutivos de la Comisión, el bloqueo conjunto del Consejo y la Comisión se acentuó tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo antes comentada, provocando que el procedimiento legislativo entrara en una situación de impasse total y que fuera finalmente retirado⁹⁵.

Ante la parálisis legislativa, y a propuesta de la misma comisión parlamentaria⁹⁶, el Parlamento europeo optó por ejercer sus limitados poderes en el ámbito de la iniciativa legislativa para instar a la Comisión a que presentara una propuesta de reglamento sobre la base del artículo 77.2.a TFUE a fin de establecer un visado humanitario⁹⁷. Contemplado en la recomendación parlamentaria con carácter complementario y no sustitutivo de los PEPs nacionales, en ella se optaba por un modelo basado en el visado VLT que debería poder solicitarse, incluso por vía electrónica, en cualquier embajada o consulado de los Estados miembros y que autorizaría a quienes acreditaran razones manifiestamente fundadas de cumplir los criterios de elegibilidad, a acceder al territorio del Estado

⁹² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un visado itinerante y por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y los Reglamentos (CE) n° 562/2006 y (CE) n° 767/2008, COM (2014) 163; y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Código sobre visados de la Unión (Código de visados)(refundición), CO(2014)164 final.

⁹³ Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Código sobre Visados de la Unión (Código de Visados). Ponente: Juan Fernández López Aguilar (PE 557.179v04-00, A8-0145/2016). En especial, enmiendas 73 y 95. El proyecto fue adoptado por cuarenta votos a favor, dos en contra y dos abstenciones. Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Código sobre visados de la Unión (Código de visados)(versión refundida)(COM(2014)0164).

⁹⁴ BOLLO AROCENA, M.D., “Fronteras exteriores...”, *op. cit.*, pp. 228 y ss..

⁹⁵ MYRIA, “Un Nouveau paradigme pour le modèle d’asile européen? Accès à la protection sous pression”, *MyriaDoc9*, julio 2019, p. 81.

⁹⁶ Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los visados humanitarios. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente: Juan Fernando López Aguilar, 4.12.2018. A8-0423/2018.

⁹⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2018, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los visados humanitarios. P8-TA(2018)0494. La resolución fue aprobada por una amplia mayoría de 429 votos a favor, 194 en contra y 41 abstenciones.

miembro a los efectos exclusivos de presentación de la solicitud de protección internacional⁹⁸.

En su respuesta, la Comisión consideró que el objetivo perseguido con el visado humanitario era el mismo que el pretendido con su propuesta de marco europeo de reasentamiento, de manera que solo una vez que este último estuviera en marcha y se mostrara incapaz de ofrecer vías satisfactorias de acceso al territorio de la UE, se plantearía la conveniencia de añadir medidas suplementarias⁹⁹. Y obviamente, transcurrido el plazo antes del que el Parlamento reclamaba su presentación, el 31 de marzo de 2019, la Comisión no presentó propuesta alguna sobre el visado humanitario.

Sin adentrarnos en un análisis en profundidad de la alternativa a la que se acoge la Comisión¹⁰⁰, baste decir que la fórmula elegida pretende dar estabilidad y permanencia a los programas coyunturales y *ad hoc* de reasentamiento desplegados hasta ahora. Y persigue, sí, la admisión de personas que precisan protección internacional sobre la base de criterios y procedimientos armonizados. Sin embargo, el marco de reasentamiento de la Unión Europea no comporta el reconocimiento de derecho alguno en favor de tales personas, no impone obligaciones de acogida a los Estados miembros y no se concibe con vocación de ser aplicado con carácter general en términos geográficos y temporales. Únicamente supone, en última instancia, arbitrar procedimientos institucionales para dirigir selectivamente el apoyo financiero de la Unión Europea y estimular de ese modo la participación del mayor número de Estados miembros posible, a fin de dar una respuesta armonizada a las exigencias internacionales de solidaridad para con los refugiados y con los terceros países que los acogen. Pese a no haber podido ser aprobado durante la anterior legislatura, la nueva Comisión apuesta por una rápida conclusión de las negociaciones para su adopción¹⁰¹.

III. CONSIDERACIONES FINALES: ¿Y AHORA QUÉ?

El inesperado reconocimiento judicial del derecho a solicitar protección internacional en el exterior constituye una más que razonable respuesta, desde el Derecho, al pertinaz incumplimiento del mandato de concreción normativa del artículo 38 de la ley de asilo por parte de los diferentes gobiernos que sucesivamente han estado por él interpelados. Un incumplimiento al que, siguiendo la estrategia de la avestruz, daba continuidad nuestra

⁹⁸ El examen de la solicitud de visado, se indicaba en el anexo de la recomendación, debería comportar una entrevista personal y concluir en un plazo de 15 días, reconociéndose además el derecho de recurso judicial en caso de denegación. Y se reclamaba, además, un sólido apoyo financiero en favor de los Estados miembros para la aplicación del visado humanitario. Para una aproximación crítica a la iniciativa parlamentaria, MORGADES GIL, S., “Humanitarian Visas and Discretionary Choices in the EU: Policies on Visas and on International Protection”, *SYbIL*, vol. 23 (2019), pp. 281 y ss.; y BOLLO AROCENA, M.D., “Fronteras exteriores...”, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

⁹⁹ MYRIA, “Un Nouveau paradigme...”, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) n° 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo. COM/2016/0468 final. Al respecto, BOLLO AROCENA, M.D., “Fronteras exteriores...”, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

¹⁰¹ Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, *cit.*, pp. 25-26.

Administración ofreciendo una sistemática callada por respuesta a las peticiones de protección internacional formuladas en el exterior. Lo que ocurre es que por muy razonable que sea desde el Derecho, el pronunciamiento del Tribunal Supremo no nos saca del dilema. Los mismos formidables problemas que llevaron a que el procedimiento de embajada intentara suprimirse -y que muy probablemente estén detrás de la simplona y hasta ahora *eficaz* estrategia de respuesta que tal violación encierra- lejos de haber desaparecido, subsisten e incluso se han agravado.

La inestabilidad y el aumento de la inseguridad en nuestro entorno, no solo en sentido geográfico, más o menos cercano; las crisis económicas, pre y post pandémicas, que hay que recordar que no únicamente lo son para nosotros; los desplazamientos de los flujos migratorios de unas rutas a otras en función de los éxitos, siempre frágiles y relativos, en las estrategias europeas puestas en pie para su control; o los vaivenes en la capacidad o la voluntad de los países de tránsito en su condición de estratégicos socios de control migratorio. Todos ellos son factores que explican el *incremento de la presión migratoria y, con él, de la tensión a la que queda sometido el sistema español de asilo*. Aun partiendo de cifras anormalmente bajas comparadas con los de otros Estados miembros de la UE, el número de solicitudes de protección se ha multiplicado casi por cuarenta en una década, pasando de poco más de tres mil a casi ciento veinte mil¹⁰².

Y según se acaba de ver, a la hora de ofrecer vías de acceso basadas en el reconocimiento de derechos, Europa se ha batido en retirada, de manera que podemos decir que en ese sentido *nos hemos quedado solos*. Así las cosas, sumando incremento de la demanda (quién aspira a obtener protección y, también, a llegar a Europa utilizando el sistema de protección) y reducción de la oferta entre los otros miembros del club comunitario (quién ofrece posibilidades de protección a quien la precisa en el exterior), no es precisamente descartable que la difusión de la noticia y la extraordinaria facilidad con la que se acepta el ejercicio del derecho ahora reconocido se traduzcan en algo parecido a un aluvión de solicitudes de protección internacional con potencial suficiente para llevar al colapso a nuestro sistema de asilo¹⁰³.

A ello hay que añadir que son muchas las razones que favorecen el que las esperanzas que pudieran existir una década atrás respecto a que la solución fuera una respuesta común desde la Unión Europea puedan darse lisa y llanamente por aniquiladas. Las ambiciones de la pomposamente llamada dimensión exterior del sistema de asilo han quedado reducidas al posibilismo basado en el estímulo financiero de la libre voluntad de los Estados miembros. Se mantiene incólume la *dublinaesa* regla del Estado de entrada como criterio de reparto de las responsabilidades en materia de protección internacional, y con ella, su injusta proyección sobre los llamados Estados de primera línea al servicio de la exigencia de rigor en el control migratorio. El principio de la solidaridad obligatoria

¹⁰² Según datos de la OAR, *Asilo en Cifras 2009*, p. 17; y *Asilo en Cifras 2019*, p. 16.

¹⁰³ La fragilidad de nuestro sistema institucional de asilo se hizo evidente ante el incremento masivo de solicitudes experimentado estos últimos años, obligando a reforzar su capacidad de instrucción a través, fundamentalmente, de un sustancial incremento de recursos personales que pretende quintuplicar la plantilla de la OAR. Real Decreto-Ley 6/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el refuerzo de medios en atención a asilados, BOE, núm. 184, de 31 de julio de 2018.

no ha resistido el empuje del rechazo iliberal y la expansión del populismo xenófobo, provocando el abandono de la reubicación obligatoria y reconduciendo las posibilidades de apoyo a una siempre insuficiente asistencia material, técnica y financiera. Una ayuda además enfocada al reforzamiento de la gestión migratoria en frontera -o en sus proximidades- y dirigida, en nombre de un pretendidamente novedoso enfoque integral, al retorno del inmigrante irregular.

No es fácil, ante todo ese panorama, acertar en la respuesta a dar al tremendo reto que plantea la decisión del Tribunal Supremo. Una solución podría ser persistir en la contumacia, eludiendo el desarrollo normativo y confiando en la burocracia del silencio administrativo y la lentitud de la Justicia para limitar la operatividad del nuevo derecho de acceso a la protección desde el exterior a los escasos solicitantes con capacidad de perseverancia. Pero no sería una respuesta acorde con las exigencias del Estado de Derecho, precisamente ahora que tanta falta nos hace su respeto. Y hasta podría interpretarse que el silencio administrativo, cuando es deliberadamente perseguido, puede ser constitutivo de una resolución injusta a sabiendas.

No parece pues que haya alternativa digna al efectivo desarrollo reglamentario. Aunque la ocasión es propicia para verificarlo en su globalidad mediante la aprobación de un nuevo reglamento de asilo, la urgencia de la situación haría comprensible una ejecución reglamentaria limitada al mandato del artículo 38. No es en absoluto sencillo dar con la fórmula apropiada, pero sin pretender ofrecer una solución detallada, cabe intentar una aproximación sobre las líneas fundamentales a las que debería ajustarse ese desarrollo reglamentario. Las mismas pretenden ser coherentes con las posiciones que se han mantenido en los comentarios precedentes, y pueden resumirse en tres grandes ideas.

En primer lugar, y por lo antes señalado en relación con el Estado de Derecho, la solución ha de ser *respetuosa con las exigencias jurídicas*. Con las que derivan del Derecho interno, pero también con las que proceden del Derecho internacional. Respecto de este último, y pese a la primera impresión que pudieran dejar los pronunciamientos comentados de los dos tribunales europeos, no hay que olvidar que en el del TEDH, cuando hay vínculos de conexión o no hay libertad de elección, no se ha descartado que puedan haber obligaciones de protección en embajadas y consulados. Y al margen de ello, no puede dejar de insistirse en que, más allá de cuál sea su alcance concreto, hoy no puede ya negarse valor jurídico al derecho a disfrutar del asilo en algún país que reconoce el artículo 14 de una Declaración Universal de Derechos Humanos que, por añadidura, tiene asignada un papel singular y específico en nuestra Constitución.

En segundo lugar, de acuerdo con lo anterior, el desarrollo reglamentario ha de ser consecuente con la que indudablemente es la gran aportación del Tribunal Supremo, que es la afirmación, a partir de la interpretación del artículo 38 de la ley de asilo, de que *solicitar protección internacional y que la solicitud sea examinada con las debidas garantías establecidas en esa misma ley, es un derecho*. Y también ha de ser congruente con la posición antes defendida, según la cual el traslado al territorio español, aunque sujeto a amplia discrecionalidad, debe entenderse obligatorio en algunas situaciones.

En tercer lugar, de acuerdo con la máxima volteriana según la cual lo mejor es enemigo de lo bueno, el respeto del Derecho y el compromiso con el valor universal de la dignidad humana deben hacerse *compatibles con las capacidades efectivas de gestionar los procedimientos de asilo y el sistema de acogida*. Y ello es algo sencillamente imposible si el mensaje que se transmite es que cualquier extranjero puede llegar a Europa y beneficiarse hasta que lo haga de los derechos de acogida reconocidos a los solicitantes de protección internacional, a través de una única puerta que está disponible dirigiéndose, incluso por fax o correo electrónico, a cualquier embajada o consulado de España en el mundo.

Así las cosas, la propuesta que se sugiere presenta una dimensión sustantiva y otra procedimental e institucional. La sustantiva aboga por restringir el derecho, y la consiguiente obligación, a tres tipos de condiciones que no tienen por qué entenderse con carácter cumulativo: concurrencia, en primer lugar, de vínculos de conexión con España, sean de carácter familiar, de residencia, de arraigo cuando existen posibilidades de acogida por instituciones públicas o privadas o, si las capacidades lo permiten, lazos históricos o culturales del país de origen con nuestro país; dificultad de acceder, en segundo lugar, a la protección en otro país, el cual, corrigiendo la posición del Tribunal Supremo, no tiene por qué ser sólo el de origen; y, por último, relacionándolo con la anterior condición, situación de vulnerabilidad de los solicitantes. La credibilidad del sistema español de asilo aumentaría si, además, el rigor en la aplicación de los requisitos relativos a los vínculos de conexión y la vulnerabilidad tuviera normativamente que modularse para tener en cuenta la presión que soporta en cada momento el sistema español de asilo y, además, el ejercicio de la discrecionalidad se vinculara también con una sólida estrategia de participación en programas internacionales y europeos de protección en el exterior.

Respecto a la dimensión adjetiva, si se confirma el aluvión de solicitudes, pocas alternativas parece haber a la aplicación de procedimientos acelerados y al empleo con todas las garantías posibles, de los mecanismos de país de seguro. Por último, en el plano institucional y, de ser necesario, a fin de evitar el colapso de las instituciones centrales en materia de protección internacional, parece inevitable contemplar al menos la posibilidad de integrar dentro de la función consular que desempeñan nuestras embajadas y consulados el examen preliminar de admisibilidad de las solicitudes de protección presentadas en el exterior¹⁰⁴, reconociendo su implicación en las decisiones de admisión y subordinando el traslado a España a la ausencia de riesgos graves contra la vida o la integridad del solicitante en el país en que se encuentra.

¹⁰⁴ Aunque sin las capacidades decisorias cuya consideración aquí se sugiere, la implicación del personal diplomático en la instrucción de las solicitudes de asilo aparece contemplada en el Reglamento de 1995, exigiendo que a la transmisión a la OAR de las solicitudes presentadas en el exterior se acompañe el correspondiente informe de la Misión Diplomática u Oficina Consular (art. 6.2).