

**RETOS EN INMIGRACIÓN,  
ASILO Y CIUDADANÍA**  
**PERSPECTIVA UNIÓN EUROPEA, INTERNACIONAL,  
NACIONAL Y COMPARADA**

Diana Marín Consarnau  
(Dir.)

Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

# Sumario

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO .....	11
<b>PARTE I</b>	
DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE, por Roberto CIPPITANI. Università degli Studi di Perugia.....	15
LA INMIGRACIÓN COMO CONFLICTO. <i>IN VARIETATE CONCORDIA</i> , por Ángeles SOLANES CORELLA. Universitat de València.....	29
LA EXTERNALIZACIÓN DEL CONTROL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS: LA COOPERACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA CON LIBIA Y NÍGER, por Francina ESTEVE GARCÍA. Universidad de Girona .....	51
LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS Y MUJERES MIGRANTES?, por María Esther JORDANA SANTIAGO. Universidad de Girona .....	73
LA PROPUESTA DE REFORMA DE LA DIRECTIVA RETORNO: MÁS CRIMINALIZACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES, por Diego BOZA MARTÍNEZ. Universidad de Cádiz.....	91
LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS A LA LUZ DE SU INTERÉS SUPERIOR, por Irene CLARO QUINTÁNS. Universidad Pontificia de Comillas .....	105
PROPUESTAS DE REFORMA DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO EN MATERIA DE REUBICACIÓN. LA SOLIDARIDAD COMO EXCEPCIÓN, por Nuria ARENAS HIDALGO. Universidad de Huelva.....	123
LA REGLAMENTACIÓN ITALIANA DE LA PROTECCIÓN HUMANITARIA ENTRE COMPETENCIA NACIONAL Y OBLIGACIONES EUROPEAS	

	Pág.
E INTERNACIONALES, por Caterina FRATEA. Università degli Studi di Verona .....	151
DERECHO DE RESIDENCIA EN ESPAÑA Y RELACIONES FAMILIARES: CRITERIOS ADMINISTRATIVOS Y CIVILES, por Pilar JIMÉNEZ BLANCO. Universidad de Oviedo .....	167
EL EJERCICIO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y LA ELIMINACIÓN DE LOS REQUISITOS DE AUTENTIFICACIÓN Y TRADUCCIÓN DE DETERMINADOS DOCUMENTOS PÚBLICOS: EL REGLAMENTO (UE) 2016/1191, por Maria FONT I MAS. Universitat Rovira i Virgili .....	189
DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, por Diana MARÍN CONSARNAU. Universidad Rovira i Virgili .....	211

## PARTE II

EL GRAN RETO DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EUROPEA, por Carmen PARRA RODRÍGUEZ. Universidad Abat Oliba CEU; Marc GIMÉNEZ BACHMANN. Universidad de Barcelona .....	229
LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA: ESPECIAL REFERENCIA A LA INMIGRACIÓN MARROQUÍ EN ESPAÑA, por SIHAM ZEBDA. Universidad de Cádiz.....	239
MIGRACIÓN EN LA FRONTERA SUR DEL ESTADO MEXICANO (POLÍTICAS PÚBLICAS Y TRATA DE PERSONAS), por Alejandra DÍAZ ALVARADO. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco .....	249
CENTROS DE DETENCIÓN PARA EXTRANJEROS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: LA CREACIÓN DE LOS CATE, por Dévika PÉREZ MEDINA. Universidad de Cádiz .....	265
LA TUTELA DEL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO ANTE EL RIESGO DE UN PERJUICIO GRAVE E IRREVERSIBLE EN SUPUESTOS DE EXPULSIÓN, por Carolina SOLER GARCÍA. Universidad de Alicante.	275
IL FUTURO LONTANO DA CASA: USCITA DAL SISTEMA DI PROTEZIONE DEI MINORI MIGRANTI IN SPAGNA E ITALIA, por Patrizia RINALDI. Universidad Pontificia de Comillas.....	289
NUEVAS ORIENTACIONES EN MATERIA DE AUTORIZACIÓN A LA PERMANENCIA EN ESPAÑA POR RAZONES HUMANITARIAS A CAUSA DEL ÉXODO VENEZOLANO, por Estibaliz IBARRA SAINZ. Universidad del País Vasco .....	299
LA NUEVA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS ANTE LA CRISIS HUMANITARIA, por Lucía Ione PADILLA ESPINOSA. Universidad de Huelva .....	305

	Pág.
EL TRASLADO DE SOLICITANTES DE ASILO A ESTADOS MIEMBROS CON CONDICIONES MENOS FAVORABLES, por María del Carmen CHÉLIZ INGLÉS. Universidad Isabel I .....	319
NUEVAS PROPUESTAS DE LA UNIÓN EUROPA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN Y ASILO: LA CREACIÓN DE PLATAFORMAS DE DESEMBARCO EN LIBIA, por Lorena María CALVO MARISCAL. Universidad de Cádiz.....	329
LAS MUJERES COMO SUJETOS DE DERECHOS POR LA DOCTRINA <i>IUSINTERNACIONALISTA</i> , por Cristina María ZAMORA GÓMEZ. Universidad de Sevilla .....	341
EPÍLOGO. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES FAMILIARES DE ESPAÑOLES QUE NO HAN EJERCIDO LA LIBRE CIRCULACIÓN. ¿ES NECESARIA UNA NORMATIVA ESPECÍFICA?, por Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ.....	349

## Prólogo

*Esta obra es el resultado de los trabajos de las distintas conferencias, ponencias, comunicaciones y actualizaciones que se presentaron en el Congreso internacional de investigadores en inmigración y asilo, que tuvo lugar el 13 de junio de 2019, en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rovira i Virgili. En atención a ello, la obra se estructura en dos partes. Una primera parte dedicada a las conferencias y ponencias invitadas y una segunda parte en la que se incluyen las comunicaciones.*

*Este Congreso responde al espíritu de una red, fáctica en sus inicios, de unos jóvenes investigadores en inmigración y asilo, que nació a principio del nuevo milenio, y que ha promovido y afianzado distintos encuentros de investigación, materializados en seminarios, jornadas y congresos, que se han ido sucediendo en el tiempo y que han sido apadrinados con la intervención de reconocidos ponentes. Así, la Universidad de Barcelona, la Universidad de Girona, la Universidad de Huelva, la Universidad Pontificia de Comillas y la Universidad de Valencia, han sido anfitrionas de estos encuentros, resultando ser la Universidad Rovira i Virgili sede oficial en 2019.*

*En estos espacios, sus promotores y promotoras, que han ido consolidando con rigurosidad y merecido reconocimiento su trayectoria profesional investigadora a lo largo de todos estos años, han abierto también caminos para compartir la investigación con los nuevos jóvenes, y han tomado, en este último Congreso, tras un tiempo de reflexión adecuado y necesario, el compromiso de avanzar en constituirse como asociación. Una asociación revestida de un carácter multi e interdisciplinar que ha caracterizado siempre, desde una perspectiva jurídica, a este grupo de investigadores e investigadoras, gestándose con posterioridad al Congreso dicha asociación, cuestión sobre la cual nos complace poder anunciar la reciente creación de la Asociación para la Investigación del Derecho de Asilo y Migratorio (AIDAM).*

*En atención al objeto del libro, los retos actuales en materia de inmigración, asilo y ciudadanía, no puede negarse que cuando hablamos de inmigración, asilo, refugiados, ciudadanía y libre circulación de personas en el contexto jurídico de la Unión Europea, nos movemos en un amplio abanico de realidades que en la obra se abordan desde distintas perspectivas; Unión Europea, internacional, nacional y comparada. Todo ello nutre la investigación jurídica, en un escenario de retos nuevos y heredados, en el que continuamente se evalúa el Derecho de la Unión Europea, así como la com-*

*patibilidad de las medidas nacionales, y en el que la técnica argumentativa de los tribunales supranacionales no nos deja indiferentes e influye en la jurisprudencia nacional y comparada.*

*Así, la inmigración regular e irregular, la integración, las medidas de protección internacional, la crisis de los refugiados, el marco normativo, la gestión de las fronteras, el régimen jurídico de extranjería, la configuración del estatuto de ciudadanía o los logros o las barreras a la libre circulación de personas, el espacio judicial europeo en la cooperación civil, entre otros, se presentan como los grandes protagonistas de este escenario en el que también cabe reflexionar sobre los retos en y tras la Agenda Europea de Migración.*

*Con este objeto, las contribuciones de la obra proporcionan un marco adecuado que invita a la reflexión en pro a realizar un balance sobre las luces y las sombras que planean en los avances realizados en estas cuestiones y a abrir nuevos senderos de investigación jurídica a los retos que en inmigración, asilo y ciudadanía se plantean en el siglo XXI.*

*No podemos finalizar esta presentación sin dejar de manifestar nuestro agradecimiento al Colegio Notarial de Catalunya que, con su ayuda, ha hecho posible la publicación de la obra.*

Diana MARÍN CONSARNAU  
Tarragona, 31 de julio de 2020

# Derechos de los inmigrantes en la jurisprudencia del TJUE

Roberto CIPPITANI  
*Catedrático de Bioderecho*  
*Universidad de Perugia*  
*Catedrático Jean Monnet*

**SUMARIO:** I. LA CRISIS MIGRATORIA EN EUROPA COMO CRISIS LEGISLATIVA.—II. LEGISLACIÓN NACIONAL ANTE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SUPRANACIONALES.—III. EL ESTATUS EUROPEO DE CIUDADANO MIGRANTE.—IV. LA METODOLOGÍA INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.—V. EL ROL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA ELABORACIÓN DE LOS ESTATUS EUROPEOS.

## I. LA CRISIS MIGRATORIA EN EUROPA COMO CRISIS LEGISLATIVA

La así llamada crisis migratoria en Europa en realidad es un fenómeno fisiológico y que, sin la retórica populista, se podría gobernar.

Para un bloque económico-jurídico de unos 500 millones de habitantes<sup>1</sup>, con la economía más grande del mundo (con un tamaño de 13,5 mil millones de euros, mientras la economía de Estados Unidos vale 12,6 mil millones de euros; la de la China 7,1; de Japón 3,7 y de Rusia 1,6), no tendría que ser un problema la presencia de 22 millones de ciudadanos no comunitarios (que representan el 4,2 por 100 de la población), ni tampoco de inmigrantes irregulares (entre el 0,26 y 0,74 por 100 de la población de la Unión Europea). Para hacer una comparación, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en Estados Unidos se encuentran como 11,3 millones de inmigrantes irregulares (3,5 por 100 de la población de Estados Unidos, es decir, 325 millones)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> 511,5 millones de habitantes al 1 de enero de 2017 (*fuente:* Eurostat, [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population\\_structure\\_and\\_ageing/es](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es)).

<sup>2</sup> Véase D. MANCINO, *Immigrazione irregolare: quanti sono i clandestini?*, 14 de julio de 2018, en *ilsole24ore.com*, que hace referencia a los datos de la OCDE.

Cabe recordar que Europa siempre ha conocido fenómenos migratorios y, obviamente, los europeos siempre han emigrado a otros continentes.

Al contrario de lo que se afirma en la narración oficial, y no solo de los partidos xenófobos, la migración presente es una situación fisiológica y, sobre todo, no es necesariamente un problema, sino una ocasión de desarrollo para un continente caracterizado por un envejecimiento de la población, debido por un crecimiento de la longevidad y, por otro lado, por el descenso continuado de los niveles de fertilidad.

Por tanto, el problema no es tanto la migración, sino la reacción irracional y descompuesta de los políticos y, en consecuencia, la inadecuación de las normas y de otras medidas que se adoptan en consecuencia.

Siendo la migración un tema (más que un problema) de nivel continental, sería lógico que la cuestión principal sea de nivel comunitario. Y, en efecto, dicho tema forma parte de la política europea de libertad, seguridad y justicia, compartida entre Unión Europea y Estados miembros (art. 4 TFUE).

La Unión Europea puede desarrollar, además de una política común en materia de asilo, una política común de inmigración (art. 78 TFUE), destinada a garantizar, en todas las fases, el respeto de los derechos de los inmigrantes. Sin embargo, la Unión no debe afectar al poder de los Estados miembros a determinar los volúmenes de admisión de los nacionales de países terceros (art. 79 TFEU).

En efecto, la Unión gestiona de manera general el fenómeno migratorio a través de fuentes como los reglamentos «Dublín» [Reglamento 343/2003 y Reglamento (UE) núm. 604/2013], que determinan los criterios para establecer qué Estado tiene la responsabilidad de examinar la solicitud de asilo.

Pero este sistema deja a cada Estado una gran discrecionalidad y produce ineficiencias y contradicciones, porque pone a cargo de los países del sur de Europa (España, Grecia e Italia), y que reciben la mayoría de inmigrantes, el mayor peso de la acogida, aunque estos países no sean los de preferencia en el destino de los ciudadanos de terceros países, que, al contrario, son los países del norte Europa (por razones económicas, una mayor disponibilidad de trabajo o porque el país de primera acogida tiene criterios más estrictos para conceder el asilo).

La respuesta de los Estados europeos a la inmigración ha sido local y fragmentaria.

En muchos países, como Alemania o España, no se aplican normas con relación a la reunificación familiar, permiso de residencia y, en el caso de Francia, se ponen en marcha repatriaciones sumarias y denegación de asilo en la frontera alpina con Italia, y en la frontera con España. En general se pone en evidencia el uso generalizado de formas de detención, incluso de niños, y la falta de atención adecuada para los migrantes y las personas con discapacidad.

Por otra parte, prácticamente todos los países de la Unión Europea han aprobado una legislación de «crisis» en materia de inmigración que contiene normas especiales, que en la mayoría de los casos constituyen medidas punitivas para los inmigrantes, incluso los que deberían ser protegidos porque pueden ser calificados como refugiados (en base a normas internacionales como la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951).

El caso emblemático es lo de Italia, que nunca ha tenido una verdadera política sobre los fenómenos migratorios<sup>3</sup>, y que, al contrario, ha adoptado reglas cada vez más restrictivas, resultado de verdaderas o presuntas situaciones de emergencia<sup>4</sup>.

En particular cabe recordar los últimos «decretos para la seguridad» ideados por el entonces ministro del Interior Salvini (y que han estado en vigor hasta el final de 2020 no obstante el cambio de gobierno) que prevenían, por un lado, la derogación *de facto* de la protección por motivos humanitarios (Decreto Ley núm. 840/2018) y la introducción de una especie de «crimen de solidaridad»<sup>5</sup> (véase el Decreto Ley núm. 53, de 14 de junio de 2019) que castigaba con una multa de hasta 50.000 euros y con la confiscación de los buques, los capitanes y los armadores en caso de búsqueda y salvamento de personas en mar.

Se trataba de una legislación que no soluciona la cuestión y, al contrario, la empeora: pero, quizá, esto era el objetivo final desde el punto de vista político<sup>6</sup>.

## II. LEGISLACIÓN NACIONAL ANTE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SUPRANACIONALES

Aparte de la ineficiencia del «sistema Dublín», las medidas de los Estados en materia de inmigración no cumplen de manera adecuada con las normas y los principios europeos.

En efecto, se trata de medidas contrarias a los principios en que está construido todo el sistema jurídico europeo. Basta leer el boletín que la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (FRA) realiza trimestralmente sobre «*Migration: key fundamental rights con-*

<sup>3</sup> Entre los demás, véase M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri*, Roma, Carocci, 2018.

<sup>4</sup> Véanse los asuntos citados en R. CIPPITANI y V. COLCELLI, «Public and Private Enforcement of Social Rights», en R. GUTIÉRREZ SILVA (ed.), *Issues in the Justiciability of the Right to Health*, Bogotá, Ediciones UCC, pp. 80-104, esp. pp. 92 y ss.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, S. BONTEMPELLI, «I reati di solidarietà in Italia e in Europa», *Cronache di ordinario razzismo. Quarto Libro Bianco sul razzismo in Italia*, Roma, Lunaria, 2017, pp. 37 y ss.

<sup>6</sup> Como se puede leer en la prensa italiana. Véase, por ejemplo, G. BUCCINI, «Quanti migranti irregolari in Italia?», *corriere.it*, 2 de mayo de 2019, que afirma que por efecto del «decreto seguridad» en Italia los inmigrantes sin permiso de residencia aumentarán en 137.000 en los siguientes dos años.

*cerns*» para darse cuenta de la larga lista de disposiciones nacionales que se refieren a la inmigración, en realidad, tienen un enfoque exclusivamente punitivo y restrictivo de las libertades fundamentales<sup>7</sup>.

Muchas legislaciones nacionales no respetan normas de nivel constitucional europeo, como el art. 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que recoge, por vez primera a nivel europeo, el derecho de asilo; y como el art. 19 de la Carta, que prohíbe el retorno de una persona a una situación de temor justificado de persecución o de riesgo real de tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes (principio de no devolución).

Las leyes nacionales tampoco cumplen con los instrumentos internacionales aceptados, como es el caso de la legislación italiana antes mencionada, que violaba las normas en materia de rescate en mar<sup>8</sup> o con principios fundadores de la Unión Europea, como la solidaridad<sup>9</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las cortes nacionales dictan continuamente decisiones que muestran la ilegitimidad en muchos aspectos de la legislación en tema de inmigración. Especialmente en tema de expulsión o de tratamiento de los inmigrantes.

A nivel nacional, por ejemplo, el Tribunal Constitucional francés el 6 de julio de 2018 ha establecido que no cumplen con el principio de «*fraternité*» las normas que sancionan la ayuda a los inmigrantes<sup>10</sup>.

A nivel europeo, entre muchas sentencias, se puede citar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase entre otras la sentencia en los asuntos acumulados C-391/16, C-77/17 y C-78/17 planteados por Bélgica y la República Checa), que prevé que los Estados miembros no pueden devolver automáticamente a los migrantes después de haber cometido un delito, si eso los coloca en grave peligro en sus países de origen.

O el caso *Sh. D. y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Norte Macedonia, Serbia y Eslovenia* en relación con las condiciones de vida en Grecia de cinco niños migrantes no acompañados procedentes de Afganistán, respecto al cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que las autoridades nacionales incumplieron su obligación de proteger a los demandantes, que eran particularmente vulnerables debido a su edad. En particular, que estaba en contra de los principios del sistema europeo de protección de los derechos humanos la «detención preventiva» de tres solicitantes.

---

<sup>7</sup> Se ha consultado especialmente el número por el periodo 1 de abril-30 de junio de 2019.

<sup>8</sup> Véase la síntesis contenida en el documento de la Organización Marítima Internacional (OMI), International Chamber of Shipping (ICS) y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Salvamento en el mar*. Una guía sobre los principios y prácticas aplicables a refugiados y migrantes, enero de 2015.

<sup>9</sup> Véase R. CIPPITANI, *La solidarietà tra pubblico e privato*, Roma-Perugia, ISEG, 2010.

<sup>10</sup> Véase J. PASCUAL, «Aide aux migrants: le Conseil constitutionnel consacre le “principe de fraternité”», *Le Monde*, 6 de julio de 2018.

En otras sentencias se declaran ilegítimas (por contrariedad al derecho a la vida privada y familiar, reconocida por el art. 8 CEDH) la denegación del permiso de residencia con fines de reagrupación familiar (véase *Abokar c. Suecia*).

### III. EL ESTATUS EUROPEO DE CIUDADANO MIGRANTE

Cabe subrayar además que afirmar la violación de los derechos fundamentales de muchas normas en materia de inmigración, la jurisprudencia europea y nacional y la normativa comunitaria están identificando un estatus de inmigrante, o mejor, de ciudadano de países terceros.

En primer lugar, parece difícil negar a los ciudadanos de países terceros el disfrute de los derechos fundamentales previstos en la Carta de Niza y en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (en adelante CEDH).

Al respecto de los derechos fundamentales, estos constituyen un límite para la apreciación de los Estados en materia de asilo. Los Estados pueden decidir si conceder o no conceder a los extranjeros acceso a su territorio, pero deben respetar el Derecho de la Unión Europea, el CEDH y las garantías aplicables relativas a los derechos humanos. En particular los Estados deben permitir la entrada de una persona si ello es una condición necesaria para que esa persona ejerza alguno de los derechos que el Convenio le garantiza, y en particular el derecho al respeto de la vida familiar<sup>11</sup>.

Según la sentencia del Tribunal de Justicia, *M.*, de 14 de mayo de 2019, las disposiciones del art. 14, apartados 4 a 6, de la Directiva 2011/95/UE (por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida) no pueden interpretarse en el sentido de que la revocación del estatuto de refugiado o la denegación de su concesión tienen por efecto privar al nacional de un tercer país o al apátrida en cuestión de la condición de refugiado, en el sentido del art. 1, Sección A, de la Convención de Ginebra, y, por tanto, excluirlo de la protección internacional que el art. 18 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Las personas comprendidas en alguno de los supuestos contemplados en el art. 14, apartados 4 y 5, de la Directiva 2011/95/UE no pueden en cambio, en virtud del art. 21, apartado 2, de esta directiva, ser devueltas si las pusiera en riesgo de que se violen sus derechos fundamentales consagrados en los arts. 4 y 19, apartado 2, de la Carta UE.

En segundo lugar, en los últimos años la interpretación del Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos va reconociendo a los inmigrantes importantes situaciones jurídicas subjetivas.

<sup>11</sup> TEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, núm. 9214/80.