



¿POR QUÉ SON PROBLEMÁTICOS Y PERJUDICIALES LOS ESFUERZOS QUE REALIZA LA COMISIÓN POR VINCULAR EL ASILO CON PROCEDIMIENTOS DE RETORNO?

Documento informativo

¿Por qué son problemáticos y perjudiciales los esfuerzos que realizan las comisiones por vincular el asilo con procedimientos de retorno?

En los últimos [años](#), las políticas de migración de la UE se han centrado en aumentar la tasa de retornos de forma sistemática. Además, este enfoque se basa en la creencia errónea de que la única opción que tienen las personas indocumentadas es regresar a sus países de origen, ya sea de manera «voluntaria» o por la fuerza. El Pacto sobre Migración y Asilo de la UE se construye sobre esta suposición y pretende que se implante en todos los procedimientos de inmigración y asilo. Existen tres propuestas recientes que van un paso más allá, ya que dan por sentado que todas aquellas personas que llegan o residen en la Unión Europea de manera irregular, y cuyas solicitudes de asilo no prosperan, deben regresar inmediatamente a su país de origen o ser deportadas. Estas propuestas son la [refundición de la Directiva de Retorno](#), [Reglamento sobre el control](#) y la [modificación del Reglamento sobre Procedimientos de Asilo](#).

En realidad, las personas continúan en una situación de residencia irregular por diversas razones y, de hecho, es posible que tengan otros fundamentos para su residencia que sean distintos a una solicitud de asilo. De acuerdo con algunas estimaciones oficiales, alrededor de [300 000 personas](#) al año no pueden regresar de la UE por diferentes motivos, entre los que se encuentran los derechos humanos y las consideraciones de hecho. Además, aparte de la protección internacional (p. ej. protección de asilo y protección subsidiaria), existen [60 estatutos nacionales de protección en la Unión Europea](#). Las propuestas que se han realizado en relación a este Pacto corren el riesgo de cerrar casi por completo el acceso a estos y otros permisos de residencia a nivel nacional.

Mensajes clave:

- Conforme al derecho internacional y de la Unión Europea, existen **varios motivos, al amparo de los derechos humanos, por los que no se puede expulsar a personas que no cumplan con los requisitos para el asilo**. Por ejemplo, el principio de no devolución, el respeto de la vida privada y familiar, el interés superior del menor y la prohibición de la detención arbitraria de personas (véase [Anexo 1](#)).
- Además, **se deben tener en cuenta una serie de circunstancias que escapan al control de un individuo y que hacen que no sea posible su expulsión o retorno** (véase [Anexo 2](#)).
- **La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea contemplan diferentes vías para proporcionar una condición regular**, ya sea temporal o permanente, a las personas que se encuentran en situación irregular (p. ej. permisos por razones humanitarias, médicas o familiares o por el interés superior del menor entre otros). En 2020, la Red Europea de Migración identificó 60 estatutos nacionales de protección en el Reino Unido, Noruega y 23 Estados miembros. Estos permisos suelen ser evaluados al margen de los procedimientos de asilo.
- **La propuesta de refundición de la Directiva de Retorno y el Pacto sobre Migración y Asilo de la UE cerrarían prácticamente el acceso a estos permisos de residencia nacionales.**
- **Es fundamental que la legislación de la UE no restrinja el acceso a estas vías y que los Estados miembros las mejoren y las difundan en función de las realidades que se den en el país (véase la sección de recomendaciones).**

Breve resumen de los permisos que corren el riesgo de volverse inaccesibles

Varios Estados miembros de la UE contemplan diferentes vías para proporcionar una condición regular, ya sea temporal o permanente, a las personas que se encuentran en situación irregular. Estas vías no se corresponden con un enfoque binario de asilo o retorno.

Diecisiete Estados miembros de la UE [conceden permisos de residencia](#) por razones humanitarias.¹ Asimismo, en al menos siete Estados miembros, existen estatutos específicos basados en el principio de no devolución.²

Igualmente, [doce](#) Estados miembros de la UE conceden permisos de residencia temporal por **razones médicas**.³ La legislación de al menos [cinco](#) Estados miembros de la UE concede permisos especiales para **víctimas de violencia doméstica indocumentadas**.⁴ [Ocho](#) Estados miembros disponen de **mecanismos de regularización accesibles a niños, jóvenes y familias**.⁵ Y, por último, [seis](#) Estados miembros tienen **procedimientos para personas apátridas**.⁶

Algunos países también conceden [permisos de residencia](#) basados en factores como duración de la estancia, empleo, asistencia escolar y otro tipo de vínculos sociales.

Otros Estados miembros conceden permisos de residencia a [víctimas de delitos](#) (p. ej. violencia doméstica, trata de seres humanos o condiciones laborales de explotación) para que puedan buscar protección, denunciar los abusos de manera segura y tener derecho a una compensación. El marco jurídico de la UE exige o fomenta la concesión de permisos en ciertas circunstancias, sobre todo a **víctimas de violencia doméstica** en situación de dependencia ([Directiva para los Derechos de los Ciudadanos](#) y [Directiva para la Reagrupación Familiar](#)), **víctimas de trata de seres humanos** ([Directiva del Permiso de Residencia](#)), y de **explotación laboral** ([Directiva sobre las Sanciones a Empleadores](#)).

Los distintos permisos se basan en criterios que no siempre se corresponden con el procedimiento de asilo. Aproximadamente [la mitad de los 60 estatutos de protección nacional](#) que existen en la UE, en realidad, son revisados por autoridades distintas a las que tramitan las solicitudes de asilo y, en muchos casos, no forman parte del procedimiento de protección internacional. El procedimiento para determinar la condición de refugiado, que es la base del procedimiento de asilo, evalúa si el individuo ha sufrido o tiene riesgo de sufrir acoso por su «raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política», así como de sufrir lesiones graves, conforme a su definición en el artículo 15 de la [Directiva de Reconocimiento de Refugiados y Apátridas](#). Lo que no se suele tener en cuenta es si el interés superior del desarrollo y el bienestar a largo plazo del menor es quedarse en ese país o volver a un tercer país, si las personas se enfrentan al riesgo de sufrir lesiones graves cuando sean deportadas o devueltas a un tercer país, o si su estado de salud les permite regresar. Tampoco se tienen en consideración los vínculos privados o familiares que tengan en el país (en especial, a aquellas que hayan estado viviendo en la UE durante algunos años) ni si pueden optar a otros permisos de residencia a nivel nacional.

1 Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, España, Finlandia, Grecia, Irlanda, Italia, Malta, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca y Suecia.

2 Chipre, Eslovenia, España, Hungría, Italia, Polonia y República Checa.

3 Alemania, Bélgica, España, Finlandia, Grecia, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca y Suecia.

4 España, Francia, Grecia, Italia y Países Bajos.

5 Bélgica, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

6 Bulgaria, España, Francia, Hungría, Italia y Letonia.

El impacto de las nuevas propuestas

La propuesta de refundición de la Directiva de Retorno y el Pacto sobre Migración y Asilo de la UE contemplan el asilo y el retorno como si fueran los dos únicos procedimientos aplicables a personas indocumentadas.

Propuesta de refundición de la [Directiva de Retorno](#)

artículo 8 (6): Los Estados miembros deberán emitir una decisión de retorno inmediatamente después de adoptar una determinación por la que se pone fin a la estancia legal de un nacional de un tercer país, por la que no se concede la condición de refugiado nacional de un tercer país o un estatus de protección subsidiaria de conformidad con el Reglamento (UE) .../... [Directiva de Reconocimiento de Refugiados y Apátridas].

Propuesta para el [Reglamento para el Control de Nacionales de Terceros Países en Fronteras Exteriores](#)

artículo 14: Los nacionales de terceros países, a los que se refiere el artículo 3 (1) apartados (a) y (b) de este Reglamento, que no hayan solicitado protección internacional, y con respecto a los cuales el control no haya demostrado que cumplen las condiciones de entrada establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399, deberán ser remitidos a las autoridades competentes para que apliquen los procedimientos relativos a la Directiva (UE) 2008/115/CE (Directiva de Retorno). En casos que no estén relacionados con operaciones de búsqueda o rescate, la entrada podrá ser denegada según lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento 2016/399.

Propuesta para la [modificación del Reglamento sobre Procedimientos de Asilo](#)

artículo 35 (a): Cuando una solicitud sea denegada por inadmisibile, infundada o manifiestamente infundada en relación con la condición de refugiado y el estatus de protección subsidiaria o por haber sido retirada implícita o explícitamente, los Estados miembros deberán emitir una decisión de retorno que respete la Directiva XXX/XXX/EU (Directiva de Retorno).

artículo 41 (a): A los nacionales de terceros países y las personas apátridas, cuyas solicitudes sean denegadas en el contexto del procedimiento al que se refiere el artículo 41, no se les permitirá entrar en el territorio del Estado miembro.

Los artículos anteriores muestran que el Pacto proyecta la protección internacional o el retorno como las dos únicas opciones. Se podría argumentar que el artículo 6 (4) de la Directiva de Retorno, que contempla que la posibilidad de conceder permisos por razones humanitarias, compasivas o de otros tipos en cualquier etapa del proceso, seguiría siendo aplicable. En la práctica, **esto solo podría darse después de haber emitido una decisión de retorno**, porque los estados estarían obligados a adoptar una decisión de retorno justo después de haber analizado la solicitud de asilo. Además, **la única forma de solicitar otros permisos sería presentando una apelación contra la decisión de retorno**. De igual modo, en el nuevo Pacto, la posibilidad de presentar una apelación contra una decisión de retorno tiene algunas limitaciones:

- Imposibilidad de tener acceso a un abogado durante el procedimiento de control (esto se agrava para los menores no acompañados, a quienes no se les asignará ningún tutor legal durante dicho procedimiento).
- Los plazos para presentar apelaciones contra la denegación de una solicitud de asilo o la emisión de una decisión de retorno son extremadamente cortos.
- No hay efecto suspensivo automático de la apelación, es decir, las personas podrán ser deportadas antes de que se tome una decisión sobre su apelación.

Esto iría en contra del principio de eficiencia, ya que llevaría a los individuos a buscar compensaciones judiciales, pues es la única manera de imponer sus derechos; lo que sería similar a drenar los ya escasos recursos de muchos sistemas judiciales.

Asimismo, las decisiones de retorno no se pueden ejecutar porque hacerlo supondría su devolución, por razones administrativas o de cualquier otro tipo. Invertir en una toma de decisiones de buena calidad antes de emitir las decisiones de retorno reduciría de manera descomunal la cantidad de decisiones de retorno no ejecutables y evitaría el sufrimiento de muchas personas.

Recomendaciones

Un sistema de migración que **respete los derechos fundamentales de todas las personas aseguraría la concesión de permisos de residencia a nivel nacional**. Un sistema justo y eficiente **no tendría a cientos de miles de personas en el limbo**. Sugerimos a los Estados miembros que evalúen de forma comprensiva las consideraciones relativas a los derechos fundamentales (incluidos la asistencia sanitaria, los vínculos privados y familiares, los intereses superiores de los menores y la no devolución, entre otros) y si los nacionales provenientes de un tercer país cumplen los requisitos para solicitar un permiso de residencia autónoma o cualquier otro tipo de autorización que le conceda el derecho a quedarse **antes** de que se emita la decisión de retorno. Para los menores, esto significa que se incorporaría un procedimiento formal, individual y completamente documentado con el que se investigarían todos los aspectos de la situación del menor y se valorarían todas las posibilidades con el objetivo de encontrar una solución⁷ duradera que sea por el interés superior del menor (véase Anexo 1).

Esto requiere:

- La modificación del considerando 7 y del artículo 8 (6), de la refundición de la Directiva de Retorno ([véanse las enmiendas propuestas 489 y 499](#))
- La modificación de los considerandos 31 (a) y 40 y del artículo 35 (a) del Reglamento sobre el Procedimiento de Asilo.
- La modificación del considerando 5 y del artículo 14 del Reglamento para el Control de Nacionales de Terceros Países en Fronteras Exteriores.

Ejemplo de una posible modificación (*refundición de la Directiva de Retorno*)

artículo 8 (6): Los Estados miembros deberán emitir una decisión de retorno inmediatamente después de adoptar una determinación por la que se pone fin a la estancia legal de un nacional de un tercer país, por la que no se concede la condición de refugiado nacional de un tercer país o un estatus de protección subsidiaria de conformidad con el Reglamento (UE) .../... [Directiva de Reconocimiento de Refugiados y Apátridas], **teniendo en consideración que el solicitante no cumple los requisitos necesarios para solicitar un permiso de residencia o cualquier otra autorización que le conceda el derecho a quedarse por motivos humanitarios, compasivos u otras razones que se contemplen en el marco jurídico nacional aplicable y que su retorno no supone ningún riesgo de violar el principio de no devolución ni cualquier otro**

⁷ Estas son algunas de las posibles soluciones duraderas: integración en el país de residencia, integración en el país de retorno o integración en un tercer país (p. ej. reagrupación familiar). Para saber más acerca de las soluciones duraderas y cómo identificarlas, www.picum.org/durable-solutions

deber en materia de derechos fundamentales, según lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales y en otras obligaciones internacionales y de la UE. Cuando se trata de un menor, solo debe adoptarse una decisión de retorno si se considera que dicho retorno se corresponde con el interés superior del menor, de acuerdo con el procedimiento de interés superior. Estos motivos se deben evaluar a nivel individual antes de que se emita una decisión de retorno.

Esto obedecería a la [Resolución](#) del Parlamento Europeo sobre la implementación de la Directiva de Retorno (2019/2208(INI)), que «destaca la importancia de agotar con éxito las opciones previstas en la Directiva para ejecutar las decisiones de retorno, haciendo hincapié en el retorno voluntario; [...] subraya el hecho de que conceder permisos de residencia a individuos que no pueden regresar a su país de origen podría ayudar a prevenir estancias irregulares prolongadas, reducir la vulnerabilidad a la explotación laboral y facilitar la inclusión social de las personas y su contribución a la sociedad. Señala que también ayudaría a sacar a esas personas del limbo administrativo en el que se encuentran estancadas» (apartado 23).

Para cualquier duda, por favor, contacte con Marta Gionco, funcionaria de apoyo: marta.gionco@picum.org

ANEXO 1: Principales motivos de derechos humanos por los que no sería posible el retorno

No devolución

La [legislación](#) internacional prohíbe a los Estados expulsar a las personas de su jurisdicción y llevarlas a sitios donde puedan correr el riesgo de sufrir agresiones que supongan una violación grave de los derechos humanos, entre los que se encuentran la persecución, la tortura, el maltrato o cualquier otra violación de los derechos fundamentales, o de una nueva transferencia a un tercer país en el que exista un riesgo real de tales violaciones. El principio de no devolución exige que el Estado evalúe los casos de manera individual. Toda decisión de deportación deberá ser revisada en virtud de este principio y la apelación contra una decisión de retorno que pueda llevar a una violación de dicho principio deberá tener siempre efecto [suspensivo](#).

Uno de los pilares del principio de no devolución es la **prohibición de los malos tratos y la tortura** (artículo 3: [Saadi c. Italia](#), [Convención Europea de los Derechos Humanos](#)) Para ello, es necesario establecer procedimientos adecuados para evaluar el riesgo de devolución ([Aquad c. Bulgaria](#)).

El principio de no devolución también exige que los Estados evalúen el impacto de los procedimientos de retorno en la **condición médica del individuo y la situación sanitaria del país en general**. En este sentido, los Estados tienen la obligación de evaluar el impacto de la deportación en el solicitante y considerar cómo evolucionaría la condición de dicho solicitante después de su transferencia al país receptor ([Paposhvili c. Belgium](#)). Esto debe evaluarse dependiendo del caso con el que se trate.

Al evaluar si el retorno o la deportación equivaldría a la no devolución, los Estados también deberían tener en cuenta el **estado de salud mental del individuo**. ([A.H.G. v Canadá](#), [Aswat c. Reino Unido](#), [Savran c. Denmark](#), App. No. 57467/15 Eur. Ct. H.R. (2019))

En [Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve c. Moussa Abdida](#) (2014), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclaró que la ejecución de una decisión de retorno que implique la deportación de un nacional originario de un tercer país que padezca una enfermedad grave a un país donde el tratamiento necesario no se encuentre disponible y pueda provocarle daños graves e irreparables puede constituir una infracción del artículo 5 de la Directiva 2008/115 (apartados 49 y 50).

El principio de no devolución también prohíbe a los Estados deportar a individuos cuando haya riesgo de diferentes tipos de violación o trasgresión de los derechos humanos, en los que se incluyen formas graves de violencia de género (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, [Recomendación General núm. 32](#), apartado 23), el confinamiento en solitario prolongado (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [Observación general núm. 20](#), apartado 6) y las condiciones de vida degradantes (TEDH, [MSS c. Bélgica y Grecia](#)).

Respeto de la vida privada y familiar

Sobre la base del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales y el artículo 5(b) del Real Decreto:

- En [Boultif c. Suiza](#) (apartado 48) y [M Üner c. Países Bajos](#) (apartado 58), el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos aclaró que cuando el retorno de un nacional de un tercer país implique la separación de su familia o cuando el individuo esté establecido en el país, los Estados deben tener en cuenta diferentes factores como la duración de su estancia, la situación familiar, la naturaleza de los delitos, el interés superior de los menores y la solidez de los lazos familiares, culturales y sociales que tenga en el país de residencia y en el país de origen ([Boultif c. Suiza](#); [M Üner c. Países Bajos](#)).

Los fundamentos de la política de inmigración no pueden considerarse justificación suficiente para negar el permiso de residencia a un familiar directo ([Rodrigues da Silva and Hoogkamer c. Países Bajos](#) y [Jeunesse c. Países Bajos](#)).

Sobre la base de los artículos 7, 20 y 24 (apartado 2) de la Carta de los Derechos Fundamentales:

- En varias ocasiones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que los menores ciudadanos de la UE que tengan padres indocumentados no pueden ser obligados a abandonar el territorio.
 - > En el caso [Zambrano](#), el Tribunal argumentó que, al no conceder un derecho de residencia derivado al padre nacional de un tercer país de un niño belga, Bélgica obligó al menor a abandonar el territorio de la UE, privando al menor de poder disfrutar de la esencia de los derechos que confiere el estatuto de ciudadano de la UE.
 - > En el [Chavez-Vilchez](#), el Tribunal clarificó que no basta con que los Estados miembros determinen que el menor puede vivir con el otro progenitor (ciudadano de la UE), sino que deben considerar si el progenitor nacional de un tercer país es el verdadero cuidador del menor y hasta qué punto depende este del progenitor. Además, mencionó que en la evaluación debían tenerse en cuenta los siguientes factores: si el otro progenitor puede hacerse cargo del menor, la edad del menor, el desarrollo físico y emocional del menor, la fuerza de los lazos afectivos entre el menor y sus progenitores y los riesgos que supondría la separación del menor y el progenitor nacional de un tercer país para su desarrollo y bienestar.
- En [K.A. y otros](#), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que, cuando se emite una decisión de retorno, incluso con respecto a un individuo al que se le ha prohibido la entrada al país, los Estados miembros deben tener en cuenta su vida familiar y, en especial, el interés superior del menor (véase también [Rendón Marín](#) y [Zambrano](#)).

Consideraciones sobre el interés superior del menor

Según la [Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño](#) (artículo 3) y la [Carta de los Derechos Fundamentales de la UE](#) (artículo 24), antes de emitir una decisión de retorno, se exige a los Estados que consideren, de manera fundamental, el interés superior de los menores a los que pueda afectar dicha decisión. Se trata de una premisa básica antes de ejecutar el retorno de cualquier menor, ya se encuentre no acompañado, separado o que pertenezca a un núcleo familiar, y exige la aplicación de procedimientos específicos en todo proceso de toma de decisiones.

Para los menores, esto supone un proceso individual, formal y plenamente documentado que examina todos los aspectos de la situación del menor y contempla todas las posibilidades para determinar qué solución duradera⁸ corresponde con en el interés superior del menor. Se debe llevar a cabo por un equipo multidisciplinar, independiente e imparcial que escuche y considere debidamente las opiniones del menor y proporcione o facilite el acceso a la información, el asesoramiento y el apoyo. Debe guiar una decisión razonada y documentada que pueda ser recurrida con efecto suspensivo. El procedimiento de evaluación del interés superior completo debe preceder siempre a la decisión de retorno para que se ajuste a las normas internacionales y a las necesidades de los menores. Para más información véase [Manual orientativo para respetar los derechos del menor en las políticas y prácticas de retorno - Enfoque en el marco jurídico de la UE](#), desarrollado por Unicef, la Organización Internacional para las Migraciones, Save the Children, ECRE, PICUM y Child Circle.

⁸ Estas son las posibles soluciones duraderas: integración en el país de residencia o en un tercer país (p. ej. reagrupación familiar). Para más información sobre soluciones duraderas y cómo identificarlas, www.picum.org/durable-solutions

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha determinado que las consideraciones generales del control migratorio no pueden primar sobre el interés superior del menor (Convención sobre los Derechos del Niño, [Observación general núm. 6](#)) y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha reprochado en dos ocasiones a los Estados miembros que no tengan debidamente en cuenta el interés superior del menor antes de denegar un permiso de residencia (entre otros, [Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. los Países Bajos](#) y [Jeunesse c. los Países Bajos](#)).

Prohibición de la detención arbitraria (artículo 5 del CEDH y artículo 6 de la CDF)

En [Othman c. GB](#), el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos fundamentó que la deportación de un individuo a un país en el que podría enfrentarse a una violación del artículo 5 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (derecho a la libertad y a la seguridad) y del artículo 6 del CEDH (derecho a un juicio justo), podría suponer una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ANEXO 2: Otras razones por la que el retorno voluntario no sería posible

Razones prácticas u obstáculos técnicos que impidan el retorno (p. ej. falta de la documentación necesaria para viajar).

Cuando viajar no es posible por razones médicas: En el [Código de Conducta](#) de Frontex para las operaciones e intervenciones de retorno que coordina y organiza Frontex se explica que una operación de retorno solo puede llevarse a cabo si el repatriado es «apto para viajar».

Condición de apátrida: Según el [Manual](#) sobre la Protección de las Personas Apátridas (2014) de ACNUR, la protección solo puede considerarse posible en otro país cuando la persona apátrida **pueda obtener u obtener de nuevo la nacionalidad** mediante un procedimiento simple, rápido y no discrecional, lo que es una mera formalidad, **o cuando posea un estatus de residencia permanente** en un país que fuera su lugar de residencia habitual con anterioridad, donde su retorno inmediato pudiera ser posible. En cualquier otra circunstancia, el retorno sería ilegal.

Problemas de protección: cuando se devuelve a las personas a un país que no es su país de origen o de residencia habitual anterior (p. ej. en caso de denegación de entrada en las fronteras exteriores de la UE), esto también representaría una violación del principio de no devolución.



SIGRID RAUSING TRUST



This report has received financial support from the European Union Programme for Employment and Social Innovation "EaSI" (2021-2027).

For further information please consult: <http://ec.europa.eu/social/easi>. The information contained in this publication does not necessarily reflect the official position of the European Commission.



Rue du Congres / Congresstraat 37-41, post box 5
1000 Brussels
Belgium
Tel: +32/2/210 17 80
Fax: +32/2/210 17 89
info@picum.org
www.picum.org