



Roj: **STS 4625/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4625**

Id Cendoj: **28079130052022100202**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **12/12/2022**

Nº de Recurso: **8806/2021**

Nº de Resolución: **1634/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CARLOS LESMES SERRANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, Sección 10ª, 30-11-2021 (rec. apelación 590/2021),
[ATS 9828/2022](#),
STS 4625/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.634/2022

Fecha de sentencia: 12/12/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8806/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.10

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 8806/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1634/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Octavio Juan Herrero Pina, presidente

D. Carlos Lesmes Serrano

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D.^a Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 12 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 8806/2021 interpuesto por don Pelayo, representado por la Procuradora doña Virginia Lobo Ruiz, bajo la dirección letrada de don Mario Fernández García, contra la sentencia 943/2021 de 30 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de apelación 590/2021, seguido contra la anterior sentencia 51/2021, de 4 de marzo de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid, dictada en el Procedimiento Abreviado 503/2019, tramitado a instancia de don Pelayo contra resolución de 7 de octubre de 2019 de la Delegación de Gobierno en Madrid, por la que se había acordado la expulsión del recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada en España durante un periodo de cinco años.

Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid se tramitó el en el Procedimiento Abreviado 503/2019, tramitado a instancia de don Pelayo contra resolución de 7 de octubre de 2019 de la Delegación de Gobierno en Madrid, por la que se había acordado la expulsión del recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada en los países a que se refiere el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen durante un periodo de cinco años.

En dicho procedimiento se dictó sentencia nº 51/2021, de 4 de marzo de 2021, desestimatoria del recurso interpuesto.

SEGUNDO.- Contra la citada sentencia, la representación procesal del recurrente interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Décima) y tramitado con el nº 590/2021.

En dicho procedimiento recayó sentencia 943/2021, de 30 de noviembre de 2021, cuyo fallo literalmente establecía:

"DEBEMOS DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el presente recurso de apelación interpuesto por la Procurador de los Tribunales Sra. D^a Virginia Lobo Ruiz en nombre de Pelayo contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de los de Madrid, en el seno del Procedimiento Abreviado nº 503/2019 por virtud de la cual se desestimó el recurso contencioso-administrativo que había sido interpuesto contra la resolución de fecha 7 de octubre de 2019 por la Sra. Delegada del Gobierno en Madrid en la que se acordó la expulsión del territorio nacional y la consiguiente prohibición de entrada en el mismo del ahora apelante durante un periodo de cinco años, resolución que confirmamos en todos sus pronunciamientos.

No hacemos pronunciamiento en orden a las costas de esta alzada."

TERCERO.- Notificada a las partes dicha sentencia, la representación procesal de don Pelayo preparó recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, quien tuvo por preparado dicho recurso mediante auto de 17 de diciembre de 2021 y emplazó a las partes ante este Tribunal Supremo con remisión de las actuaciones.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por auto de fecha 22 de junio de 2022 acordó que la cuestión planteada en el recurso, presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los siguientes términos:

" **1º) ADMITIR A TRÁMITE** el recurso de casación nº 8806/2021, preparado por la representación procesal de don Pelayo, contra la sentencia de 30 de noviembre de 2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Décima), por la que se desestima el recurso de apelación nº 590/2021, seguido contra la sentencia de 4 de marzo de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo

nº 29 de Madrid, que desestimó el p.a. nº 503/2019, interpuesto frente a la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid que acordó la expulsión del territorio nacional con la prohibición de entrada en España por un periodo de cinco años.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en: determinar la incidencia de la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España- en la situación del extranjero solicitante.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."

QUINTO.- La parte recurrente formalizó la interposición del recurso de casación mediante escrito presentado el 7 de julio de 2022, en el que suplicaba a la Sala que, con estimación del motivo invocado en el mismo, dictara sentencia estimatoria del presente recurso.

SEXTO.- Por providencia de 11 de julio de 2022 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que pudiera oponerse, habiendo presentado el Abogado del Estado en fecha 4 de octubre de 2022, escrito de oposición al recurso, suplicando a la Sala la confirmación de la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- No habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista pública y, al considerarla innecesaria atendiendo a la índole del asunto, quedó concluso el recurso y por providencia de fecha 17 de noviembre de 2022, se señaló para deliberación, votación y fallo el 29 de noviembre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El objeto del presente recurso de casación.

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

SEGUNDO.- La decisión administrativa.

La Delegada del Gobierno en Madrid dictó resolución el 7 de octubre de 2019 por la que acordaba la expulsión del territorio nacional de don Pelayo, nacional de Ucrania, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 5 años en los países a que se refiere el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, al amparo del art. 57.2 de la Ley 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España (en adelante LOEx), por haber sido condenado por delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de un año, cuatro meses y dos días de prisión por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 5 de Alcalá de Henares, por un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de dos años y tres meses de prisión por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Getafe y por un delito continuado de hurto a la pena de doce meses y 15 días de prisión.

TERCERO.- Las sentencias de instancia.

Consideraba la sentencia dictada en primera instancia que en la hoja histórico penal del recurrente aparecían muchos antecedentes por robo con fuerza en las cosas, algunos incluso en casa habitada, que el art. 241 del Código Penal castiga en abstracto con una pena de dos a cinco años de prisión; y aparece incluso un delito de robo con violencia, que el art. 242.1 del Código Penal castiga en abstracto con la misma pena que el anterior y todo ello sin contar el buen número de delitos de hurto, concluyendo que la resolución impugnada se había quedado corta a la hora de justificar la expulsión del demandante.

Añadía esta sentencia que no constaba en nuestro país arraigo de ningún tipo pues no se había probado que el recurrente hubiera sido autorizado en alguna ocasión a residir y trabajar en España. Tampoco que hubiera llegado a solicitar algún tipo de autorización; ni que contara con medios lícitos de vida para mantenerse, lo que

desmentía su amplio historial delictivo. Estos hechos conducen al juzgador a considerar que la conducta del recurrente es más bien constitutiva de una amenaza real, grave y actual para valores fundamentales en una sociedad democrática como la seguridad ciudadana y la tranquilidad pública, atentatoria incluso a derechos fundamentales como la integridad física y la intimidad familiar de sus posibles víctimas, lo que le permite concluir que la decisión de expulsarle resulta proporcionada.

Recurrida en apelación la sentencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la representación de don Pelayo reprocha a la resolución dictada la aplicación que hace del art. 57.2, pues sostiene que la penalidad prevista para los delitos de robo con fuerza es de uno a tres años, con lo que entiende que ninguno de los delitos enumerados entraría en el marco penológico en abstracto establecido en el art. 57.2 de la LOEx, de lo que deriva la invalidez de la resolución de expulsión, considerando que no es aceptable que la sentencia de instancia introduzca otras condenas del apelante no reflejadas en la resolución administrativa dado el carácter revisor de la jurisdicción.

La Sala de apelación valora esta argumentación pero termina desestimando el recurso en base a una doble consideración: Primera, que la expulsión a la que se refiere el art. 57.2 de la LOEX no tiene carácter sancionador por lo que la inclusión como títulos de imputación de delitos no contemplados en la resolución administrativa no implica una vulneración del principio acusatorio; Segunda, que tampoco tal inclusión ha producido indefensión a la parte por cuanto esas condenas por delitos cuya pena en abstracto superaba el año de prisión fueron introducidas en el debate procesal seguido en la instancia y conocido su contenido por el recurrente.

CUARTO.- La cuestión de interés casacional suscitada en este recurso.

Conforme a lo dispuesto en el auto de admisión dictado el 22 de junio de 2022 por la Sección Primera de esta Sala Tercera, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar:

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

Y, en consonancia con esta cuestión, las normas jurídicas que, en principio, habrían de ser objeto de interpretación en sentencia son las siguientes: la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."

QUINTO.- Planteamiento del recurso de casación.

El recurrente considera infringida la Orden PCM/170/2022, de 9 de Marzo, por la que se publicaba el acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de Marzo de 2022, por el que se amplía la PROTECCION TEMPORAL otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de Marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España.

Según su razonamiento, la sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid objeto de este recurso, al confirmar la resolución administrativa dictada en su día por la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 7 de Octubre de 2019, por la que se acordaba la expulsión del territorio nacional del recurrente, de nacionalidad ucraniana, al amparo de lo establecido en el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería - al haber sido condenado por Sentencia firme por delito doloso con pena de prisión superior a un año -, determina, si es desestimado ahora este recurso de casación, que don Pelayo sea inmediatamente expulsado de nuestro país. Esa expulsión sería contraria e incompatible a la protección temporal establecida para los ucranianos a raíz del hecho notorio de la situación de conflicto armado y de invasión de Ucrania por parte del ejército ruso.

Sostiene, por tanto, que la expulsión se encuentra vedada totalmente en virtud de lo establecido en la citada Orden PCM /170/2022, que acuerda ampliar la protección temporal - equivalente a la protección internacional o asilo - otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España.

Esta ampliación de la protección temporal proporcionada por la Orden PCM/170//2022 que concretamente afectaría, entre otras personas a "los nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania",

situación en la que se afirma se encuentra el recurrente, por lo que este tendría derecho a tal situación de protección internacional con el status de refugiado con carácter temporal, lo que resulta incompatible con la resolución administrativa de la Delegación del Gobierno dictada en Madrid el 7 de octubre de 2019 de expulsión y prohibición de entrada por un período de cinco años.

El recurrente finaliza su recurso interesando que se case y deje sin efecto la Sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de Noviembre de 2021, recaída en los referidos autos de Recurso de Apelación NO 590/2021, y previos los trámites preceptivos, se declare no ajustada a Derecho, y se anule, la citada Resolución administrativa de EXPULSION dictada en su día por la Delegación del Gobierno en Madrid.

SEXTO.- Alegaciones de la parte recurrida.

El Abogado del Estado recuerda, en primer lugar, que sobre el recurrente pesa una orden de expulsión del territorio nacional decretada por sentencia dictada con fecha 19 de junio de 2020 por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Alcalá de Henares en la causa n. 267/2019, por delito de robo con fuerza en las cosas, en la cual se le impuso la pena de un año y nueve meses de prisión e inhabilitación especial durante el tiempo de la condena, acordándose en la misma sentencia la medida de expulsión del territorio nacional durante cinco años, lo que ha sido tenido en cuenta por la sentencia de instancia que considera inatacable en esta Jurisdicción esa decisión.

En cuanto a la aplicabilidad en este proceso de la Orden de Presidencia (PCM/170/2022, de 9 de marzo) por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022, señala el representante de la Administración que las sentencias de instancia fueron dictadas con anterioridad a su aprobación sin que la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, de 4 de marzo, ni la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, comprendan expresamente dentro de su ámbito de aplicación a los ucranianos sobre los cuales pesa una orden de expulsión del territorio de los Estados miembros de la UE/España.

Añade, finalmente, que el régimen de protección temporal a los ucranianos no opera automáticamente sino que requiere la tramitación de un procedimiento que solo se inicia a solicitud de la persona interesada sin que haya constancia en el presente caso que el recurrente haya solicitado acogerse al régimen de la protección temporal. Por otro lado, la Directiva 2001/55/CE establece en su art. 28.1 que los Estados miembros podrán excluir a una persona de la protección temporal siempre que existan razones fundadas para considerar que la persona en cuestión representa un peligro para la seguridad del Estado miembro de acogida o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de dicho Estado miembro. Y en términos análogos se pronuncia el art. 12 del mencionado Reglamento sobre régimen de protección temporal. Régimen jurídico que goza de relevancia en el presente supuesto al constar en la sentencia apelada catorce condenas del recurrente por delitos contra la propiedad, aparte de los antecedentes y detenciones policiales por hechos similares a que se alude en el expediente administrativo. De manera que a la vista de las circunstancias del caso (existencia de expulsión decretada por el Juez penal y ausencia de solicitud de la protección temporal por el recurrente), ha de concluirse que ni la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 ni la Orden PCM/170/2022 han tenido incidencia en la situación del extranjero aquí recurrente ni en las resoluciones de expulsión del mismo.

SÉPTIMO.- El marco normativo relativo a la cuestión planteada.

A.- La Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001 , relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

Desde hace más de veinte años la Unión Europea ha establecido una política común en materia de asilo, protección subsidiaria, protección temporal y protección por razones humanitarias, con el fin de ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional, garantizándose el respeto del principio de no devolución. Esta política se ajusta a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y a su Protocolo de 31 de enero de 1967.

Para lo que aquí nos interesa, el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el uno de enero de 1999, facilitó la elaboración de una política común en materia de asilo para poder establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a los que, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la Unión Europea.

Fue el Consejo Europeo de Tampere en su reunión de los días 15 y 16 de octubre de 1999 el que decide construir un Sistema Europeo Común de Asilo, protección subsidiaria y protección temporal de desplazados, de resultados de la guerra de los Balcanes, que no se limita a establecer normas mínimas, sino que pretende crear un estatuto común de protección internacional, en beneficio de los nacionales de terceros Estados y apátridas que así lo

soliciten y se les reconozca. Este estatuto común tiene por objeto unificar los sistemas jurídicos nacionales y garantizar, en todo caso, el principio de no devolución (art. 78.1º TJUE).

El acuerdo sobre la cuestión de la protección temporal de las personas desplazadas se justifica en la incapacidad de los sistemas de asilo para gestionar una afluencia masiva de seres humanos, sin perjuicio del reconocimiento, futuro e individual, del estatuto de refugiado, de conformidad con la Convención de Ginebra y las normas expresadas en el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). El mecanismo de la protección temporal debe basarse según dichos acuerdos en la solidaridad entre los Estados miembros.

En ejecución de aquellos acuerdos políticos se aprobó inmediatamente después la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Según se recoge en la Directiva, esta protección temporal es compatible con las obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de derecho de los refugiados y además su finalidad es establecer unas normas mínimas, lo que permite a los Estados miembros ostentar competencias para establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, lo que resulta relevante en nuestro caso como luego veremos.

La existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas se constatará, según la Directiva, por una decisión del Consejo adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, decisión en la que, entre otros extremos, se debe determinar la aplicación de la protección temporal en todos los Estados miembros, la descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicará la protección temporal y la fecha en la que surte efecto.

También es de interés reseñar que la Directiva establece la posibilidad de excluir a una persona de la protección temporal, siempre que concurren algunos de los siguientes motivos justificados (art. 28):

- i) haber cometido un delito contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad, según se definen en los instrumentos internacionales elaborados para responder a tales crímenes;
- ii) haber cometido un grave delito común fuera del Estado miembro de acogida antes de su admisión en dicho Estado miembro como beneficiaria de protección temporal. La gravedad de la persecución que cabe esperar debe considerarse en relación con la naturaleza del delito presuntamente cometido por el interesado. Las acciones especialmente crueles, incluso si se han cometido con un objetivo pretendidamente político, podrán ser calificadas de delitos comunes graves. Esto es válido tanto para los participantes en el delito como para los instigadores de éste;
- iii) haberse hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Según el apartado b) de este artículo 28, cabe también la posibilidad de exclusión cuando existan razones fundadas para considerar que la persona en cuestión representa un peligro para la seguridad del Estado miembro de acogida o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de dicho Estado miembro.

A día de hoy, el artículo 67, apartado 2, y los artículos 78 y 80 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en su versión consolidada, son los que proporcionan la base jurídica de la Directiva en materia de protección temporal en el ámbito europeo.

B.- La Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del art. 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal.

No estando prevista en la Directiva la activación automática del mecanismo de protección temporal, la invasión a gran escala de Ucrania por parte de las fuerzas armadas rusas el 24 de febrero de 2022 y el desplazamiento masivo de personas a que dio lugar obligó al Consejo de la Unión Europea a impulsar dicho mecanismo previsto en la Directiva 2001/55/CE mediante esta Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022. Para lo que aquí nos interesa esta Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, fijó en su artículo 2, como ámbito de aplicación de la protección temporal, las siguientes categorías de personas desplazadas a partir del 24 de febrero de 2022 en adelante: a) nacionales ucranianos que residieran en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022; b) apátridas y nacionales de terceros países distintos de Ucrania que gozaran de protección internacional o de una protección nacional equivalente en Ucrania antes de 24 de febrero de 2022, y; c) miembros de las familias de las personas a las que se refieren las letras a) y b).

El 21 de marzo de 2022 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea una Comunicación de la Comisión Europea por la que se fijaban directrices operativas para la aplicación de la Decisión de Ejecución (UE)

2022/382. Es de interés para este pleito la relativa a la prueba de que se tiene derecho a la protección temporal contemplada en la Directiva 2001/55/CE, o a una protección adecuada en virtud del Derecho interno. Según esta directriz, la Decisión del Consejo no ha dispuesto un proceso de solicitud de protección temporal por lo que para ejercer los derechos vinculados a dicha situación solo tiene que acreditar su nacionalidad, su protección internacional o su estatuto de protección equivalente, su residencia en Ucrania o el vínculo familiar, según corresponda. El derecho a la protección temporal debe ser inmediato, sin perjuicio de que el Estado miembro pueda decidir que se cumplan determinados requisitos. En todo caso, la directriz señala que uno de los objetivos de la protección temporal es garantizar que el proceso sea rápido, reduciendo al mínimo las formalidades, bastando la presentación de la documentación que identifique a la persona interesada y pruebe su residencia.

En definitiva, la Unión Europea ha acordado facilitar la acogida indiscriminada de los refugiados procedentes de Ucrania sin exigirles la solicitud de asilo, acogiendo a la Directiva de Protección Temporal de 2001, aplicada por primera vez para este caso. Sus particularidades son, por un lado, que no se exige demostración fehaciente de cada persona solicitante de protección y acogida de que es objeto de persecución; y, por otro, tampoco se precisa la prueba de que se huye de una situación que genera un riesgo real y efectivo de padecer una afectación lesiva o un grave daño para la vida, salud o integridad si se regresa al país de origen o residencia.

Como hemos anticipado en el anterior fundamento, la Directiva expresa un conjunto de normas mínimas, de donde se desprende que los Estados miembros tienen competencia para establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. De esta manera, la Decisión de Ejecución insta a compatibilizar la Directiva con los sistemas nacionales de protección temporal. Así, podrá suceder que un sistema nacional disponga de medidas más favorables que las que se expresan en la Directiva. Las obligaciones equitativas que asumen los Estados les obliga en todo caso a respetar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el espíritu de la Directiva 55/2001, lo que implica garantizar el respeto a la dignidad humana y un nivel de vida digno, asegurando el derecho de residencia, el acceso a medios de subsistencia y alojamiento, a cuidados de urgencia y a que se proporcione una atención adecuada a los menores.

No obstante, pese a la extensión del estatuto de protección temporal, dicho estatuto no supone considerar como refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951 a los que se acogen a este mecanismo, sin perjuicio de que presenten numerosas similitudes y de que se puedan acoger al principio de no devolución (*non-refoulement*) propio del Derecho Internacional, como veremos más adelante.

C.- El Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas aprobado por Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre.

Pretende este Reglamento adaptar a la normativa española la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, a la que antes nos hemos referido, si bien en nuestro ordenamiento jurídico existían ya precedentes de protección por razones humanitarias - tanto en la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, como en el Reglamento de aplicación de la ley- que permitían la permanencia en España de determinados extranjeros que no podían acogerse al asilo.

El Reglamento contempla, a los efectos de surtir efectos, la necesidad de que se haga una declaración general de protección, tanto por el Consejo de la Unión Europea, como por parte del Gobierno español, declaraciones en las que se debe contemplar, entre otros extremos, la descripción de los grupos concretos de personas a las que se aplicará la protección temporal, así como la fecha en la que surtirá efecto (Arts. 5 y 6 del Reglamento). Una vez adoptada esa declaración general, corresponde al Ministro del Interior resolver motivada e individualmente sobre la concesión de los beneficios del régimen de protección temporal en los términos y plazos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, régimen de protección que solo podrá ser denegado a aquellas personas que hayan cometido determinados delitos graves o sean responsables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. También cuando la persona en cuestión represente un peligro para la seguridad nacional (art. 12).

Existirá en la Oficina de Asilo y Refugio un registro donde consten al menos los datos de las personas que se benefician del régimen de protección temporal en territorio español (art. 13).

Quienes obtengan el beneficio de la protección temporal tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a residir libremente en él, a cuyo efecto se prevé que se les conceda un permiso de residencia al amparo de lo dispuesto en el Reglamento de Extranjería. También se otorgará autorización administrativa para trabajar y podrán disfrutar de ayudas sociales cuando no dispongan de recursos suficientes.

Como es de ver la protección temporal puede obtenerse con la simple acreditación de la pertenencia al grupo concreto de personas al que se aplica.

D.- Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022.

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 8 de marzo de 2022, a propuesta de los Ministros de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y de Interior, aprobó este Acuerdo por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España.

En el Anexo al Acuerdo se señala lo que sigue:

"La invasión militar no provocada e injustificada de Rusia contra Ucrania que busca socavar la seguridad y la estabilidad europeas y mundiales ha sido condenada por el Consejo Europeo con la máxima firmeza en sus Conclusiones de 24 de febrero de 2022 haciendo hincapié en que supone una grave violación del Derecho internacional y de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Dependiendo de cómo evolucione el conflicto, sobre la base de las estimaciones actuales, es probable que la Unión se enfrente a un gran número de personas desplazadas debido al conflicto armado, posiblemente entre 2,5 millones y 6,5 millones, de las cuales se calcula que entre 1,2 millones y 3,2 millones solicitarán protección internacional. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) estima que, en el peor de los casos, hasta 4 millones de personas podrían huir de Ucrania.

En ese sentido, el pasado 4 de marzo, el Consejo en su formación de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) aprobó la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE con el objeto de que se ponga en marcha el mecanismo de la protección temporal.

El artículo 2 de la Decisión establece el ámbito de aplicación de la protección temporal a las personas desplazadas desde Ucrania desde el 24 de febrero de 2022 en adelante, como consecuencia de la invasión militar por parte de las fuerzas armadas rusas que comenzó en dicha fecha, siendo estos: (a) nacionales ucranianos que residieran en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022; b) apátridas y nacionales de terceros países distintos de Ucrania que gozaran de protección internacional o de una protección nacional equivalente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022, y c) miembros de las familias de las personas a que se refieren las letras a) y b).

Además, el apartado cuarto señala que serán consideradas miembros de una familia, siempre que la familia ya estuviera presente y residiendo en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022: a) el cónyuge de una persona contemplada en el apartado 1, letras a) o b), o su pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, si la legislación o la práctica del Estado miembro de que se trate otorga a las parejas de hecho un trato comparable al de las parejas casadas en virtud del Derecho nacional en materia de extranjería; b) los hijos menores solteros de una persona contemplada en el apartado 1, letras a) o b), o de su cónyuge, sin distinción en cuanto a si nacieron dentro o fuera del matrimonio o fueran adoptados; c) otros parientes cercanos que vivieran juntos como parte de la unidad familiar en el momento de las circunstancias relacionadas con la afluencia masiva de personas desplazadas y que dependieran total o principalmente de la persona contemplada en el apartado 1, letras a) o b), en aquel momento.

Ahora bien, tal y como se establece en el considerando 13 de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2001/55/CE, los Estados miembros pueden ampliar la protección temporal a todos los apátridas o los nacionales de terceros países distintos de Ucrania que residieran legalmente en Ucrania que no puedan regresar a su país o región de origen en condiciones seguras y duraderas. Entre estas personas se podrían incluir los nacionales de terceros países que estuvieran estudiando o trabajando en Ucrania por períodos breves en el momento de los acontecimientos que condujeron a la afluencia masiva de personas desplazadas. En cualquier caso, dichas personas deben ser admitidas en la Unión por razones humanitarias sin exigirles, en particular, que estén en posesión de un visado válido o que dispongan de medios de subsistencia suficientes o de documentos de viaje válidos, para garantizar un paso seguro con el fin de regresar a su país o región de origen.

Los Estados miembros pueden ampliar, asimismo, la protección temporal a categorías adicionales de personas desplazadas además de aquellas a las que se aplica la Decisión citada, cuando esas personas sean desplazadas por las mismas razones y procedan del mismo país o región de origen. En dicho caso, los Estados miembros deben notificarlo inmediatamente al Consejo y a la Comisión. En este contexto, debe animarse a

los Estados miembros a que consideren la posibilidad de ampliar la protección temporal a las personas que huyeron de Ucrania poco antes del 24 de febrero de 2022, conforme aumentaban las tensiones, o que se encontraron en el territorio de la Unión (por ejemplo, de vacaciones o por motivos laborales) justo antes de esa fecha y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania.

Asimismo, el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas habilita en sus artículos 4. apartado b) y 6 al Gobierno español a declarar el régimen de protección temporal en supuestos de emergencia por Acuerdo de Consejo de Ministros.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y del Interior, en su reunión del día 8 de marzo de 2022, acuerda:

Ampliar el ámbito de aplicación de la Decisión de ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal a las siguientes personas que puedan encontrar refugio en España:

1) Nacionales ucranianos que se encontrasen en situación de estancia en España antes del 24 de febrero de 2022 que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania.

2) Nacionales de terceros países o apátridas que residieran legalmente en Ucrania sobre la base de un permiso de residencia legal válido (sea permanente u otro tipo como estudiantes) expedido de conformidad con el derecho ucraniano y no pueden regresar a su país o región.

3) Nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania.

4) Miembros de las familias de las personas a que se refiere los apartados 1 y 2 en los siguientes términos:

- al cónyuge o su pareja de hecho;

- a sus hijos menores solteros o de su cónyuge, sin distinción en cuanto a si nacieron dentro o fuera del matrimonio o fueran adoptados;

- a otros parientes cercanos que vivieran juntos como parte de la unidad familiar en el momento de las circunstancias relacionadas con la afluencia masiva de personas desplazadas y que dependieran total o principalmente de ellos."

Destacamos de este Acuerdo dos puntos: El primero, que expresa la voluntad del Gobierno de acoger la posibilidad de ampliar la protección temporal a categorías adicionales de personas desplazadas además de aquellas a las que se aplica la Decisión citada y, el segundo, que dicha ampliación la extiende a los nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania.

OCTAVO.- El principio de no-devolución (*non-refoulement*) como excepción a la expulsión de un extranjero.

El artículo 78.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes.

El respeto al principio de no devolución es la principal consecuencia de la aplicación de cualquiera de los tres mecanismos de protección internacional previstos en la normativa europea (asilo, protección subsidiaria y protección temporal) a los que se añade el de protección por razones humanitarias previsto en la normativa española. Para determinar el alcance y efectos de este principio es preciso conocer su origen y fundamento.

A.- El principio de no devolución como principio del derecho internacional convencional y consuetudinario

La no-devolución de los extranjeros es un principio del derecho internacional convencional y consuetudinario que aparece consagrado como garantía fundamental de la protección internacional reconocida en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 (art. 33.1).

Este principio de *non-refoulement* no ha dejado de experimentar una expansión constante, pues ha sido recogido en multitud de tratados internacionales y declaraciones de los más variados órganos e instituciones

especializados en la materia, tanto a nivel universal como regional, de manera que la obligación de *non-refoulement* se ha constituido en un límite cierto a las facultades soberanas de los Estados en relación con la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio. Entre algunos de los instrumentos internacionales en los que tal principio se encuentra de alguna manera amparado podemos citar, entre otros, el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949, el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949; el Acta final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas, de 23 de septiembre de 1954; el art. 10 del Acuerdo relativo a los marinos refugiados, de 23 de noviembre de 1957; el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 o el art. 3 de la Declaración sobre Asilo Territorial, adoptada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2132, de 14 de diciembre de 1967. En el ámbito europeo podemos citar el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, con arreglo a la interpretación proporcionada a dicho precepto por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

Esta consagración del principio de *non-refoulement*, en numerosos y muy diferentes textos convencionales permite afirmar que constituye un auténtico principio general del Derecho Internacional de base convencional pero también consuetudinaria en cuya virtud una persona no puede ser expulsada, devuelta o extraditada a un país donde su vida o libertad se encuentre amenazada, sin que necesariamente haya de reunir los requisitos exigidos para tener la condición de refugiado con arreglo al art. 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951.

B.- Reconocimiento de este principio en el Derecho de la Unión Europea

La Unión Europea como sujeto de Derecho Internacional, se encuentra vinculada al ordenamiento internacional general y a las normas y principios que se derivan de este para todos los sujetos internacionales. En consecuencia, en la medida en que el principio de *non-refoulement* constituye una norma convencional derivada del art. 33 del Convenio de Ginebra de 1951 que se ha transmutado en principio general y que, además, tiene carácter consuetudinario, la Unión está vinculada por él sin que pueda violar dicho principio, debiendo proyectar sus consecuencias al conjunto de su ordenamiento. Y ello pese a que no está adherida a la Convención de Ginebra de 1951, aunque sí lo están los Estados miembros.

El reconocimiento también deriva de la imbricación de este principio con los derechos fundamentales de la persona. La Unión Europea se fundamenta, entre otros, en el respeto a la dignidad humana y a los derechos humanos, incluidos los derechos pertenecientes a las minorías. La salvaguarda de estos derechos es uno de los principios básicos del acervo del Derecho de la Unión, que se plasma además en el art. 78.1 TFUE al que antes nos hemos referido. El TJUE, desde la aprobación del Tratado de Lisboa, ha subordinado el Derecho de la Unión a la observancia de la Convención de Ginebra de 1951, y se ha erigido en intérprete de la misma, aunque no sea posible resolver cuestión prejudicial sobre el contenido de sus preceptos por no ser norma de la Unión. No obstante, la justificación de su aplicación se obtiene no solo de esa imbricación con el principio general de base convencional y consuetudinaria del Derecho Internacional, sino también, y muy especialmente, con los derechos fundamentales. Estos son una parte integral de los principios generales del Derecho de la Unión, reconocidos como tales ya desde el Tratado de Maastricht, y que hoy se recoge en el art.6.3 TUE -"los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales".

Como no podía ser de otra manera, el principio de no devolución no es ajeno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En su artículo 18 se recoge el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en su art 19 la protección en caso de devolución, expulsión y extradición, señalando el apartado 2 que "nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes". Este derecho se ha reafirmado en el derecho derivado. Así, en el art. 21 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, 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: en el considerando 3 de la Directiva 2013/32/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, y en el considerado 8 y en el art. 5 de la Directiva 2008/115 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas

y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

C.- Reconocimiento en el Derecho interno.

En el ámbito interno es el art. 5 de la Ley 12/2009, el que proclama la no devolución ni expulsión como derecho sustancial que garantiza el estatuto de asilo y protección subsidiaria, y para garantizar la efectividad de este derecho nuclear de la protección internacional se adelanta su salvaguarda al momento mismo de presentación de la solicitud de protección internacional. A ello responden los arts. 18.1.d) y 19.1 de la Ley 12/2009.

D.- Aplicación del principio non-refoulement a las personas acogidas al mecanismo de protección temporal.

Como venimos señalando, a comienzos de marzo de 2022, la Unión Europea activó por primera vez el mecanismo de la protección temporal con motivo de la invasión rusa de Ucrania.

El artículo 78.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que el principio de no devolución debe garantizarse en los tres supuestos de protección internacional: asilo, protección subsidiaria y protección temporal, y la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, establece en el apartado segundo del art. 3 que los Estados miembros aplicarán la protección temporal respetando debidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo con sus obligaciones en materia de no devolución. Aunque nuestro Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas aprobado por Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, no contiene una previsión específica sobre la aplicación del principio de no devolución a las personas acogidas a dicha protección temporal, esta falta de desarrollo en la normativa interna no impide la aplicación de tal principio, ya que, además de estar contemplado en la normativa europea antes trascrita, que es de directa aplicación ante la falta de desarrollo en la normativa interna, existen poderosas razones adicionales que lo justifican. Veámoslas a continuación.

El principio *non-refoulement* es un principio general del Derecho Internacional sustentado en primer lugar en la Convención de Ginebra de 1951, pero no solo en ella, y que por su extensión en numerosos instrumentos normativos internacionales ha alcanzado naturaleza consuetudinaria en esa dimensión. Como principio general del derecho no puede ser ajeno, en cuanto a su aplicación, a un mecanismo como es el de protección temporal, cuya naturaleza no es ajena a instituciones como el asilo o la protección internacional, ni a la figura del refugiado. El fundamento de esta protección temporal se encuentra en el derecho internacional humanitario, de igual manera que el asilo y la protección internacional en general. Si el fundamento es el mismo, el contenido de la protección debe ser equivalente.

Se une a lo anterior que la vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora de derecho de asilo y de la protección subsidiaria, contempla en art. 37.b) la posibilidad, para los casos de no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional, de que no se produzca el retorno, la devolución, la expulsión o la salida obligatoria del territorio español, cuando concurren razones humanitarias determinadas en la normativa vigente que autoricen su estancia o residencia en España, razones que indudablemente concurren en aquellas personas que pueden acogerse a la protección temporal regulada en la normativa europea y española.

Además, la protección temporal presenta importantes similitudes con la protección subsidiaria contemplada en la legislación de asilo, protección que sí comporta la aplicación expresa del principio de *non-refoulement*. La protección subsidiaria, a diferencia de la protección internacional derivada del estatuto de refugiado, no precisa para su activación de un previo temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a grupo social, de género u orientación sexual. El art. 4 de la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, establece que "*El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley*", añadiendo el art. 5 que "*La protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España*".

Pues bien, esa misma misión tuitiva fundada en el derecho humanitario se produce con el mecanismo de la protección temporal cuya finalidad es amparar a aquellas personas forzosamente desplazadas, así como apoyar a los Estados miembros de la Unión Europea en la gestión de sus sistemas nacionales de asilo. A diferencia de la protección internacional derivada del estatuto de refugiado no es preciso que esas personas desplazadas huyan de su país por temor de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a grupo social, de género u orientación sexual. Basta con que se produzcan las situaciones de emergencia excepcionales para las que está previsto este mecanismo de protección y que se active mediante la correspondiente Decisión de la Unión Europea, como aquí ha acontecido. Hay, por tanto, una analogía evidente entre la protección subsidiaria contemplada en la normativa de asilo y la protección temporal a la que nos estamos refiriendo en esta sentencia.

Existe finalmente un argumento adicional a favor de la aplicación del principio de no devolución a las personas acogidas a la protección temporal en España que se sustenta en la normativa de los derechos humanos. En primer lugar, en el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) según ha sido interpretado por el TEDH, y, en segundo lugar, en los propios preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a que antes nos hemos referido.

En definitiva, el principio *non-refoulement* proyecta sus efectos sobre aquellas personas que se encuentran acogidas, o pueden serlo, a la protección temporal regulada en la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y en el Reglamento sobre dicho régimen de protección temporal aprobado por Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, salvo que se encuentren comprendidas en algunas de las situaciones previstas en el art. 28 de la Directiva y artículo 12 del Reglamento, que permiten denegar dicha protección temporal.

NOVENO.- La cuestión controvertida en la instancia y el planteamiento del recurso de casación.

Como hemos reflejado en el fundamento tercero de la sentencia, las dos resoluciones judiciales dictadas, tanto en primera instancia como en apelación, vinieron a confirmar la Resolución de 7 de octubre de 2019 de la Delegada del Gobierno de Madrid por la que se acordaba la expulsión del territorio nacional de don Pelayo, nacional de Ucrania, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 5 años así como en los países a que se refiere el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, por haber sido condenado por varios delitos de robo con fuerza en las cosas.

Ambas sentencias consideraron que la decisión de expulsión resultaba proporcionada atendidos los antecedentes penales de don Pelayo.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 29 de los de Madrid es de 4 de marzo de 2021 y la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Décima) es de 30 de noviembre de 2021. Es decir, ambas anteriores al 24 de febrero de 2022, fecha en la que se inicia la invasión rusa de Ucrania, y con anterioridad también a la adopción de las decisiones cuya aplicación se postula en el recurso de casación, entre ellas particularmente la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022.

Ni el Juzgado ni la Sala pudieron pronunciarse sobre la aplicación al caso que juzgaban de la normativa que hemos examinado, ni de los principios que la inspiran. Ambas resoluciones se centraron en determinar la legalidad del acto administrativo de expulsión de don Pelayo, dictado al amparo del art. 57.2 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España, por haber sido condenado por diversos delitos de robo con fuerza en las cosas. Es decir, se centraron en el control del ejercicio de una prerrogativa derivada de la soberanía de nuestro Estado para gestionar la estancia de un extranjero en nuestro territorio. Aparentemente no hay, por tanto, vinculación entre la cuestión casacional que se somete a nuestro juicio, consistente en determinar la incidencia en la situación del extranjero de la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, dictada en el marco de la protección temporal provocada por la guerra de Ucrania, y aquella cuestión que fue juzgada en la instancia, relativa a un concreto expediente de extranjería en el que se acordó la expulsión, cuando dicha Orden ni siquiera estaba vigente.

Esta Sala ya ha señalado en anteriores ocasiones que, si bien es cierto que el régimen legal del nuevo recurso de casación introducido en la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene como objeto principal que el Tribunal Supremo establezca doctrina en interpretación de las normas jurídicas sometidas a su consideración (*ius constitutionis*), no se ha alterado la regulación de la legitimación para acceder al recurso, vinculada a la que fuera reconocida a las partes en la instancia, asociada al interés legítimo (*ius litigatoris*), de manera que no estamos autorizados a configurar el recurso de un modo abstracto, dogmático o doctrinal, desvinculado de esos concretos intereses legítimos que se han debatido en la instancia. El interés casacional objetivo, que

constituye la piedra angular del nuevo recurso, no desplaza ni sustituye el interés de las partes procesales en obtener la satisfacción de su derecho.

Consecuentemente con lo que hemos dicho, estamos obligados a poner en relación el recurso de casación regulado en la LO 7/2015, de 21 de julio, con las cuestiones suscitadas en el pleito que fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia o debieran haberlo sido.

Decíamos antes que en este recurso de casación aparentemente no existe esa vinculación entre la cuestión casacional propuesta y la cuestión que fue juzgada en la instancia, pues la Orden PCM/170/2022 cuya interpretación se nos demanda ahora ni siquiera estaba vigente cuando se tramitó el expediente de extranjería y fue juzgado su resultado. Sin embargo, una mirada más atenta sí nos permite afirmar la conexión entre lo pretendido en la instancia y lo que se está preguntando en la casación. Allí el recurrente combatió un acuerdo de expulsión del territorio nacional adoptado en un expediente de extranjería y ahora pretende que sea interpretada, y se le aplique, una norma de protección internacional que puede impedir la expulsión acordada. En relación con una materia tan próxima a la extranjería como es el asilo, nuestro Tribunal ha indicado que se debe ponderar la evolución de las circunstancias en el país de origen del extranjero desde la formalización de la petición hasta el momento en el que el Tribunal haya de pronunciarse, criterio que por analogía ha de hacerse extensivo a un supuesto como el que ahora juzgamos en el que las circunstancias han cambiado, tratándose de nacionales de Ucrania, por decisión del Gobierno de la Nación, de manera que lo que era una cuestión estricta de extranjería sometida a decisión soberana de nuestro Estado ha mutado en cuestión de protección internacional con las consecuencias que de ello se derivan para el interés legítimo del recurrente, interés que sigue siendo el mismo tanto en la instancia como en la casación pues lo que pretende en todo caso es evitar ser expulsado del territorio nacional.

DÉCIMO.- Respuesta a la cuestión casacional.

Conforme a lo que llevamos expuesto, podemos afirmar que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, publicado mediante Orden PCM/170/2022, en el ejercicio de las competencias que le corresponden a nuestro Estado de establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de la protección temporal (art. 3.5 de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001) amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022, a los nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania. Los extranjeros que pertenezcan a este grupo de personas pueden acogerse a los beneficios de la protección temporal cuyo contenido se recoge en el Capítulo IV, arts. 14 a 22, del Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, siguiendo el procedimiento establecido en dicho Reglamento, sin que puedan ser expulsados del territorio nacional en virtud del principio del Derecho Internacional Humanitario de no devolución (*ne-refoulement*), que debe ser garantizado conforme al art. 78.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el art. 3 de la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, por todos los Estados miembros, salvo que concurra alguno de los supuestos contemplados en el art. 28 de la Directiva y 12 del Reglamento que la desarrolla para la denegación de los beneficios del régimen de protección temporal incluida la no devolución.

El Abogado del Estado se opone a la obtención de dicho beneficio por el recurrente ya que, a su juicio, no pueden acogerse al mismo aquellos ucranianos sobre los que pesa una orden de expulsión. La alegación no puede tener acogida por no estar contemplada semejante excepción en norma alguna, debiendo interpretarse el ámbito personal de aplicación de las normas descritas en el sentido más favorable al tener una finalidad protectora fundada en el derecho humanitario y tener su sustento en los derechos humanos (art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

También se opone el representante de la Administración a la aplicación del régimen de la protección temporal por falta de solicitud del recurrente en este sentido, sin que se pueda interpretar que dicha protección opera automáticamente. Al respecto conviene recordar que la propia Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, pone de manifiesto en sus considerandos (16) que atendido el carácter extraordinario y excepcional de la situación derivada de la invasión militar de Ucrania por parte de la Federación de Rusia, los Estados, para evitar el desbordamiento de sus sistemas de asilo, deben reducir al mínimo las formalidades debido a la urgencia de la situación. En este sentido, como ya hemos señalado, las directrices operativas para la aplicación de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, aprobadas por la Comisión Europea y publicadas el 21 de marzo de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea, ya señalaron que la Decisión del Consejo no ha dispuesto un proceso de solicitud de protección temporal por lo que para ejercer los derechos vinculados a dicha situación el interesado solo tiene que acreditar su nacionalidad, su protección internacional o su estatuto de protección equivalente, su residencia en Ucrania o el vínculo familiar, según corresponda, de manera que el derecho a la

protección temporal debe ser inmediato, reduciendo al mínimo las formalidades, sin perjuicio de que el Estado miembro pueda decidir que se cumplan determinados requisitos.

Es cierto que nuestro Reglamento prevé en su artículo 12 un procedimiento de reconocimiento individual, que se producirá una vez adoptada la declaración de protección temporal por el Consejo de la Unión Europea o por el Gobierno español y que dicho reconocimiento le corresponde al Ministro del Interior, previa solicitud de los interesados que será tramitada por la Oficina de Asilo y Refugio, debiendo resolver motivada e individualmente sobre la concesión de los beneficios del régimen de protección temporal.

Sin perjuicio de que dichas formalidades deban respetarse, en particular para la obtención de beneficios tales como el permiso de residencia o las ayudas sociales que se establezcan, la excepcionalidad de la situación descrita crudamente por el propio Consejo de la Unión Europea en su Decisión, y siguiendo las directrices dictadas para la implantación de las medidas de protección temporal en los distintos Estados miembros, impone que los ucranianos que residan en España puedan acogerse al principio de no devolución con un mayor grado de automatismo, bastando la acreditación de la nacionalidad y la expresión de la voluntad de acogerse a la protección temporal para que no sean expulsados, siendo carga de la Administración demostrar, en su caso, que el interesado está incurso en alguno de los supuestos de exclusión contemplados en el art. 12 del Reglamento.

Pues bien, en nuestro caso no se ha puesto en duda por la Administración que la nacionalidad de don Pelayo es la ucraniana y consta claramente también su voluntad de acogerse a la protección temporal en el aspecto relativo a la no devolución (no expulsión) ya que así se desprende con toda claridad de su escrito de interposición del recurso de casación.

Finalmente, se sostiene en el escrito de oposición al recurso que el art. 28.1 de la Directiva 2001/55/CE y el art. 12 del Reglamento sobre régimen de protección temporal permiten excluir del mecanismo de protección a determinadas personas cuando existan razones fundadas para considerar que representan un peligro para la seguridad del Estado miembro de acogida o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad. Tampoco este argumento es sostenible pues en los autos solo constan antecedentes penales por delitos de robo con fuerza en las cosas, comportamientos que ni representan un peligro para la seguridad del Estado ni se pueden considerar como de una gravedad tal que constituya una amenaza para la comunidad. La alegación debe rechazarse.

UNDÉCIMO.- Aplicación de la referida doctrina al caso enjuiciado: conclusiones y costas.

Según hemos anticipado en anteriores fundamentos, el recurrente es nacional de Ucrania y reside en España desde hace varios años, encontrándose en situación irregular, habiendo sido condenado en varias ocasiones por delito de robo con fuerza en las cosas. Pese a que el debate procesal en la primera y segunda instancia jurisdiccional versó sobre la procedencia o improcedencia de su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por cinco años, en el recurso de casación don Pelayo ha planteado acogerse al estatuto de protección temporal cuyo contenido venimos desarrollando en la presente sentencia y que es de aplicación en estos momentos en territorio nacional a los nacionales de Ucrania que se encuentren en España en situación irregular con anterioridad al 24 de febrero de 2022 en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, publicado mediante Orden PCM/170/2022.

En definitiva, en don Pelayo se dan las circunstancias exigidas en la normativa expuesta para que se pueda acoger al principio de no devolución derivado del régimen de protección temporal declarado en toda la Unión Europea, consecuencia de la invasión de Ucrania por la Federación Rusa, lo que implica, con estimación del recurso de casación, dejar sin efecto el acuerdo de expulsión decretado el 7 de octubre de 2019 por la Delegación de Gobierno en Madrid, debiendo estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a ella.

En cuanto a las costas, conforme a lo previsto en los arts. 93.4 y 139.1 LJCA, cada una de las partes asumirá las causadas a su instancia y las comunes por mitad, tanto respecto de las de casación (al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes) como de las de la instancia atendidas las particularidades de este asunto.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Establecer la doctrina jurisprudencial indicada en el Fundamento Jurídico Octavo.



2.- Declarar haber lugar y estimar el recurso de casación núm. 8806/21 interpuesto contra la sentencia 943/2021 de 30 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de apelación 590/2021.

3.- Anular la resolución de 7 de octubre de 2019 de la Delegación de Gobierno en Madrid, por la que se había acordado la expulsión del recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada en España durante un periodo de cinco años.

4.- Imponer las costas conforme a lo establecido en el último Fundamento de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ