

Foro de Actualidad

Derechos Humanos

EL TRASLADO A ESPAÑA DE SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN SITUACIÓN DE PELIGRO: CLARIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL ART. 38 DE LA LEY 12/2009 EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 199/2024, DE 6 DE FEBRERO

José Alberto Navarro Manich y Pablo Ramírez Jiménez de Parga
Abogados del Área de Derecho Público y Medioambiente de Uría Menéndez (Barcelona)

El traslado a España de solicitantes de protección internacional en situación de peligro: clarificación del régimen del art. 38 de la Ley 12/2009 en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 199/2024, de 6 de febrero

El artículo 38 de la Ley 12/2009 establece que los embajadores de España podrán autorizar el traslado de solicitantes de asilo a nuestro país para que puedan presentar la solicitud a su llegada, siempre que corra peligro su integridad física y no sean nacionales del país en el que se encuentre la representación diplomática. El Tribunal Supremo (sentencia n.º 199/2024) ha resuelto discrepancias interpretativas sobre este precepto: (i) este mecanismo es plenamente operativo a pesar de no existir un desarrollo reglamentario, (ii) los embajadores de

España son los competentes para aprobar ese traslado; (iii) los Tribunales pueden adoptar medidas cautelares positivas de traslado a España de los solicitantes para salvaguardar la finalidad legítima del recurso; y (iv) el requisito del peligro debe referirse al país de origen y no al de tránsito. Asimismo, también se ha aclarado que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional es el órgano competente para conocer de las impugnaciones referentes al artículo 38.

PALABRAS CLAVE:

Protección internacional, Derecho de asilo, Art. 38 ley de asilo, Movilidad segura para solicitantes de asilo.

Transferring vulnerable asylum seekers to Spain: Supreme Court clarifies article 38 of Law 12/2009

Article 38 of Law 12/2009 establishes that Spanish ambassadors can authorise asylum seekers to be transferred to Spain so that they can submit their application if their physical wellbeing is in danger and they are not nationals of the country where the diplomatic representation is located. The Supreme Court (judgment no. 199/2024) has clarified doubts regarding this provision: (i) this mechanism applies despite the lack of developing regulations in this regard; (ii) the Spanish ambassadors are the relevant authority to approve this transfer; (iii) courts can approve the transfer to Spain as an injunction to safeguard the measures' legitimate purpose; and (iv) the physical wellbeing element applies to the country of origin, not the country of transit. It has also clarified that the National Court's Chamber for Administrative Matters ("Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional") hears article 38-related appeals.

KEYWORDS:

Key international protection, asylum, article 38 of Spanish Asylum Law, safe routes for asylum seekers.

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-3-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 28-3-2024

Navarro Manich, José Alberto; Ramírez Jiménez de Parga, Pablo (2024). El traslado a España de solicitantes de protección internacional en situación de peligro: clarificación del régimen del art. 38 de la Ley 12/2009 en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 199/2024, de 6 de febrero. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 199-216 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La efectiva protección internacional de un refugiado depende de su capacidad de emprender un viaje entre el país donde sufre persecución —del que debe huir— y el país donde solicitará refugio —que debe alcanzar—. Este necesario desplazamiento internacional, en la práctica, puede suponer la necesidad de viajar por rutas irregulares y sujetas a peligros graves. Es por ello relevante determinar si existen mecanismos legales de movilidad segura para refugiados (las llamadas rutas seguras) que les permita acceder a la protección internacional reduciendo los riesgos de trayectos sin garantías.

El punto de partida de este análisis, en lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, es la identificación de los lugares donde las autoridades españolas pueden recibir y empezar a tramitar solicitudes de protección internacional.

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria ("Ley 12/2009") únicamente prevé, de forma expresa, el derecho de los extranjeros a presentar

una solicitud de protección internacional si se encuentran físicamente en territorio español o en un puesto fronterizo.

Es importante destacar que la Ley 12/2009 no contempla la posibilidad de presentar solicitudes de protección internacional en embajadas y consulados de España. En este punto la Ley 12/2009 diverge de lo establecido por la legislación anterior, donde sí se regulaba la admisión de solicitudes de protección internacional presentadas en misiones diplomáticas de España, y su posterior tramitación.

Ante la supresión de la posibilidad de presentar solicitudes de protección internacional en las embajadas o consulados de España, el legislador estableció en el artículo 38 de la Ley 12/2009 un novedoso mecanismo para no desatender totalmente los casos que se presenten fuera del territorio nacional. En este precepto, la Ley 12/2009 prevé que los embajadores de España pueden promover el traslado de los solicitantes de asilo a nuestro país para que puedan presentar la solicitud a su llegada, siempre que corra peligro su integridad física y no sean nacionales del país en el que se encuentre la representación diplomática. No se trata por tanto de la presentación y aceptación de solicitudes de protección internacional en misiones diplomáticas, sino de la autorización del traslado a España de esas personas en situación de peligro para que puedan formalizar la solicitud en nuestro país (donde sí serán admitidas y tramitadas).

El régimen singular del artículo 38 de la Ley 12/2009, inexistente en la mayoría de los países de la Unión Europea, quedó sujeto a un desarrollo reglamentario por parte del Gobierno que debía aprobarse en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley. No obstante, este desarrollo reglamentario sigue pendiente a día de hoy, y ya han transcurrido cerca de quince años.

Como puede figurarse, la falta de desarrollo reglamentario del artículo 38 de la Ley 12/2009 ha hecho que su interpretación y aplicación no haya sido pacífica ni consistente por parte de la Administración General del Estado y de los Tribunales, situación que se ha acentuado en los últimos años a raíz de los conflictos en Siria y Afganistán.

En efecto, diferentes resoluciones de Tribunales han planteado dudas sobre la configuración legal de la potestad del artículo 38 y sobre el alcance de la potestad revisora de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo sobre las desestimaciones por embajadores de España de solicitudes de traslado. Se ha afirmado que se trataría de una potestad "*facultativa*" de la Administración y que ese no sería el cauce adecuado para lograr el traslado solicitado. Relacionado con lo anterior, se ha discutido cuál sería el órgano competente para la autorización del traslado a España en virtud del artículo 38 —el embajador de España o la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio— y el procedimiento administrativo a seguir. En definitiva, se ha cuestionado si el traslado a España en virtud del artículo 38 constituye un derecho de los solicitantes cuya denegación sea susceptible de revisión jurisdiccional, y todo ello coadyuvado por una incertidumbre sobre los requisitos y parámetros legales aplicables a la adopción de la decisión administrativa y a su posterior revisión (ante la falta del citado desarrollo reglamentario exigido por el legislador).

Pues bien, el pasado 6 de febrero de 2024, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección Quinta) dictó su sentencia n.º 199/2024 ("STS 199/2024"), en la que clarifica algunos de los problemas interpretativos y aplicativos que ha venido suscitando el artículo 38 de

la Ley 12/2009 en los últimos años, en relación con el caso de una familia de ciudadanos afganos que había solicitado su traslado a España con la finalidad de solicitar protección internacional a su llegada a nuestro país. Además, inmediatamente después, el Tribunal Supremo dictó el auto de 28 de febrero de 2024 (“ATS de 28 de febrero de 2024”), en el que resuelve una cuestión negativa de competencia respecto al órgano competente para conocer de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra decisiones administrativas relativas al artículo 38 de la Ley 12/2009.

Como se expondrá más adelante, la STS 199/2024 contribuye no solo a otorgar mayor seguridad jurídica a las solicitudes que se presenten a partir de ahora al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, sino también a hacer más efectivo y garantista el mecanismo de protección previsto en dicho artículo. En primer lugar, porque confirma su plena aplicabilidad aunque todavía no se haya desarrollado reglamentariamente el procedimiento que debe seguir la Administración en estos casos, como ya declaró por primera vez el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 1327/2020, de 15 de octubre (“STS 1327/2020”). En segundo lugar, porque aclara que los embajadores de España son las autoridades competentes para resolver la solicitud de traslado a nuestro país, sin que su papel se limite a proponer o impulsar el traslado. Y, en tercer lugar, porque sienta la posibilidad de que el traslado a España se acuerde como una medida cautelar positiva para evitar la pérdida de la finalidad legítima de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación de una solicitud formulada al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, sin que dicha medida pueda denegarse por la situación del interesado en el país de tránsito desde el que presente la solicitud de traslado a España. De todo lo anterior se concluye que el traslado a España para pedir protección internacional en nuestro país puede ser solicitado por las personas que reúnan los criterios legales establecidos en el artículo 38, y que la denegación de la solicitud de traslado es susceptible de revisión jurisdiccional, así como de un pronunciamiento de plena jurisdicción (que autorice dicho traslado).

Por su parte, el ATS de 28 de febrero de 2024 zanja la disparidad de criterios existentes sobre el órgano competente ante el que impugnar actos administrativos relativos al artículo 38 de la Ley 12/2009, y atribuye la competencia definitivamente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (“AN”).

Por todo ello, la STS 199/2024 y el ATS de 28 de febrero de 2024 (y previamente la STS 1327/2020) suponen un notable paso adelante al establecer unos parámetros que deben orientar la correcta aplicación del artículo 38 de la Ley 12/2009 frente a las lagunas y sombras interpretativas que puedan seguir planteándose.

2. Antecedentes del artículo 38 de la Ley 12/2009

2.1. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

En agosto de 1978, España se adhirió a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 (“Convención de Ginebra”), y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (“Protocolo”).

La Convención de Ginebra y el Protocolo definen como *refugiado* a toda persona que, debido a temores fundados a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad (o donde tuviese su residencia habitual en el caso de los apátridas) y no pueda acogerse a la protección de tal país o no pueda hacerlo debido a los mencionados temores de persecución (artículo 1 de la Convención de Ginebra y artículo I del Protocolo).

La principal protección que la Convención de Ginebra otorga a los refugiados radica en el denominado principio de *non-refoulement*, que constituye el núcleo esencial del derecho de asilo, en virtud del cual queda expresamente prohibido que el Estado en el que se encuentre el refugiado lo expulse o lo devuelva a territorios donde su vida o su libertad peligre, salvo que el refugiado constituya un peligro o una amenaza para la seguridad del país donde se encuentre (artículo 33 de la Convención de Ginebra).

Junto con esta protección esencial, la Convención de Ginebra reconoce además un catálogo de derechos y libertades fundamentales a los refugiados, y para su plena efectividad obliga a los Estados en los que se encuentren a concederles, según el derecho de que se trate, o bien el mismo trato que a sus nacionales, o bien el trato más favorable posible, que en ningún caso puede ser menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros.

De esta manera, la protección otorgada por la Convención de Ginebra opera cuando el refugiado se encuentra físicamente en un Estado adherido a la Convención, pero no obliga a dicho Estado a reconocer la condición de refugiado a quienes que se encuentren en el extranjero, y ello incluso en los casos en que estos puedan reunir los requisitos para ser considerados refugiados.

2.2. La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (derogada)

El artículo 13.4 de la Constitución reconoce el derecho de asilo a los extranjeros y los apátridas y delega en una ley el establecimiento de los "*términos*" en los que podrán gozar de tal derecho en España, sin perjuicio de su interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución).

En cumplimiento de este mandato de desarrollo legislativo, las Cortes General aprobaron la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado ("*Ley 5/1984*"), que partía de la expresiva declaración de que el territorio español constituía un "*refugio inviolable*" para todas las personas a las que el Estado español concediese asilo "*en el ejercicio de su soberanía*" (artículo 1), y permitía que los extranjeros presentasen solicitudes de asilo tanto si se encontraban en territorio español como si se encontraban en un puesto fronterizo (artículo 4). En el primer supuesto, la petición de asilo suponía el derecho del solicitante a permanecer temporalmente en España, mientras que el segundo supuesto implicaba la admisión provisional de su entrada en nuestro país (salvo casos excepcionales), en ambas circunstancias hasta la resolución del expediente de asilo.

Sin embargo, una de las características más relevantes de la Ley 5/1984 fue su voluntad de ir un paso más allá en la protección de las personas que reuniesen la condición de refugiados, y a tal efecto también admitió expresamente que los extranjeros presentasen solicitudes de asilo estando en el extranjero, en concreto *“ante una Embajada o Consulado”* de España (artículo 4.3). Con todo, a diferencia de lo que se preveía para las solicitudes de asilo presentadas en puestos fronterizos, la Ley 5/1984 no estableció que su presentación ante misiones diplomáticas otorgase el derecho del peticionario a entrar y permanecer temporalmente en territorio en español, sino que se limitó a disponer que la solicitud de asilo sería cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, reconociendo una suerte de derecho a la tramitación *a distancia* de las solicitudes de asilo.

A pesar de lo anterior, en los sucesivos desarrollos reglamentarios de la Ley 5/1984, se añadió expresamente la posibilidad de que el solicitante de asilo que hubiese formulado su solicitud ante una embajada o consulado fuese trasladado a España durante la tramitación de su solicitud. Así, en un primer momento, el Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (*“Real Decreto 511/1985”*), estableció en su artículo 7 que *“si el interesado hubiese presentado su solicitud en una Embajada o Consulado, y durante la instrucción del expediente deseara trasladarse a España, deberá solicitar de la Embajada o Consulado el correspondiente visado”*.

Posteriormente, tras la modificación de la Ley 5/1984 operada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, el Real Decreto 511/1985 fue derogado y sustituido por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1994 (*“Real Decreto 203/1995”*). En particular, en lo que aquí interesa, el artículo 16 del Real Decreto 203/1995 estableció la posibilidad de que el solicitante de asilo fuese trasladado a España durante la tramitación del expediente cuando se encontrase *“en una situación de riesgo”* en el tercer país, posibilidad que correspondía autorizar en su caso a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (*“CIAR”*) a petición de la Oficina de Asilo y Refugio (*“OAR”*).

Así las cosas, la Ley 5/1984 no solo reconocía el derecho a solicitar asilo en el extranjero, ante misiones diplomáticas y consulares de España, sino que también contemplaba la posibilidad de que el solicitante fuese trasladado a España durante la tramitación del procedimiento si se encontraba en una situación de riesgo y la Administración aprobaba el traslado provisional, en cuyo caso se debía tramitar con carácter urgente el otorgamiento a su favor de un visado, salvoconducto o autorización de entrada en territorio español.

3. El artículo 38 de la Ley 12/2009

Como ya se ha avanzado, a diferencia de lo que se preveía en la Ley 5/1984, la Ley 12/2009 suprimió la previsión sobre la presentación de solicitudes de protección internacional ante embajadas y consulados de España. Esta decisión, que ya había sido reflejada en el proyecto de ley aprobado por el Gobierno, generó una importante polémica por entidades de la sociedad civil, por lo que durante la tramitación parlamentaria del citado proyecto de ley se introdujo el actual artículo 38, como una solución intermedia entre el régimen hasta entonces existente y la desatención absoluta de los casos que se pudiesen presentar fuera de España.

El artículo 38 de la Ley 12/2009 establece lo siguiente:

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

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

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

Como puede observarse, el artículo 38 de la Ley 12/2009, en los términos en los que está redactado, no parece entrañar *ex ante* excesivas dificultades interpretativas: se habilita a los embajadores de España para que *promuevan* el traslado a España de *solicitantes de asilo* a los efectos de *hacer posible la presentación de la solicitud* a su llegada a nuestro país, siempre que se cumplan dos requisitos (i) que el solicitante no sea nacional del país en el que se encuentre la representación diplomática; y (ii) que corra peligro su integridad física.

Sin embargo, la ausencia de desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009, que debía aprobarse en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley (disposición final tercera) y que a fecha de hoy todavía no ha sido aprobado, ha dificultado la interpretación y aplicación del artículo 38.

Por un lado, porque todavía no se han determinado reglamentariamente las *condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes* y el *procedimiento para evaluar sus necesidades de traslado a España*, lo que ha conferido en la práctica a la Administración General del Estado una discrecionalidad exorbitante a la hora de aprobar o denegar el traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009.

Por el otro, porque el propio tenor literal del artículo 38 de la Ley 12/2009 presenta algunos problemas interpretativos que no son menores, tales como la competencia para autorizar el traslado a España (el artículo hace referencia a que los embajadores podrán *“promover”* el traslado) o la posición del trámite previsto en el referido artículo en el esquema procedimental de las solicitudes de protección internacional. Adviértase, en este sentido, que mientras del título del precepto parece derivarse que pueden presentarse solicitudes de protección internacional ante misiones diplomáticas de España en el extranjero (*“solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados”*), su contenido parece descartar tal posibilidad, toda vez que se establece que el traslado a España lo es *“para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”*.

Pues bien, la STS 199/2024 y el ATS de 28 de febrero de 2024, y previamente la STS 1327/2020, han arrojado luz sobre los problemas que presenta la aplicación del artículo 38 de la Ley 12/2009, en un sentido positivo para la garantía de los derechos de los refugiados.

4. Las cuestiones resueltas por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2024 en relación con el régimen jurídico del artículo 38 de la Ley 12/2009

4.1. Antecedentes de hecho

El supuesto de hecho examinado en la STS 199/2024 se enmarca en la toma de Afganistán por parte de los talibanes en el año 2021 y, en particular, en la caída de Kabul en agosto de ese mismo año, que supuso el derrocamiento del Gobierno de Afganistán y el final apresurado del despliegue de los países liderados por la OTAN presentes en el país, entre ellos España.

La toma de poder por parte de los talibanes puso en peligro a diversos colectivos afganos, entre ellos a los ciudadanos afganos que habían colaborado con las fuerzas dirigidas por la OTAN, así como a sus familias.

Para tratar de protegerlos del peligro al que se enfrentaban, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación ("MAEUEC") emitió numerosos salvoconductos a favor de sus colaboradores afganos y de sus familias, en los que se declaraba expresamente que las personas relacionadas en cada salvoconducto estaban bajo la protección del Gobierno de España, y que estaban autorizadas para viajar a nuestro país en uno de los vuelos fletados por el Gobierno desde el aeropuerto de Kabul. Asimismo, en los salvoconductos se rogaba a todas las autoridades que les garantizaran un desplazamiento seguro para poder acceder al aeropuerto de Kabul y viajar a España.

En el supuesto examinado por la STS 199/2024 y por el ATS de 28 de febrero de 2024, el Gobierno de España emitió uno de los citados salvoconductos a favor de un ciudadano afgano que había sido colaborador de la Agencia Española de la Cooperación Internacional para el Desarrollo ("AECID"), así como de sus familiares más inmediatos (mujer, hijos, padres y hermanos, que fueron identificados individualmente en el salvoconducto).

En el contexto antes descrito, el cabeza de familia (y colaborador de la AECID) huyó inmediatamente de Afganistán debido a que los talibanes lo estaban buscando para detenerlo, por lo que partió hacia Uzbekistán, y de allí a Rusia. Una vez en la Embajada de España en Moscú, solicitó ser trasladado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009 y del salvoconducto, a efectos de poder solicitar protección internacional en nuestro país. El embajador de España en Rusia estimó su solicitud mediante una resolución en la que aprobó promover el traslado a España no solo del solicitante, sino también de todos sus familiares incluidos en el salvoconducto, *"para hacer posible la presentación de la solicitud de asilo"*. En virtud de dicha autorización, el cabeza de familia pudo entrar en España y solicitar protección internacional, que le fue concedida por el Ministerio del Interior posteriormente, reconociéndosele el estatuto de refugiado.

Por lo que respecta al resto de la familia, se dirigieron al aeropuerto de Kabul para embarcar en uno de los vuelos fletados por el Gobierno de España unos días después. Sin embargo, el día 26 de agosto de 2021, se produjeron dos atentados terroristas suicidas en las inmediaciones del aeropuerto que provocaron más de 180 muertos y 150 heridos. Los accesos al aeropuerto fueron cerrados y los países con presencia en Afganistán finalizaron sus operaciones de evacuación.

Ante esta situación, los miembros de esta familia huyeron de Afganistán por vía terrestre a través de Pakistán, como tantos otros miles de ciudadanos afganos. Una vez en Islamabad, solicitaron su traslado a España ante la Embajada de nuestro país en Pakistán en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009. Sin embargo, a diferencia de lo que había resuelto el embajador de España en Rusia, el embajador de España en Pakistán únicamente autorizó el traslado de la mujer, hijos y padres del cabeza de familia, pero denegó el traslado del resto de sus familiares incluidos en el salvoconducto (madrastra y hermanos), alegando que no reunían los requisitos para que les fuese concedida protección internacional.

Contra la resolución del embajador de España en Pakistán que denegó su traslado a España, los miembros de esta familia interpusieron un recurso potestativo de reposición, que fue presuntamente desestimado por silencio administrativo, por lo que posteriormente interpusieron un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ("TSJM"). Asimismo, como medidas cautelares para salvaguardar la finalidad legítima del recurso, solicitaron que se requiriese al embajador para que promoviese su traslado urgente a España para solicitar protección internacional, y que se les concediese de forma urgente un visado para poder viajar a España con dicha finalidad. Sin embargo, mediante auto n.º 410/2022, de 14 de diciembre, el TSJM denegó las medidas cautelares solicitadas por los recurrentes, decisión que fue ratificada en reposición mediante auto de 1 de febrero de 2023 (los "Autos del TSJM").

Los Autos del TSJM consideraron que no cabía otorgar las medidas cautelares solicitadas debido a que el órgano competente para la aprobación de un traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009 no sería el embajador de España, que era a quien se había solicitado el traslado en vía administrativa y quien había dictado la resolución impugnada. En su lugar, el TSJM sostuvo que la competencia para aprobar el traslado a España correspondía a la CIAR, a propuesta de la OAR, todo ello en aplicación del reglamento previo a la Ley 12/2009, esto es, en aplicación del artículo 16 del Real Decreto 203/1995, al que ya se ha hecho referencia. Los Autos del TSJM concluyeron que el traslado tenía "*carácter facultativo*" y que no podía aprobarse por un órgano incompetente (el embajador) fuera del trámite procedimental previsto en la norma. Consideraron que los recurrentes instaron un derecho que el artículo 38 no recogería en los términos que pretendían y, por ello, debían denegarse las medidas cautelares solicitadas.

Por otra parte, los Autos del TSJM también denegaron las medidas cautelares reputando que no concurría el requisito de *periculum in mora*, en especial debido a que los recurrentes no habían acreditado estar en una situación de peligro en Pakistán, sin otorgar relevancia alguna a los salvoconductos emitidos por el MAEUEC, pese a que sí tuvieron por acreditada su existencia.

Contra los Autos del TSJM, los recurrentes prepararon un recurso de casación, que fue admitido por el Tribunal Supremo mediante auto de 13 de julio de 2023, en el que se fijaron las siguientes cuestiones de interés casacional:

- i. Determinar el órgano competente para resolver el traslado a España previsto en el artículo 38 de la Ley 12/2009 y, en el caso de no serlo el embajador de España, la eventual incidencia de esta cuestión en la solicitud de medida cautelar de traslado a España para hacer posible la presentación de la solicitud de protección internacional, siendo el embajador de España el que dictó el acto denegatorio impugnado.
- ii. Y, en el contexto de una denegación de la solicitud efectuada al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, la eventual incidencia en la resolución de una solicitud de medida cautelar —de traslado a España para hacer posible la presentación de la solicitud de protección internacional— de la existencia de un salvoconducto previamente concedido con el objeto de permitir el abandono del país de origen con destino a España.

4.2. El antecedente de la STS 199/2024: la STS 1327/2020

Para dar respuesta a las cuestiones de interés casacional, la STS 199/2024 comienza haciendo referencia a la STS 1327/2020, en la que tuvo la ocasión de pronunciarse por primera vez sobre el artículo 38 de la Ley 12/2009.

En aquel supuesto, que versaba sobre una solicitud de traslado a España formulada por un ciudadano iraquí ante la Embajada de España en Grecia, que también había sido desestimada presuntamente por silencio administrativo, las cuestiones que presentaban interés casacional consistían en determinar *“cuál es el régimen jurídico aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas fuera del territorio nacional al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009 [...], y si resulta aplicable a las mismas, y en ese caso cómo, lo dispuesto en el referido precepto, pese a no haber sido objeto de desarrollo reglamentario, precisando a qué país viene referida la locución “corra peligro su integridad física” —si va referida al país de origen de los solicitantes de protección internacional, o, por el contrario, al país en que se presenta la solicitud—, y cuál es la consecuencia jurídica de la falta de respuesta a la solicitud presentada a su amparo”*.

Pues bien, la STS 1327/2020 dio la siguiente respuesta a las citadas cuestiones de interés casacional:

- i. En primer lugar, por lo que respecta al régimen jurídico del artículo 38 de la Ley 12/2009, la STS 1327/2020 estableció que dicho precepto *“no regula un régimen jurídico distinto para la obtención de la protección internacional sino que se limita a regular la atención de aquellas solicitudes que se presentan fuera del territorio nacional y en un tercer país, sujeta a la valoración en la representación diplomática del peligro para la integridad física del solicitante, y por lo demás resultan de aplicación las mismas exigencias sustantivas que determinan el reconocimiento de la protección internacional”*. Por ello, la STS 1327/2020 concluyó que *“el régimen jurídico aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas fuera del territorio nacional al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, es el establecido en la propia Ley sin alteración de su regulación sustantiva”*.

Como se discutirá más adelante, con este pronunciamiento la STS 1327/2020 pareció admitir la presentación de solicitudes de protección internacional ante embajadas y consulados, si bien sujetas al trámite procedimental del artículo 38 de la Ley 12/2009.

- ii. En segundo lugar, la STS 1327/2020 declara que *"la falta de desarrollo reglamentario a que se refiere el art. 38 de la Ley 12/2009 no impide la aplicación de sus previsiones a las solicitudes de protección internacional formuladas a su amparo"*. A este respecto, la STS 1327/2020 señala que la norma procedimental *"viene impuesta por la propia Ley, que señala la competencia para ello de los Embajadores de España y las circunstancias que deben valorarse al efecto, como son: que se trate de solicitante que no sea nacional del país en que se encuentre la representación diplomática y corra peligro su integridad física"*, de manera que *"se contienen elementos suficientes para que tal propuesta pueda llevarse a cabo, mandato legal que no queda supeditado o condicionado en su efectividad al desarrollo reglamentario que se refiere a las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados y procedimiento para la evaluación"*.
- iii. En tercer lugar, en relación con la valoración del peligro para la integridad física del solicitante (requisito exigido por el artículo 38 de la Ley 12/2009 para que pueda promoverse el traslado a España), la STS 1327/2020 declara que *"ha de entenderse referida a la situación determinante de la solicitud en el país de origen, en cuanto justifica la presentación de la misma en los términos establecidos por la Ley a que se refiere el art. 38, de manera que la Ley facilita el traslado del solicitante al territorio nacional en razón del riesgo para la integridad física que deriva de la situación que le ha llevado a formular la solicitud desde un tercer país, en el que no se ha puesto remedio a la misma"*.
- iv. Finalmente, por lo que se refiere a la consecuencia jurídica de la falta de respuesta, por parte de la Administración, a una solicitud formulada al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, la STS 1327/2020 declara —como no podía ser de otra manera— que *"la falta de resolución por la Administración supone un acto presunto susceptible de impugnación"*.

Así, la STS 1327/2020 supuso un primer y muy relevante pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo sobre el artículo 38 de la Ley 12/2009, que contribuyó de manera decisiva a despejar cualquier duda sobre la plena aplicabilidad del mecanismo de protección previsto en dicho precepto pese a su falta de desarrollo reglamentario. Asimismo, al declarar de manera inequívoca que la valoración del peligro para el solicitante debía referirse al país de origen, y no al país desde el que se formulaba la solicitud, se descartó también uno de los principales motivos por los que los tribunales han venido desestimando recursos relativos al artículo 38 de la Ley 12/2009, a saber, que el solicitante no había acreditado una situación de peligro para su integridad física en el país de tránsito (en este sentido, por ejemplo, los Autos del TSJM).

4.3. El embajador de España es el órgano competente para resolver el traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009, de acuerdo con la STS 199/2024

Entrando ya en los pronunciamientos de la STS 199/2024, la primera cuestión de interés casacional a la que da respuesta es la relativa a si los embajadores de España son competentes para autorizar el traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009.

Para ello, la STS 199/2024 comienza haciendo referencia a la STS 1327/2020, en la que se realizaron algunas consideraciones sobre el órgano competente para autorizar el traslado a España (pese a no ser una de las cuestiones casacionales que se resolvieron). En concreto, como ya se ha expuesto, la STS 1327/2020 afirmó que el propio artículo 38 de la Ley 12/2009 señalaba *"la competencia para ello [para promover el traslado a España] de los Embajadores de España"*. Sin embargo, la STS 1327/2020 añadió a continuación que, mientras no se dictase una nueva norma reglamentaria, subsistían las disposiciones reglamentarias referidas a la Ley anterior en cuanto no se opusiesen a la actual, e hizo expresa cita del ya citado artículo 16 del Real Decreto 203/1995 para acabar afirmando, en una aparente contradicción interna, que la efectividad de la decisión del embajador *"queda supeditada a la aceptación o aprobación por el órgano competente en los términos que antes se han reflejado"*.

A este respecto, la STS 1327/2020 también tuvo en cuenta una carta circular que el Gobierno remitió a los embajadores de España en fecha 20 de noviembre de 2009 (la "Circular de 20 de noviembre de 2009"), en la que les trasladó unas instrucciones sobre cómo interpretar y aplicar el artículo 38 de la Ley 12/2009 mientras no se aprobase el desarrollo reglamentario. En lo que aquí interesa, en la Circular de 20 de noviembre de 2009 el Gobierno sostuvo que *"Los Embajadores de España, y en ningún supuesto los Cónsules, son los competentes para 'promover (en su caso) el traslado del o de los solicitantes de asilo a España' con el objetivo único de 'hacer posible la presentación de solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley', es decir en España"*. Sin embargo, a continuación la Circular de 20 de noviembre de 2009 añadió que la solicitud debía ser remitida *"a la Secretaría General de Asuntos, Consulares y Migratorios para su conocimiento, evaluación y decisión por la Superioridad"*.

Pues bien, la STS 199/2024 pone fin a la aparente contradicción existente en la STS 1327/2020 y concluye que *"los Embajadores son los órganos competentes para promover el traslado a España de los solicitantes de protección internacional cuyas solicitudes han sido presentadas en las Embajadas y Consulados españoles al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009"*, sin supeditar la decisión a la aprobación de ningún otro órgano de la Administración.

Para llegar a dicha conclusión, la STS 199/2024 toma en consideración no solo la literalidad del artículo 38 de la Ley 12/2009, la Circular de 20 de noviembre de 2009 y los pronunciamientos de la STS 1327/2020, sino también el hecho de que los propios embajadores de España, en el mismo caso, habían asumido previamente la competencia para aprobar el traslado a España con arreglo al artículo 38 de la Ley 12/2009. Así lo hizo, por un lado, el embajador de España en Rusia, que autorizó el traslado a nuestro país de todos los recurrentes, y posteriormente el embajador de España en Pakistán, que primero autorizó el traslado de parte de la familia y después denegó el

traslado de sus demás miembros. En todos los casos, sin referir la necesidad de que el traslado fuese aprobado formalmente por ningún otro órgano de la Administración (como podría ser la CIAR o la OAR). Sobre esta cuestión, además, el abogado del Estado mostró su conformidad con la postura sostenida con los recurrentes.

Así las cosas, la STS 199/2024 dispone que, contrariamente a lo que sostuvieron los Autos del TSJM, a las solicitudes formuladas al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009 no les resulta de aplicación el artículo 16 del Real Decreto 203/1995, que atribuía la competencia para aprobar el traslado a la CIAR a petición de la OAR. A nuestro juicio, esta es la única interpretación conforme con el nuevo régimen jurídico establecido en la Ley 12/2009, toda vez que esta configura el traslado a España como un paso previo a la presentación, inicio de tramitación y admisión de la solicitud de protección internacional (de ahí que el artículo 38 de la Ley 12/2009 disponga que el traslado es "*para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley*"). En cambio, en el régimen previsto en la Ley 5/1984, el traslado a España se decidía después de que el interesado hubiese presentado una solicitud de asilo ante una embajada, esta se hubiese admitido y empezado a tramitar. De ahí que el artículo 6.2 del Real Decreto 203/1995 previese que las solicitudes de asilo presentadas en el extranjero fuesen cursadas a la OAR, y que el artículo 16 estableciese que, una vez la OAR hubiese recibido el expediente, esta podía proponer a la CIAR el traslado urgente a España, siempre en el seno de la tramitación del procedimiento de asilo.

Pues bien, el artículo 16 del Real Decreto 203/1995 carece de encaje posible con el artículo 38 de la Ley 12/2009. El artículo 16 del Real Decreto 203/1995 tiene como presupuesto la presentación de solicitudes de protección internacional en embajadas y consulados de España (que serán admitidas y tramitadas), mientras que el artículo 38 de la Ley 12/2009 se circunscribe a una solicitud de traslado como medida previa a la existencia de una solicitud de protección internacional, que no se presentará hasta que el solicitante logre llegar a España. Por tanto, en lo referente al artículo 16 del Real Decreto 203/1995, o bien ha sido tácitamente derogado en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 12/2009, o bien subsiste la posibilidad de presentar solicitudes de protección internacional en embajadas y consulados de España, las cuales serían admisibles y les sería de aplicación el procedimiento previsto en la norma reglamentaria (lo que incluiría la posibilidad de traslado por acuerdo de la CIAR y la OAR). El Tribunal Supremo no se pronuncia sobre si el artículo 16 del Real Decreto 203/1995 ha quedado derogado o no. Pero sí queda meridianamente claro que el artículo 38 de la Ley 12/2009 no puede completarse ni integrarse con las previsiones del artículo 16 del Real Decreto 203/1995.

Por otra parte, la decisión de la STS 199/2024 es también la más acorde con una interpretación literal del artículo 38 de la Ley 12/2009, toda vez que dicho precepto utiliza el verbo *promover*, que la Real Academia Española define como "*impulsar el desarrollo o la realización de algo*", y no el verbo *proponer*, cuyo uso hubiese sido natural en derecho administrativo si el precepto hubiese pretendido limitar la competencia de los embajadores a emitir una mera propuesta de resolución.

En definitiva, la STS 199/2024 parece haber zanjado definitivamente la controversia existente sobre la competencia para acordar el traslado a España de solicitantes de protección internacional conforme al artículo 38 de la Ley 12/2009, confirmando que corresponde a los embajadores de España.

4.4. La existencia de un salvoconducto previamente concedido por España debe ser tenido en cuenta en la resolución de una pieza de medidas cautelares en la que se solicita el traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009

Una vez descartado el primer óbice esgrimido por los Autos del TSJM para denegar las medidas cautelares solicitadas por los recurrentes, la segunda cuestión de interés casacional que resuelve la STS 199/2024 es la relativa a la incidencia que, para la resolución de la solicitud de traslado a España, tiene la existencia de un salvoconducto previamente concedido por la Administración con el objeto de permitir dicho traslado.

A este respecto, la STS 199/2024 comienza indicando que *"la literalidad del salvoconducto pone a los recurrentes bajo la protección del Gobierno de España [...] porque hay un peligro inminente contra su vida"*, por lo que añade que los solicitantes *"no son cualquier solicitante del artículo 38 de la Ley 12/2009"* sino *"solicitantes cuyo peligro fue reconocido por la Administración General del Estado, y cuyo traslado ya fue aprobado para salvarlos de ese grave peligro para su vida. El Gobierno de España proclamó que estaban bajo su protección y rogó a toda autoridad que les ayudase a conseguir su objetivo: el traslado a España para solicitar aquí protección internacional"*.

Sobre la base de la consideración anterior, la STS 199/2024 afirma que, con el salvoconducto, *"la Administración recurrida asume y reconoce el peligro grave"* para la vida de los recurrentes, y que el salvoconducto *"acredita que el interés público consiste en que estas personas sean trasladadas a nuestro país para que puedan solicitar la protección del Gobierno de España"*. Por ello, la STS 199/2024 concluye que, *"a pesar del tiempo transcurrido, la Administración recurrida no puede desvincularse ahora de su propio acto, al menos respecto a los interesados -recordemos que no todos lo han solicitado- que mantengan su pretensión"*.

Por los motivos anteriores, la STS 199/2024 acaba respondiendo a la cuestión de interés casacional en el sentido de que *"en el contexto de una denegación de la solicitud efectuada al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, no cabe desconocer la relevante incidencia en la resolución de una solicitud de medida cautelar —de traslado a España para hacer posible la presentación de la solicitud de protección internacional— de la existencia de un salvoconducto previamente concedido con el objeto de permitir el abandono del país de origen con destino a España"*.

Este pronunciamiento es relevante porque, a efectos de salvaguardar la finalidad legítima de los recursos en los que se impugna una denegación de traslado del artículo 38, reconoce la posibilidad de que se adopten medidas cautelares positivas consistentes precisamente en el traslado a España para solicitar protección internacional. Esto demuestra, en lógica coherencia, que la sentencia que resuelva un recurso contencioso-administrativo contra una denegación de traslado del artículo 38 puede condenar a la Administración General del Estado a promover dicho traslado mediante un pronunciamiento de plena jurisdicción.

La STS 199/2024 es igualmente relevante porque admite que determinados actos administrativos, por su contenido, pueden acreditar la concurrencia de todos los requisitos para la adopción de medidas cautelares (lo que, además, puede ser comprobado en el marco de un recurso de

casación donde no pueden revisarse los aspectos fácticos del caso ni la prueba practicada). En este caso concreto, el salvoconducto acreditaba que la propia Administración habría admitido un *periculum in mora* por el peligro que sufrían los recurrentes (en atención a la interpretación del artículo 38 de que el peligro debe referirse al país de origen y no al país de tránsito), una ponderación de los intereses concurrentes favorable a la adopción de la medida cautelar (el traslado a España ya había sido aprobado por la Administración General del Estado y tendría que haberse producido ya) y un *fumus boni iuris* (por existir un acto administrativo presuntamente válido y ejecutivo, que nunca ha sido revisado de oficio ni declarado lesivo). Es igualmente interesante que el Tribunal Supremo indica que una medida cautelar de traslado a España en virtud del artículo 38 no condiciona el resultado del subsiguiente procedimiento de solicitud de protección internacional, en el que la OAR y la CIAR “adoptarán la resolución que corresponda” (extremo que refuerza la separación entre el traslado a España del artículo 38 de la Ley 12/2009 y el procedimiento de solicitud de protección internacional que se iniciará a su llegada).

Pues bien, a la vista del salvoconducto y del resto de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la STS 199/2024 falla que procede adoptar las medidas cautelares solicitadas por los recurrentes, por lo que casa y anula los Autos del TSJM, y en su lugar requiere al embajador de España en Pakistán que promueva el traslado a urgente a España de los recurrentes con la finalidad de que puedan presentar su solicitud de protección internacional y que les conceda de forma urgente visado o salvoconducto para poder viajar a España con dicha finalidad.

5. La competencia objetiva para conocer de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra actos de embajadores de España relativos al artículo 38 de la Ley 12/2009 (auto del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2024)

Poco después de dictar la STS 199/2024, el Tribunal Supremo ha emitido el ATS de 28 de febrero de 2024, en el que ha resuelto una cuestión negativa de competencia planteada por el TSJM y la AN en relación con otro recurso contencioso-administrativo relativo al mismo caso.

A la vista de los pronunciamientos de los Autos del TSJM sobre la presunta incompetencia del embajador de España para autorizar traslados en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009, los recurrentes interpusieron un nuevo recurso contencioso-administrativo para la protección de sus derechos fundamentales, dirigido contra la inactividad de la Administración General del Estado, consistente en no dar cumplimiento a su derecho a viajar a España para solicitar protección internacional, que había sido reconocido en el salvoconducto.

El recurso se interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN, que se consideró incompetente a favor del TSJM. Por su parte, el TSJM se consideró igualmente incompetente y elevó una cuestión negativa de competencia ante el Tribunal Supremo.

En respuesta a la cuestión negativa de competencia planteada por ambos tribunales, el ATS de 28 de febrero de 2024 comienza ratificando la jurisprudencia sentada en la STS 199/2024, según la cual *"son los embajadores los órganos competentes para promover el traslado a España de los solicitantes de protección internacional cuyas solicitudes han sido presentadas en las Embajadas y Consulados al amparo del artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre"*.

Sin embargo, a continuación el ATS de 28 de febrero de 2024 concluye que la competencia para conocer de un recurso relacionado con el artículo 38 de la Ley 12/2009 ha de atribuirse *"al órgano que ostenta la competencia para fiscalizar una eventual estimación o desestimación de la solicitud de protección internacional"*, esto es, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y ello en la medida en que la autoridad competente para resolver los procedimientos de protección internacional es el Ministro del Interior.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido por en el ATS de 28 de febrero de 2024, en los casos en los que se impugne judicialmente una decisión expresa o presunta de un embajador de España relacionada con el artículo 38 de la Ley 12/2009, la competencia para conocer del recurso corresponderá a la AN y no al TSJM —como correspondería con arreglo a la cláusula residual del artículo 10.1 n) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa—. Este criterio, además, ha sido confirmado por otro auto del Tribunal Supremo emitido el mismo 28 de febrero de 2024 (recurso n.º 149/2023).

6. Conclusiones

Si bien la STS 199/2024 resuelve un caso singular, en el que la Administración ya había autorizado el traslado a España de los recurrentes mediante un salvoconducto, contiene pronunciamientos relevantes para futuros casos que se puedan plantear:

- i. En primer lugar, la STS 199/2024 confirma la doctrina sentada en la STS 1327/2020 en relación con la plena operatividad del mecanismo previsto en el artículo 38 de la Ley 12/2009 pese a su falta de desarrollo reglamentario.
- ii. En segundo lugar, la STS 199/2024 zanja la controversia existente sobre el órgano competente para resolver las solicitudes de traslado a España del artículo 38 de la Ley 12/2009, y afirma que la competencia corresponde a los embajadores de España, sin que su decisión tenga que ser ratificada por otro órgano administrativo.
- iii. En tercer lugar, y de manera muy relevante, la STS 199/2024 reconoce la posibilidad de acordar el traslado a España en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009 en el seno de una pieza separada de medidas cautelares. Así, ni el carácter positivo de la medida cautelar, ni el hecho de que implique una satisfacción anticipada de la pretensión objeto del recurso (el traslado a España para presentar la solicitud de protección internacional) suponen óbices para que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo puedan adoptar la medida cautelar cuando el recurso pueda perder su finalidad.

- iv. En cuarto lugar, y en relación con lo anterior, la STS 199/2024 ratifica que la medida cautelar no puede denegarse sobre la base de que el recurrente no está en peligro en el país de tránsito desde el que solicita su traslado a España. Como se ha señalado, este viene siendo un argumento recurrente por parte de los tribunales ordinarios para denegar el traslado a España del artículo 38 de la Ley 12/2009, por lo que la STS 199/2024 debería poner fin definitivamente a esta controversia. Así, lo relevante es el peligro en el país de origen, tanto para la resolución de la solicitud del artículo 38 como de las posibles medidas cautelares solicitadas para salvaguardar la finalidad legítima del recurso.
- v. Finalmente, de la STS 199/2024 y la STS 1327/2020 se deriva que uno de los criterios que pueden justificar el traslado a España de los solicitantes es la conexión de los solicitantes con nuestro país.

A este último respecto, como ya se ha señalado, es cierto que tanto la STS 1327/2020 como la STS 199/2024 resuelven casos muy particulares, dado que en el primero el Estado ya había reconocido la condición de refugiados a la mujer y a las hijas de los solicitantes, y en el segundo había hecho lo propio con varios familiares de los recurrentes, además de haberles otorgado un salvoconducto para poder viajar a España. Aun así, ambas sentencias parecen otorgar relevancia a la conexión de los solicitantes con España, lo que —a falta de concreción reglamentaria— podría erigirse como un criterio favorable o incluso determinante, junto con el peligro para la integridad física, exigido ya en el artículo 38 de la Ley 12/2009.

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que el artículo 38 de la Ley 12/2009 identifica como únicos requisitos para autorizar el traslado que corra peligro la integridad física del solicitante (en el país de origen, y no en el de tránsito, según aclara el Tribunal Supremo), y que no sea nacional del país en el que se encuentre la representación diplomática. La legislación no identifica ni exige ningún requisito adicional (tampoco la conexión con España). Por tanto, la conexión con España es un elemento que deberá ser tenido en cuenta como un refuerzo a la decisión de aprobar el traslado, pero no como un requisito indispensable.

Sobre esta cuestión es de interés destacar que tanto la STS 1327/2020 como la STS 199/2024 hacen referencia a la sentencia de 13 de febrero de 2020 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictada en el asunto N.D. y N.T. c. España (demandas n.º 8675/15 y 8697/15). En aquel asunto, que no consideró que las denominadas devoluciones en caliente fuesen contrarias al Protocolo n.º 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Gobierno español sostuvo que el artículo 38 de la Ley 12/2009 era plenamente operativo y efectivo a pesar de su falta de desarrollo reglamentario. Y, para demostrar lo anterior, el Gobierno justificó que entre 2014 y 2018 se presentaron 1308 solicitudes de asilo ante dichos órganos diplomáticos de España.

Una interpretación lógica de la referencia a la citada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sería un alcance amplio del artículo 38 de la Ley 12/2009 en tanto que mecanismo de tutela de derechos fundamentales de los solicitantes de protección internacional en peligro.

En definitiva, los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo deberían reforzar la efectividad del artículo 38 de la Ley 12/2009 como cauce singular de movilidad segura para personas perseguidas que pretendan solicitar protección internacional en España. Es un instrumento de tutela de derechos fundamentales de estas personas y su correcta aplicación por parte de los embajadores de España es susceptible no solo de la tutela por parte de los Tribunales, sino también de medidas cautelares que adelanten el traslado de esas personas a España cuando ello sea necesario para salvaguardar la finalidad legítima del recurso.