

# El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la declaración UE-Turquía \*

Ponencia presentada en el Curso de Verano de la UPV-EHU 2016

Javier A. González Vega

Catedrático de Derecho internacional público  
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LOS FLUJOS MIGRATORIOS Y EL DERECHO.- 3. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS: 3.1. Los instrumentos reguladores: entre una normativa general y el particularismo normativo.- 3.2. El reconocimiento de la condición de refugiado y los derechos inherentes.- 3.3. La denegación, la retirada y la extinción de la condición de refugiado.- 3.4. Otras modalidades de protección internacional y su incidencia sobre el estatuto de los beneficiarios.- 3.5. El principio de no devolución (*non refoulement*).- 4. EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO Y LAS POLÍTICAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS: 4.1. La UE y la libre circulación de personas.- 4.2. Las políticas comunes en materia de asilo e inmigración: el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).- 4.3. Las disfunciones del sistema: la jurisprudencia “Dublín” del TEDH y el TJUE.- 4.4. El desarrollo del SECA y las competencias de los Estados miembros.- 4.5. ¿Nuevas perspectivas? La “Nueva Agenda Migratoria” y la nueva “Estrategia Global” de Política Exterior y de Seguridad y sus implicaciones en materia de asilo.- 5. LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA CRISIS DE LOS REFUGIADOS Y EL “ACUERDO” CON TURQUÍA: 5.1.- El “enfoque” de la crisis por parte de la UE y sus Estados miembros.- 5.2. El “Acuerdo” (Declaración) UE-Turquía y sus circunstancias: el chantaje turco y la necesidad de preservar el sistema Schengen.- 5.3.- Análisis formal de la Declaración: Un Acuerdo poco conforme a las reglas del derecho europeo en materia de conclusión de tratados.- 5.4.- ¿Una flagrante violación del Derecho internacional (y del Derecho europeo)?: Un análisis sustancial de la “Declaración”.- 5.5. La implementación de la “Declaración”.- 5.6. Una apostilla hispanocéntrica: La Declaración UE-Turquía a la luz del Auto TS (Sala Segunda) de 11 de julio de 2016.- 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: FRONTERAS Y VALORES.

**Resumen.** El trabajo aborda en primer término el marco general que brinda el Derecho internacional en materia de reconocimiento y acogida de los refugiados, desvinculando el fenómeno del común de los procesos migratorios. En segundo lugar, se examina el régimen específico establecido en la UE. Se consideran ahí las disposiciones correspondientes de los Tratados (TUE y TFUE) y se aborda luego el denominado Sistema Europeo Común de Asilo, incidiendo en sus desarrollos más relevantes -incluidas las decisiones judiciales al respecto. A continuación, ya en el contexto de la actual situación -la denominada “crisis de los refugiados sirios”- se examinan las diferentes medidas acordadas por la UE

\* El presente trabajo se inscribe en el marco del proyecto “Hacia un modelo migratorio europeo: la movilidad de personas conforme a su estatuto en la UE”, ref. DER2013-44950-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. También se ha beneficiado de una ayuda del Programa para la Movilidad de Excelencia, financiado por la Universidad de Oviedo y el Banco de Santander (2016), a través de una estancia como *Gästwissenschaftler* (Investigador invitado) en el Walter Schücking Völkerrechts Institut de la Christian Albrechts Universität zu Kiel entre el 1 de abril y el 15 de junio de 2016. Aprovecho para expresar mi agradecimiento a su Directora, Profa. Dra. Kerstin Odendahl, por su inestimable ayuda.

desde su inicio (septiembre de 2015) hasta la actualidad. En este contexto, se presta especial atención a los compromisos alcanzados con Turquía y a las medidas de implementación desarrolladas por la UE y sus Estados miembros. Finalmente, se concluye ofreciendo una valoración crítica acerca de la conformidad de estos desarrollos con las reglas generales del Derecho internacional en la materia y con las propias disposiciones del Derecho de la UE.

**Abstract.** The work starts dealing with the general frame provided by International Law -the Geneva Convention (1951) and the New York Protocol (1967)- concerning recognition and reception of refugees, differentiating it from the phenomenon of the unqualified migrants. Secondly, it examines the specific arrangements laid down in the EU Law. There are considered the corresponding provisions of the treaties (TEU and TFEU) and the so-called Common European Asylum System (CEAS) rules, with a special focus on its most relevant developments, including judicial decisions on the issue. Then, in the context of the current situation - the so-called “Syrian Refugees’ Crisis”- the various measures agreed by the EU since its inception (September 2015) are examined. In this context, it provides a special attention to the commitments reached with Turkey in the 16 March 2016 Declaration and to the measures of implementation developed by the EU and its Member States. Finally, it concludes offering a critical assessment on the conformity of these developments with International and EU legal rules.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos 18 meses Europa se ha enfrentado a una crisis migratoria sin precedentes. En un primer momento, se asistió a una intensificación de los flujos migratorios en el Mediterráneo central siendo Italia y Malta los destinatarios de los movimientos de personas. Sin embargo, a partir del mes de agosto de 2015 era Grecia la principal destinataria de los flujos. La intensificación de la arribada de personas a las islas griegas del Mar Egeo –proseguida a lo largo del otoño- desbordó la limitada capacidad de acogida del Estado griego; paralelamente, la oferta alemana para acoger a los entonces denominados genéricamente “refugiados sirios” propició el desarrollo de un constante flujo de personas que a través de los Balcanes emprendían ruta para alcanzar no sólo Alemania, sino Suecia que se perfilaba como uno de los destinos preferidos. Entretanto, las instituciones de la UE se veían desbordadas por el fenómeno.

Pese a que la situación haya sido conocida como “la crisis de los refugiados sirios” un análisis detenido de la misma permite caracterizarla ante todo en términos de “crisis migratoria” dado que los flujos de personas interesaban no sólo a personas que venían huyendo de conflictos armados existentes en sus Estados de origen sino en otros en los cuales no concurría tal circunstancia<sup>1</sup>. En este orden, el factor jurídico resulta clave para establecer tal distinción.

Y es que, en efecto, el Derecho internacional no ofrece una respuesta unívoca para encarar el fenómeno de los movimientos humanos transnacionales, de suerte que existe una dicotomía que permite diferenciar entre aquellos supuestos en que el desplazamiento de personas viene provocado por el temor fundado a una persecución y aquellos otros en los que –con independencia de su carácter, voluntario o no- éste responde a otras causas. El Derecho internacional de los refugiados se ocupa de los primeros en tanto que los segundos adolecen de un régimen jurídico propio. En este orden, se ha observado -acaso con excesiva rotundidad- que:

“il n'existe pas plus de droit international des migrations qu'un droit international de la chimie moléculaire ou de l'astrophysique. La migration internationale est un phénomène observable, mais elle n'est pas un objet du droit international”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> En concreto la unidad de seguimiento (*tracking matrix*) de desplazados de la Organización Internacional de Migraciones (OIM) ofrecía la cifra de 990.671 “migrantes y refugiados” llegados a Europa en 2015 (Cfr: OIM, Noticias, 18 de diciembre de 2015; comunicado accesible en <<http://www.iom.int/es/news/las-llegadas-de-migrantes-y-refugiados-la-ue-por-terrestre-y-maritima-casi-suman-un-millon-de>>.)

<sup>2</sup> WECKEL, Ph., “Le droit international face à la mobilisation internationale en faveur des migrants”, en la obra colectiva *Protection des migrants et des réfugiées au XXIe siècle. Aspects de droit international/Migration and Refugee Protection in the 21st Century, International Legal Aspects*, (G. S. Goodwin-Gill, Ph. Weckel, eds.), Martinus Nijhoff, La Haya, 2015, p. 30. Estas ideas ya las avanzábamos en nuestro estudio “En torno a los *otros europeos*: El Derecho internacional y el Derecho europeo ante la inmigración”, en *Ética, pluralismo y flujos migratorios en la Europa de los 25*, (A. Hidalgo Tuñón, ed.), Oviedo, Eikasía Editorial, 2005, pp. 103-151.

## 2. LOS FLUJOS MIGRATORIOS Y EL DERECHO

Dejando de lado consideraciones metajurídicas, tal y como se ha destacado, el Derecho internacional contemporáneo desconoce la existencia de un supuesto *iuscommunicationis* que garantice la libre circulación de las personas a través de las fronteras estatales<sup>3</sup>. Las previsiones formuladas en el art. 13 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 no se han concretado en este punto en desarrollos normativos de alcance general: ni los Pactos de derechos humanos de 1966, ni la práctica de los Estados recogen un derecho de los individuos a circular libremente entre los diferentes Estados; tampoco las previsiones establecidas en la Declaración universal en torno al derecho de los individuos “a salir de cualquier país, incluso del propio” se corresponden con una obligación a cargo de los Estados de acoger genéricamente a los ciudadanos extranjeros. El *iusemigrandi* allí formulado no encuentra acomodo en un inexistente *iusinmigrandi*.

Por otra parte, al margen de los desarrollos promovidos en el marco de la OIT<sup>4</sup>, las tentativas por abordar una regulación general en la materia se han saldado con un estrepitoso fracaso: el ejemplo más revelador lo constituye la Convención internacional sobre los trabajadores migrantes y sus familias, de 18 de diciembre de 1990, que -aunque formalmente en vigor- sólo ha recibido el apoyo de los Estados origen de los flujos migratorios<sup>5</sup>. Por su parte, la Organización Internacional de Migraciones –creada en 1951 para afrontar inicialmente los retos migratorios en el continente europeo- es un mero instrumento de apoyo a las políticas de los Estados y carece de competencias en cuanto a la definición de un estatuto jurídico de

<sup>3</sup> CASANOVAS, O., RODRIGO, A.J., *Compendio de Derecho internacional público*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 286 (Sobre la conformación y abandono de la noción *vid.* CASTILLO DAUDÍ, M., “Libertad de circulación y soberanía del Estado: Posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional”, *REEI*, núm. 31, junio 2016, pp. 3-5). Por otra parte, el ideal cosmopolita kantiano resulta intelectual -y sentimentalmente- sugestivo, pero no se ha concretado aún en términos de Derecho positivo. Para una prognosis en tal sentido *vid.* WITHOLDE WENDEN, C., “La gouvernance mondiale de migrations: Un processus cosmopolitique?”, y de DEMELEMESTRE, G., “Le droit cosmopolitique: Un droit à la migration?”, recogidas en la obra colectiva *Le cosmopolitisme juridique*, (O. de Frouville, dir.), A. Pedone, París, 2015, pp. 377-395 y 397-429, respectivamente. Para un exponente en nuestra literatura más reciente de este enfoque cosmopolita del problema *vid.* VELASCO, J.C., *El azar de las fronteras. Políticas migratorias, ciudadanía y justicia*, FCE, México, 2016.

<sup>4</sup> En concreto, los Convenios OIT núm. 97, relativo a los trabajadores migrantes, revisado en 1949 (*BOE*, núm. 135, 7 de junio de 1967) y núm. 143, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, de 1975. No obstante, ha de destacarse que carecen de una participación significativa. Del primero no son partes la mayoría de los Estados miembros de la UE; del segundo, sólo 5 Estados (Chipre, Eslovenia, Italia, Portugal y Suecia).

<sup>5</sup> La Convención entró en vigor con carácter general el 1 de julio de 2003; sin embargo, no son partes en él ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea -tampoco nuestro país- ni Australia, Canadá, EEUU, Japón, Noruega, Nueva Zelanda o Suiza; ni siquiera las monarquías del Golfo Pérsico. El texto de la Convención puede consultarse en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0034>>. Las reticencias de los Estados desarrollados en su conjunto a la Convención han sido frontalmente cuestionadas por SCHNEIDER, J., “Demystifying the International Convention on the Protection of all Migrant Workers and Members of their Families: Why are States reluctant to Ratify?”, en *Mensch und Recht. Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag*, (D. Hanschel *et alii*, eds.), Duncker und Humblot, Berlín, 2013, pp. 153-164. En esta línea favorable a una eventual adhesión -incidiendo en las posibles ventajas que, supuestamente, depararía la participación de la UE en ella, *vid.* DESMOND, A., “The Triangle that could Square the Circle? The UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, the EU and the Universal Periodic Review”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 17, 2015, pp. 39-69 (*corrigenda* en p. 287; vol. 17, núm. 2-3).

los migrantes<sup>6</sup>. De hecho, el único hito significativo en la regulación internacional interesa a la lucha contra el tráfico de migrantes<sup>7</sup>.

Sentado lo anterior, debe quedar claro que nada impide a los Estados acordar un estatuto diferente para sus respectivos nacionales. En tal sentido, los tradicionales Acuerdos migratorios y, de forma más precisa, las previsiones en materia de libre circulación de personas contenidas en los Tratados de la UE y sus desarrollos convencionales conexos son exponentes de ello; no obstante, estos últimos responden a una dinámica particularista, su aplicación se acomoda -en principio- a un esquema de reciprocidad y no han sido objeto de emulación<sup>8</sup>.

Es cierto, con todo, que la ausencia de obligaciones genéricas a cargo de los Estados en relación con los migrantes, encuentra un límite en aquellos casos en los que el desplazamiento de las personas se incardina en el marco de las denominadas “migraciones forzadas” y, en concreto, obedece a motivos de persecución. La citada Declaración Universal afirma en tales circunstancias el derecho de “toda persona” “a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” y la Convención de Ginebra de 1951, revisada por el Protocolo de Nueva York de 1967, concreta los términos en que puede ejercitarse tal derecho<sup>9</sup>. No obstante, comoquiera que se

<sup>6</sup> Concebida inicialmente en 1951 como un Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos de Migrantes desde Europa (PICMME), al iniciar sus actividades un año más tarde pasa a denominarse Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas (CIME), transformándose en 1980 en el Comité Intergubernamental para las Migraciones (CIM) y deviniendo finalmente en 1989 la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Su texto constitutivo, la Constitución del Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas (antigua denominación de la Organización), de 19 de octubre de 1953, define en su art. 1 sus funciones como mera instancia de cooperación en materias migratorias, *lato sensu*, y precisa que (apdo. 3) “las normas de admisión y el número de inmigrantes que hayan de admitirse son cuestiones que corresponden a la jurisdicción interna de los Estados, y en el cumplimiento de sus funciones obrará de conformidad con las leyes, los reglamentos y las políticas” de los Estados interesados (Cfr: texto en el instrumento de ratificación de la adhesión de España, *BOE*, núm. 91, 16 de abril de 1966). De hecho, tal como se afirma en su propio portal institucional, “la OIM no tiene un mandato jurídico de protección”, aunque “sus actividades contribuyen a proteger los derechos humanos y tienen por efecto o consecuencia la protección de personas concernidas por la migración” (Cfr: <<https://www.iom.int/es/enunciado-de-mision>>). La organización tampoco forma parte del sistema de Naciones Unidas, aunque desarrolla relaciones de cooperación con ella y, particularmente, con ACNUR.

<sup>7</sup> En concreto, en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de 15 de noviembre de 2000 (*BOE*, núm. 295, 10 de diciembre de 2003), promovido en el seno de Naciones Unidas y en vigor desde el 28 de enero de 2004, cuenta con 142 Estados partes -la UE y sus Estados miembros incluidos (es un acuerdo mixto)- representativos del conjunto de la comunidad internacional.

<sup>8</sup> En cuanto a los primeros -por lo que respecta a nuestro país- *vid.* nuestra contribución “El control de la inmigración irregular en España: Compromisos y Desarrollos”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 111, p. 173-193, en pp. 178-184.

<sup>9</sup> Diferente en cuanto a su tratamiento es el caso de los desplazados internos, toda vez que sus paralelismos con la problemática de los refugiados no impiden advertir la ausencia en estos casos del elemento crucial del traspaso de la frontera, característico de aquellos. De hecho, la regulación jurídica internacional sobre el particular posee unas bases jurídicas específicas -fundamentalmente, las disposiciones del Derecho internacional humanitario- y unos desarrollos institucionales propios (Sobre el particular *vid.* CIRERA FORTEA, M.T., *Los desplazados internos: Un problema internacional*, ANUE, Barcelona, 2006; HOFMANN, R., “Contemporary Challenges Facing International Refugee Law: The Case of Internally Displaced Persons”, en *Nouvelles formes de Discrimination/New Forms of Discrimination*, (L.A. Sicilianos, dir.), A. Pedone, París, 1995, pp. 141-152; PONTE IGLESIAS, M.T., “Los desplazados internos en el Derecho internacional: normas y mecanismos de protección”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, pp. 27-53), aunque sólo existe un texto convencional -de ámbito regional además- específicamente atinente al tema: la Convención de la Unión Africana para la protección y asistencia de las personas desplazadas internamente en África, de 23 de octubre de 2009, en vigor desde el 6 de diciembre de 2012 y de la que son partes 25 Estados (Cfr: texto en <<http://www.au.int/en/treaties>>).

trata en ambos casos de desarrollos convencionales, las obligaciones en ellos establecidas sólo comprometen a los Estados partes. En este punto, conviene señalar que pese a haber alcanzado un notable grado de aceptación, ni uno ni otro texto vinculan a un conjunto significativo de Estados, que se encuentran por consiguiente exentos de tales obligaciones. Ciertamente, no es el caso de los Estados europeos –y del conjunto de los Estados occidentales- así como tampoco de los Estados africanos que se han dotado, además, de desarrollos convencionales específicos.

Como resultado la diversidad de regímenes operativos frente al común fenómeno migratorio depara unas respuestas casi antagónicas. En el primer caso, el “nudo” migrante –falta de apoyatura convencional- se ve privado de derechos y puede ser objeto de expulsión por parte del Estado territorial<sup>10</sup>, en tanto que el solicitante de asilo se ve investido desde ese mismo momento de un conjunto de derechos y garantías, de entre las que descuelga el capital principio de “no devolución” que veda –en principio con carácter absoluto- su retorno al Estado de origen. De ahí, la meticulosa distinción que los textos adoptados en el seno de la UE en el curso de la “crisis de los refugiados” han tratado de establecer entre unas y otras situaciones<sup>11</sup>.

Los planteamientos precedentes resultan, aparentemente, poco conformes con los crecientes desarrollos normativos orientados a la protección del ser humano, al margen de toda distinción –incluido su origen nacional. En tal sentido, como señalara en 2003 la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos”<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Al margen de la cuestión de la eventual prohibición de las expulsiones colectivas (*vid. infra*, 5.5), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tratado de conciliar el respeto de los derechos humanos con la aplicación efectiva 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 (“Directiva de retorno”) que regula estos procedimientos (*DO* núm. L 348, 24 de diciembre de 2008, p. 98. *Cfr.* PEERS, S., “Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balanced against Efficient Removal”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 17, 2015, pp. 289-304), si bien son imaginables procedimientos aún más garantistas –lo que no quiere decir que exentos de incomodidades (e incluso sufrimiento) para sus destinatarios (Al respecto *vid.* PIRJOLA, J., “Flights of Shame or Dignified Return? Return Flights and Post-Return Monitoring”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 17, 2015, pp. 305-328, en p. 308).

<sup>11</sup> Sobre éstos nos extenderemos en detalle *infra*, 5. Consignemos, sin embargo, que el tratamiento dicotómico de unas y otras situaciones está bien presente en la reciente Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, de 19 de septiembre de 2016, adoptada por consenso en la Reunión de Alto Nivel convocada por Naciones Unidas sobre el tema (*Doc. NU, A/71/L.1*, 13 de septiembre de 2016; texto accesible en <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/L.1>>). Sobre el fracaso de esta iniciativa y la coetánea impulsada por el presidente Obama -20 de septiembre- sobre reubicación de refugiados *vid.* HATHAWAY, J.C., “A really, really bad month for refugees”, en <<http://verfassungsblog.de/a-really-really-bad-month-for-refugees/>>.

<sup>12</sup> CIDH, Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, *Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados*, párr. 134; texto accesible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>>. Abundando en este enfoque, aún más recientemente la Corte Interamericana se ha pronunciado respecto a la situación de los menores incurso en tales circunstancias (*Cfr.* CIDH, Opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*; texto accesible en <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf)>. Sobre esta última *vid.* ARLETTAZ, F., “Perspectiva interamericana sobre la afectación de la libertad de menores en procedimientos migratorios”, *Anuario Colombiano de Derecho internacional*, vol. 9, 2016, pp. 197-231).

Y aún más recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado que las indiscutibles competencias en manos de los Estados para afrontar la lucha contra la inmigración ilegal, deben de ejercerse respetando sus obligaciones internacionales, pues “el fin no justifica el empleo de cualesquiera medios”<sup>13</sup>.

Ha de reconocerse, empero, que es esta una tensión no resuelta definitivamente por el Derecho internacional contemporáneo<sup>14</sup>, si bien, ello ha propiciado nuevos desarrollos que pugnan por imprimir coherencia a unos y otros.

### 3. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS

Aunque el sector del Derecho internacional de los refugiados goza de un sólido basamento doctrinal, sus desarrollos normativos adolecen de una singular debilidad en razón, de un lado, del enfoque pragmático ideado para abordar su regulación; de otro, por la evidente discrecionalidad de los Estados a la hora de implementar sus disposiciones. En este orden, tal como se ha destacado:

“International Refugee Law is therefore a carefully designed, and still fragile, status-creating mechanism that represents a compromise between the humanitarian reality of global forced displacement and the fact of a state-based system (states that still view migration control, in all its forms, as intrinsic to their understanding of self-determination)”<sup>15</sup>

Por otra parte, sus relaciones con el Derecho internacional de los derechos humanos distan de estar claras, dado que, habiendo surgido sus primeros desarrollos en un momento anterior a la emergencia de éste, es patente su autonomía tal y como atestiguan los desarrollos convencionales y la práctica de los Estados. De hecho, no por casualidad -con la salvedad de la Declaración Universal de derechos humanos- hasta momentos relativamente recientes los tratados más relevantes en materia de derechos humanos han omitido abordar la regulación del derecho de asilo<sup>16</sup>, en tanto que los Estados tradicionalmente han ceñido su aplicación

<sup>13</sup> Sentencia TEDH, 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, (demanda núm. 30696/09), párr. 216; Sentencia TEDH, 29 de marzo de 2010, *Medvedev c. Francia*, (demanda núm. 3394/03), párr. 81, *apud* GOODWIN-GILL, G.S., “The Dynamic of International Refugee Law”, *IJRL*, vol. 25, 2014, p. 654.

<sup>14</sup> Ha sido J. DE LUCAS quien con más vigor ha denunciado la situación, a lo largo de su extensa obra sobre el particular. *Vid. per omnia* su reciente contribución *Mediterráneo. El naufragio de Europa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 16.

<sup>15</sup> HARVEY, C., “Refugees and Human Rights: The Future of International Protection in the United Kingdom”, *European Human Rights Law Review*, 2015, p. 597.

<sup>16</sup> Ejemplos de ello son tanto los Pactos de derechos humanos de 1966 como la Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales que guardan silencio al respecto. Ciertamente que otros desarrollos posteriores -de ámbito regional- han abandonado este enfoque como revelan, sucesivamente la Convención americana de derechos humanos, de 22 de noviembre de 1969 (art. 22.7), en la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos, de 27 de julio de 1981 (art. 12.3), la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (art. 18) y la Carta Árabe de Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2004 (art. 28).

de las disposiciones normativas en materia de refugio, aislada de la normativa general en materia de derechos humanos<sup>17</sup>.

### 3.1. Los instrumentos reguladores: entre una normativa general y el particularismo normativo.

En efecto, las normas internacionales en materia de protección de los refugiados han constituido hasta no hace mucho, desarrollos de índole particularista. De hecho, dejando de lado antecedentes más remotos<sup>18</sup>, la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951 –conocida comúnmente como “Convención de Ginebra”– pese a constituir el primer instrumento normativo de alcance general, abordaba preferentemente la cuestión con un enfoque pragmático, centrado fundamentalmente en relación con el área europea<sup>19</sup>, de suerte que no será hasta el Protocolo relativo al estatuto de los refugiados de 31 de enero de 1967 que se conformará una auténtica normativa internacional con vocación universal, en razón de suprimirse en su art. 1 los criterios temporales y geográficos que tendían a limitar la plena operatividad de la Convención de 1951<sup>20</sup>.

Conviene advertir, empero, que ni la Convención ni el Protocolo establecen mecanismos específicos de control, correspondiendo en exclusiva a las Partes la interpretación y aplicación de sus disposiciones, sin perjuicio del asesoramiento brindado por ACNUR<sup>21</sup>. De hecho, las

<sup>17</sup> Cfr. EDWARDS, A., “Human Rights, Refugees, and the right ‘to enjoy’ Asylum”, *IJRL*, 2005, pp. 293-330.

<sup>18</sup> Que cabría retrotraer según algún autor al segundo milenio antes de Cristo (Cfr. SÁNCHEZ, V.M., *Migraciones, refugiados y amnistía en el derecho internacional del Antiguo Oriente Medio, II Milenio a. C.*, Tecnos, Madrid, 2016), aunque una auténtica normativa internacional en sentido propio no verá la luz sino en el marco de las Conferencia Iberoamericanas (v. gra. Convención de Montevideo sobre Asilo Político, de 26 de diciembre de 1933; texto accesible en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-37.html>>) y en el marco de la SdN (Para una sucinta aproximación histórica a la cuestión vid. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “Evolución jurídica internacional del Derecho internacional de los refugiados”, *Tiempo de Paz*, núm. 119 (monográfico sobre Refugiados), 2015, pp. 11-18). Antes de esa época, la normativa y las prácticas en materia de asilo eran estrictamente nacionales, constituyendo un caso revelador el art. 120 de la Constitución de la República Francesa de 1793 (Cfr. LE PORS, A., *Le droit d’asile*, 4ª ed., PUF, París, 2015, pp. 9-10). En este orden, conviene recordar que en España hasta el año 1978 las medidas de asilo –carentes de toda apoyatura normativa– eran expresión de una concesión graciosa del Estado, teñida de consideraciones políticas, en tanto que la vigente Constitución (art. 13.4), remite a la legislación ordinaria para abordar su regulación, concretada en las sucesivas Leyes 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, derogada por la vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE, núm. 263, 31 de octubre de 2009), que incorporó en el Derecho español las primeras directivas elaboradas en el marco de la instauración del Sistema Europeo Común de Asilo (vid. *infra*, 4.2).

<sup>19</sup> Cfr. texto en BOE, núm. 252, 21 de octubre de 1978. En tal sentido, la definición de refugiado que establece su art. 1 contempla ante todo la situación de los refugiados europeos y con el límite temporal de los acontecimientos previos “al 1 de enero de 1951”, si bien los apartados B.1.b) y B.2 contemplan su eventual extensión para contemplar situaciones distintas.

<sup>20</sup> Cfr. texto en BOE, núm. 252, 21 de octubre de 1978. El instrumento es conocido usualmente como “Protocolo de Nueva York”.

<sup>21</sup> Es cierto que la Convención se refiere en el art. 35 a la obligación de las Partes de cooperar con la Oficina de ACNUR –creada previamente por la Resolución AG 428 (V) de 14 de diciembre de 1950 y por ende al margen de la Convención– “en el ejercicio de sus funciones y en especial...en su tareas de vigilar la aplicación de las disposiciones” de la Convención”, al tiempo que aquéllas se comprometen a suministrar “en forma adecuada” informaciones y datos estadísticos sobre “la condición de los refugiados”, “la ejecución” de la Convención y la normativa interna relativa a



reglas en materia de Derecho de asilo confieren a los Estados la potestad para determinar con *una relativa discrecionalidad los criterios en orden a su “otorgamiento”*. Desde esta perspectiva, conviene destacar que tanto la Convención de Ginebra de 1951 como el Protocolo de Nueva York de 1967 son instrumentos de “otra época”, fundándose en la noción de “desdoblamiento funcional” -del que hablara hace muchos años G. SCELLE-; esto es, a falta de órganos internacionales propios, son los Estados los responsables del control, desarrollando el ACNUR un papel de mero “coadyuvante”, pero sin capacidad decisoria en relación con los Estados. Por otra parte, las imprecisiones e insuficiencias existentes en el régimen jurídico establecido por estos tratados no han sido paliadas a través de ulteriores reformas; los Estados han evitado afrontar una revisión de estos instrumentos<sup>22</sup>, de suerte que los avances producidos en la materia obedecen a desarrollos de índole particular, generados en entornos regionales o subregionales, si no derivados -lisa y llanamente- de la práctica unilateral de los Estados.

En este orden, dado que los desarrollos producidos en el marco europeo serán objeto de atención detenida más adelante, limitémonos a mencionar que ha sido en el área americana y africana, donde se han generado desarrollos que van más allá de las normas generales antevistas, si bien de desigual entidad y relativa eficacia<sup>23</sup>.

---

los refugiados. Por otra parte, el art. 36 prevé asimismo la comunicación al Secretario General de las Naciones Unidas de la normativa interna adoptada “para garantizar la aplicación” de la Convención. Pero, al margen de la ambigüedad de los términos utilizados, ni en uno ni otro se establecen mecanismos específicos ni plazos para el cumplimiento de tales obligaciones y además, los Estados han tratado de ceñir sus funciones –en particular las de ACNUR- al mero asesoramiento jurídico, insistiendo en el carácter no vinculante de sus orientaciones (Cfr. GOODWIN-GILL, G.S., “The Dynamic of International Refugee Law”, *cit.*, p. 655; LOESCHER, G., “UNHCR and Forced Migration”, en *The Oxford Handbook on Refugee and Forced Migration Studies*, (E. Fiddian-Qasmiyeh, G. Loescher, K. Long, N. Sigona, eds.), Oxford UP, 2016, p. 216). Por otra parte, las enmiendas introducidas por el Protocolo de Nueva York no han afectado a tales disposiciones, que reiteran literalmente sus arts. II y III. Todo lo anterior, es cierto, no ha sido óbice para que los Estados Partes hayan establecido procedimientos para articular esa cooperación.

<sup>22</sup> En concreto, la adopción por la AG de las NU de una Declaración sobre el asilo territorial, anexa a la Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967, no dio lugar a una deseable convención sobre el tema al fracasar la Conferencia de Plenipotenciarios convocada al efecto en enero de 1977 (Al respecto *vid.* GOODWIN-GILL, G., McADAM, J., *The Refugee in International Law*, 3ª ed., Oxford UP, Oxford, 2007, pp. 358-369; BETTATI, M., “Le statut juridique du réfugié en Droit international”, *Thesaurus Acroasium*, vol. XIII, (monográfico The refugee problem on universal, regional and national level), Tesalónica, 1987, p. 111; “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el asilo territorial”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 18, 1977, pp. 332-333).

<sup>23</sup> Así, en América la X Conferencia Interamericana celebrada en Caracas adoptó la Convención sobre Asilo Territorial, de 28 de marzo de 1954 -no confundir con la coetánea sobre Asilo Diplomático (<<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-46.html>>), también allí adoptada- con un tenor marcadamente restrictivo; sin embargo, muy posteriormente un Coloquio de expertos convocado por la OEA adoptó el 22 de noviembre de 1984 la Declaración de Cartagena de Indias, en la que se postula una notable ampliación del concepto de refugiado para inscribir en él situaciones genéricas de riesgo para las personas (Al respecto *vid.* CANTOR, D.J., TRIMIÑO MORA, D., “¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el Derecho internacional humanitario”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp. 165-194). Con todo, este documento -si bien reiterado en ulteriores textos también de cariz recomendatorio- es inscribible en el marco del *soft law* y, por consiguiente, carece de eficacia vinculante en términos jurídicos, por lo que acaso resulte exagerado conceptuar tal desarrollo como un “éxito en la ampliación de los horizontes del *corpus juris* del Derecho internacional de los refugiados” (Cfr. CANÇADO TRINDADE, A.A., “The contribution of the Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law”, *R. des C.*, t. 376, 2014, p. 80). En cuanto a África, conviene mencionar la Convención reguladora de aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África, de 10 de septiembre de 1969 -en vigor desde el 20 de enero de 1974 -de la que son parte 46 Estados- y que abunda también en la ampliación del concepto de refugiado (Cfr. texto en <<http://www.au.int/en/treaties>>).

### 3.2. El reconocimiento de la condición de refugiado y los derechos inherentes.

En los términos de la Convención de Ginebra, el reconocimiento de la condición de refugiado deriva de las circunstancias acogidas en su art. 1, conforme al cual:

“A. A los efectos de la presente Convención, el término «refugiado» se aplicará a toda persona:

...

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos *antes del 1.º de enero de 1951* y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, *a consecuencia de tales acontecimientos*, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión «del país de su nacionalidad» se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.”<sup>24</sup>

Conforme a lo ahí dispuesto, corresponde a las autoridades del Estado parte el determinar que si en un caso concreto la solicitud presentada por un individuo se ajusta a alguna de las circunstancias previstas. En este orden, no ha de ocultarse que la interpretación de la disposición ha suscitado no pocos problemas: de un lado, el ACNUR ha propiciado una ampliación de los términos evocados en la definición<sup>25</sup>; de otro, los Estados Partes, a través de la legislación interna de desarrollo de la Convención -en el caso de la Unión Europea, condicionada merced a los actos de las instituciones europeas- han forjado su propia caracterización de las situaciones planteadas en ella<sup>26</sup>, aunque han sido en último término los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes -y eventualmente, instancias jurisdiccionales

---

<sup>24</sup> Convención de Ginebra: Artículo 1. Definición del término «refugiado». Adviértase que los requisitos en cursiva no se encuentran vigentes en relación con los Estados partes asimismo en el Protocolo de Nueva York de 1967, conforme a lo dispuesto en el art. II.2 del mismo.

<sup>25</sup> En tal sentido *vid.* ACNUR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Ginebra, 1979 (reimpr. diciembre 2011); accesible en <<http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>>. Por otra parte, también se ha ponderado la utilidad de los criterios derivados de las actuaciones judiciales emprendidas en el seno de la CPI a los efectos de determinar situaciones susceptibles de dar lugar al refugio. Al respecto *vid.* SMITH, M., “The Relevance of the Work of the International Criminal Court to Refugee Status Determinations”, *IJRL*, 2008, pp. 166-185.

<sup>26</sup> Así, en el Reino Unido la aplicación judicial de la Convención se ve “armonizada” a través de las orientaciones facilitadas por el *Asylum and Immigration Tribunal* (THOMAS, R., “Consistency in Asylum Adjudication: Country Guidance and the Asylum Process in the United Kingdom”, *IJRL*, 2008, pp. 489-532).

internacionales (TEDH) o supranacionales (TJUE)<sup>27</sup>- los que han venido llamados a dirimir la cuestión, propiciando ora formulaciones restrictivas, ora interpretaciones extensivas del concepto.

Como resultado, los Estados –ciertamente bajo la presión de los órganos internacionales de control de los derechos humanos- han tendido a habilitar nuevas categorías en las que encuentra cabida la protección de los individuos frente a violaciones de su derecho a la vida o al riesgo de tortura u otros tratos inhumanos o degradantes o frente a los riesgos de amenazas individualizadas en situaciones de conflicto armado, más allá de los rigurosos términos de la Convención de 1951, tal como con claridad expresaba la Sentencia TS (Contencioso Administrativo, Sección 3<sup>a</sup>) de 21 de julio de 2015<sup>28</sup>. Ahora bien, estos desarrollos también contribuyen -es su faz perversa- a desnaturalizar el derecho de asilo, pues contribuyen a restringir -aún más si cabe- la aplicación de aquél, en favor de estas nuevas figuras<sup>29</sup>.

En todo caso, tras el procedimiento administrativo pertinente -supervisado judicialmente- el solicitante obtiene el estatuto de refugiado, en virtud del cual se le confieren una serie de derechos y obligaciones. En los términos de la Convención, éste, en principio, lleva aparejado, junto con la expedición de documentos identificativos y de viaje, el disfrute en el Estado de acogida de un “estándar mínimo de trato”<sup>30</sup>, contemplando en algunos casos el goce de derechos en condiciones al menos similares a los de los extranjeros (propiedad, asociación, acceso al empleo remunerado, actividades por cuenta propia, ejercicio de profesiones liberales, vivienda, libertad de circulación y residencia); en otros, incluso equiparables a los de los propios nacionales (libertad religiosa, acceso a la justicia, educación, asistencia pública, remuneración, seguros sociales). En correspondencia, el refugiado se encuentra obligado a acatar las leyes y reglamentos del Estado de acogida. Por su parte, el Estado de acogida asume respetar el principio de no devolución<sup>31</sup>.

Ahora bien, los derechos inherentes a la condición de refugiado –incluida la esencial garantía de la no devolución- también se acuerdan temporalmente a los solicitantes de asilo –aquéllos que presentan la solicitud a la espera de que la misma sea resuelta-. Pero en tanto que los primeros los poseen con carácter definitivo, los segundos los disfrutan

<sup>27</sup> Al respecto *vid. infra*, 3.

<sup>28</sup> En ella, su fundamento jurídico 5º precisa que “la persecución descrita por la recurrente no es incardinable en ninguno de los motivos previstos por la Convención de Ginebra de 1951, que han sido trasladados a la propia Ley de asilo, pues como la propia demanda reconoce, la recurrente no se encuentra perseguida por las autoridades de su país ni tiene problema alguno con ellas, sino que teme por la persecución a la que ella o su familia se verían sometidas en el caso de retornar a Nigeria, por parte de las personas que integran dicha red, sin que el Estado nigeriano pueda protegerla frente a dicho riesgo. Pues bien, dicha eventualidad se encuentra perfectamente asegurada mediante los derechos integrados en la protección subsidiaria que le ha sido concedida, y que como se ha expuesto, abarcan una total protección ya que no solo se impide su devolución sino que se le concede autorización para trabajar, la expedición de la documentación necesaria, el acceso a los servicios públicos de empleo, a la formación, a la educación, a los programas de ayuda e integración de extranjeros y en resumen una total protección que se asimila a las exigencias de la normativa comunitaria” (reprod. en *Newsletter Iustel*, 1 de diciembre de 2015).

<sup>29</sup> Cfr. MERINO SANCHO, V., “Implications of the Debate on Irregular Migration in the European and Spanish Asylum Regime”, *Migraciones Internacionales*, vol. 7, núm. 2, julio-diciembre 2013, pp. 101-125, en p. 117.

<sup>30</sup> GOODWIN-GILL, G.S., “The International Law of Refugee Protection”, en *The Oxford Handbook of Refugee... cit.*, p. 41.

<sup>31</sup> *Vid. infra*, 3.5.

hasta tanto se resuelva la solicitud<sup>32</sup>. Como consecuencia, su eventual denegación llevará aparejada en principio la pérdida de los mismos y la consiguiente salida del país del peticionario. Esta solución, es cierto, se ve temperada en la práctica por la existencia de otros mecanismos de protección, ideados por los Estados –y por tanto no contemplados en la Convención de Ginebra y en el Protocolo de Nueva York– como es el caso de la protección subsidiaria y la protección temporal, sobre los que incidiremos ulteriormente<sup>33</sup>. Apuntemos, no obstante, que, de hecho, en la práctica española la primera figura es muy empleada para afrontar tales situaciones, dado el altísimo índice de rechazo de las solicitudes de asilo<sup>34</sup>. Sin embargo, debe llamarse la atención sobre el hecho de que sus resultados tienden a privilegiar circunstancias eminentemente colectivas, aparentemente alejadas de las personales, inherentes al asilo.

Y es que, como se desprende de todo lo anterior, la “piedra angular” del derecho de asilo se asienta en una caracterización individualizada de la persona merecedora de protección; no otra es la lectura que se desprende del art 1.A) de la Convención de Ginebra. De ahí, que todos aquellos desarrollos (“primer país de acogida”, persona desplazada”, “país seguro”, “protección temporal”, “acuerdo de readmisión”, etc.) orientados a conferir un tratamiento colectivo del fenómeno o a propiciar una caracterización grupal de los destinatarios de la protección, suponen en la práctica su desnaturalización, con independencia de que garanticen en mayor o menor medida una suerte de protección<sup>35</sup>.

### 3.3. La denegación, la retirada y la extinción de la condición de refugiado.

La Convención prevé la denegación de la condición de refugiado a las personas respecto de las cuales “existan motivos fundados para considerar” que ha cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, las responsables de graves delitos comunes cometidos con anterioridad fuera del país de refugio o las culpables de actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> De ahí, que la práctica de los Estados europeos en los últimos tiempos –y, particularmente, la de aquéllos dotados de sistemas más “atractivos” para los potenciales solicitantes, tiendan a reducir drásticamente los plazos y las garantías en relación con la resolución de los procedimientos, acogiendo particularmente las figuras del “país seguro”, “tercer país seguro”, etc. Al respecto, *vid. infra*, 4.2.

<sup>33</sup> *Vid. infra*, 4.2 y 5.1.

<sup>34</sup> Así, como destaca el último Informe de la CEAR, “de las 3.240 personas cuya petición se dilucidó a lo largo de 2015, 220 obtuvieron el estatuto de refugiado (6,79%), frente a las 384 de 2014 (el 10,62%)”, en tanto que la protección subsidiaria benefició a “800 personas (el 24,69%), frente a las 1.199 de 2014 (el 33,17% del total)”. En cambio, prosigue el Informe, “no se concedió la residencia por razones humanitarias a ninguna de las 2.220 personas a quienes se denegó la protección internacional, un mecanismo previsto en el artículo 37 b) de la Ley de Asilo. En 2014, solo dos personas la obtuvieron. Por tanto, aumentó el porcentaje de personas que vio rechazada la protección internacional: el 68,52%, frente al 56,14% de 2014 (2.029 personas)” (*Cfr. CEAR, Informe 2016. Las personas refugiadas en España y Europa*, pp. 75-76).

<sup>35</sup> AMARELLE, C.V., *Le processus d'harmonisation des droits migratoires nationaux des États membres de l'Union Européenne. Historique, portée et perspectives en droit communautaire d'asile et d'immigration*, Schulthess Polygraphisches Verlag, Zurich, 2005, p. 199.

<sup>36</sup> Art. 1.F, Convención de 1951.

Por otra parte, la retirada de la condición de refugiado -con la exclusión consiguiente del capital principio de no devolución- procede cuando éste:

“sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”<sup>37</sup>

Además, el Estado de acogida puede acordar la expulsión de un refugiado por razones de seguridad nacional o de orden público, posibilitándole en este caso su admisión legal en otro país; no obstante, en el caso de razones imperiosas de seguridad nacional la expulsión puede acordarse de modo fulminante<sup>38</sup>. Por otra parte, la condición de refugiado se extingue una vez que el mismo accede a una nueva nacionalidad -sea la del Estado de acogida o la de un tercer Estado-, cuando cesan las condiciones que propiciaron su otorgamiento o cuando el refugiado accede a retornar voluntariamente a su Estado<sup>39</sup>.

Conviene mencionar que el Derecho de la UE -y nuestra Ley de asilo de 2009- contemplan además la denegación del asilo cuando el solicitante suponga una amenaza para la seguridad nacional. Esta previsión -que va más allá del tenor literal de la Convención- suscita dificultades de conciliación con sus previsiones<sup>40</sup> y, desde luego, plantea el riesgo de interpretaciones sesgadas de este concepto jurídico indeterminado, como pusieron de manifiesto en nuestro país la Sentencia AN (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª) de 17 de julio de 2014, así como la Sentencia TS (Sala de lo Contencioso) de 23 de febrero de 2015<sup>41</sup>.

### **3.4. Otras modalidades de protección internacional y su incidencia sobre el estatuto de los beneficiarios.**

Como hemos apuntado, los mecanismos de protección internacional no se agotan en el derecho de asilo establecido por la Convención de Ginebra, pues existen otras vías de carácter internacional o interno para dispensar protección.

Al margen de las especificidades apuntadas en los sistemas regionales africano y americano, al primer supuesto responde el estatuto de apátrida. Si bien esta situación presenta aspectos en común con la de los refugiados -hasta el punto de que la ya men-

<sup>37</sup> Art. 33.2, Convención de 1951.

<sup>38</sup> Art. 32, Convención de 1951.

<sup>39</sup> Todo ello es consecuencia del carácter esencialmente temporal de la protección dispensada por la Convención. Al respecto *vid.* DURIEUX, J.F., “Temporary Protection: Hovering at the Edges of Refugee Law, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2014, pp. 227-230.

<sup>40</sup> *Cfr.* GIL BAZO, M.T., “Refugee Status, Subsidiary Protection, and the right to be granted asylum under EC Law”, en *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario*, (F. Aldecoa Luzárraga, dir.), Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 1546.

<sup>41</sup> Ambas referidas al mismo asunto: la presunta denegación de una solicitud de asilo presentada por un nacional de Kazajstán sobre la base de un informe del CNI, a lo que vino a sumarse un rocambolesco proceso -bien que fallido- de raudísima ejecución de la orden de expulsión por parte de un Juzgado distinto del competente (Al respecto *vid.* nota de LASO PÉREZ, J., en *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 208-211).

cionada definición de la Convención de 1951 subsume parcialmente la apatridia dentro del concepto de refugiado- se trata de “conceptos paralelos y complementarios más que excluyentes”<sup>42</sup>. Establecido por la Convención sobre el estatuto de los apátridas, de 28 de septiembre de 1954, fija una serie de derechos que se aproximan a los conferidos a los refugiados, en base a la ausencia de vínculo nacional determinado respecto de una persona. En este orden, señalemos que España ha tardado en devenir parte de la Convención<sup>43</sup>, no obstante, en la práctica reciente se han “disparado” las solicitudes de reconocimiento de la apatridia como mecanismo alternativo al asilo, en razón del abultado rechazo de las solicitudes de asilo. Se trata de una estrategia desarrollada por las ONGs para esquivar los obstáculos del sistema español en materia de asilo, que ha experimentado un desarrollo muy notable -particularmente en el País Vasco- tal como reflejan los datos difundidos por la CEAR<sup>44</sup>.

Al segundo modelo responden los mecanismos de la protección subsidiaria y la protección temporal, objeto de una moderada armonización en el marco del Sistema Europeo Común de Asilo, por lo que las abordaremos en ese lugar.

### 3.5. El principio de no devolución (*non refoulement*)

Una pieza fundamental del sistema de la Convención de Ginebra es el “principio de no devolución”, al que se ha caracterizado como “el último valladar contra la opresión”<sup>45</sup>. En este orden, conforme al art. 33 de la Convención:

“1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.”<sup>46</sup>

Se ha afirmado que esta disposición constituye el núcleo central de la protección dispensada por la Convención<sup>47</sup>. Por otra parte, prueba de su relevancia es el hecho de que su alcance ha traspasado el marco propio de la protección de los refugiados para incidir en situaciones distintas: así, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, establece en su art. 3 el principio de no devolución en relación con aquellas personas respecto a las que “haya razones fundadas para creer que estaría(n) en peligro de ser sometida(s) a tortura”<sup>48</sup>. Por su parte, el

<sup>42</sup> ERÍAS FERNÁNDEZ, B.M., “Los apátridas como grupo vulnerable”, *Diálogos jurídicos (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo)*, vol. 1, 2016, p. 205.

<sup>43</sup> BOE, núm. 159, 4 de julio de 1997.

<sup>44</sup> Cfr. CEAR, *Informe 2015. Las personas refugiadas...*, cit., p. 92; id., *Informe 2016...*, p. 124.

<sup>45</sup> CHÉTAIL, V., “Le principe de non refoulement”, en la obra colectiva *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives*, (V. Chetail, dir.), Bruylant, Bruselas, 2001, p. 61.

<sup>46</sup> Art. 33, Convención de 1951.

<sup>47</sup> GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford UP, 1996, p. 389.

<sup>48</sup> BOE, núm. 268, 9 de noviembre de 1987.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido una conclusión semejante en su aplicación de las disposiciones de los arts. 3 y 5 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 en su conocida Sentencia *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989<sup>49</sup>. Como resultado de esta evolución, algunos autores abogan por sostener una interpretación amplia del principio -ajena a las circunstancias de persecución presentes en el art. 33<sup>50</sup>. Por otra parte, un significativo sector doctrinal afirma la naturaleza perentoria del principio, fundándose en su generalizada aceptación por los Estados tanto por cauces convencionales como consuetudinarios.

En todo caso, la adhesión al principio por parte de la UE era recordada por el Consejo de Ministros de Interior, cuando en su reunión de 7 de octubre de 2015 afirmaba que:

“a coherent, credible and effective policy with regard to the return of illegally staying third-country nationals, which fully respects human rights and the dignity of the persons concerned as well as the principle of non-refoulement, is an essential part of a comprehensive EU migration policy”<sup>51</sup>

Ahora bien, ello no ha impedido, con todo el desarrollo en la práctica de nociones que tienden a atenuar el impacto de tal principio: es el caso del “país seguro”, “tercer país seguro” y “reubicación” (*internalflight*), sobre las que volveremos en breve al abordar los desarrollos promovidos en el marco del denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

#### 4. EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO Y LAS POLÍTICAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

Aunque la UE se asienta sobre el principio de la libre circulación de personas, éste principio no es irrestricto, sino que conoce significativas excepciones. De ahí que no haya contradicción entre tal afirmación y la existencia de sendas “políticas comunes” orientadas respectivamente a ordenar el régimen en materia de asilo y las acciones para ordenar los flujos migratorios y combatir la inmigración ilegal.

<sup>49</sup> Demanda núm. 14038/88 (Sobre la misma *vid.* ROLDÁN BARBERO, J., “La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La sentencia *Soering* de 7 de julio de 1989”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, 1990, pp. 537-558). En línea con esta orientación, en el caso *J. Assange (Wikileaks)* –relativo a un asilo diplomático, que no territorial como el que abordamos aquí– se ha planteado por su defensa la eventual operatividad del principio, *apud* arts. 3 y 5 CEDH, con miras a prevenir una eventual extradición a EEUU (*Cfr.* JANIG, Ph., “Julian’s Golden Cage: Julian Assange, the UN Working Group on Arbitrary Detention and the Quest for Scholarly Diligence –A Case Study”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 18, 2013, pp. 170-177).

<sup>50</sup> *Cfr.* LAUTERPACHT, E., BETHLEHEM, D., “The Scope and Content of the Principle of *Non Refoulement*: Opinion”, en *Refugee Protection in International Law*, (E. Feller, V. Turk, F. Nicholson, eds.), Cambridge UP, 2003, p. 89.

<sup>51</sup> Council of the EU, Press Release 711/15, 8 de octubre de 2015, párr. 1. También respondiendo a la idea de vincular una política de asilo con una vigorosa política de expulsiones *vid.* las conclusiones del Consejo Europeo de 25 de septiembre de 2015.

#### 4.1. La UE y la libre circulación de personas.

En efecto, el establecimiento del principio de libre circulación en el ámbito de la UE ha sido el resultado de un proceso muy prolongado en el tiempo y en virtud del cual la paulatina ampliación de dicha libertad se ha verificado estableciendo limitaciones y mecanismos para asegurar su desarrollo en consonancia con los objetivos perseguidos en los Tratados<sup>52</sup>. En todo caso, no han de ocultarse las implicaciones que se derivan de este planteamiento, lúcidamente expresadas hace años ya por Z. BAUMAN cuando advertía que “la libertad de movimientos, una mercancía siempre escasa y distribuida de manera desigual, rápidamente se convierte en un factor de estratificación en nuestra época”. En línea con ello, advierte hoy J.C. VELASCO

“El propio lenguaje se hace eco de esta distinción jerárquica y el uso cotidiano, nada neutral, de algunas palabras tiende a reflejarla: movilidad es patrimonio de las clases más favorecidas del planeta, mientras que migración se reserva para sus moradores menos pudientes.”<sup>53</sup>

En lo que aquí interesa conviene destacar que el afianzamiento de la libre circulación se ha verificado merced a la eliminación de los controles físicos en frontera y es consecuencia directa de la generalización y desarrollo del Acuerdo de Schengen. Ahora bien, conviene recordar que ese proceso ha discurrido en paralelo al consiguiente establecimiento de una gestión integrada de las fronteras exteriores<sup>54</sup>, a la que inextricablemente aparecen asociadas las políticas comunes en materia de asilo e inmigración. De hecho, la relación entre Schengen y las políticas apuntadas es tan estrecha que el primero no puede subsistir sin aquéllas; no por casualidad fue con el Tratado de Ámsterdam de 1996 con el que se instauró un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que implicaba, en lo que aquí respecta, la generalización de la libre circulación en el interior de la UE, pero sólo al precio de reforzar los controles para el ingreso en dicho espacio. Por lo mismo, la “dilución” de los controles en las fronteras exteriores con ocasión de la “crisis de los refugiados” del otoño de 2015, llevó a un significativo número de Estados a suspender temporalmente la aplicación de la libertad de circulación en el interior de la UE, restableciendo en consecuencia los controles sobre las fronteras interiores<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Tales limitaciones interesan en último término a la seguridad y al orden público y afectan incluso a los propios ciudadanos de la UE. Al respecto *vid.* RIZZO, A., “Note sul Diritto dell’Unione Europea in materia di controlli alle frontiere, Asilo, riconoscimento di status e protezione sussidiaria”, *La Comunità Internazionale*, 2015, pp. 531-535.

<sup>53</sup> VELASCO, J.C., *El azar de las fronteras. Políticas migratorias, ciudadanía y justicia*, FCE, México, 2016, p. 14. La cita de Z. BAUMAN –correspondiente a su obra *La Globalización. Consecuencias humanas*, FCE, México, 2001, p. 8- procede del mismo lugar.

<sup>54</sup> ALMEIDA NASCIMENTO, A., CARREÑO GUALDE, V., “La lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”, en *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*, (J. Ferrer Lloret, S. Sanz Caballero, eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 341). Por otra parte, es inevitable asociar con esta política lo que algún autor ha identificado como la “teología del enmuroamiento”, “profesada” por las sociedades más avanzadas económicamente en el contexto globalizador (*Cfr.* BROWN, W., *Murs. Les murs de séparation et le déclin de la souveraineté étatique*, (trad. N. Vieillescazes), Les Prairies ordinaires, París, 2009, p. 106); no obstante, en el caso de la UE también atiende a una dinámica propia, derivada del reforzamiento -en la época- del proceso de integración.

<sup>55</sup> *Cfr.* CHASSIN, C.A., “Chronique des faits internationaux”, *RGDIP*, 2016, pp. 117-118. Conviene recordar que con anterioridad, los Jefes de Gobierno (progresistas, además) de 2 Estados –Noruega y Suecia- que suelen ser tenidos



## 4.2. Las políticas comunes en materia de asilo e inmigración: el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

Dado el carácter “anorgánico” y descentralizado inherente a la aplicación de la Convención de 1951<sup>56</sup>, no ha de extrañar el diverso panorama que revela su cumplimiento a cargo de los Estados partes. La cuestión, sin embargo, ha tomado otras tornas en el caso de los Estados miembros de la UE dado que las implicaciones de la materia sobre el núcleo duro del proceso de integración -la libre circulación de personas- hacían necesario armonizar las disonantes prácticas desarrolladas por aquellos. De este modo, y en cumplimiento de las previsiones introducidas en el Tratado de Ámsterdam el proceso fue abordado en sucesivas fases, siendo objeto de revisión en el marco del Tratado de Lisboa de 2007. Definidas a través de los sucesivos Programas de Tampere (1999), La Haya (2004) y Estocolmo (2009), el resultado se ha concretado en la conformación de un conjunto de disposiciones que hacen escaso honor a su denominación<sup>57</sup>, pues ni es un “sistema” -al no abordar el conjunto de cuestiones que interesan al régimen de asilo-, ni es “europeo” -al quedar *a priori* excluidos de él Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (y obviamente otros Estados no miembros de la UE, aunque sí los Estados EFTA)-, ni es “común” -al venir constituido en buena medida por disposiciones que confieren una cierta discrecionalidad a los Estados para acomodar a sus especificidades e intereses el régimen previsto (con las consiguientes disparidades en cuanto a la regulación

---

por “compasivos” -en el anglicismo de moda- realizaban duras declaraciones; en ellas, el primer ministro sueco -el socialdemócrata S. Löfven- y la primera ministra de Noruega -E. Solberg, del partido del progreso- manifestaban “su preocupación por la ‘caída de las fronteras exteriores de Schengen’, indicando que los países que componen Schengen se encuentran desprotegidos y sin seguridad alguna, haciendo hincapié en que esta situación no era sólo un reto interno para sus países, sino que afectaba a 26 países europeos por los que se circula libremente, por tanto, debían asegurarse de que la situación no se repitiera, y las fronteras exteriores de Schengen volvieran a funcionar. Además, S. Löfven, consideraba que “todos los que tienen derecho a asilo deben obtenerlo” y los que no “deben ser expulsados”” (cit. en OSPINA SÁNCHEZ, G.I., “La inmigración desde el Magreb. Un reto para la Unión Europea”, *Revista UNISCI*, núm. 39, octubre 2015, p. 153, n. 4; accesible en <<http://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-72408//UNISCIDP39-NUMEROENTERO.pdf>>). Con miras a su restablecimiento la Comisión propuso una “hoja de ruta” para restablecer Schengen en diciembre de 2016, si bien se ha anunciado recientemente retardar al menos hasta febrero de 2017 tal medida (Cf: Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo Europeo y al Consejo, “Restablecer Schengen-Hoja de ruta”, COM (2016) 120 final, Bruselas, 4 de marzo de 2016; Diario *El País*, 12 de noviembre de 2016, p. 11).

<sup>56</sup> Carácter anorgánico propio del momento de su elaboración (1951) que no fue suplido con ocasión de su reforma por el Protocolo de 1967, por obvia falta de interés de los Estados. Carencia que no ha sido colmada hasta ahora pese al brindis al sol que supuso la Primera (y última) Conferencia de las Partes con ocasión del cincuentenario de la adopción de la Convención en el año 2001. Por otra parte, la naturaleza fragmentaria del régimen derivado de ella ha sido analizado con ejemplos críticos (Guinea, RP China, Turquía y UE) que revelan la diversidad en cuanto al alcance de las obligaciones y las respuestas ofrecidas por los Estados y la ausencia de instrumentos de armonización internacional, a salvo, obviamente el específico caso de la UE (Al respecto *vid.* CANEFE, N., “The Fragmented Nature of the International Refugee Regime and its consequences: A Comparative Analysis of the application of the 1951 Convention”, en *Critical Issues in International Refugee Law. Strategies Toward Interpretative Harmony*, (J.C. Simeon, ed.), Cambridge UP, Cambridge, 2010, pp. 174-210).

<sup>57</sup> De hecho, se ha dicho que el desarrollo de un auténtico sistema europeo acorde con aquella es más un deseo que un programa de realización inminente (CANEFE, “The Fragmented Nature...”, cit., p. 203). Y no ha faltado quien ha hablado de la denominada “comunitarización” de la política de asilo como una “impostura”, que no siendo ni integrada ni común, se habría ceñido a abordar una “reescritura” del derecho de los refugiados, acomodada a los intereses de los Estados miembros (LANTERO, C., *Le droit des réfugiés entre droits de l’homme et gestion de l’immigration*, Bruylant-Yvon Blais, Bruselas, 2010, pp. 405-407).

eventualmente operativa en los distintos Estados participantes)- ni es, al menos exclusivamente, de “asilo” al contemplar junto a este otras fórmulas de protección. Confirmando todo lo anterior, los resultados que ha deparado la aplicación del supuesto “Sistema Común” no pueden ser más dispares, oscilando en ocasiones las tasas de reconocimiento de la condición de refugiado ¡hasta un 94% entre los Estados miembros!<sup>58</sup>

En este proceso, justo es decirlo, nuestro país va a tener un protagonismo indudable, pues no en balde, uno de sus pilares es el Protocolo nº 2 al Tratado de Ámsterdam -también conocido como “Protocolo Aznar”- conforme al cual ninguna solicitud de asilo presentada por un nacional de un Estado miembro puede ser examinada o admitida por otro Estado miembro. La solución ciertamente puede considerarse contraria al régimen de la Convención de 1951 (arts. 3 y 33) al introducir una discriminación por razón de la nacionalidad no contemplada en ella, conformando un acuerdo modificativo *inter partes* -un mecanismo de “desconexión” del Convenio de Ginebra- en abierta contradicción con aquel y por consiguiente contrario a los límites que al respecto dispone el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (art. 41), revelando, en palabras de C. LANTERO “toute la schizophrénie européenne et les apories juridiques et politiques auxquelles les États membres sont disposés à aboutir”<sup>59</sup>.

El proceso de instauración del SECA se ha concretado hasta ahora en los siguientes desarrollos normativos: el Reglamento 604/2013, de 26 de junio, sobre el Estado competente para examinar las solicitudes de asilo (Dublín III)<sup>60</sup>, la Directiva 2001/55/CE, de 20 de julio, sobre protección temporal<sup>61</sup>, la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio, sobre las condiciones mínimas de acogida de los solicitantes de asilo (“condiciones”)<sup>62</sup>, la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre, sobre el título de refugiado u otro estatuto de protección y contenido del estatuto (“cualificaciones”)<sup>63</sup>, así como la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio, relativa a las normas mínimas relativas a la concesión del estatuto de refugiado y su retirada en los Estados miembros (“procedimiento”)<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> A título de ejemplo, tal como ha advertido la Comisión Europea -citando fuentes de la Oficina Estadística de la UE (Eurostat) y de la Oficina Europea de Asilo (EASO)- “durante el periodo de enero a septiembre de 2015, los porcentajes de reconocimiento de solicitantes de asilo de Afganistán variaron desde casi el 100 % en Italia al 5,88 % en Bulgaria (Eurostat). En cuanto a las diferencias entre el tipo de estatuto concedido, los datos EASO para el 2º trimestre de 2015 muestran que Alemania (99 %), Grecia (98 %) y Bulgaria (85 %) concedían el estatuto de refugiado a casi todos los ciudadanos sirios mientras que Malta (100 %), Suecia (89 %), Hungría (83 %) y República Checa (80 %) les concedían el estatuto de protección subsidiaria” (*cf.*: <[https://easo.europa.eu/wp-content/uploads/Quarterly-Asylum-Report-2015\\_Q2\\_Final.pdf](https://easo.europa.eu/wp-content/uploads/Quarterly-Asylum-Report-2015_Q2_Final.pdf)>).

<sup>59</sup> LANTERO, *op. cit.* p. 408.

<sup>60</sup> DO nº L 180, 29 de junio de 2013. Como su nombre indica es la enésima revisión del texto del inicial Convenio de Dublín de 1990. En estrecha conexión con él se encuentra el Reglamento nº 603/2013, de 1 de diciembre de 2000 (DO nº L 180, 29 de junio de 2013), por el que se crea el sistema *Eurodac* (*European Automated Fingerprint Recognition System*). Un mecanismo operativo ya desde el año 2004 y también a su vez objeto de refundición.

<sup>61</sup> DO nº L 212, 7 de agosto de 2001.

<sup>62</sup> DO nº L 180, 29 de junio de 2013 (Se trata de un texto refundido que modifica la inicial Directiva de 27 de enero de 2003).

<sup>63</sup> DO nº L 337, 20 de diciembre de 2011 (Se trata de un texto refundido que modifica la inicial Directiva de 29 de abril de 2004).

<sup>64</sup> DO nº L 180, 29 de junio de 2013 (Se trata de un texto refundido que modifica la inicial Directiva de 1 de diciembre de 2005).

No siendo posible en el marco del presente trabajo un estudio detenido de tales desarrollos, limitémonos a consignar que a través de los mismos se ha tratado de afrontar una armonización de baja intensidad de los criterios aplicables (p.e. merced a las reglas mínimas introducidas por la directiva de cualificaciones). Debe advertirse, sin embargo, que la reciente crisis ha puesto de manifiesto las debilidades de estas soluciones, habiendo hecho necesario afrontar no sólo una definición más precisa de las categorías allí acogidas, sino una restricción del arbitrio que caracteriza hasta ahora su aplicación por las instancias nacionales<sup>65</sup>. En otro orden de cosas, es de justicia destacar el hecho de que la conformación del SECA no ha abonado necesariamente la caracterización restrictiva que suele acompañar tanto a los desarrollos sustantivos como procedimentales en materia de protección internacional; de hecho, este es el caso de la persecución por razones de orientación sexual, en donde la UE y sus Estados miembros han optado por una posición que dista de ser compartida por el conjunto de la comunidad internacional<sup>66</sup>. Así, enmarcándose en una orientación bien asentada -avanzada en su día por algunos de sus Estados miembros<sup>67</sup>- la UE ha reconocido que la persecución por estos motivos configura uno de los supuestos inherentes al concepto de refugiado, tal como ha sido caracterizado por la Directiva “cualificaciones”; sentido en el que se pronunciaba la Sentencia TJUE de 7 de noviembre de 2013, X, Y y Z c. *Ministervoor Immigratie en Asiel* (ass. C-199, 200 y 201/12)<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Cfr. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “La crisis de los refugiados y la respuesta europea”, *ARI* núm. 67, 2015, 27 de noviembre de 2015; accesible en <[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/demografia+y+poblacion/ari67-2015-gonzalez-enriquez-crisis-refugiados-respuesta-europea](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/demografia+y+poblacion/ari67-2015-gonzalez-enriquez-crisis-refugiados-respuesta-europea)>).

<sup>66</sup> Desde luego los Estados ACP -particularmente los africanos (con la notable excepción de Sudáfrica- disienten radicalmente de este planteamiento, tal como reveló su oposición frontal a incluir la eliminación de la discriminación por razones de orientación sexual entre las garantías en materia de derechos humanos contempladas en el Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (“Acuerdo de Cotonú”), en el marco de su revisión en Uagadugu en 2010, de suerte que el texto en vigor no la contempla (*DO* núm. L 287, de 4 de noviembre de 2010. Cfr. HASSAN, A.A., “L’Accord de Cotonou: Une Convention relative aux droits de l’homme?”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2013, pp. 85-120). Pero, esa opinión contraria es compartida por otros muchos Estados, como reveló la decisión del Tribunal Supremo de la India en su Sentencia *Koushal* de 11 de diciembre de 2013, al casar la previa decisión anulatoria de la criminalización de la homosexualidad sostenida por el Tribunal Superior de Delhi en julio de 2009 (Al respecto vid. KIRBY, M., “Sexuality and International Law: The New Dimension”, *European Human Rights Law Review*, 2014, pp. 350-368). Por eso se entiende, aunque acaso no se comparta, la prevención que expresaba en el asunto X, Y y Z (vid. infra), la Abogada General Sharpston cuando alertaba del riesgo de “exportar las normas” vigentes en el seno de la UE (Cfr. Conclusiones de 11 de julio de 2013, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d558cc404156a14072ba2d9e8500cd7547.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTahn0?text=&docid=139426&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=753136>>).

<sup>67</sup> De hecho, en los Países Bajos -donde se promovió la cuestión sobre el asunto X, Y y Z- la tipificación como grupo social perseguido databa de 1981 (Cfr. CHELVAN, S., “X, Y and Z v Minister von Immigratie en Asiel: A Missed Opportunity or a new Dawn?”, *European Human Rights Law Review*, 2014, pp. 49-58, en p. 50. En general sobre el tema vid. DÍAZ LAFUENTE, J., *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2016).

<sup>68</sup> Sobre la decisión -controvertida en cuanto a la caracterización, supuestamente restrictiva, que ofrece de la noción de persecución que supedita a la efectiva aplicación de la legislación represiva- además del precitado comentario de S. Chelvan, vid. DÍAZ LAFUENTE, J., “El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, *Revista de Derecho Político*, núm. 89, enero-abril 2014, p. 347 y ss., HUETING, L., ZILLI, L., “The Judgement of the Court of Justice of the European Union in X, Y and Z v Minister voor Immigratie en Asiel: a glass half full for

### 4.3. Las disfunciones del sistema: la jurisprudencia “Dublín” del TEDH y el TJUE.

El proceso de construcción del sistema reveló de forma notable sus deficiencias cuando el TEDH tuvo ocasión de analizar sucesivas situaciones en las que la “ciega” aplicación de las normas del SECA deparaba resultados poco conciliables con los derechos garantizados en la CEDH. En tal sentido, el TEDH inició en el año 2011 una línea jurisprudencial conforme a la cual, en el caso de un Estado afectado por problemas sistémicos a la hora de encarar los procesos de asilo, el retorno de los solicitantes de refugio al Estado responsable -en aplicación de las normas del Reglamento Dublín II- debía ser excluido por entrañar una violación del art. 3 CEDH<sup>69</sup>. Este planteamiento, que -como se ha advertido- ponía seriamente en riesgo la pieza central del SECA<sup>70</sup>, era reiterado en posteriores decisiones<sup>71</sup>, obligando incluso al TJUE a asumir -en deferencia al TEDH- matizadamente este planteamiento, admitiendo en su Sentencia N.S. la posibilidad de excluir en muy concretas circunstancias la automaticidad de los criterios establecidos en el Reglamento Dublín II<sup>72</sup>; de hecho, en consonancia con estos desarrollos, el Reglamento actualmente vigente -Dublín III- acoge tales implicaciones<sup>73</sup>.

Con todo, el agravamiento de la crisis migratoria y el consiguiente colapso en las estructuras de acogida habilitadas por los Estados de la UE, llevaba de nuevo al TEDH a franquear un hito más en su cuestionamiento del SECA, lo que ocurría en 2014 en la Sentencia *Tarakhel c. Suiza* al admitir el Tribunal de Estrasburgo que no sólo los problemas sistémicos, sino las circunstancias personales de los solicitantes de asilo -derivadas de una inadecuada observancia por un Estado de los criterios establecidos en las Directivas existentes- podían obligar a quebrar la confianza mutua operante, de otro modo, entre los Estados participantes en el sistema<sup>74</sup>. Ha de advertirse, sin embargo, que esta última aseveración no ha sido ava-

---

‘rainbow refugees’?”, *European Human Rights Law Review*, 2014, pp. 490-506, así como DE CASTRO SANCHEZ, C., “La condición sexual como razón de la concesión de asilo: ¿una nueva puerta de entrada a Europa? Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y & Z* (as. C-199/12 a c-201/12)”, *RGDE (Iustel)*, núm. 35, enero 2015.

<sup>69</sup> Sentencia TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (demanda núm. 30696/09). (Al respecto *vid.* RAUX, C., nota en *Rev. Trim. Dr. h.*, 2011, pp. 1023 y ss.; MORENO-LAX, V. “Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 14, 2012, pp. 1-31). No ha faltado quien, más allá de este enfoque, ha sostenido que las violaciones de los derechos de los solicitantes de asilo entrañarían en el caso griego, incluso infracciones susceptibles de ser encausadas ante la Corte Penal Internacional. En tal sentido *vid.* KALPOUZOS, I., MANN, I., “Banal Crimes against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 16, 2015, pp. 1-28.

<sup>70</sup> *Cf.* LABAYLE, H., “Droit d’asile et confiance mutuelle: Regard critique sur la jurisprudence européenne”, *CDE*, 2014, p. 509, para. 23.

<sup>71</sup> Así, la Sentencia TEDH de 2 de abril de 2013, *Mohamed Hussein c. Países Bajos e Italia* (demanda núm. 27725/10), que descarta la existencia de violación al no identificar un problema sistémico en el supuesto examinado.

<sup>72</sup> Sentencias TJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department* (as. C-411/10); *M.E. y otros c. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform* (as. C-493/10). En la misma línea cabe consignar la posterior Sentencia TJUE de 27 de febrero de 2014, *Saciri*, (as. C-79/13).

<sup>73</sup> LABAYLE, “Droit d’asile...”, *cit.*, p. 513, para. 31.

<sup>74</sup> *Cf.* PASTRE-BELDA, B., “La protection à géométrie variable de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Rev. Trim. Dr. h.*, 2016, pp. 597-598. Sobre esta relevante decisión, además, *vid.* BOSSUYT, M., “*Tarakhel c. Suisse*: La Cour de Strasbourg rend encore plus difficile une Politique commune européenne d’asile”, *SZIER*, vol. 2, 2015, pp. 3-6; LAGEOT, C., “Les enseignements de l’affaire *Tarakhel*: le raisonnement enrichi des juges à la source d’une protection renforcée des migrants en Europe (obs. Sous Cour eur. Dr. h., gde. Ch., arrêt *Tarakhel c. Su-*

lada por el TJUE, que al contrario -en su controvertido Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, a propósito de la adhesión de la UE al CEDH- ha aprovechado para insistir en “la importancia fundamental” -léase, constitucional- que posee el principio de confianza mutua en el sistema de la UE, de suerte que no le cabe a un Estado cuestionar el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, “salvo en circunstancias excepcionales”<sup>75</sup>.

#### 4.4. El desarrollo del SECA y las competencias de los Estados miembros.

Las posiciones de los Estados miembros siempre se han mostrado reticentes al efectivo desarrollo de las políticas de asilo e inmigración y celosos defensores de sus competencias “compartidas” con la UE en la materia. A decir verdad, buena parte de las dificultades arrojadas por la UE al encarar en proceso de paulatina instauración de estas políticas ha tenido que ver con la oposición –a veces velada, a veces frontal- en relación con las propuestas sometidas por la Comisión.

De hecho, la saga judicial antevista tuvo por efecto poner de manifiesto el deficiente cumplimiento por parte de los Estados miembros de las exigencias derivadas de la política común en estudio. No obstante, sólo el estallido de la “crisis de los refugiados sirios” movió a la Comisión en septiembre de 2015 a iniciar 41 procedimientos de infracción derivados del incumplimiento por parte de los Estados miembros de sus obligaciones en la materia, bien por incorrecta aplicación, bien por transposición incompleta de las Directivas correspondientes. En este contexto, podría parecer en principio sorprendente el que España figure entre los Estados encartados -dada la feracísima actividad legislativa desarrollada en la X Legislatura (2011-2015)- si bien el hecho es prueba de que la cuestión no constituía en absoluto una

isse, 4 novembre 2014)”, *Rev. Trim. Dr. h.*, 2016, pp. 245-260; VICINI, G., “Regolamento Dublino e Principio di Non Refoulement, *The Neverending Story: Il Caso Tarakhel c. Svizzera*”, *La Comunità Internazionale*, 2015, pp. 203-221.

<sup>75</sup> TJUE, Dictamen 2/13, 18 de diciembre de 2014, paras. 191 y 192, *apud* LABAYLE, “Droit d’asile...”, *cit.*, p. 533, paras. 94 y 95. Sobre el valor de este principio, junto con los de cooperación leal y solidaridad, en el marco de la política migratoria, a la luz del Dictamen y de la jurisprudencia precedentemente evocada *vid.* FARTUNOVA, M., “La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle: Quelques réflexions sur les fondements de la construction européenne”, *CDE*, 2016, pp. 205-217. En cuanto al Dictamen 2/13, de entre la abundante literatura generada -y por ceñirnos a la sola doctrina española- mencionemos las contribuciones de ALONSO GARCÍA, R., “Sobre la adhesión de la UE al CEDH (o sobre cómo del dicho al hecho, hay un gran trecho)”, *REDE*, núm. 53, 2015, pp. 11-16; AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio”, *REDC*, núm. 104, 2015, pp. 243-268; CERVELL HORTAL, M.J., “Unión Europea y Derechos Humanos: ¿Una pareja mal avenida”, en la obra colectiva *La Unión Europea como actor global de las relaciones internacionales. Retos y problemas seleccionados*, (C. Gutiérrez Espada, M.J. Cervell Hortal, dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 256-269. CORTÉS MARÍN, J.M., “Autonomía versus sumisión a un control externo en materia de derechos fundamentales. Consideraciones sobre el Dictamen TJUE N° 2/13 relativo a la adhesión al CEDH”, *Revista General de Derecho Europeo (Iustel)*, núm. 37, 2015; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *RDCE*, núm. 52, 2015, pp. 825-869, así como nuestra aportación “La teoría del *Big Bang* o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo (Comentarios al Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 25, abril de 2015, pp. 1-42.

prioridad para el Gobierno del Partido Popular, que detentaba en la época la mayoría absoluta en ambas cámaras parlamentarias<sup>76</sup>.

Por otra parte, el *impasse* que ha afectado a la ejecución de las medidas acordadas en septiembre de 2015 en relación con la reubicación y/o reasentamiento de los solicitantes de asilo –los famosos cupos asignados a los Estados- ha venido motivado por los constantes impedimentos puestos por éstos para aplicar la propuesta. En el mismo orden hay que situar las dificultades que experimenta la implementación de las medidas planteadas por la Comisión el pasado mes de abril. De hecho, una de las últimas manifestaciones en tal sentido se ha concretado en la iniciativa del gobierno húngaro”, de convocar un referéndum-celebrado el pasado 2 de octubre-sobre la política de inmigración, en el que se cuestionaba frontalmente la competencia de la UE en la materia, pues el electorado húngaro debía responder a la siguiente cuestión:

“Do you agree that the European Union should have the power to impose the compulsory relocation of non-Hungarian citizens to Hungary without the consent of the National Assembly of Hungary?”<sup>77</sup>

Como es sabido el fracaso de la iniciativa ha sido suplido por una inmediata propuesta de reforma constitucional que tratará de impedir en el futuro la imposición de una política migratoria que atente contra la “identidad constitucional” de Hungría<sup>78</sup>.

#### **4.5. ¿Nuevas perspectivas? La “Nueva Agenda Migratoria” y la nueva “Estrategia Global” en Política Exterior y de Seguridad y sus implicaciones en el régimen del asilo.**

El progresivo proceso de instauración del SECA ha cobrado nuevo aliento con la adopción en mayo de 2015 de la “Nueva Agenda Migratoria” en donde, pese a su título, se contienen significativas precisiones en relación con posibles desarrollos futuros en el ámbito del asilo<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Un análisis crítico sobre la copiosa producción normativa de la X Legislatura en materia de Derecho internacional puede consultarse en nuestra aportación “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional: reflexiones críticas en torno a la Ley 2/2014 de Acción Exterior y la Ley Orgánica 16/2015 de Privilegios e Inmidades”, *Ordine internazionale e Diritti Umani*, 2016, pp. 263-281.

<sup>77</sup> Cfr: “President of Hungary sets 2 October as the date for the referendum”, accessible en <<http://www.kormany.hu/en/news/president-of-hungary-sets-2-october-as-the-date-for-the-referendum>>.

<sup>78</sup> Vid. Hungría, *MTI, Cabinet Office of the Prime Minister*; “The constitutional amendment will protect our national and constitutional identity”, 5 de octubre de 2016; accesible en <<http://www.kormany.hu/en/ministry-of-justice/news/the-constitutional-amendment-will-protect-our-national-and-constitutional-identity>>.

<sup>79</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda europea de Migración, Bruselas, 13 de mayo de 2015, COM (2015) 240 final.

Por otra parte, en este ámbito también conviene mencionar la propuesta -en julio de 2016- de una nueva “Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la UE”, dado que contiene referencias, pocas pero significativas, en relación con el tema.

En cuanto a la primera, adoptada en el curso de la ya rampante crisis migratoria en el Mediterráneo central, pero antes de que se desencadenara la denominada “crisis de los refugiados sirios”, la Comisión centraba sus esfuerzos en:

a) *La reducción de los incentivos para la migración irregular*, en particular enviando funcionarios europeos de enlace en materia de migración a las Delegaciones de la UE en terceros países clave; modificando la base jurídica de Frontex, a fin de reforzar su papel en materia de retorno<sup>80</sup>; un nuevo plan de acción con medidas encaminadas a transformar el tráfico de personas en una actividad delictiva de alto riesgo alto y bajo rendimiento, y abordando las causas profundas mediante la cooperación al desarrollo y la ayuda humanitaria.

b) *La mejora en la gestión de las fronteras exteriores, incorporando tareas de salvamento*, en particular fortaleciendo el papel y la capacidad de Frontex; ayudando a reforzar la capacidad de los terceros países para gestionar sus fronteras; poniendo más en común, cuando proceda, determinadas funciones de vigilancia costera a escala de la UE<sup>81</sup>.

c) *La obligación de Europa de ofrecer protección a través del diseño de un buen sistema común de asilo*. Aquí la prioridad es garantizar una aplicación plena y coherente del Sistema Europeo Común de Asilo, promoviendo en particular la detección sistemática y la toma de huellas dactilares y haciendo esfuerzos para reducir los abusos que se hacen de él a través del refuerzo de las disposiciones relativas al “país de origen seguro” de la Directiva relativa a los procedimientos de asilo y evaluando -y revisando, eventualmente- el Reglamento Dublín III<sup>82</sup>.

d) *Una nueva política en materia de inmigración legal*. La atención se centra en el mantenimiento de una Europa en declive demográfico como destino atractivo para los inmigrantes, en particular modernizando y actualizando el sistema de tarjeta azul; revisando las prioridades de las políticas de integración; y aprovechando al máximo los beneficios de la política de migración para las personas y para los países de origen, facilitando, por ejemplo, transferencias de fondos más baratas, rápidas y seguras<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> La cuestión del retorno -incentivado o forzoso- sigue siendo una cuestión espinosa. La probada ineficiencia de las políticas de expulsión -más de un 40% de inmigrantes ilegales “no regularizables” permanecen aún en el territorio de los Estados miembros- se enfrenta al problema de cómo diseñar un sistema eficaz, pero respetuoso con los derechos humanos de los afectados. Al respecto *vid.* Los trabajos ya mencionados de PEERS, “Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balanced...”, *cit.*, pp. 289-304, y PIRJOLA, “Flights of Shame or Dignified Return?...”, *cit.*, pp. 305-328.

<sup>81</sup> En este ámbito se han señalado las dificultades de conciliar una aproximación securitaria -centrada en la defensa de las fronteras y la lucha contra el tráfico de personas- y la dimensión humanitaria -centrada en la salvaguardia de la vida de los migrantes, tal como revelarían las Conclusiones del Consejo JAI de 10 de octubre de 2014. Al respecto *vid.* BERTHELET, P., “La lutte contre la traite des êtres humains. Réflexions critiques autour d’une politique européenne ‘globale’. ‘intégrée’ et ‘cohérente’”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2014, pp. 656-657.

<sup>82</sup> La consabida desigualdad de cargas que se derivan de la aplicación *stricte iure* del Convenio -y luego Reglamento (Dublín II; ahora III)- ya eran patentes hace más de una decena de años. Al respecto *vid.* THIELEMANN, E.R., “Why Asylum Policy Harmonisation Undermines Refugee Burden-Sharing”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 6, 2004, pp. 47-65.

<sup>83</sup> Una Agenda europea de Migración, *cit.*, pp. 17-20. Son de interés los documentos explicativos accesibles en <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4956\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4956_es.htm)>.

En cumplimiento de la Agenda y acuciada por la “crisis de los refugiados” la Comisión emprendió a partir de 2016 lo que ella misma ha calificado como “una reforma estructural” del marco europeo de asilo y migración<sup>84</sup>. El proceso se ha concretado en sendos paquetes de propuestas legislativas. En el primero, presentado el 4 de mayo se plantea la reforma de los Reglamentos Dublín III -ahora IV<sup>85</sup>-, Eurodac<sup>86</sup> y EASO -transformando esta última en una Agencia de Asilo de la UE<sup>87</sup>. En el segundo, sometido el 13 de julio, se plantea un avance resuelto en el proceso de desarrollo del SECA al plantear la sustitución de las Directivas “procedimiento” y “cualificaciones” por sendos Reglamentos<sup>88</sup>, la revisión de la Directiva “condiciones”<sup>89</sup>, así como el desarrollo de un “un marco comunitario estructurado de reasentamiento” adoptando al efecto un Reglamento con miras a garantizar vías ordenadas y seguras de acceso a la UE para las personas que necesitan protección internacional, reduciendo en paralelo los incentivos para las llegadas irregulares<sup>90</sup>.

En lo que ahora interesa, merced al desarrollo de la Agenda, el concepto de “país seguro” ha recibido un definitivo espaldarazo en el ámbito de la UE con la aprobación el pasado julio –a través del procedimiento legislativo ordinario- de una propuesta en tal sentido. Y es que hasta ahora sólo 12 Estados miembros tienen establecidas tales listas, aunque sin

<sup>84</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales de entrada en Europa, Bruselas, 6 de abril de 2016 COM(2016) 197 final.

<sup>85</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido), Bruselas, 4 de mayo de 2016, COM (2016) 270 final, 2016/0133 (COD).

<sup>86</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del [Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida] y de la identificación de un nacional de un tercer país o un apátrida en situación ilegal, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley (refundición), Bruselas, 4 de mayo de 2016, COM (2016) 272 final, 2016/0132 (COD).

<sup>87</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 439/2010, Bruselas, 4 de mayo de 2016, COM (2016) 271 final, 2016/0131 (COD).

<sup>88</sup> Se trata respectivamente de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, Bruselas, 13 de julio de 2016, COM(2016) 467 final, 2016/0224 (COD) y de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el 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 y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, Bruselas, 13 de julio de 2016, COM(2016) 466 final, 2016/0223 (COD).

<sup>89</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) Bruselas, 13 de julio de 2016, COM(2016) 465 final, 2016/0222 (COD).

<sup>90</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) n.º 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, Bruselas, 13 de julio de 2016, COM(2016) 468 final, 2016/0225 (COD).



criterio alguno de armonización. Frente a ello, la propuesta en curso—que entraría en vigor en el plazo de 3 años— prevé —en palabras de la relatora (— una serie de garantías concretadas en que

“The methodology for designating or reviewing a country as safe country of origin has also been greatly improved. A consultation process is now included to enable third parties, such as EASO, UNHCR or NGOs to take part in the Commission’s task of monitoring the EU common list”<sup>91</sup>.

Además, la propuesta no contempla por el momento referencias específicas a ningún Estado<sup>92</sup>, complementándose con otras garantías.<sup>93</sup>

En todo caso la cuestión del país seguro es una de las más controvertidas en el Derecho internacional y europeo<sup>94</sup>. De hecho, se sostiene que “constructo” del Derecho de la UE —emulado por otros países occidentales (EEUU, Canadá, Australia, etc.) es radicalmente contrario al objeto y naturaleza del procedimiento inherente al reconocimiento de la condición de refugiado, cifrado —reiterémoslo— en un procedimiento individualizado y garantista, sometido a control judicial<sup>95</sup>.

“The motivations for Secure Country Origin (SCO) use in Europe are relatively straightforward. Behind the concept lies a belief that a large amount of asylum applications in Europe are ‘bogus’, and that there is a need to identify these people and limit their access to substantive asylum procedures. With the aim of reducing the number of asylum applications both domestically and regionally, the SCO concept is particularly attractive as it ‘diminishes the role of individual case by case assessment’ and permits decision making ‘en bloc’.”<sup>96</sup>

Por otra parte, conviene advertir, que en tanto que doce Estados de la UE (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Luxemburgo o Reino Unido, entre otros) se han dotado de una lista de Países seguros, con miras a agilizar y —supuestamente— dotar de

<sup>91</sup> Intervención de la relatora S. Guillaume (S&D), cit. en “Asylum: EU list of safe countries of origin to replace national lists in 3 years”, *PE, Press Release*, [07-07-2016 - 11:23], p. 1.

<sup>92</sup> Frente a una propuesta de la Comisión de septiembre de 2015 que contemplaba ya la inclusión de los Estados balcánicos no miembros de la UE, además de Turquía, siendo precisamente la caracterización de este Estado objeto de controversia, dado que en la actualidad se viene aceptando en torno a un 24% de solicitudes de asilo de nacionales de ese Estado.

<sup>93</sup> Así, p.e. la previsión de que el concepto no resultará aplicable nunca “in the case of applicants belonging to a minority or group of persons that remain at risk in the light of the situation in the country of origin concerned (“Asylum: EU list of safe countries of origin to replace national lists...”, *cit.*, p. 2), así como excluyendo la aplicación del procedimiento acelerado en el caso de los menores no acompañados originarios de países seguros, a menos que se provea por parte de estos Estados al “adecuado apoyo” (*Ibid.*).

<sup>94</sup> MORENO-LAX, V., “The Legality of the ‘Safe Third Country’ Notion Contested: Insights from the Law of Treaties”, en *Protection des migrants et des réfugiées au XXIe siècle...*, *cit.*, p. 668.

<sup>95</sup> HUNT, M., “The Safe Country of Origin Concept in European Asylum Law: Past, Present and Future”, *IJRL*, vol. 26, 2014, pp. 500-535.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 503.

mayor objetividad a los procedimientos de asilo<sup>97</sup>, nuestro país aún no lo ha hecho, habiendo hasta ahora descartado conscientemente tal opción; de hecho, ya desde la inclusión de la categoría en 2003<sup>98</sup>.

Empero, ha de señalarse que el establecimiento de una lista de países seguros posee el efecto perverso de propiciar un incremento exponencial de las solicitudes de personas originarias de los países no incluidos en ella, tal como ha revelado la situación de los migrantes kosovares, en el curso de la “crisis de los refugiados sirios” -en la que aquellos constituían por momentos un 35% de los integrantes de los flujos<sup>99</sup>.

En cuanto a la proyectada nueva “Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la UE” -aun cuando se trata de un documento que no ha sido formalmente adoptado- sorprende el enfoque limitado con que aborda el reto migratorio<sup>100</sup>; en esa línea, más modestas aún son las previsiones que dedica a abordar el problema de los refugiados, ciñéndose a contemplar el “apoyo a los países de tránsito para mejorar sus capacidades de recepción y asilo” y preconizando al mismo tiempo “trabajar en un más efectivo Sistema Europeo Común de Asilo, que defienda el derecho a buscar asilo, garantizando la llegada segura, regulada y legal de los refugiados que buscan protección internacional en la UE”. En este orden, llama la atención el carácter más asertivo que caracteriza las previsiones en punto a la externalización del asilo -cuando habla de los “países de tránsito”- frente al tenor más programatorio que reserva a la consecución de ese “más efectivo” SECA, enfatizando en todo caso que su hipotético resultado habría de redundar en una llegada “regulada y legal de los refugiados”<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> En el caso alemán la noción de país seguro ha sido incluso objeto de constitucionalización, a través de una reforma constitucional de 28 de junio de 1993, que desarrolla sus términos operativos (Cfr. art. 16 A, apdos. 2-4, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, (trad. R. García Macho, K.P. Sommermann), Deutscher Bundestag, 2010, p. 27). Además, su apdo. 5, afirma la conformidad de la noción los compromisos internacionales en la materia al disponer que las previsiones de la Ley Fundamental “no contradicen los Tratados internacionales entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y con terceros Estados que, tomando en cuenta las obligaciones que resultan de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los refugiados y del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales cuya aplicación debe estar garantizada en los Estados contratantes, definen las reglas de competencia para el examen de las solicitudes de asilo, incluyendo el reconocimiento recíproco de las decisiones en materia de asilo” (*Ibid.*, p. 27-28).

<sup>98</sup> PÉREZ GÓMEZ, M., “Spain”, en *Migration and Asylum Law and Policy in the European Union. FIDE 2004 National Reports*, (I. Higgins, ed.; K. Hailbronner, Gen. Rap.), Cambridge UP, Cambridge, 2004, pp. 371-381 en p. 377.

<sup>99</sup> Cfr. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., “El refugio en la UE: sirios y Kosovares”, *Comentario Elcano* 53/2015, 7 de octubre de 2015; accesible en <[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/riecano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/demografia+y+poblacion/comentario-gonzalezhenriquez-el-refugio-en-la-ue-sirios-y-kosovares](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/riecano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/demografia+y+poblacion/comentario-gonzalezhenriquez-el-refugio-en-la-ue-sirios-y-kosovares)>

<sup>100</sup> Al margen de los problemas estructurales de que adolece (ARTEAGA, F., “¿La Estrategia Global de la UE? ... déjela ahí”, en *Elcano Blog*, accesible en <<http://www.blog.riecano.org/la-estrategia-global-de-la-ue-dejela-ahi/>>) y su carácter limitado y posibilista (BARBÉ IZUEL, E., “La Estrategia Global de la Unión Europea: el camino del medio”, *Revista General de Derecho Europeo* (Iustel), núm. 40, 2016, pp. 5 y 10), su enfoque del reto migratorio ha sido tildado de decepcionante, rayano en la pasividad y carente de toda autocrítica (Cfr. VAN HAM, P., “The EU’s ‘Caoutchouc’ Strategy: Something for Everyone”, *The International Spectator*, vol. 51, núm. 3, 2016, p. 22; KODMANI-DARWISH, B., “The EU Should Promote Democracy in its Backyard or Face Long-term Insecurity”, *Ibid.*, p. 28; MAULL, H.W., “Sadly, the EUGS Reads More like a Symptom of the Problem than Part of a Solution for Europe’s Deep Crisis”, *Ibid.*, p. 34); en suma, *parole, parole, parole*.

<sup>101</sup> *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe A Global Strategy for the European Union’s Foreign And Security Policy*, junio 2016, pp. 27-28; texto accesible en <[https://eeas.europa.eu/top\\_stories/pdf/eugs\\_review\\_web.pdf](https://eeas.europa.eu/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf)>. (Los fragmentos han sido traducidos por nosotros).

## 5. LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA CRISIS DE LOS REFUGIADOS.

Como es conocido, el agravamiento de la crisis migratoria a partir de agosto de 2015 -al iniciarse la conocida como “crisis de los refugiados sirios”- descolocó tanto a la UE como a sus Estados miembros, propiciando respuestas contradictorias y sumiendo en la parálisis el proceso decisorio en el seno de la UE de cara a afrontarla.

### 5.1. El “enfoque” de la crisis por parte de la UE y sus Estados miembros.

a) *Las tentativas por afrontar una regulación de la crisis y la actitud de los Estados miembros: el caso de España.* Con miras a resolver la situación la Comisión acordó relanzar -revisándolo- el proceso de la fijación de cuotas de reubicación y reasentamiento; no obstante, las dificultades experimentadas-en buena medida por la oposición de los Estados miembros- dilataron el proceso a lo largo de más de un año (septiembre 2015 y abril-mayo 2016). De hecho, la actitud de muchos de los Estados miembros queda ejemplificada en el caso español. De un lado, el Gobierno central no pudo ocultar sus reticencias hacia la situación planteada. Su incomodidad a la hora de afrontar la atribución de cuotas de “refugiados” se puso de manifiesto tempranamente al cuestionar desde el primer momento la anecdótica distribución propuesta por la Comisión el mes de mayo anterior, alegando dificultades para asumir la propuesta de la Comisión. No resulta extraño por tanto que el agravamiento de la situación a partir de agosto 2016 y las nuevas propuestas presentadas por la Comisión se encontraran con un significativo silencio por parte de las autoridades de Madrid, acompañado de advertencias por parte del Ministerio del Interior acerca de los riesgos que para la seguridad nacional podría conllevar la infiltración de *yihadistas* entre los solicitantes de asilo.

Frente a esta postura, a comienzos de septiembre de 2015 algunos importantes Municipios (Madrid, Barcelona, Valencia, etc.) y algunas Comunidades Autónomas, gobernadas por partidos políticos de la oposición planteaban la creación de redes para acoger a los refugiados y exigían al Gobierno Central tanto la asunción de las propuestas formuladas por la Comisión como la adopción de las medidas necesarias para facilitar el traslado a España de los “refugiados”. El impacto de estas iniciativas y su receptividad en la opinión pública española<sup>102</sup> obligó al Gobierno a afirmar –a regañadientes- su disposición a asumir tales propuestas, iniciando conversaciones con las Comunidades Autónomas con objeto de posibilitar su efectiva implementación<sup>103</sup>. Con todo, el Gobierno insistía en la necesidad de adoptar un

<sup>102</sup> Como es sabido, pese a superar el 10% la población extranjera residente en España –y ser ésta un fenómeno reciente- no existen exponentes significativos de racismo o xenofobia. Por otra parte, tampoco existen formaciones políticas de relieve que respondan a tal orientación.

<sup>103</sup> No obstante, ha de advertirse que el Gobierno central ha proseguido en su actitud recelosa, limitando en la práctica la actuación de las CCAA. En tal sentido, los planes de contingencia preparados por éstas no eran tomados en consideración por el Gobierno, que prefería confiar a las ONGs especializadas (CEAR, ACCEM, etc.) el encauzamiento del proceso (Informaciones facilitadas en octubre de 2015 por la Directora de la Agencia Asturiana de Cooperación al Desarrollo, a la ponencia técnica Comisión Asturiana de Derechos Humanos, de la que este autor es miembro a título de experto).

enfoque más ambicioso que no se centrara sólo en la acogida de los “refugiados” sino que abordara las cuestiones de fondo –la solución de los conflictos en el origen de la situación– así como la adopción de medidas financieras –el Primer Ministro M. Rajoy llegaba a hablar de la necesidad de adoptar un nuevo “Plan Marshall”- que permitieran resolver en su origen los problemas de los que se derivaba la crisis. Este último planteamiento no estaba exento de cinismo, dado que desde su acceso al poder el Gobierno del Partido Popular había venido reduciendo sistemáticamente el presupuesto destinado en España a la cooperación al desarrollo, situándolo en niveles inferiores a los existentes una decena de años atrás.

b) *La no utilización del mecanismo de la “protección temporal”*. Pese a que constituye inequívocamente una de las piezas clave del proceso de desnaturalización del derecho de asilo, la protección temporal –ideada en la UE a raíz de la experiencia del conflicto de Kosovo y plasmada 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 a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida<sup>104</sup>, constituye al mismo tiempo el ejemplo más cumplido de la ausencia de voluntad política que late tras la supuesta arquitectura del SECA. En efecto, la doctrina se ha extendido acerca de las supuestas bondades que llevaría aparejado el mecanismo dispuesto en la Directiva<sup>105</sup>, en tanto que los Estados miembros –España incluida– procedieron con prontitud a su transposición en el Derecho interno<sup>106</sup>. Y cualquier observador –poco avisado, es verdad– podría imaginarse que se trata de un instrumento que bien pudiera haberse aplicado con ocasión de la “crisis de los refugiados”; de hecho, en sus albores –en mayo de 2015– la Comisión propuso que se implementara tal previsión, siendo la propuesta rechazada por los Estados<sup>107</sup>. De suerte, que, pese a su farragoso título, este desarrollo normativo constituye hoy por hoy una venerable reliquia de la primera etapa de la instauración del SECA, que nunca ha sido objeto de aplicación por parte de la UE. La razón para ello estriba en que la activación del mecanismo de protección temporal requiere en todo caso de una decisión a adoptar por parte del Consejo Europeo (art. 5); en suma, una decisión política requerida de la unanimidad del conjunto de los Estados miembros de la UE. Como explicación a esta aparente desidia se ha argüido que los Estados miembros se han mostrado temerosos de facilitar un “efecto llamada” en el caso de su eventual aplicación, lo que no deja de contrastar –aparentemente– con el

<sup>104</sup> DO núm. L 212, 7 de agosto de 2001.

<sup>105</sup> *Per omnia*, en la literatura española vid. ARENAS HIDALGO, N., “El sistema de protección temporal europeo. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población”, *REDI*, vol. LVI, 2003, núm. 2, pp. 745–777.

<sup>106</sup> En el caso español merced al 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 (*BOE*, núm. 256, 25 de octubre de 2003).

<sup>107</sup> Cfr. VALLE GÁLVEZ, A., “Unión Europea, Crisis de refugiados y *Limes Imperii*”, *Revista General de Derecho Europeo* (Iustel), núm. 38, 2016, p. 6. Sobre la conveniencia de su aplicación discurre INELI-CIGER, M., “Time to Activate the Temporary Protection Directive. Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 18, 2016, pp. 1-33.

hecho indubitado de que la protección dispensada a través de este mecanismo es sensiblemente menos garantista que la derivada de la aplicación lisa y llana de la Convención de Ginebra<sup>108</sup>. En todo caso, como se ha comprobado, ni siquiera enfrentados a la actual crisis los Estados han optado por esta solución, prefiriendo diseñar un sistema *ad hoc*, con los conocidos resultados.

c) *El papel de FRONTEX y las operaciones navales en curso.* En cuanto a FRONTEX ya venía siendo muy discutido su papel en relación con el respeto de los derechos humanos de migrantes y refugiados en el curso de sus operaciones, habiéndose registrado numerosas denuncias por parte de las ONGs que obligaron -en 2014- a la Defensora del Pueblo Europeo a iniciar una investigación sobre el particular, concluida la cual, ésta dirigió una serie de recomendaciones a la Agencia con miras a garantizar el pleno respeto de aquéllos<sup>109</sup>. En este contexto se explica la profunda reforma que ha experimentado la gestión de las fronteras en el seno de la UE, concretada en los más recientes desarrollos producidos en torno a FRONTEX, en virtud de los cuales se amplían sus funciones y capacidades; en particular con la recién creada Guardia europea de fronteras y costas<sup>110</sup>.

Cuestión distinta es la planteada por las operaciones navales desarrolladas por la UE y otras organizaciones internacionales -en el caso, la OTAN- con miras a combatir el tráfico de personas. Se trata, de un lado, de la misión EUNAVFOR MED (*Operación Sofía*), acordada por la UE en mayo de 2015 y desplegada el 22 de junio, subsiguientemente autorizada por la Resolución del CS 2240 (2015), de 9 de octubre, por un periodo de un año en los espacios marinos de alta mar aledaños a las costas de Libia<sup>111</sup>. También acontece, de otro, en el supuesto de las operaciones de patrullaje desarrolladas por la OTAN desde febrero de 2016

<sup>108</sup> La razón última que aclara este aparente sinsentido es que, pese a brindar menor protección, constituye un cauce para acoger flujos masivos de personas, cuya repatriación -inexcusable por definición una vez superada la crisis- será difícil como en cualesquiera otros supuestos de expulsión de extranjeros.

<sup>109</sup> Decision of the European Ombudsman closing her own-initiative inquiry OI/9/2014/MHZ concerning the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex), 4 de mayo de 2015; texto accesible en <[http://www.ombudsman.europa.eu/es/cases/decision\\_faces/es/59740/html.bookmark](http://www.ombudsman.europa.eu/es/cases/decision_faces/es/59740/html.bookmark)>.

<sup>110</sup> En concreto, merced a la entrada en vigor el 6 de octubre de 2016 del Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) no. 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) no. 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (DO núm. L251, 16 de septiembre de 2016). Ya con anterioridad, es cierto, la Agencia se había visto asignadas tareas de salvamento en su cometido, con arreglo al Reglamento 656/2014/UE (Al respecto *vid.* ESTEVE, F., “El rescate como nueva función europea en la vigilancia del Mediterráneo”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 111, diciembre 2015, pp. 153-172). En cuanto al conflicto normativo entre tal género de desarrollos *vid.* -desde la perspectiva italiana- la contribución de BOTTINI, E., “Immigration Illégale et Secours en Mer: Analyse d’un conflit juridique”, *Annuaire du Droit de la Mer*, t. XV, 2010, pp. 248-261. Recuérdese que en ese contexto de imperativos contradictorios se produce el caso *Team Humanity* en las costas griegas el 15 enero 2016, saldado con el procesamiento por las autoridades griegas de los voluntarios que participaban en las tareas de salvamento.

<sup>111</sup> Decisión del Consejo (PESC) 2015/778, de 18 de mayo de 2015. Al respecto *vid.* House of Lords, European Union Committee, *Operation Sophia, The EU’s Naval Mission in the Mediterranean: An impossible Challenge*, (HL Paper 144), 13 de mayo de 2016; ZICCARDI CAPALDO, G., “The EUNAVFOR MED Operation and the Use of Force”, *ASIL Insights*, vol. 19, 2015, núm. 27, 18 de diciembre de 2015; accesible en <<https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/27/eunavfor-med-operation-and-use-force>>.

con el objetivo de “frenar el tráfico ilegal (de personas) y la inmigración ilegal en el Mar Egeo”<sup>112</sup>. En todo caso, tales desarrollos han sido contemplados con extremo recelo por las organizaciones humanitarias.

d) *La distinción entre migrantes y refugiados y la externalización de los controles migratorios*. La prosecución de la crisis obligó –tardíamente- a la UE a afrontar la necesidad de distinguir taxativamente entre las situaciones de asilo y los simples migrantes, insistiendo en este último caso en su determinación para adoptar de forma contundente las consiguientes medidas de expulsión respecto de estos últimos, invocando al efecto tanto los correspondientes Acuerdos de readmisión vigentes entre la UE, sus Estados miembros y terceros Estados, así como en la regla consuetudinaria de obligación de admisión por parte de todo Estado de sus propios nacionales. Abundando en esta idea la Comisión ha deslindado las medidas a adoptar en relación con los refugiados respecto de las destinadas a prevenir la inmigración irregular y el desplazamiento forzoso de personas. De hecho, reflejo de este último enfoque serían las medidas adoptadas en el marco del Fondo fiduciario de Emergencia para África en relación con el área del Sahel y el Lago Chad<sup>113</sup>.

No es menos cierto, sin embargo –y el caso de la Declaración UE-Turquía de 16 de marzo de 2016 que abordaremos a continuación lo pone de manifiesto- que:

“El control de las fronteras, especialmente las de algunos países ricos, se ejerce cada vez menos *in situ*. Múltiples tareas de vigilancia y de gestión de los pasos han sido deslocalizadas y transferidas a zonas de soberanía de terceros países a los que se subcontrata como guardias fronterizos a distancia, pero no por ello menos efectivos, tratando así no sólo de extender una suerte de «cordón sanitario», sino también de diluir las responsabilidades ante posibles violaciones de derechos humanos.”<sup>114</sup>

De nuevo conviene atribuir a nuestro Estado la dudosa primicia en la invención de este modelo -a través de la cual se opera un auténtico proceso de “externalización” de los controles migratorios- toda vez que fue con ocasión de la denominada “crisis de los cayucos” –en el año 2006- cuando nuestro Estado acuñó esta figura a través de los acuerdos concluidos con Mauritania y otros Estados de África Occidental a tal efecto<sup>115</sup>. Y no es menos cierto que ese es hoy el espejo en que se mira la UE a la hora de abordar una efectiva política de retorno, tal como han puesto de manifiesto los debates en el seno del pasado Consejo de Ministros de

---

<sup>112</sup> Declaración del Secretario General de la OTAN, Sr. J. Stoltenberg, con ocasión de la Reunión de Ministros de Defensa de la OTAN, Bruselas, 11 de marzo de 2016; texto accesible en <[http://nato.int/cps/en/natohq/news\\_127981.htm](http://nato.int/cps/en/natohq/news_127981.htm)>.

<sup>113</sup> Se trata de 6 medidas por importe de 146 millones €, adoptadas por la Comisión Europea el 13 de junio de 2016. *Cfr.* <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2167\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2167_en.htm)>

<sup>114</sup> VELASCO, J.C., *El azar de las fronteras...*, *cit.*, p. 14.

<sup>115</sup> Sobre el particular *vid.* ACOSTA SÁNCHEZ, M.M., VALLE GÁLVEZ, A., “La crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina”, *Tiempo de Paz*, núm. 83, 2006, pp. 19-30, así como nuestra contribución “La inmigración irregular y la política convencional: Examen de la práctica española”, en la obra colectiva *La igualdad en los derechos: Claves de la integración*, (J. De Lucas, dir.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 97-126.

Interior de la UE, del pasado 13 de octubre<sup>116</sup>, así como los compromisos ulteriores trabados en el seno del posterior Consejo de Ministros de AAEE<sup>117</sup>.

## 5.2. El “Acuerdo”(Declaración) UE-Turquía y sus circunstancias: el chantaje turco y la necesidad de preservar el sistema Schengen.

Desde el mes de agosto de 2015 en que estalló la denominada “crisis de los refugiados sirios” han sido numerosas las ocasiones en las que la UE y Turquía han mantenido conversaciones de cara a resolver los problemas asociados con ella; ello explica el que se hayan producido un conjunto de documentos en relación con el tema, cuya valoración –en cuanto a sus implicaciones jurídicas- resulta, cuando menos, compleja<sup>118</sup>. De ahí que, en un primer momento, se elaborara un proyecto de declaración -15 de octubre de 2015. Con posterioridad, los nuevos contactos se plasmarán en un así denominado Acuerdo de 29 de noviembre de 2015. Finalmente, lo imparable de la crisis hará necesario abordar un nuevo proceso negociador que preluado por un acuerdo de principio se concretará definitivamente en la denominada Declaración de 16 de marzo de 2016.

No obstante, ha de precisarse que la implementación efectiva de la misma se ha de ver precisada de la adopción de puntales acuerdos (exención de visados a aprobar por el PE, reformas legislativas internas en Turquía, procedimientos de readmisión, etc.) algunos de los cuales parecen hallarse en un *impasse*.

Por otra parte, en relación con la posición turca ha de llamarse la atención sobre la sorprendente “porosidad” de sus fronteras. De hecho, el celo con el que mantiene tradicionalmente Turquía el control sobre los espacios sometidos a su soberanía o control (espacios terrestres, marítimos y aéreos; el control de la denominada República Turca del Norte de Chipre, etc.) –de lo que fue buena prueba el derribo de la aeronave militar rusa en el espacio aéreo sirio el pasado invierno- contrasta con la absoluta falta de control de su fachada costera en el mar Egeo, propiciando la salida de millares de personas. Es cierto que la presencia de millones de sirios en su territorio podría hacer pensar en una imposibilidad para asegurar un efectivo control de los flujos de personas por su territorio y espacio marítimo, pero no lo es menos que esa imposibilidad parece haberse desvanecido una vez alcanzado un Acuerdo

<sup>116</sup> Cfr. Diario *El País*, 14 de octubre de 2016, p. 3.

<sup>117</sup> Con ellos se vienen a superar las limitaciones que lastraban en principio el desarrollo de una política migratoria global en manos de la UE, a través de la ampliación de su capacidad de acción exterior en este campo, tal como sugiriera en su día la doctrina (Cfr. LIROLA DELGADO, I., “¿Por fin una política de inmigración de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa?”, en *El Tratado de Lisboa : la salida de la crisis constitucional (Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional-AEPDIRI-celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007)*, Iustel, Madrid, 2008, p. 543).

<sup>118</sup> De ahí que en la querrela presentada por IU-UP contra el Presidente del Gobierno, M. Rajoy, por su participación en tales acuerdos se refiera sucesivamente a algunos de ellos. En concreto, además de la Declaración de 16 de marzo de 2016, en ella se menciona que “Rajoy participó en el referendo del Acuerdo de Acción Conjunta con Turquía en una reunión del Consejo Europeo con el tercer país el 29 de noviembre de 2015” y “autorizó la presencia” del ministro de Asuntos Exteriores en la reunión de cancilleres de la UE con Turquía de 14 de diciembre de 2015 (Extractos publicados en el diario.es. Sobre el particular, *vid. infra*, 5.6).

con la UE –varios miles de millones de euros de por medio- hasta el punto de que, cómo revelaba FRONTEX en un Informe del pasado día 4 de julio, los flujos desde entonces se ha reducido drásticamente (un 84% respecto del primer trimestre del año, antes de que se alcanzara el acuerdo)<sup>119</sup>.

En cuanto a la UE es evidente que el interés por preservar la seguridad en el entorno del sistema Schengen obligaba a alcanzar un acuerdo a cualquier precio, so riesgo de desbaratar -de otro modo- este mecanismo, que había sido sometido en los últimos meses a numerosas suspensiones. Pero no conviene ocultar que incluso entre las opiniones favorables a la futura incorporación de Turquía a la UE no se duda a la hora de calificar el Acuerdo y sus precedentes como una iniciativa improvisada, falta de coordinación y mal encauzada, en la que los costes y riesgos tanto para la UE como para Turquía son considerables<sup>120</sup>.

### **5.3. Análisis formal de la Declaración: Un Acuerdo poco conforme a las reglas del Derecho europeo en materia de conclusión de tratados.**

Se habla de un acuerdo, pero la primera cuestión que se suscita es la de si nos hallamos en presencia de un tratado internacional. La cuestión no es baladí pues formalmente la contradicción sólo puede concebirse entre reglas jurídicas –solo el tratado lo es (a menos que concluyamos que siendo el presunto acuerdo radicalmente nulo por conculcar radicalmente unos presupuestos esenciales -ergo inexistente- éste constituiría lo que los expertos en Derecho administrativo gustan llamar una simple “vía de hecho”).

Al respecto ha de comenzar advirtiéndose que la noción de tratado es esencialmente “antiformalista”, no presupone la observancia de concretas solemnidades ni el recurso a una específica denominación<sup>121</sup>, se sirve de cauces informales a efectos de la representación de los contratantes –a través de los mecanismos de la representación tácita- y cifra su existencia

<sup>119</sup> No nos resistimos a transcribir la lúcida valoración que emite el editorial de una mítica revista francesa sobre la posición turca en el asunto: “La première conséquence de cette évolution est qu’Ankara mobilise son énorme «puissance de nuisance» pour prendre l’Europe en otage. Nostalgique de l’Empire ottoman, Erdogan mène en effet une politique de chantage. À l’été 2015, ses pistoleros médiatiques ne manquaient pas de souligner qu’il «fallait inonder l’Europe de réfugiés». Définissant la politique comme un acte de revanche sur ses adversaires, le président turc explique les désastres de sa politique étrangère par le complot qui serait ourdi par les «traîtres», les «terroristes» et les «ennemis», de l’intérieur et de l’extérieur, pour empêcher la Turquie de devenir une puissance mondiale. En mettant l’Europe sous pression, il tente d’obtenir un blanc-seing pour mener une politique de la terre brûlée au Kurdistan, réprimer sa faible opposition démocratique, faire oublier la corruption démesurée de son pouvoir et occulter ses complaisances, passées ou présentes, avec l’État islamique et le Front al-Nusra. Par une ironie du sort, la chancelière allemande, si pingre dans la gestion de la crise grecque, se distingue sur le dossier des réfugiés par une exceptionnelle générosité, mais au prix de complicités avec un régime liberticide, voire meurtrier. S’il est légitime, voire nécessaire, d’aider la Turquie à mieux accueillir les réfugiés, l’Europe peut-elle pour autant capituler devant l’anti-démocratie?” (s.a., “(Editorial) Ses vies nues qui mettent l’Europe à nu”, *Esprit*, núm. 425, mayo 2016, p. 4).

<sup>120</sup> Cfr. En tal sentido, House of Lords, European Union Committee, *Europe in the world: Towards a more effective EU foreign and security strategy*, 8th Report of Session 2015-2016, HL Paper 97, febrero de 2016, pp. 25-26.

<sup>121</sup> La denominación de Declaración no empece pues para su caracterización como tratado contra lo que pretende S. PEERS, “The draft EU-Turkey deal on migration and refugees: is it legal?”, 16 de marzo de 2016, accesible en <<http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/the-draft-euturkey-deal-on-migration.html>> .



en la mera producción de efectos jurídicos, por efecto de la sola voluntad de las partes. Todo lo cual induce a pensar que estamos en presencia de un tratado internacional.

Sin embargo, conviene reparar en un dato: la “Declaración” –que es la expresión acogida en su texto para identificar el controvertido acuerdo- se presenta como obra de los miembros del Consejo Europeo y Turquía, lo cual es de por sí insólito dado que no es frecuente que el Consejo Europeo celebre tratados –en realidad, como institución eminentemente política, no es común que adopte actos jurídicos de ninguna naturaleza. De hecho, en este orden es conocido que intentos anteriores por impugnar judicialmente “decisiones” del Consejo Europeo se toparon con el rechazo del Tribunal de Justicia por esta razón. De este conjunto de elementos cabría inferir, por consiguiente, que la “Declaración” en sí misma no es propiamente un tratado sino un “acuerdo político”, un *MoU* o un “acuerdo de caballeros”; en suma una “declaración de intenciones”, precisada de ulterior concreción jurídica.

En apoyo de esta apreciación viene a sumarse el dato de que –*a contrario sensu*- el proceso de celebración de tratados está regulado formalmente en el TUE y particularmente en el TFUE –en las disposiciones relativas a la Acción Exterior de la UE- y consecuentemente tales reglas hubieran debido de ser observadas, lo cual además hubiese propiciado controles no solo políticos sino también jurídicos en relación con su proceso de conclusión. En lo que importa, además de la preceptiva participación del PE (*apud* art. 218.6.a)v) TFUE), el mecanismo del control preventivo previsto en el art. 218.11 TFUE hubiese podido activarse.

Esta conclusión –de ser cierta- conduce a una respuesta que en el orden práctico es de indudable importancia. No siendo un acto jurídico, la “Declaración” no es como tal impugnante ante el Tribunal de Justicia. Ahora no hablamos solo del mecanismo de control preventivo –antes mencionado- sino de toda posibilidad de articular un recurso directo contra el mismo o de suscitarse –por parte de un Tribunal interno (p.e. los Tribunales griegos llamados en primer término a aplicarlo<sup>122</sup>) una duda jurídica acerca de su interpretación o validez a través del mecanismo de la cuestión prejudicial. Naturalmente, dicho lo anterior asumimos en cambio que los actos de las instituciones a través de los cuales se habría de formalizar jurídicamente este compromiso político si serían susceptibles de impugnación a través de los cauces correspondientes.

Una solución distinta podría llegar a mantener que nos hallamos en presencia de un auténtico tratado en razón del antiformalismo previamente apuntado y por la “genericidad” que en cuanto a la producción de efectos jurídicos reclama el Derecho internacional para considerar a una norma como tratado. En este orden, tal como señala P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “los términos utilizados, tanto en su título como en su contenido, huyen de la terminología convencional” aunque –como recuerda la autora- el Presidente del Consejo Europeo, D. Tusk, insistía en caracterizarlo como un “acuerdo”, empleando reiterativamente estos términos al referirse a la formalmente denominada “Declaración”<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> Según nuestras noticias –julio de 2016- se han presentado por parte de éstos al menos 3 cuestiones prejudiciales sobre el particular, aunque no nos consta si su objeto versa sobre la Declaración en sí o sobre la validez –a la luz del Derecho de la UE- del acuerdo entre Grecia y Turquía sobre readmisión de personas, aplicado con ocasión de aquélla.

<sup>123</sup> *Cfr.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Unión Europea y el Derecho de los tratados: Una relación compleja”, *REDI*, vol. 68, 2016, núm. 2, pp. 88-89. Al respecto *vid.* Presidency of the European Council, Statements and Remarks, 151/16, de 18 de marzo de 2016, accesible en <<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-tusk-remarks-after-euco-turkey/>>.

De hecho, la naturaleza convencional de la Declaración también parece estar presente en la caracterización que de la misma ofrecía el Ministerio público español, con ocasión del informe remitido al TS en relación con la querrela presentada por IU y desestimada por Auto TS (Sala Segunda) de 11 de julio de 2016<sup>124</sup>. En efecto, en su Informe el Ministerio Fiscal se refiere a la declaración sucesivamente como un “convenio” firmado por todos los países miembros del Consejo Europeo con Turquía<sup>125</sup>, un “acuerdo”<sup>126</sup>, un “compromiso”<sup>127</sup>, una “decisión”<sup>128</sup>, un “acuerdo”<sup>129</sup> y, nuevamente, una “decisión”<sup>130</sup>.

A tenor de lo anteriormente expuesto, no ha de extrañar, por consiguiente, el que se haya afirmado que tanto el texto como el contexto de la Declaración sugieren que nos hallamos en presencia de un tratado, dotado por consiguiente de efectos jurídicos<sup>131</sup> y, naturalmente, vinculante para las partes en sus relaciones mutuas<sup>132</sup>.

No obstante, creemos que aún en este caso, las consecuencias no diferirían en demasía de la conclusión negativa anteriormente expuesta, por cuanto es obvio que las disposiciones del presunto tratado no serían “directamente aplicables” (*non self-executing*), requiriendo para su efectiva aplicación los pertinentes actos de desarrollo a cargo de las instituciones competentes de la UE (p.e. la exención de visados reclamada por el acuerdo).

Naturalmente, aquí sin embargo se plantearía la cuestión de las posibilidades de impugnación respecto a un tratado no producido válidamente conforme a las normas del Derecho de la UE.

#### **5.4. ¿Una flagrante violación del Derecho internacional (y del Derecho europeo)?: Un análisis sustancial de la “Declaración”.**

Entrando ya en el examen del contenido de sus disposiciones, se ha afirmado con contundencia que el acuerdo constituye una flagrante violación del Derecho internacional –como ya hemos anticipado, nuestra posición al respecto es más matizada. De hecho, para llegar a tal conclusión, es necesario ante todo sortear los propios términos del Acuerdo que expresamente se refiere a la necesidad de observar ciertas reglas en materia de respeto de los derechos humanos. En tal sentido, permítase recordar que la fórmula acogida no difiere mucho de la solución establecida en nuestro país en las enmiendas introducidas *in extremis* en la fase final de tramitación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad

<sup>124</sup> Sobre el Auto y sus incidencias *vid. infra*, 5.6.

<sup>125</sup> Escrito del Ministerio Fiscal, Fiscal J. Ignacio Campos, 18 de mayo de 2016, p. 2.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 5, p. 6 (en este lugar, por 4 veces se reitera la expresión).

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>131</sup> DEN HEIJER, M., SPIJKERBOER, Th., “Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?”, 7 de abril de 2016, accesible en <<http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html>>, cit. en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “Unión Europea y Derecho de los tratados...”, *cit.*, p. 88.

<sup>132</sup> Editorial, “Disintegration Through Law?”, *European Papers*, vol. 1, 2016, pp. 3 y 4, accesible en <<http://europeanpapers.eu/en/e-journal/disintegration-through-law>>, cit. en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *loc. cit.*, pp. 88-89.

Ciudadana con miras a blindar, aparentemente, la constitucionalidad de la disposición relativa a las “expulsiones en caliente” (que serían ahora “más tibias”)<sup>133</sup>.

En este punto conviene advertir que la solución resulta un tanto “diabólica” (en el sentido de la *probatio diabólica* del antiguo Derecho) puesto que serían las prácticas derivadas de él -y no el Acuerdo en sí- la presumible fuente de la vulneración jurídica. Aparte de lo anterior, en todo caso, el juicio acerca de la supuesta violación del Derecho internacional debe de partir de establecer los parámetros normativos supuestamente contrariados por el acuerdo. Es ésta una labor compleja pues -tal como hemos advertido- el Derecho internacional en la materia no se caracteriza precisamente por su claridad. En todo caso, pasando ya al análisis material del Acuerdo, las violaciones más flagrantes serían<sup>134</sup>, de acuerdo con las opiniones comúnmente expresadas:

a) *La vulneración del iusmigrandi de las personas afectadas por el Acuerdo*, en sus vertientes tanto de “derecho a emigrar” (salir del país, propio o ajeno) como “a inmigrar” (ingresar en un país distinto del propio). Ahora bien, tal como hemos advertido, tales afirmaciones carecen de fundamento en el Derecho internacional vigente.

b) *La vulneración del “derecho al asilo” de los individuos afectados por el Acuerdo*. En este orden, aunque es cierto que la Declaración universal afirma la existencia de tal derecho<sup>135</sup>, su positivización fue rechazada con ocasión de la redacción de los Pactos de derechos humanos de 1966<sup>136</sup>. Y pese a que este planteamiento puede parecer obsoleto, a la luz de los profundos cambios experimentados en la sociedad y el Derecho internacional desde el momento de la redacción de los Pactos -hace más de 50 años- todo autoriza a pensar que -como se ha afirmado- “International law does not grant a right to asylum... Asylum itself is in the grant of the state and depends on domestic laws and procedures”<sup>137</sup>.

También desde la perspectiva del Derecho de la UE resulta cuestionable plantear la existencia de un derecho de asilo, toda vez que la referencia al respecto introducida en el art. 18 de la Carta de Derechos fundamentales, aunque dispone que:

<sup>133</sup> Al respecto *vid.* lo expuesto en nuestra contribución “El control de la inmigración irregular en España...”, *cit.*, p. 188.

<sup>134</sup> Desde luego descartamos otro tipo de violaciones –indudablemente de mayor gravedad- como las planteadas en la querrela presentada por IU (traslado forzoso de poblaciones constitutivo de crimen de lesa humanidad; arts. 173, 542, 607 y 608 CP), dado su difícil encaje, tal como acredita su desestimación por el Auto TS (Sala Segunda) de 12 de julio de 2016. Ponente: Magistrado Francisco Monterde. Al respecto *vid.* *Newsletter Iustel*, 13 de julio de 2016. Otra cosa es la regularidad del Acuerdo desde la perspectiva formal en la que el Auto no parece reparar. Al respecto *vid. supra*.

<sup>135</sup> Aunque con una formulación edulcorada respecto a su redacción inicial, pues, los redactores proponían formular el derecho a buscar y “recibir” asilo, en tanto que la redacción definitiva de la Declaración habla, más matizadamente, de “buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país” (BETTATI, M., “Le statut juridique du réfugié...”, *cit.*, p. 111).

<sup>136</sup> *Ibid.* El autor recuerda además que la idea de la soberanía de los Estados como principio rector en la concesión del asilo se afirma en la ya mencionada la Declaración de la AG sobre el asilo territorial, de 14 de diciembre de 1967 (*Ibid.*, p. 112).

<sup>137</sup> GILBERT, G., “Why Edward Snowden never had a right to Asylum”, accessible en <[http://blog.oup.com/2013/07/why-edward-snowden-never-had-a-right-to-asylum/?utm\\_source=feedblitz&utm\\_medium=FeedBlitzRss&utm\\_campaign=oupblog#sthash.aXJFKXDj.dpuf](http://blog.oup.com/2013/07/why-edward-snowden-never-had-a-right-to-asylum/?utm_source=feedblitz&utm_medium=FeedBlitzRss&utm_campaign=oupblog#sthash.aXJFKXDj.dpuf)>. Frente a esta planteamiento generalizado, *vid.* GIL BAZO, T., “The right of asylum as a general principle of international Law”, *IJRL*, vol. 27, 2015, pp. 3-28. Con un planteamiento más prudente, el derecho a recibir asilo -con fundamento en una norma consuetudinaria “en proceso de cristalización” y limitado a “los solos refugiados” (i)- es defendido por WORSTER, W.T., “The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum”, *IJRL*, vol. 26, 2014, pp. 477-499.

“Se garantiza 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 constitutivo de la Comunidad Europea”

No establece un derecho fundamental “al asilo”<sup>138</sup>, limitándose a reiterar las obligaciones de los Estados miembros en aplicación de los instrumentos internacionales en vigor<sup>139</sup>. Y aunque en un futuro esta caracterización podría verse afectada por los desarrollos jurisprudenciales -algunos de ellos significativos<sup>140</sup>- que vienen produciéndose en relación con el contenido y alcance de las disposiciones de la Carta, en lo que aquí interesa, no modifican por el momento la lectura precedente.

c) *La vulneración del principio de prohibición de las expulsiones colectivas.* En relación con esta cuestión se ha afirmado con rotundidad la vulneración de tal prohibición en razón de las previsiones apuntadas por el acuerdo. El problema, en último término, reside en la supuesta naturaleza jurídico vinculante –se afirma incluso que de naturaleza “imperativa”- de la regla. En este punto, sin duda, la cuestión reviste un especial interés, dado que el art. 19.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de 12 de diciembre de 2007, prohíbe taxativamente las expulsiones colectivas.

Ahora bien, frente a este planteamiento, ha de advertirse que tal prohibición encuentra su origen –como otras muchas disposiciones de la Carta- en el marco del CEDH, pero con la particularidad de que la misma no se halla establecida en el texto del Convenio sino en un instrumento de carácter particular –el art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH- que no vincula a todos los Estados partes en el Convenio Europeo de 1950<sup>141</sup>; algunos de ellos, además, miembros de la UE: de hecho, España demoró casi 30 años el obligarse por el mismo –sólo se adhirió a él en 2011- y otros Estados (Reino Unido y, significativamente, Grecia,

<sup>138</sup> Como advierte un prestigioso comentarista del texto, “del marco general iusinternacional y comunitario” en que se imbrica la disposición no cabe otra conclusión que la inexistencia “de un derecho subjetivo al asilo” (Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Artículo 18”, en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario Artículo por Artículo*, (A. Mangas Martín, dir., L.N. González Alonso, coord.), Fundación BBVA, Madrid, 2008, p. 371).

<sup>139</sup> Con todo hay quien ve en la disposición un sustancial progreso en orden a atenuar la competencia discrecional de los Estados en la materia, orientación que habrían confortado los desarrollos del SECA -particularmente, la Directiva “Cualificaciones”- merced a la obligación allí impuesta de otorgar el asilo a los solicitantes que cumplan los requisitos relevantes (Cfr. GOODWIN-GILL, G.S., “Migration and Forced Migration Today: Challenges for the Rule of Law”, en *Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle...*, cit., p. 9).

<sup>140</sup> IPPOLITO, F., “Migration and Asylum Cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the Eu Charter of Fundamental Rights to Test?”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 17, 2015, pp. 1-38.

<sup>141</sup> De hecho, la jurisprudencia del TEDH atiende –como no podía ser de otro modo- al enfoque “contractualista” de esta disposición (p.e. STEDH 5 de febrero de 2002, *Conka c. Bélgica*, demanda núm. 51564/99; STEDH 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda núm. 45223/05; STEDH 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa c. Italia*, demanda núm. 27765/09), refiriéndose a Estados Partes en el Protocolo núm. 4 al CEDH, incluso en su más reciente jurisprudencia (p.e. STEDH, 1 de septiembre de 2015, *Khalifa y otros c. Italia*), si bien ha adoptado una interpretación expansiva de la noción de expulsión colectiva (Al respecto *vid.* RAMJI-NOGALES, J., “Prohibiting Collective Expulsion of Aliens at the European Court of Human Rights”, *ASIL Insights*, vol. 20, núm.1, 4 de enero de 2016, accesible en <<https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/1/prohibiting-collective-expulsion-aliens-european-court-human-rights>>).

siguen sin ser partes en él, no hallándose constreñidos en apariencia formalmente por tal prohibición<sup>142</sup>.

d) *La vulneración del “principio de no devolución” (non refoulement) y la acogida de la noción de “tercer país seguro” como aplicable a Turquía.* Se trata de dos aspectos de indudable enjundia; sin duda los más problemáticos y, probablemente, los más fundados a la hora de cuestionar jurídicamente el Acuerdo. De hecho, se ha afirmado que el “extraño mercadeo” que sus previsiones contemplan, esconde lo que constituye sin duda una patente y grosera vulneración del principio de no devolución<sup>143</sup>.

Del primero, recogido en el art. 33 del Convenio de Ginebra remitimos a lo expuesto más arriba<sup>144</sup>. En cuanto al segundo, rodeado siempre de polémicas, aún más dada su prevista aplicación a Turquía, en un momento de clara involución democrática en ese país. Pero, que no olvidemos es parte a todos los efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, hallándose sometido en todos sus actos al escrutinio, severo, del Tribunal de Estrasburgo.

En todo caso, la infracción de algunas de estas prescripciones tiene implicaciones jurídicas y ello por la sencilla razón de que las medidas que comporten la aplicación de las previsiones del Acuerdo en supuesta violación de las reglas del Derecho internacional –lo que sería a su vez una violación del Derecho europeo por lo anteriormente expuesto<sup>145</sup>, pueden ser controladas por los propios Tribunales internos -como órganos naturales llamados a aplicar el Derecho de la UE - y por el propio TJUE que puede venir llamado por aquellos a determinar si las reglas aplicables dictadas en desarrollo del Acuerdo son conformes con el Derecho de la UE –incluido dentro de él, el propio Derecho internacional- y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que a través de su feraz jurisprudencia viene determinando ciertas exigencias inviolables para los Estados partes como expresión del “orden público europeo”; este sí, claramente imperativo respecto de aquéllos.

## 5.5. La implementación de la “Declaración”.

En todo caso, desde el mes de marzo la Comisión ha suministrado regularmente información sobre la implementación de la “Declaración”. En concreto hasta la fecha ha presentado

<sup>142</sup> De ahí el problema, aparentemente no resuelto, derivado del tenor objetivo e irrestricto del art. 19.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, frente al apuntado enfoque “contractualista” operativo en el marco de la CEDH. Si bien durante los trabajos de la Convención del 2000 se apuntó esta circunstancia por parte de alguno de sus redactores -a propósito de la no participación del Reino Unido en el Protocolo núm. 4 a la CEDH- la cuestión no ha merecido el interés de la doctrina, más atenta a su operatividad en el específico caso de los supuestos de asilo y su entronque con el principio de “no devolución”, pese a verse afectada por las disposiciones transversales de la Carta en relación con su alcance y las competencias de los Estados miembros en materia migratoria (Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCCLARES, J., “Artículo 19. Comentario”, en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, (A. Mangas Martín, dir.; L.N. González Alonso, coord.), Fundación BBVA, 2008, pp. 379-386, en p. 381). Cierto es que la interpretación *in bona parte* de aquéllas -y el cariz expansivo que ha impreso el TJUE a las mismas en su jurisprudencia *Akeberg y Melloni*- parece apuntar en el sentido de superar las limitaciones “contractualistas” apuntadas, lo que no parece haber sido calibrado hasta la fecha por los Estados miembros.

<sup>143</sup> WITHOL DE WENDEN, C., “L'accord entre l'Union Européenne et la Turquie: Un jeu de dupes?”, *Esprit*, núm. 425, mayo 2016, pp. 13-14.

<sup>144</sup> *Vid. supra*, 2.5.

<sup>145</sup> *Vid. supra*, 4.

tres informes de seguimiento en los que valora positivamente los resultados alcanzados, insistiendo en su plena conformidad con las exigencias del Derecho internacional y el Derecho Europeo, aunque no ha ocultado las dificultades que experimenta la tramitación de las solicitudes de asilo, pese al reforzamiento de las capacidades de las autoridades griegas a través del envío de expertos de otros Estados miembros, con objeto de ayudar en esa tarea<sup>146</sup>.

Por parte de las ONGs, en cambio, se han expresado muy duras críticas acerca de las condiciones en las que se estaría ejecutando un acuerdo que -de partida- juzgan como inaceptable<sup>147</sup>.

### **5.6. Una apostilla hispanocéntrica: La Declaración UE-Turquía a la luz del Auto TS (Sala Segunda) de 11 de julio de 2016.**

Como hemos avanzado, en España la adopción de la Declaración propició un episodio judicial al presentar IU-UP una querrela ante el TS contra el Presidente del Gobierno por supuestos comportamientos delictivos –calificados por la querellante como “crímenes de lesa humanidad”- derivados de su participación en la conclusión de la misma. En ella, además, se insiste en presentar las acciones concertadas entre la UE y Turquía como:

“un enmascaramiento de las intenciones reales de los gobiernos de los Estados miembros de la UE, que no son otras que impedir por la fuerza que los refugiados lleguen hasta la UE, ignorando deliberadamente, de paso, las violaciones de derechos humanos de las autoridades turcas en todos los ámbitos y, especialmente, con los refugiados”<sup>148</sup>

Por otra parte prosigue el escrito:

“Obviamente, no es lógico ni normal que ningún ánimo concreto de delinquir se plasme literalmente por escrito. Sin embargo, a nadie se le escapan las contradicciones, incoherencias internas y aberraciones contenidas en el texto, que sólo señalan un objetivo: expulsar masivamente a los refugiados que entren en las islas griegas”<sup>149</sup>

La querrela, además, incluye un relato de la dramática situación de los refugiados y las cifras de desplazados y refugiados derivados de las acciones desarrolladas por el régimen sirio y algunos de los grupos que contra él combaten—particularmente *Daesh*-, prestando especial atención a la situación existente en los “campos de detención” habilitados a raíz del

---

<sup>146</sup> Cfr: Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, *Third Report on the Progress made in the implementation of the EU-Turkey Statement*, Bruselas, 28 de septiembre de 2016, COM (2016) 634 final.

<sup>147</sup> Cfr. CEAR, *Informe 2015. Las personas refugiadas...*, cit., pp. 121-122; Amnistía internacional, “Acuerdo UE-Turquía: resolución griega pone de relieve fallos fundamentales”, 20 de mayo de 2016; Human Rights Watch, “UE/Grecia: los abusos marcan las primeras deportaciones a Turquía”, 20 de abril de 2016.

<sup>148</sup> Extracto de la querrela publicado por eldiario.es.

<sup>149</sup> *Ibid.*

acuerdo para tramitar las solicitudes de asilo, lo que –a juicio de los querellantes- constituye una “contradicción”, ya que no se puede detener a alguien para ofrecerle que solicite el asilo, pues, se sostiene, o se trata de “un inmigrante ilegal o un delincuente, o es un refugiado”. Finalmente, la querrela concluye advirtiendo que:

“Tampoco se les está dotando de asistencia jurídica, pues les están facilitando un impreso en donde les explican que tienen derecho a ser asistidos por un abogado en caso de solicitar asilo o a ser deportados voluntariamente si así lo desean, pero en la práctica no hay abogados asistiéndolos”<sup>150</sup>,

Frente a estos argumentos, tanto de forma como de fondo, el TS –fundándose eminentemente en los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal- los rechazará en su totalidad. De ahí que, aunque se trate de un pronunciamiento del orden penal, tenga interés la toma en consideración de los razonamientos expuestos por nuestro TS para defender la legalidad de la Declaración, que concibe como la simple ejecución de las previsiones establecidas en los arts. 79 y 80 TFUE. En tal sentido, afirma nuestra suprema jurisdicción que:

“el acuerdo adoptado, solo, puede contemplarse como el desarrollo institucional de los principios de solidaridad y reparto equitativo en una crisis de inmigración masiva provocada por el temor a las represalias de un conflicto bélico, ya que el acuerdo solo pretende la protección de las personas desplazadas y la distribución equitativa y ordenada de los flujos migratorios”<sup>151</sup>.

En tal sentido, prosigue el Tribunal, su finalidad no es otra sino la de, “dentro de las posibilidades institucionales y financieras de la Unión Europea”, intentar:

“ubicar a los inmigrantes en un espacio en el que, recuperando su condición de personas, se ponga fin a su persecución con pleno respeto a su integridad moral, ello no supone ni un trato degradante o de menoscabo de su integridad”<sup>152</sup>

Abundando en la cuestión, el TS concluye afirmando que:

“la decisión adoptada ha de contemplarse como expresión de un acuerdo que pretende emplazar a los refugiados en territorios en los que precisamente se posibilite que puedan ejercer aquellos derechos fundamentales y políticos que la persecución o huida del conflicto bélico, les ha impedido violentamente desarrollar.”<sup>153</sup>

Reiterando que:

“los nueve puntos de dicho Acuerdo son plenamente respetuosos con los artículos 79 y 80 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, donde se establecen las bases de funcionamiento de la institución en materia de inmigra-

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> Razonamiento Jurídico Cuarto.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Ibid.*