

# MITOS Y MISTIFICACIONES: LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL (A PROPÓSITO DE LA «CRISIS DE LOS REFUGIADOS»)<sup>1</sup>

JAVIER A. GONZÁLEZ VEGA<sup>2</sup>  
jvega@uniovi.es

## Cómo citar/Citation

González Vega, J. A. (2017).  
Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional  
(a propósito de la «crisis de los refugiados»)  
*Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 27-75.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.56.02>

## Resumen

El trabajo examina las aportaciones del derecho de la Unión Europea en pos de la construcción de un sistema que, desbordando los estrictos márgenes de la Convención de Ginebra de 1951, asegura una protección para los extranjeros en situaciones de riesgo más allá de la noción de refugiado. Los principales desarrollos del denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) son analizados poniendo de manifiesto sus logros —la moderada coordinación y la ampliación de la protección

---

<sup>1</sup> 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, la profesora doctora Kerstin Odendahl, por su inestimable ayuda.

<sup>2</sup> Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Oviedo.

internacional— y sus limitaciones; estas últimas particularmente sensibles a través de los mecanismos de desconexión operativos en relación con la Convención. El examen de estas últimas permite deslindar los mitos que rodean la operatividad del derecho de los refugiados —particularmente su compleja relación con el sector normativo de los derechos humanos— y esclarecer las mistificaciones que empañan la trayectoria de la UE en la materia, destacando —particularmente a la luz de la denominada «crisis de los refugiados»— las responsabilidades que los Estados miembros desempeñan en la definición y aplicación del marco protector establecido.

### **Palabras clave**

Refugio; asilo; migraciones; protección internacional; SECA; crisis de los refugiados.

## **MYTHS AND MYSTIFICATIONS: THE EUROPEAN UNION AND INTERNATIONAL PROTECTION (ON THE “REFUGEES’ CRISIS”)**

### **Abstract**

The article discusses the contribution of European Union law to the construction of a system that, beyond the strict limits of the 1951 Geneva Convention, ensures protection for foreigners at risk beyond the concept of a refugee. The main developments of the so-called Common European Asylum System (CEAS) are analyzed by highlighting their achievements —the moderate coordination and enhancement of international protection— and limitations, related to Convention’s disconnection mechanisms. Examination of the latter makes it possible to separate the myths surrounding the operability of refugee law —particularly its complex relationship with the normative sector of human rights— and to clarify the mystifications that tarnish the EU’s history in this area, highlighting —especially in the framework of the so-called “refugees crisis”— the responsibilities that members States play in defining and applying the protective framework established.

### **Keywords**

Refugees; asylum; international protection; migrations; ECAS; refugee’s crisis.

## **MYTHES ET MISTIFICATIONS : L’UNION EUROPÉENNE ET LA PROTECTION INTERNATIONALE (À PROPOS DE LA CRISE DES RÉFUGIÉS)**

### **Résumé**

L’article se propose d’examiner les contributions du droit de l’Union Européenne à la construction d’un système qui, dépassant les limites strictes de la Convention de Genève de 1951, assure la protection des étrangers en risque au-delà de la notion de

refugié. Les principaux développements du système européen commun d'asile (SECA) sont analysés en soulignant leurs réalisations —reliées à la coordination et enlargement de la protection international— et leurs limites, concernant particulièrement les procédures de déconnexion par rapport à la Convention. L'examen de ce dernier permet de distinguer les mythes entourant l'opérabilité du droit des réfugiés —en particulier sa relation complexe avec le secteur normatif des droits de l'homme— et de clarifier les mystifications qui ternissent l'histoire de l'UE dans ce domaine, mettant en exergue —en particulier, á la lumière de la soi-diante «crise des réfugiés»— la responsabilité des États membres dans la définition et l'application du cadre de protection établi.

### **Mots clés**

Refugiés; asile; protection international; migrations; SECA; crise des réfugiés.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN SOSEGADA A UN TEMA CONFLICTIVO. II. EL DESARROLLO DE UN AMBICIOSO SISTEMA DE PROTECCIÓN: 1. El Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). 2. La construcción de un sistema garantista pero autónomo. III. EL LADO OSCURO DEL SECA: 1. Los mecanismos de desconexión: el «Protocolo Aznar», el concepto de *país seguro* y la protección temporal. 2. La puesta a prueba de los principios de coherencia, solidaridad, confianza mutua y cooperación leal. 3. La pendiente política migratoria. IV. LOS MITOS: DEL UNIVERSALISMO DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA AL *IUS MIGRANDI*: 1. Una universalidad impostada: el particularismo normativo del derecho de los refugiados y de la Convención de Ginebra. 2. Deconstruyendo la Convención: las nuevas tipologías. 3. El mito entre los mitos: el pretendido *ius migrandi*. V. LAS MISTIFICACIONES: EL PAPEL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LARGA SOMBRA DE LOS ESTADOS: 1. La incidencia real de las normas internacionales en materia de derechos humanos sobre las políticas de asilo e inmigración. 2. Las competencias —y los intereses— de los Estados. VI. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN SOSEGADA A UN TEMA CONFLICTIVO

Escribir lúcidamente sobre el papel de la Unión Europea (UE) en el ámbito de la protección internacional ante las imágenes y los mensajes que los medios vienen ofreciendo en los últimos tiempos se antoja una misión imposible<sup>3</sup>. De la crisis, se ha llegado incluso a decir que —además de sus

---

<sup>3</sup> Sobre el relevante papel del *humanitarismo fotográfico* como un instrumento de movilización de la opinión pública en esta crisis, véase Heide FEHRENBACH, Davide RODOGNO, «'A Horrific Photo of a Drowned Syrian Child': Humanitarian Photography and NGO Media Strategies in Historical Perspective», *IRRC*, núm. 900, 2016, pp. 1121-1155. Respecto a la evolución de los medios en el tratamiento de la crisis, véase Jose F. SERRANO OCEJA, María SOLANO ALTABA, «La espectacularización en las informaciones sobre los refugiados y sus consecuencias sobre el establecimiento de la agenda periodística», en Belén BECERRIL ATIENZA; José A. PAREJO GÁMIR; Blanca SÁNCHEZ ALONSO (eds.), *Migración y Asilo: nuevos re-*

implicaciones sobre el proceso de integración— ha comportado la destrucción del sistema común de asilo, dándole por periclitado<sup>4</sup>.

En este contexto, que no cabe tildar sino de tremendista, abordar sin prejuicios las aportaciones desarrolladas en orden a la protección internacional por parte de la UE requiere, sin duda, desprenderse de lo que —con su habitual tono provocador— S. Zizek ha calificado como un ejercicio de «autoflagelación compasiva» de una Europa que «supuestamente ha traicionado su humanidad»<sup>5</sup>, pero en el plano técnico-jurídico también es necesario despojarse de una serie de mitos que rodean el derecho internacional en vigor —empezando por la Convención de Ginebra— y desoír los ecos de sirena que bienintencionadamente, es cierto, transmiten las —en este caso poderosas— organizaciones de la sociedad civil, pero también un sector no desdeñable de la literatura académica, entregados a un «activismo humanitario»<sup>6</sup>, que deja de lado el análisis riguroso de las normas en pos de una interpretación alternativa de estas, que lleva, en el mejor de los casos, a soluciones imposibles por *angélicas* y, en el peor, a su liso y llano desconocimiento.

Advirtamos de partida que el derecho internacional general no ofrece una solución global para los múltiples problemas que interesan a los flujos migratorios —marco en el cual hay que inscribir la tan incorrectamente denominada *crisis de los refugiados*— y no lo hace porque como ha señalado con crudeza Philippe Weckel: «Il n'existe pas plus de droit international des migrations qu'un droit international de la chimie moléculaire ou de l'astrophysique.

---

*tos y oportunidades para Europa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 187-214.

<sup>4</sup> Véase Mónica GUZMÁN ZAPATER, «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y los cambios en el ordenamiento español», en Eugenio NASARRE GOICOECHEA; Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA (coords.), *Treinta años de España en la Unión Europea. El camino de un proyecto histórico*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 198 y 200.

<sup>5</sup> Slavoj ZIZEK, «Extraños en tierra extraña», *El Mundo*, 1 de 2016 de abril, disponible en <http://www.elmundo.es/opinion/2016/04/01/56fd7efce2704e0c378b4674.html> (consultado por última vez el 25.1.2017).

<sup>6</sup> Ya hace varios años, Alain Pellet advertía contra los riesgos que en el plano jurídico deparaba el «Droit de l'Homnisme» (*humanrightism*), en razón de las confusiones que deparaba entre las categorías jurídicas y la ideología de los derechos humanos. Véase Alain PELLET, «La mise en oeuvre des normes relatives aux droits de l'homme», en Hubert THIERRY; Emmanuel DECAUX (eds.), *Droit international et droits de l'homme - La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 126.

La migration internationale est un phénomène observable, mais elle n'est pas un objet du droit international»<sup>7</sup>.

De hecho, el mejor ejemplo lo ofrece el estrepitoso fracaso —en términos globales— de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 18 de diciembre de 1990, que, aunque formalmente en vigor, solo ha recibido el apoyo de los Estados origen de los flujos migratorios<sup>8</sup>.

A tenor de lo expuesto, resulta tentador avanzar —en una clave estructural de análisis, metodología planteada en su día por P. Andrés Sáenz de Santa María<sup>9</sup>— que es la anomia, a nivel global, de los procesos migratorios la que explica la crisis que rodea al sector normativo del derecho de los refugiados,

<sup>7</sup> Philippe WECKEL, «Le droit international face à la mobilisation internationale en faveur des migrants», en Guy. S. GOODWIN-GILL; Philippe WECKEL (eds.), *Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle. Aspects de droit international/Migration and Refugee Protection in the 21st Century, International Legal Aspects*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2015, p. 30. Un planteamiento más matizado en nuestra doctrina puede apreciarse en Carmen PÉREZ GONZÁLEZ, *Migraciones irregulares y derecho internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y derecho internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 3; y Fernando M. MARÍÑO MENÉNDEZ, «El asilo en el derecho de la Unión Europea», en José M.<sup>a</sup> BENEYTO PÉREZ (dir.); Jerónimo MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS; Belén BECERRIL ATIENZA (coords.), *Tratado de Derecho de la Unión Europea*, t. 8 (Ciudadanía Europea y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016; que habla del «Derecho internacional de las migraciones» como un «sector jurídico internacional en formación, p. 161, n. 2.

<sup>8</sup> UNTS, vol. 2220, p. 3. 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 UE, ni Australia, Canadá, EE. UU., Japón, Noruega, Nueva Zelanda o Suiza; ni siquiera las monarquías del Golfo Pérsico. Estas reticencias han sido cuestionadas por Alan DESMOND, «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; y Jakob SCHNEIDER, «Demystifying the International Convention on the Protection of all Migrant Workers and Members of their Families: Why Are States Reluctant to Ratify?», en Dieter HANSCHHEL *et al* (eds.), *Mensch und Recht. Festschrift für Eibe Riedel zum 70 Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin, 2013, pp. 153-164.

<sup>9</sup> Las bondades de esta perspectiva para identificar cabalmente las deficiencias regulatorias o aplicativas del sistema jurídico internacional pueden apreciarse en el clásico estudio de Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «La crisis de la inviolabilidad

toda vez que se ve obligado a desempeñar unas funciones para las que no fue concebido. Por lo mismo, también resulta posible avanzar otra hipótesis, desde ese mismo enfoque estructural, toda vez que también el derecho de los refugiados resulta ser la válvula de escape para afrontar situaciones de violaciones graves —incluso, masiva— de los derechos humanos que no encuentran respuesta a través de este sector normativo, ni de los mecanismos eventualmente operativos a tal objeto en el derecho internacional contemporáneo (por ejemplo, los relativos al mantenimiento de la paz y seguridad internacional y la jurisdicción internacional penal), se reconducen a través de los desarrollos relativos al asilo, que solo limitadamente inciden en la protección de los derechos humanos, tal como tendremos ocasión de destacar. Desde esta perspectiva, las quebras y las violaciones del derecho internacional de los refugiados no dejarían de constituir «epifenómenos, que encubren una crisis» en otros sectores normativos del derecho internacional como consecuencia de su incumplimiento por parte de los Estados y en razón de las deficiencias persistentes en el plano regulatorio y de aplicación —incluidos los niveles coercitivo y represivo— que, aún hoy en día, revela el derecho internacional<sup>10</sup>. En este contexto, atribuir a la UE una responsabilidad primordial por los desajustes que se derivan del desorden normativo imperante a nivel global, sin restar con ello un ápice a sus particulares implicaciones *ad extra* y *ad intra*, constituye una apreciación desmesurada.

En atención a todo ello, nuestro objetivo es abordar los logros que la UE ha cosechado en el marco del desarrollo de un sistema de protección internacional, que ha desbordado manifiestamente el estrecho marco de los instrumentos internacionales en vigor —la Convención sobre el Estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951 y su Protocolo (de enmienda) de 31 de enero de 1967 (referidos en lo sucesivo como «la Convención») —, y que han vertebrado un sistema de protección particular sin parangón a nivel internacional. Este propósito, sin embargo, no nos ahorrará afrontar el examen de ciertos desarrollos del sistema europeo que plantean un difícil encaje con las reglas de la Convención, si no suponen lisa y llanamente su violación. Dicho lo anterior, con el objeto de situar estas brechas en su contexto analizaremos luego sucintamente el *telos* de las reglas que disciplinan el régimen jurídico de los refugiados, con el afán de *deconstruir* los mitos que hoy en día —más si cabe— siguen rodeando a este conjunto normativo, y enfrentaremos, por último, las confusiones que rodean la concepción, el desarrollo y la implementación

---

de las misiones diplomáticas. Una perspectiva estructural de análisis», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, 1981, pp. 261-303.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 301-302.

de las reglas operativas en materia de protección internacional en el seno de la UE; labor de «desescombro» en la cual —lo apuntamos— la larga sombra de los Estados se proyecta y sin la cual no resulta posible determinar la real responsabilidad de la UE en una realizaciones que, nos reafirmamos, constituyen un exponente de su compromiso con unos valores que se sitúan en el centro de la construcción europea.

Señalemos, por último, que hablamos de *protección internacional*, conscientes de las ambigüedades que rodean el término<sup>11</sup>, pero que permiten, en todo caso, advertir la visión más ambiciosa —no limitada, pues, a los solos refugiados— que del tema adopta la UE.

## II. EL DESARROLLO DE UN AMBICIOSO SISTEMA DE PROTECCIÓN

Desarrollar un discurso que valorice las realizaciones de la UE en el marco de la protección internacional exige no perder de vista la dinámica esencialmente funcional que ha guiado —y guía aún— el proyecto de integración europea. Y es que, huelga decirlo, la supuestamente voraz UE no ha asumido unas competencias en materia de asilo e inmigración, sino en tanto en cuanto (*solange*) estas resultan necesarias para la vertebración de un proyecto guiado por el objetivo de la integración económica a través de la creación de un mercado interior europeo.

### 1. EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA)

La UE ha construido un sistema de protección internacional marcado por tales objetivos: el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)<sup>12</sup>. Su filosofía no es otra que la de establecer unas normas que aseguren una coordinación entre los respectivos sistemas nacionales en materia de asilo, con miras a

<sup>11</sup> Y es que la protección internacional, como tal, contempla en sentido estricto el régimen jurídico de las personas protegidas a través de normas internacionales, pero no se acomoda en rigor a las figuras desarrolladas en el sistema europeo (*v. gra.* protección subsidiaria o protección temporal), salvo que se esté por caracterizar como internacionales —sin más precisiones— a lo que son en puridad desarrollos particularistas del subsistema regional europeo encarnado por la UE.

<sup>12</sup> La doctrina ha puesto en duda la idoneidad de la terminología adoptada y ha cuestionado su carácter sistemático y su completud. Al respecto, véase nuestra contribución «El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la declaración UE-Turquía», en la obra colectiva *La crisis de personas refugiadas y su impacto sobre la UE*, Eurobask, Vitoria, en prensa.



garantizar la preservación del objetivo antes apuntado: la salvaguardia de la libre circulación de personas en la Europa del mercado interior. Como es sabido, esta última se ha verificado merced a la eliminación de los controles físicos en frontera y es una consecuencia directa de la generalización y desarrollo del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 y su Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990<sup>13</sup>. Ahora bien, conviene recordar que ese proceso ha discurrido en paralelo al consiguiente establecimiento de una gestión integrada de las fronteras exteriores<sup>14</sup>, a la que inextricablemente aparecen asociadas las políticas comunes en materia de asilo e inmigración. De hecho, la dinámica inherente al Espacio Schengen presupone la uniformidad de los mecanismos existentes entre los Estados partes—incluidos los relativos al asilo y la inmigración—, de ahí que se haya sostenido con razón que su viabilidad se ve puesta en cuestión si algunos de sus miembros no ofrecen tales garantías<sup>15</sup>. Y, en efecto, la relación entre Schengen y las políticas apuntadas es tan estrecha que el primero no puede subsistir sin aquellas; no por casualidad fue con el Tratado de Ámsterdam de 1997 con el que se instauró un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) que implicaba, en lo que aquí respecta, la generalización de la libre circulación en el interior de la UE, pero solo 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 y a restablecer, en consecuencia, los controles sobre las fronteras interiores<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Véase Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990 (DO L 239, 22 de septiembre de 2000, pp. 13 y 19). En este mismo número se reproduce el conjunto de su acervo tal como figura en el apdo. 2 del art. 1 de la Decisión 1999/435/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999.

<sup>14</sup> Adelaide ALMEIDA NASCIMENTO, Vicenta CARREÑO GUALDE, «La lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», en Jaime FERRER LLORET; Susana SANZ CABALLERO (eds.), *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 341.

<sup>15</sup> Marc BOSSUYT, «*Tarakhel c. Suisse*: La Cour de Strasbourg rend encore plus difficile une Politique commune européenne d'asile», *SZIER*, vol. 2, 2015, p. 6.

<sup>16</sup> Véase Cathérine Amélie CHASSIN, «Chronique des faits internationaux», *RGDIP*, t. 120, 2016, pp. 117-118. Como es sabido, con miras a su restablecimiento la Comi-

Por ello, la normativa europea no ha pretendido sino afrontar una regulación de mínimos con miras a dotar de afinidades a sistemas nacionales, concebidos hasta entonces autónomamente, dado el carácter *anorgánico* y descentralizado inherente a la aplicación de la Convención de 1951<sup>17</sup>. En tal sentido, el conjunto normativo elaborado por la UE entre los años 2001 y 2004 respondía, cierto es que entre vacilaciones y con limitaciones, a tales objetivos; coordinación proseguida en las ulteriores reformas de 2011 y 2013 y que se ha concretado en los siguientes desarrollos: el Reglamento 604/2013, de 26 de junio, sobre el Estado competente para examinar las solicitudes de asilo (Dublín III)<sup>18</sup>, la Directiva 2001/55/CE, de 20 de julio, sobre protección temporal<sup>19</sup>, la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio, sobre las condiciones mínimas de acogida de los solicitantes de asilo («condiciones»)<sup>20</sup>, la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre, sobre el título de refugiado u otro estatuto

---

sión propuso una «hoja de ruta», ulteriormente modificada, para posponerlo al menos hasta mediados de febrero de 2017 (véase Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo Europeo y al Consejo, «Restablecer Schengen-Hoja de ruta», COM (2016) 120 final, 4 de noviembre de 2016; Decisión de Ejecución (UE) 2016/1989 del Consejo de 11 de noviembre de 2016 por la que se establece una recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen, DO L 316, 15 de noviembre de 2016, p. 13). Sobre estos problemas, véase Andreu OLESTI RAYO, «El Espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea», *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 15, 2012.

<sup>17</sup> Carácter anorgánico propio del momento de su elaboración (1951) que no fue suplido con ocasión de su reforma por el Protocolo de 1967. Respecto a la diversidad en cuanto al alcance de las obligaciones y las disímiles respuestas ofrecidas por los Estados, véase Nergis CANEFE, «The Fragmented Nature of the International Refugee Regime and Its Consequences: A Comparative Analysis of the Application of the 1951 Convention», en James C. SIMEON (ed.), *Critical Issues in International Refugee Law. Strategies Toward Interpretative Harmony*, Cambridge UP, Cambridge, 2010, pp. 174-210.

<sup>18</sup> DO L 180, 29 de junio de 2013. En estrecha conexión con él se encuentra el Reglamento núm. 603/2013, de 1 de diciembre de 2013 (DO 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>19</sup> DO L 212, 7 de agosto de 2001.

<sup>20</sup> DO L 180, 29 de junio de 2013 (se trata de un texto refundido que modifica la inicial Directiva de 27 de enero de 2003).

de protección y contenido del estatuto («reconocimiento»)<sup>21</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>22</sup>.

El progresivo proceso de instauración del SECA ha cobrado un nuevo alicento con la adopción en mayo de 2015 de la Agenda Europea de Migración, en donde, pese a su título, se contienen significativas precisiones en relación con posibles los desarrollos futuros en el ámbito del asilo<sup>23</sup>. En este orden, en ella se prevé «la obligación de Europa de ofrecer protección a través del diseño de un buen sistema común de asilo», lo que garantizará una aplicación plena y coherente del SECA. En cumplimiento de tales previsiones, y acuciada por la crisis migratoria, la Comisión emprendió a partir de 2016 lo que ella misma ha calificado de «una reforma estructural» del marco europeo de asilo y migración<sup>24</sup>. El proceso se ha concretado en sendos paquetes de propuestas legislativas. En el primero de ellos, presentado el 4 de mayo, se plantea la reforma de los Reglamentos Dublín III (ahora IV<sup>25</sup>), Eurodac<sup>26</sup> y EASO, y ha transformado

<sup>21</sup> DO 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>22</sup> DO L 180, 29 de junio de 2013 (se trata de un texto refundido que modifica la inicial Directiva de 1 de diciembre de 2005).

<sup>23</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, COM (2015) 240 final, 13 de mayo de 2015.

<sup>24</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, COM (2016) 197 final, 6 de abril de 2016.

<sup>25</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), COM (2016) 270 final, 2016/0133 (COD), 4 de mayo de 2016.

<sup>26</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) núm. 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), COM (2016) 272 final, 2016/0132 (COD), 4 de mayo de 2016.

esta última en una Agencia de Asilo de la UE<sup>27</sup>. En el segundo, sometido el 13 de julio, se plantea un avance resuelto en el proceso de desarrollo del SECA al proponer la sustitución de las Directivas Procedimiento y Reconocimiento por dos Reglamentos<sup>28</sup>, la revisión de la Directiva Condiciones<sup>29</sup>, así como el desarrollo de un «un marco comunitario estructurado de reasentamiento», que adaptará un Reglamento con miras a garantizar vías ordenadas y seguras de acceso a la UE para las personas que necesitan protección internacional, lo que reducirá en paralelo los incentivos para las llegadas irregulares<sup>30</sup>.

En otro orden de cosas, el proceso de construcción del sistema ha propiciado la toma en consideración de situaciones que desbordaban la caracterización restrictiva que suele acompañar tanto a los desarrollos sustantivos como a los procedimentales, en relación con los refugiados. De hecho, enmarcándose en una orientación bien asentada, avanzada en su día por algunos de sus Estados miembros<sup>31</sup>, la UE ha reconocido que la persecución por motivos de orientación sexual configura uno de los supuestos inherentes al concepto

---

<sup>27</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) núm. 439/2010, COM (2016) 271 final, 2016/0131 (COD), 4.5.2016.

<sup>28</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, COM (2016) 467 final, 2016/0224 (COD), 13.7.2016, 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, COM (2016) 466 final, 2016/0223 (COD), 13.7.2016.

<sup>29</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), COM (2016) 465 final, 2016/0222 (COD), 13.7.2016.

<sup>30</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la UE y se modifica el Reglamento (UE) núm. 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, COM (2016) 468 final, 2016/0225 (COD), 13.7.2016.

<sup>31</sup> De hecho, en los Países Bajos —donde se promovió la cuestión sobre los asuntos X, Y y Z— la tipificación como grupo social perseguido databa de 1981 (véase S CHELVAN, «X, Y and Z v Minister von Immigratie en Asiel: A Missed Opportunity or a new Dawn?», *European Human Rights Law Review*, 2014, p. 50).

de refugiado<sup>32</sup>, tal como ha sido caracterizado por la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre, sobre el título de refugiado u otro estatuto de protección y contenido del estatuto (Reconocimiento); sentido en el que se pronuncia, entre otras, la Sentencia TJUE, de 7 de noviembre de 2013, *X y otros*<sup>33</sup>. Debe destacarse, sin embargo, que los desarrollos en materia de protección no parecen haber germinado en relación con otros colectivos —particularmente las mujeres objeto de explotación sexual— pese a los denodados esfuerzos desarrollados por la doctrina en pos de su asimilación a los integrantes de otros colectivos amenazados<sup>34</sup>.

Sin embargo, la UE ha afrontado también una regulación que superando el estricto marco del derecho de asilo —y, consecuentemente, las reglas de la Convención de Ginebra— instaura unos regímenes de «protección internacional» que benefician a personas que no se encuentran entre los beneficiarios de aquella. Son situaciones que exceden del angosto marco de la Convención, pero a las que la UE presta atención en consonancia con los valores que inspiran su acción. De hecho, como se ha señalado, el SECA ha rebasado en este punto las previsiones del derecho internacional en la materia y ofrece un estatuto a los nacionales de terceros países precisados de protección internacional, respetuoso con el principio de no devolución y al que los

<sup>32</sup> Desde luego, la discriminación por razones de orientación sexual no goza en absoluto de consenso a nivel global (Dominic McGOLDRICK, «The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law», *Human Rights Law Review*, 2016, pp. 613-668), por eso se entiende la prevención que expresaba la abogada general en el asunto cuando alertaba del riesgo de «exportar las normas» vigentes en la UE, so riesgo de desplegar «una forma de imperialismo cultural o de los derechos humanos» (véase Conclusiones de la Abogada General Sharpston de 11 de julio de 2013 en los Asuntos C-199/12 a C-201/12, *X y otros*, EU:C:2013:474, puntos 42 y 33).

<sup>33</sup> Asuntos C-199, 200 y 201/12, EU:C:2013:720; asimismo, Sentencia TJUE de 2 de diciembre de 2014, *A y otros*, C148/13 a C150/13, EU:C:2014:2406.

<sup>34</sup> Sobre estos desarrollos, véase Silvia MORGADES, «La protection internationale des femmes pour des raisons liées au genre en droit international. Interprétations récentes des instruments de droit international soutenant des formes de protection subsidiaire», *RGDI*, t. 117, 2013, pp. 37-73; Melanie F. OLIVER, «Can Women Trafficked for the Purpose of Sexual Exploitation Claim Asylum? Defining the Refugee Convention's 'Particular Social Group'», *European Yearbook on Human Rights*, vol. 14, 2014, pp. 461-473; Esperanza ORIHUELA, Teresa VICENTE, «Mujeres, infancia y refugio», en Natalia MORAES; Héctor ROMERO (cords.), *La crisis de los refugiados y los deberes de Europa*, Catarata, Madrid, 2016, pp. 129-143.

Estados miembros «no pueden sustraerse por adversas que sean las circunstancias sociales»<sup>35</sup>.

En este marco, se inscribe la protección subsidiaria regulada en la Directiva 2011/95/UE (Reconocimiento) y conforme a la cual se brinda protección a los individuos que, no pudiendo acceder al estatuto consagrado en la Convención de Ginebra, acreditan fundadas razones para creer que, si son devueltas a su país de origen, o en el caso de un apátrida, al de su residencia habitual, se enfrentarían al riesgo real de sufrir un daño grave concretado en lo siguiente:

- a) La condena a la pena de muerte o su ejecución.
- b) La tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen.
- c) Las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno<sup>36</sup>.

Se trata, en suma, de la conformación de un «estatuto objetivo» respecto de situaciones que se sitúan más allá de las contempladas en la Convención<sup>37</sup>, de suerte que la protección subsidiaria contribuye con ello a dotar de «protección internacional» a supuestos ayunos de esta en el marco de aquella, lo que excluye, incluso, exigencias probatorias individualizadas —consustanciales al mecanismo de la Convención de Ginebra— en el caso de situaciones de violencia generalizada y admitiendo en tales circunstancias que la sola presencia en el territorio conllevaría un riesgo efectivo<sup>38</sup>. De hecho, este desarrollo ha contribuido a acentuar la autonomía del SECA respecto del régimen establecido en la Convención.

## 2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA GARANTISTA PERO AUTÓNOMO

Resulta indudable que la instauración del sistema no deparó las consecuencias esperadas. Basta reparar en el dato de que la aplicación del supuesto

<sup>35</sup> GUZMÁN ZAPATER, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 202.

<sup>36</sup> Art. 15, Directiva 2011/95/UE.

<sup>37</sup> Pablo A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «European Asylum Law: A Model for a More Cosmopolitan International Asylum Law?», en Beatriz PÉREZ DE LAS HERAS (ed.), *Democratic Legitimacy in the European Union and Global Governance Building a European Demos*, Palgrave-McMillan, Londres, 2017, p. 328.

<sup>38</sup> Sentencia TJUE (Gran Sala) de 17 febrero 2009, *El Gafáji*, C-465/07, EU:C:2009:94.

«Sistema Común» ofrecía unos resultados absolutamente dispares, oscilando en ocasiones las tasas de reconocimiento de la condición de refugiado ¡hasta un 94 % entre los Estados miembros!, y, además, la protección subsidiaria contribuía —en muchos casos— a cercenar el derecho de asilo<sup>39</sup>. Sin embargo, no conviene desconocer la existencia de unos límites que restringen esta libertad de acción. Ello es particularmente evidente en el caso de la eventual detención de los solicitantes de asilo. En este caso, tanto su predecesora como la vigente Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio, sobre las condiciones mínimas de acogida de los solicitantes de asilo (Condiciones), ya mencionada, concretan los motivos conforme a los cuales puede procederse a esta y el control a cargo del TJUE ha fijado —a diferencia de la jurisprudencia del TEDH— unos límites muy precisos respecto a tales medidas<sup>40</sup>. En la misma línea, se sitúan la exigencia dirigida al Estado miembro de evaluar seriamente los riesgos de persecución (*v. gra.* religiosa) del individuo afectado por una medida de retorno<sup>41</sup>, la desestimación de las medidas de expulsión cuando no

<sup>39</sup> A título de ejemplo, «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 tanto que «las diferencias entre el tipo de estatuto concedido, los datos EASO para el 2.º 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», disponible en [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) (consultado por última vez el 10.11.2016). En España, «de las 3240 personas cuya petición se dilucidó a lo largo de 2015, 220 obtuvieron el estatuto de refugiado (6,79 %) en tanto que la protección subsidiaria benefició a «800 personas (el 24,69 %). Véase CEAR, *Informe 2016. Las personas refugiadas en España y Europa*, pp. 75-76).

<sup>40</sup> Catherine GAUTIER, Sébastien PLATON, David SZYM CZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, París, 2017, pp. 150-152. En concreto, estos autores contraponen la laxa jurisprudencia en materia de retención de solicitantes de asilo —plasmada *v. gra.* en los Asuntos TEDH, *Saadi c. Reino Unido (GS)*, núm. 13229/03, Sentencia de 29 de enero de 2008, ECHR:2008:0129JUD001322903 y *Suso Musa c. Malta*, núm. 42337/12, Sentencia de 23 de julio de 2013, ECHR:2013:0723JUD004233712— a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre la misma materia (*v. gra.* Sentencia TJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, C-534/11, EU:C:2013:343).

<sup>41</sup> Sentencia TJUE de 5 de septiembre de 2012, *YyZ*, C71/11 y C99/11, EU:C:2012:518. También aquí el Tribunal de Luxemburgo se ha mostrado más receptivo que el TEDH, el cual se ha alineado tardíamente con esta apreciación (véase TEDH, asunto *F. G. c. Suecia* (GS) núm. 43611/11, Sentencia de 23 de marzo de 2016, ECHR:2016:-

exista una perspectiva real de acogida en un tercer Estado<sup>42</sup>, la reprobación de las tentativas de los Estados miembros por limitar el derecho de recurso del solicitante en el marco del mecanismo Dublín<sup>43</sup> o la desautorización de plazos perentorios en la legislación nacional que impidan la aplicación efectiva de las disposiciones en materia de protección subsidiaria<sup>44</sup>.

Pese a ello, determinados elementos del SECA han sido cuestionados; particularmente el mecanismo establecido por las sucesivas regulaciones Dublín. En concreto, el TEDH tuvo ocasión de analizar diversas situaciones en las que la *ciega* aplicación de las normas de aquellas deparaba resultados poco conciliables con los derechos garantizados en la Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, lo que inició, en el año 2011, una línea jurisprudencial conforme a la cual, cuando un Estado miembro se viera afectado por problemas sistémicos a la hora de encarar los procesos de asilo, el retorno de los solicitantes de refugio a este —en su calidad de Estado responsable (en aplicación de las normas del, entonces, Reglamento Dublín II)— debía ser excluido por entrañar una violación del art. 3 del CEDH<sup>45</sup>. Este planteamiento —que, como se ha advertido, ponía seriamente en riesgo la pieza central del SECA<sup>46</sup>— era reiterado en posteriores decisiones<sup>47</sup>, lo que obligó incluso al TJUE a asumir —en deferencia al TEDH— este planteamiento matizadamente, admitiendo en su Sentencia *N. S.* la posibilidad de excluir en muy concretas circunstancias la automaticidad

---

0323JUD004361111; Marie-Sophie VACHET, nota en *RGDIP*, t. 120, 2016, pp. 661-663).

<sup>42</sup> Sentencia TJUE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, C-357/09, EU:C:2009:741.

<sup>43</sup> Sentencia TJUE (Gran Sala) de 7 de junio de 2016, *Ghezalbash*, C-63/15, EU:C:2016:409.

<sup>44</sup> Sentencia TJUE de 20 de octubre de 2016, *Danqua*, C-429/15, EU:C:2016:789.

<sup>45</sup> TEDH, asunto *M. S. S. c. Bélgica y Grecia* (GS), núm. 30696/09, Sentencia de 21 de enero de 2011, ECHR:2011:0121JUD003069609. Al respecto, véase Cédric RAUX, «La politique d'asile de l'Union Européenne dans le viseur de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. Trim. Dr. h.*, 2011, pp. 1023 y ss.; Violeta MORENO-LAX, «Dismantling the Dublin System: M. S. S. v. Belgium and Greece», *European Journal of Migration and Law*, vol. 14, 2012, pp. 1-31.

<sup>46</sup> Véase Henri LABAYLE, «Droit d'asile et confiance mutuelle: Regard critique sur la jurisprudence européenne», *CDE*, 2014, p. 509, para. 23.

<sup>47</sup> Así, TEDH, asunto *Mohamed Hussein c. Países Bajos e Italia*, núm. 27725/10, (déc.) de 2 de abril de 2013, ECHR:2013:0402DEC002772510, que descarta la existencia de violación al no advertir un problema sistémico.



de los criterios establecidos en aquel<sup>48</sup>; de hecho, en consonancia con estos desarrollos, el Reglamento (UE) núm. 604/2013 (Dublín III) —actualmente vigente— acoge tales implicaciones<sup>49</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 solo 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— podrían obligar a quebrar la confianza mutua operante, de otro modo, entre los Estados participantes en el sistema<sup>50</sup>. Ha de advertirse, sin embargo, que esta última aseveración no ha sido avalada 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 autonomía del sistema de la UE y en «la importancia fundamental» —léase, constitucional— que en él cobra el principio de confianza mutua, de suerte que no le cabe a un

<sup>48</sup> Sentencia TJUE de 21 de diciembre de 2011, *N. S. y otros*, C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865. En la misma línea, cabe consignar las posteriores Sentencias TJUE de 10 de diciembre de 2013, *Abdullahi*, C-394/12, EU:C:2013:813; y 27 de febrero de 2014, *Saciri*, C-79/13, EU:C:2014:103.

<sup>49</sup> Conforme al nuevo art. 3.2 de este, se limitan las posibilidades de trasladar a un solicitante al Estado miembro que se haya designado en primer lugar como responsable cuando por deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo o en las condiciones de acogida de los solicitantes en ese Estado miembro, exista un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del art. 4 de la CDFUE.

<sup>50</sup> TEDH, asunto *Tarakhel c. Suiza (GS)*, núm. 29217/12, Sentencia de 4 de noviembre de 2014, ECHR:2014:1104JUD002921712. Véase Béatrice PASTRE-BELDA, «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. Relativizando su impacto, véase GAUTIER, PLATON, SZYMCAK, *op. cit.*, p. 135 *supra* nota 40, que contraponen alguna decisión posterior del TEDH e insisten en las peculiaridades del caso, así como Giorgio GAJA, «The Charter of Fundamental Rights in the Context of International Instruments», *European Papers*, vol. 1, 2016, p. 799, que cifra en la Sentencia TJUE (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, *Aranyosi*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, un paulatino alineamiento con el TEDH al admitir nuevas circunstancias obstativas. Sobre esta última decisión, véase Pablo J. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia *Aranyosi y Caldara*», *RDCE*, núm. 55, 2016, pp. 859-900.

Estado cuestionar el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, «salvo en circunstancias excepcionales»<sup>51</sup>; supuesto este último al que apunta, entre otras, la Sentencia TJUE de 16 de febrero de 2017, *C. K. y otros*<sup>52</sup>.

De hecho, el afán por preservar la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE en el sector de la protección internacional ya se había manifestado con anterioridad en la jurisprudencia del TJUE, hasta el punto que su enfoque era descrito como sistémico o *metateleológico*, al no centrarse «únicamente en el objeto y finalidad de las disposiciones pertinentes, sino también en la del régimen de la UE en su conjunto», así como en «las normas que en materia de derechos humanos se recogen en la Carta de los derechos Fundamentales de la UE y los valores fundacionales de la organización»<sup>53</sup>. Así, en su jurisprudencia en materia de protección subsidiaria —a propósito de la interpretación del art. 15.c) de la ya mencionada Directiva 2011/95/UE (Reconocimiento)—, el TJUE ha tratado de reforzar la autonomía de la figura respecto de los desarrollos del derecho internacional humanitario (*v. gra.* a propósito de la noción de *conflicto armado*), al destacar que aquella se aplicaba a una categoría de conflicto distinta de las consagradas en este, al perseguir objetivos distintos y plantear conexiones (*v. gra.* con el derecho penal internacional), desconocidas en el derecho de la UE<sup>54</sup>. Todo lo cual no ha impedido advertir, que esta deriva autonomista no solo no pone en peligro la unidad del derecho internacional, sino que, además de atenuar las diferencias de interpretación entre los Estados miembros, puede contribuir a una caracterización más laxa y, por ende, más progresiva, de las nociones operativas en el derecho internacional

<sup>51</sup> TJUE, Dictamen 2/13, 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apdos. 191 y 192, *apud* LABAYLE, «Droit d'asile...», *op. cit.*, p. 533, párrs. 94 y 95 *supra* nota 46.

<sup>52</sup> C-578/16 PPU, EU:C:2017:127.

<sup>53</sup> EASO, *Artículo 15, letra c), de la Directiva de reconocimiento (2011/95/UE) Análisis judicial*, 2015, p. 13; disponible en [https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/Article-15c-QD\\_a-judicial-analysis-ES.pdf](https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/Article-15c-QD_a-judicial-analysis-ES.pdf) (consultado por última vez el 31.1.2017); *apud* Violeta MORENO LAX, «Of Autonomy, Autarky, Purposiveness and Fragmentation: The Relationship between EU Asylum Law and International Humanitarian Law», en David CANTOR; Jean-François DURIEUX (eds.), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2014, p. 298.

<sup>54</sup> Guillaume LE FLOCH, «Autonomie et influence entre les catégories internationales et européennes», en Brunessen BERTRAND (ed.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruselas, 2016, pp. 87-89. En tal sentido, véase Sentencia TJUE de 30 de enero de 2014, *Diakité*, C-285/12, EU:C:2014:39.

humanitario<sup>55</sup>. Dicho lo anterior, no ha de ocultarse que esta dinámica, *in bona parte*, parece haberse visto quebrada en la reciente Sentencia TJUE (Gran Sala) de 31 de enero de 2017, *Lounani*, en la que el TJUE ha postulado una interpretación extensiva —¿excepcionalista?— de las causas de exclusión de la condición de refugiado, *apud* art. 12.2.c) de la Directiva Reconocimiento, dudosamente conciliable con las estrictas previsiones de la Convención de Ginebra, y en la cual los recientes atentados terroristas que han afectado a diversos Estados miembros parecen haber cobrado una importancia decisiva<sup>56</sup>.

Conviene, por último, llamar la atención sobre las derivaciones del imparable *proceso de agencificación* experimentado en el seno de la UE en relación con las cuestiones migratorias y de asilo, toda vez que las nuevas funciones atribuidas a Frontex y las susceptibles de encomendarse a la actual EASO —en el caso de que prospere la propuesta legislativa sometida por la Comisión en mayo de 2016 en orden a su transformación en una futura Agencia Europea de Asilo— han de conducir a un reforzamiento de las labores de «supervisión supranacional» en este ámbito, removiendo los problemas estructurales que acucian al sector<sup>57</sup>. De hecho, las tareas asignadas se orientan a facilitar las reformas en el seno de los Estados miembros, contribuir al desarrollo de buenas prácticas, «asegurar la aplicación uniforme y eficiente del derecho de asilo de la Unión en los Estados miembros» y complementar, llegado el caso, sus funciones y efectivos a través de medios humanos y financieros, que permitan enfrentar futuras contingencias, incluso en contra de la voluntad de aquellos a través de las competencias de «coerción federal» previstas en sus instrumentos

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp. 90-91.

<sup>56</sup> Asunto C573/14, EU:C:2017:71. El caso interesaba a su versión anterior (Directiva 2004/83). Aparte de su aparente contradicción con su jurisprudencia anterior (véase Sentencia TJUE de 9 de noviembre de 2010, *B y D*, C-57/09 y C-101/09, EU:C:2010:661), los riesgos que laten tras la decisión son analizados por Steve PEERS, «Foreign Fighters' Helpers Excluded from Refugee Status: The ECJ Clarifies the Law», en el blog *EU Law Analysis*, 31 de enero de 2017, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/01/foreign-fighters-helpers-excluded-from.html> (consultado por última vez el 7.2.2017).

<sup>57</sup> En el caso de Frontex, 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) núm. 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE), núm. 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo, DO L 251, 16 de septiembre de 2016.

reguladores<sup>58</sup>. Con estas funciones, evidentemente, la UE supera el estadio de la simple cooperación existente a nivel global en esta materia, lo que plantea elementos de integración hasta ahora desconocidos en este ámbito —se los ha tildado de *revolucionarios*, al permitir una actuación directa de la UE sobre el territorio de los Estados miembros<sup>59</sup>— que abundan en la autonomía, que no independencia— del sistema.

### III. EL LADO OSCURO DEL SECA

Los desarrollos positivos expuestos, inscritos en general en la de por sí exitosa construcción del ELSJ, no impiden advertir que el desarrollo del susodicho sistema no ha resultado tan modélico: de un lado, ya hemos advertido las disfunciones en materia de aplicación de los diferentes procedimientos por parte de los Estados miembros; de otro, el propio sistema se ha dotado de unos *mecanismos de desconexión* ideados en el curso de su desarrollo, con los cuales, se ha sostenido, la normativa europea se habría limitado a abordar una *reescritura* del derecho de los refugiados, acomodada a los intereses de los aquellos<sup>60</sup>.

#### 1. LOS MECANISMOS DE DESCONEXIÓN: EL «PROTOCOLO AZNAR», EL CONCEPTO DE PAÍS SEGURO Y LA PROTECCIÓN TEMPORAL

En este proceso perverso, nuestro país —justo es decirlo— va a tener un protagonismo indudable, pues no en balde uno de sus pilares es el Protocolo núm. 24 sobre Asilo a los Nacionales de los Estados miembros de la UE —también conocido como «Protocolo Aznar»— conforme al cual, en principio, ninguna solicitud de asilo presentada por un nacional de un Estado miembro debería ser examinada o admitida por otro Estado miembro. La

<sup>58</sup> Véase arts. 18 y 19 del Reglamento (UE) 2016/1624 y arts. 1 y 22.3 de la mencionada propuesta sobre una Agencia Europea de Asilo. Sobre estas cuestiones, Rafael P. MARTÍN SÁNCHEZ, «Los instrumentos de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea ante los flujos migratorios masivos», *AEDI*, vol. 32, 2016, pp. 494-500; Daniel THYM, «The Refugee Crisis as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy», *CMLR*, vol. 53, 2016, pp. 1558-1560; Evangelia L. TSOURDI, «Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation Towards Joint Implementation», *European Papers*, vol. 1, 2016, pp. 997-1031.

<sup>59</sup> Véase MARTÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 501 *supra* nota 58.

<sup>60</sup> Caroline LANTERO, *Le droit des réfugiés entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruylant-Yvon Blais, Bruselas, 2010, pp. 405-407.

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, a través del establecimiento de una presunción conforme a la cual todos los Estados miembros de la UE se consideran, *ab initio*, «países seguros»<sup>61</sup>. Desde esta perspectiva, conforma un acuerdo modificativo *inter partes* —un mecanismo de *desconexión* del Convenio de Ginebra— en patente 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)<sup>62</sup>. No es menos cierto que, aunque aderezada de excepciones en su actual redacción, la controvertida previsión se ha visto fortalecida por el énfasis que el TJUE confiere hoy al principio de confianza mutua, particularmente en la materia.

Por otra parte, también pueden considerarse como tales las situaciones arbitradas en torno al concepto de *pais seguro*, toda vez que excluyen la aplicación de la Convención, en relación con los Estados a los que se atribuye tal calificativo. El recurso a esta fórmula, acuñada por Dinamarca con ocasión de la crisis de los refugiados alemanes (1987) y que por el momento resulta facultativa para los Estados, a través de su acogida en los desarrollos de la primera generación del SECA, ha propiciado incluso su generalización allende la UE (Australia, Canadá, EE. UU., etc.) y ha confirmado la vitalidad de los procesos de *hibridación e injerto* de categorías jurídicas a nivel global. Ello, sin embargo, no ha sido óbice para el desarrollo de una notable controversia entre

<sup>61</sup> Véase la versión consolidada en DO C 202, de 7 de junio de 2016, pp. 304-305. Conviene recordar que en su origen —y de ahí su denominación informal— se encuentra la propuesta española sometida a la CIG 1996 —y concretada entonces en el Protocolo núm. 2 al Tratado de Ámsterdam— con la cual se trataban de evitar situaciones como la planteada por la crisis hispano-belga de 1996 al acordarse entonces la concesión del estatus de refugiado a un presunto integrante de ETA (véase Elena ÁLVAREZ LÓPEZ, «La suspensión del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985: El contencioso hispano-belga», *REDI*, vol. 48, 1996, núm. 1, pp. 418-426; Carlos CLOSA, «International Limits to National Claims in EU Constitutional Negotiations: The Spanish Government and the Asylum Right for EU Citizens», *International Negotiation*, vol. 3, 1998, p. 389).

<sup>62</sup> UNTS, vol. 1155, p. 331. De hecho, estos resultan vedados en caso de resultar incompatibles «con la consecución efectiva del objeto y el fin del tratado en su conjunto» [art. 41.1.b)ii]. Como es sabido, la práctica de la UE se ha prodigado en articular expresamente esta posibilidad a través del manido recurso a las «cláusulas de desconexión», recientemente estudiadas por Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «La Unión Europea y el derecho de los tratados: una relación compleja», *REDI*, vol. 68, 2016, núm. 2, pp. 82-86.

la doctrina especializada acerca de la viabilidad de la figura —y sus conceptos afines— y su conciliación con los artículos mencionados de la Convención<sup>63</sup>. De hecho, se sostiene que el *constructo* del derecho de la UE es radicalmente contrario al objeto y la naturaleza del procedimiento inherente al reconocimiento de la condición de refugiado, cifrado en un procedimiento individualizado y garantista, sometido a control judicial, toda vez que a su merced se obvia aquel a través del rechazo *en bloque* de eventuales solicitudes que se reputan ahora infundadas<sup>64</sup>. Todo lo cual no ha impedido que por ahora doce Estados miembros —entre los que no se halla el nuestro<sup>65</sup>— hayan acogido la categoría —Alemania incluso a nivel constitucional<sup>66</sup>— y que esta haya de generalizarse en el caso de que prosperen las modificaciones en curso en relación con el SECA, si bien planteando una armonización de la categoría —hasta ahora inexistente— y dotándola de mayores garantías<sup>67</sup>.

Finalmente, el examen de los controvertidos mecanismos de desconexión tiene que reparar en la acogida del instituto de la protección temporal. Este, juzgado benévolamente por la doctrina<sup>68</sup>, no ha tenido hasta la fecha ninguna proyección práctica, pero en lo que aquí interesa conviene destacar que constituye también un desarrollo dudosamente conforme con el régimen de

<sup>63</sup> MORENO-LAX, *op. cit.*, p. 668 *supra* nota 45. Entre los conceptos afines se sitúa la controvertida «protección interna» (*internal flight*) acogida en el art. 8 de la Directiva 95/2011 (al respecto, véase Jonah EATON, «The Internal Protection Alternative Under European Union Law: Examining the Recast Qualification Directive», *IJRL*, vol. 24, 2012, pp. 765-792).

<sup>64</sup> Matthew HUNT, «The Safe Country of Origin Concept in European Asylum Law: Past, Present and Future», *IJRL*, vol. 26, 2014, p. 503.

<sup>65</sup> Es indudable que, en el fondo, la draconiana práctica española en materia de asilo no se ha visto precisada hasta ahora de este mecanismo. Sobre esta, véase Maryellen FULLERTON, «Inadmissibility in Iberia: The Fate of Asylum-Seekers in Spain and Portugal», *IJRL*, vol. 17, 2005, pp. 659-687.

<sup>66</sup> En el caso alemán, la noción de *páis seguro* ha sido objeto de constitucionalización a través de una reforma de 28 de junio de 1993 (véase 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).

<sup>67</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>68</sup> *Per omnia*, en la literatura española, véase Nuria ARENAS HIDALGO, «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.

la Convención al conformar una de las piezas clave del proceso de desnaturalización del derecho de asilo, toda vez que prima un enfoque colectivo en perjuicio del tratamiento individualizado inherente a las situaciones de asilo. Ideada a raíz de la experiencia del conflicto de Kosovo y plasmada en la mencionada Directiva 2001/55/CE, la protección temporal es al mismo tiempo el ejemplo más cumplido de la ausencia de voluntad política de los Estados que late tras la arquitectura del SECA<sup>69</sup>. En este orden, se trata de un instrumento que bien pudiera haberse aplicado en la actual crisis; de hecho, en sus albores —en mayo de 2015— la Comisión propuso que se implementara tal previsión, pero la propuesta fue rechazada por los Estados miembros<sup>70</sup>. Como explicación a esta aparente desidia, se ha argüido que estos se mostraban temerosos de facilitar un *efecto llamada* en el caso de su eventual aplicación, lo que no deja de contrastar con el 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. Como resultado, los Estados han preferido establecer un procedimiento *ad hoc* con los conocidos resultados.

## 2. LA PUESTA A PRUEBA DE LOS PRINCIPIOS DE COHERENCIA, SOLIDARIDAD, CONFIANZA MUTUA Y COOPERACIÓN LEAL

Pero, sin duda, al margen de los mecanismos antevistos, la acción de la UE en materia de protección internacional peca ante todo de su falta de carácter sistemático, que en lo que aquí interesa interpela a la relación entre los principios que deben guiar aquella y las normas y realizaciones que lo conforman. Desde esta perspectiva, sin duda, cuatro son los principios cuya quiebra en la práctica desvirtúa los objetivos que el SECA trata de establecer: la coherencia, la solidaridad, la confianza mutua y la cooperación leal.

<sup>69</sup> Pese a que estos —España incluida— la transpusieran con prontitud en sus ordenamientos internos. En nuestro caso, merced al RD 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>70</sup> Véase Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «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 Meltem INELI-CIGER, «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.

En cuanto al primero, tal como se ha destacado, no solo debe guiar el adecuado equilibrio entre los componentes internos y externos del SECA, sino que ha de constituir la consideración fundamental con miras «al desarrollo de una aproximación sistémica al acervo en materia de asilo», de suerte que «todos sus instrumentos deben integrarse e interrelacionarse en un marco perentorio de análisis»<sup>71</sup>. Sin embargo, es evidente que, desde esta perspectiva, aún se está muy lejos de dotar de firmeza a tales exigencias, y es que la sola acción de la UE —al margen de las respectivas políticas de los Estados (sobre las que incidiremos en otro lugar)— dista de tener presente este enfoque coherente. En este orden, baste con señalar a título de ejemplo la contradicción en las acciones en materia de cooperación al desarrollo adoptadas en relación con Eritrea —uno de los Estados de los que proceden hoy en día uno de los más significativos contingentes de solicitantes de refugio— en las que hasta la fecha —pese a la cumulativa operatividad del principio de condicionalidad— no se ha tenido en cuenta esta circunstancia a la hora de su formulación y desarrollo<sup>72</sup>.

Aún más patente resulta la debilidad que plantea la proyección del principio de solidaridad sobre los desarrollos en materia de asilo. En este sentido, pese a constituir —tal y como hemos tenido ocasión de resaltar— uno de los principios inherentes a la acción y al funcionamiento de la UE<sup>73</sup>, y pese a dotarse de una especificidad propia en el marco de la política de asilo al conjugarse con la exigencia del «reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros» (art. 80 del TFUE), ya mucho antes de la actual crisis migratoria —en la que la operatividad del principio ha resultado nula— los desarrollos relacionados *v. gra.* con la aplicación del Reglamento Dublín II habían puesto de manifiesto las dificultades asociadas con su puesta en prác-

<sup>71</sup> Vincent CHÉTAIL, «The Common European Asylum System: *Bric-à-brac* or System», en Vincent CHÉTAIL; Philippe DE BRUYCKER; Francesco MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System. The New European Refugee Law*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2016, p. 38. Sobre la reducida incidencia del principio, véase, asimismo, Pierre BERTHELET, «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>72</sup> Véase Jonathan ZARAGOZA CRISTIANI, «Tragedies in the Mediterranean: Analyzing the Causes and Addressing the Solutions from the Roots to the Boats», *Notes Internacionals CIDOB*, núm. 124, julio 2015, p. 4.

<sup>73</sup> Al respecto, véase Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Bernardo FERNÁNDEZ PÉREZ, Javier A. GONZÁLEZ VEGA, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., Eurolex, Madrid, 1999, pp. 98 y 101.



tica<sup>74</sup>, lo que suscitó notables dudas acerca de sus concretas implicaciones jurídicas. En este orden, tal como se ha señalado, incluso el TJUE se mostraba renuente a su utilización al abordar las falencias del SECA, recurriendo preferentemente a argumentos convencionales o a un análisis técnico en detrimento del principio, que era descartado como una herramienta interpretativa en este sector normativo en capitales decisiones en la materia<sup>75</sup>. Bien es verdad que, en este punto, los desarrollos que augura la propuesta reforma del Reglamento —el futuro Dublín IV— permitirían albergar confianza acerca de su futuro, aún cuando otras realizaciones ya en curso suscitan dudas al respecto<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> La consabida desigualdad de cargas que se derivan de la aplicación del Convenio —y luego Reglamento (Dublín II; ahora III)— ya eran patentes hace más de una docena de años (Eiko R. THIELEMANN, «Why Asylum Policy Harmonisation Undermines Refugee Burden-Sharing», *European Journal of Migration and Law*, vol. 6, 2004, pp. 47-65); de hecho, como se ha destacado, la ampliación de 2004 había trastocado sus implicaciones redistributivas (véase Agustín J. MENÉNDEZ, «The Refugee Crisis: Between Human Tragedy and Symptom of the Structural Crisis of European Integration», *ELJ*, vol. 22, 2016, p. 395), de ahí que, en 2008, el Consejo Europeo advirtiera la necesidad de abordar las cuestiones migratorias y de asilo a través de la «solidaridad efectiva de la Unión» (véase Pacto sobre la Inmigración y el Asilo, Bruselas, 24 de septiembre de 2008, 13440/08, p. 9, disponible en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2013440%202008%20INIT> (consultado por última vez el 8.2.2017)). Sin embargo, como se destacaba a la luz de las propuestas legislativas de la segunda generación del SECA, ni estas ni la práctica de los Estados miembros revelaban su mero atisbo (Roland BIEBER, Francesco MAIANI, «Sans Solidarité point d'Union Européenne. Regards croisés sur les crises de l'Union Économique et Monétaire et du Système Commun d'Asile», *RTDE*, vol. 48, 2012, p. 327) y es que como reconocía el presidente Juncker, aunque necesaria, la solidaridad «no puede ser forzada» (véase J. C. JUNCKER, Discurso sobre el Estado de la Unión 2016: Hacia una Europa mejor: una Europa que proteja, empodere y vele por la seguridad, Estrasburgo, 14 de septiembre de 2016, p. 7).

<sup>75</sup> Se trata de las ya mencionadas decisiones *N. S.* y *M. E.*, así como de la posterior Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Halaf*, C-258/11, EU:C:2013:342. Véase Esin KUÇUK, «Solidarity in EU Law. An Elusive Political Statement or a Legal Principle with Substance?», *MJ*, vol. 23, 2016, pp. 982-983.

<sup>76</sup> En concreto, la solidaridad seguiría ausente en las medidas de reubicación (véase *infra*, V.2) acordadas finalmente en septiembre de 2015 (Chiara FAVILLI, «Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione Europea», *Riv. Dir. Int.*, 2015, p. 745) y tampoco la reciente reforma de Frontex al dejar abiertas sensibles cuestiones sobre la financiación de las nuevas operaciones. Al respecto véase Philippe DE BRUYCKER,

Precisamente, las consecuencias derivadas de la insatisfactoria situación planteada por el Reglamento Dublín —en sus sucesivas versiones— nos llevan finalmente a otro de los principios en jaque: la confianza mutua<sup>77</sup>. Y es que la instauración del SECA reposa sobre la armonía de las soluciones que los Estados miembros adoptan en orden a su implementación. Sin embargo, los problemas estructurales (sistémicos) que pronto pusieron de manifiesto diferentes Estados —Grecia e Italia como *Frontline Member States*, indudablemente, pero también Hungría y Bulgaria— al encarar la respuesta a la agudización de los flujos migratorios tras el estallido de la primavera árabe, no solo revelaron las deficiencias de sus mecanismos de asilo y sus sistemas de acogida respecto de los existentes en otros Estados de la UE, sino que condujeron a aquellos a desconocer abiertamente las exigencias asociadas ora con la tramitación de los expedientes de asilo, ora con el desarrollo de los preceptivos procedimientos de expulsión, tolerando en cambio —si no favoreciendo— el abandono de su territorio en dirección a otros Estados miembros. El fenómeno, que se generalizaría en el otoño de 2015 condujo, como es sabido, a la ya comentada suspensión de la libre circulación intracomunitaria, lo que evidenció la desconfianza patente entre los Estados destinatarios de los flujos al tiempo que los Estados directamente afectados reclamaban abiertamente medidas drásticas para poner coto a las prácticas obstruccionistas de los Estados menos sensibles e insolidarios frente a la crisis<sup>78</sup>. En todo caso, la situación ha puesto de manifiesto la estrecha interdependencia entre los diferentes principios en juego, toda vez que las actuaciones pusilánimes —o maliciosas— de los Estados responsables de las fronteras exteriores revelaban en buena medida la insatisfacción derivada de las cargas asociadas con la aplicación —de nuevo— del Reglamento Dublín y su flagrante contradicción con el principio de solidaridad previamente analizado.

Finalmente, es indudable que el principio de cooperación leal ha estado ausente en el desarrollo del proceso de instauración del SECA. Dado que, en este caso, se ven fundamentalmente afectadas las tareas de imple-

---

«The European Border and Coast Guard: A New Model Built on an Old Logic», *European Papers*, vol. 1, 2016, pp. 559-569.

<sup>77</sup> Su configuración como principio de la UE, al hilo de la instauración del ELSJ, no dejó de suscitar interpretaciones encontradas hasta el mencionado Dictamen 2/13, aunque este se sitúa desde sus orígenes en el centro del «mecanismo Dublín» (véase Emmanuelle BRIBOSIA, Anne WEYEMBERG, «Confiance mutuelle et droits fondamentaux: 'Back to the Future'», *CDE*, 2016, pp. 674-678).

<sup>78</sup> Alejandro VALLE GÁLVEZ, «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional», *RDCE*, núm. 55, 2016, p. 761, que cita la solicitud griega de retirada de fondos estructurales a los Estados recalcitrantes.

mentación del sistema a cargo de los Estados miembros, será en el análisis que a estos dediquemos donde tendremos ocasión de poner de manifiesto su quiebra<sup>79</sup>.

### 3. LA PENDIENTE POLÍTICA MIGRATORIA

Pero si el SECA no ha logrado culminar plenamente sus objetivos, conviene destacar que ello ha obedecido en buena medida al fracaso sin paliativos a la hora de abordar una política migratoria digna de tal nombre. Con ello, además, llamamos la atención sobre la conexión íntima que mantienen la política de asilo y la política migratoria, siendo la primera meramente una excepción a la segunda. Ciertamente es que, también aquí, las culpas han de repartirse toda vez que el diseño establecido en su día por el Tratado de Ámsterdam partía de conferir a la UE una muy limitada intervención en la materia, ceñida particularmente a la lucha contra la inmigración irregular.

Empecemos advirtiendo que existe una lógica contradictoria que anima todo este proceso y es que si la realización del Mercado Común anhelado por los padres fundadores comportaba naturalmente la lógica exigencia de garantizar la libre circulación de las personas —el *ius migrandi*— en el interior de dicho espacio, ello conllevaba necesariamente la comunitarización de las políticas migratorias de los Estados miembros. Y, sin embargo, como se ha destacado, la identificación de estas con los atributos más característicos de la soberanía habría de traducirse en una reticencia *dogmática* constante a afrontar dicho proceso en el marco comunitario<sup>80</sup>.

Como resultado, al margen de proclamaciones retóricas, la *política migratoria* de la UE se ha limitado en los últimos años a adoptar medidas meramente reactivas, dictadas en buena parte por preocupaciones de orden securitario. Esto es particularmente evidente si se repara en las denominadas asociaciones

<sup>79</sup> Véase *infra*, V.2. En todo caso, signifiquemos que el ya examinado principio de solidaridad se enraiza en el principio de cooperación leal, como tempranamente destacara el Tribunal de Justicia (Sentencia de 10 de diciembre de 1969, Comisión c. Francia, 6 y 11/69, EU:C:1969:68, apdo. 16). La solidaridad, además, concretaría la conjunción de cooperación leal y confianza mutua (MAIANI, *op. cit.*, pp. 296-298, *supra* nota 71; Maria FARTUNOVA, «La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle: Quelques réflexions sur les fondements de la construction européenne», *CDE*, 2016, pp. 207).

<sup>80</sup> Cesla V. AMARELLE, *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. 99.

de movilidad en las que, dejando de lado su carácter prácticamente anecdótico (por insignificantes), pese a su alardeado enfoque global, siguen estrechamente el legado de las medidas represivas unilaterales adoptadas con anterioridad por los Estados miembros para encarar el fenómeno de la inmigración irregular. Enfoque que, además, desde una relación de patente desigualdad, se traduce en un conjunto de reglas que los Estados *asociados* se ven constreñidos a observar, lo que desplaza hacia estos últimos la responsabilidad en el control de las fronteras exteriores de la UE, sin crear en verdad auténticas oportunidades para favorecer el desarrollo de cauces legales para la inmigración hacia Europa, ni abandonar los esquemas prefigurados por los instrumentos bilaterales diseñados por los Estados miembros, que siguen plenamente vigentes<sup>81</sup>. De hecho, la reducida eficacia de tales instrumentos ha quedado manifiesta en la actual crisis migratoria obligando a la UE a adoptar un nuevo enfoque en el que tratan de reforzarse los mecanismos de externalización de los controles migratorios, siguiendo la senda trazada por otros Estados; particularmente, el nuestro que —a raíz de la *crisis de los cayucos* (2006)— adoptó una política que ahora parece servir de ejemplo al conjunto de la UE<sup>82</sup>. En este orden, el Plan de Acción de La Valeta, adoptado en noviembre de 2015, y sus posteriores desarrollos se enmarcan claramente en esa línea<sup>83</sup>; una senda en la que hay que inscribir los recientes compromisos anudados en el Consejo Europeo y el Consejo de Asuntos Exteriores sobre Libia<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Georgia PAPAGIANNI, «Forging an External EU Migration Policy: From Externalisation of Border Management to a Comprehensive Policy?», *European Journal of Migration and Law*, vol. 15, 2013, pp. 295-296.

<sup>82</sup> Sobre el *modelo español*, véase nuestra contribución «El control de la inmigración irregular en España: Compromisos y desarrollos», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 111, 2015, pp. 173-193.

<sup>83</sup> Al respecto, véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Primer Informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración, COM/2016/0700 final, 18 de octubre de 2016.

<sup>84</sup> Véase Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración: abordar la ruta del Mediterráneo central, La Valeta, 3 de febrero de 2017 (OR. en), 5321/77; Conclusiones sobre Libia del Consejo de AA EE, Bruselas, 6 de febrero de 2017 (OR. en), 5321/17, disponibles en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5321-2017-INIT/en/pdf> (consultado por última vez el 8.2.2017). Estos compromisos tienen su origen en la Comunicación Conjunta de la Comisión y de la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo, Migración

Resta advertir que el posible éxito inmediato de estas iniciativas no debería suponer desatender una revisión en profundidad de los planteamientos sobre los que, hasta la fecha, se sustenta la precaria política migratoria impulsada por la UE. Para ello, deberían revisarse los planteamientos harto selectivos (*v. gra.* la caza de talentos)<sup>85</sup> e irrealistas con arreglo a los cuales esta ha venido conformándose, prestando de una vez por todas atención a las auténticas necesidades de los mercados de trabajo de los Estados miembros y al imparable declive demográfico de estos, sin lo cual volverán a repetirse —si no a agravarse— una crisis como la actual y aflorarán de nuevo episodios de insolidaridad como el protagonizado por Alemania en otoño de 2015, al postular una política de *puertas abiertas* dictada en buena medida por las necesidades coyunturales de mano de obra del mercado alemán<sup>86</sup>.

Pero el severo juicio que ha merecido la actuación de la UE no se ha sustentado —o al menos no especialmente— en las deficiencias apuntadas. La violación de los derechos humanos asociada, cuando no identificada, con el craso incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención de Ginebra —que obliga a la UE por intermedio de sus Estados miembros— sería ante todo su tacha más grave ante la crisis. A la hora de valorar este severo juicio, sin embargo, se hace necesario *reculer pour mieux sauter*.

#### IV. LOS MITOS: DEL UNIVERSALISMO DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA AL *IUS MIGRANDI*

Hace varios años, en una contribución, teníamos ocasión de destacar la dimensión mítica que rodeaba los desarrollos de la UE en materia migratoria<sup>87</sup>. En este momento, esa dimensión mítica deseamos proyectarla, de un

---

en la ruta del Mediterráneo Central Gestionar los flujos, salvar vidas en el mar, JOIN (2017) 4 final, 25 de enero de 2017.

<sup>85</sup> En este punto, es de lamentar que ni siquiera la citada Agenda Europea de Migración abandone estos planteamientos.

<sup>86</sup> En tal sentido, véase el *Informe del Consejo de Expertos Económicos Alemanes*, Wiesbaden, 11 de noviembre de 2015, que incide en esta dimensión y considera «gestionable» la crisis de los refugiados desde la perspectiva alemana, disponible en [http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/jg201516/wirtschafts-gutachten/summary\\_aer\\_2015.pdf](http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/jg201516/wirtschafts-gutachten/summary_aer_2015.pdf) (consultado por última vez el 25.2.2017).

<sup>87</sup> Véase «¿Regreso al futuro? La política de inmigración en la Unión Europea», en Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA (dir.), *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 1561-1578.

lado, sobre un sector normativo y un instrumento específico: el denominado derecho de los refugiados y su buque insignia, la Convención sobre el estatuto de los refugiados. De otro, analizaremos asimismo la dimensión mítica —*ergo*, no histórica— que subyace en los denodados esfuerzos académicos por reescribir esta última o en los planteamientos que afirman la existencia de un derecho humano fundamental a la migración (*ius migrandi*).

## 1. UNA UNIVERSALIDAD IMPOSTADA: EL PARTICULARISMO NORMATIVO DEL DERECHO DE LOS REFUGIADOS Y DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA

El sector del derecho de los refugiados constituye una de las reminiscencias del viejo derecho internacional, surgido en el siglo XIX y desarrollado exponencialmente en el período de entreguerras a través de unos desarrollos que nunca ocultaron su tinte particularista y un sesgo ideológico pronunciado<sup>88</sup>. Era —y sigue siendo— un sector normativo orientado, paradójicamente, por la noción de privilegio, pues no confiere una protección sino a determinados individuos, que por sus específicas condiciones se hacen merecedores de una protección jurídica que, de otro modo, no se dispensa al común de los seres humanos. Como se ha advertido: «[...] refugee rights are not linked to the quality of being human<sup>89</sup>. They are linked to the quality of being a refugee» y en esa tesitura: «The quality as a refugee is different because it is contingent and often temporary and does not flow from a personal or human quality (as one's sex or age) but from a mixture of political factors and personal choice»<sup>90</sup>.

De hecho, este sector normativo parte de asumir la tradicional distinción entre nacionales y extranjeros, lo que introduce un marco regulatorio específico para afrontar ciertas perturbaciones en los procesos migratorios de acuerdo

<sup>88</sup> Dejando de lado la *arqueología jurídica*, que permitiría retrotraer al segundo milenio antes de Cristo el origen de este sector normativo (véase Víctor M. SÁNCHEZ, *Migraciones, refugiados y amnistía en el derecho internacional del Antiguo Oriente Medio, II Milenio a. C.*, Tecnos, Madrid, 2016), una auténtica normativa internacional en sentido propio no verá la luz sino en el marco de las Conferencias Iberoamericanas y en la SdN. Para una sucinta aproximación histórica a la cuestión, véase Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, «Evolución jurídica internacional del derecho internacional de los refugiados», *Tiempo de Paz*, núm. 119 (monográfico sobre refugiados), 2015, pp. 11-18.

<sup>89</sup> Anne PETERS, *Beyond Human Rights. The Legal Status of Individual in International Law* (trad. J. Huston), Cambridge UP, Cambridge, 2016, p. 454.

<sup>90</sup> *Ibid.*

con los intereses de los Estados<sup>91</sup>, de suerte que se concibe como: «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>92</sup>

En suma, como se ha destacado entre nosotros, aún compartiendo con los derechos humanos el ideal de universalidad y conformando uno y otro —junto con el derecho internacional humanitario— un «sistema internacional de raíz humanitaria», el derecho de los refugiados «constituye un régimen propio» dotado de «un contenido instrumental, puesto que sirve para hacer posible la garantía de los derechos humanos *en algún lugar*, lo que en derecho internacional aún significa *en algún país*.»<sup>93</sup>

La Convención de Ginebra constituye, por ello, el cierre —trágico, ciertamente, por las circunstancias que propiciaron su elaboración— de unos desarrollos normativos orientados a la protección de concretas personas en un mundo que desconoce todavía los derechos humanos. Y aunque es cierto que la Convención se concluye en 1951 —apenas tres años más tarde que la Declaración Universal de Derechos Humanos— y también lo es que su preámbulo alude a esta última, el régimen establecido en ella obedece a una orientación *estatócéntrica* —consecuente con el sector normativo en que se inscribe—, siendo los Estados los destinatarios de las obligaciones en ella establecidas, de los que el refugiado resulta un mero beneficiario<sup>94</sup>. De ahí que haya podido afirmarse que la Convención «is a duty-based rather than a human-rights based instrument»<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> *Ibid.*, pp. 452 y 450.

<sup>92</sup> Colin HARVEY, «Refugees and Human Rights: The Future of International Protection in the United Kingdom», *European Human Rights Law Review*, 2015, p. 597.

<sup>93</sup> Silvia MORGADES GIL, «Unidad y pluralismo en la protección internacional de refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria en Europa: El requisito de la individualización del riesgo en caso de violencia indiscriminada en situación de conflicto armado», en Ángel J. RODRIGO; Caterina GARCÍA (eds.), *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 498-499. Cursivas en el original.

<sup>94</sup> PETERS, *op. cit.*, p. 451, *supra* nota 89.

<sup>95</sup> Vincent CHÉTAIL, «Are refugee Rights Human Rights?», en Ruth RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration. Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford UP, Oxford, 2014, p. 40; cit. en PETERS, *op. cit.*, p. 451, *supra* nota 89. Este autor, no obstante, comparte con otros bien conocidos, la adscripción del sector al más amplio de los derechos humanos. Así, James C. HATHAWAY, *The Law*

Por de pronto, la Convención, pese a constituir el primer instrumento normativo de alcance general, no dejaba de lado el enfoque particularista apuntado al abordar preferentemente la cuestión con un enfoque pragmático, centrado fundamentalmente en el área europea, de suerte que no será hasta las enmiendas introducidas por 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>96</sup>. Además, conviene advertir que ni la Convención ni el Protocolo establecen mecanismos específicos de control, que corresponden en exclusiva a los Estados partes la interpretación y aplicación de sus disposiciones, sin perjuicio del asesoramiento brindado por ACNUR<sup>97</sup>. De hecho, las 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*, que se fundan 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 respecto a las decisiones de aquellos. Por otra parte, las imprecisiones e insuficiencias existentes en el régimen jurídico establecido por estos tratados

---

*of Refugees*, Cambridge UP, p. 1. En cambio, la máxima autoridad en la materia alberga dudas al respecto. Véase Guy S. GOODWIN-GILL, Jane McADAM, *Refugee in International Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford UP, Oxford, 2007, p. 512.

<sup>96</sup> No obstante, su «vocación universal» no ha pasado de tal: solo son partes 146 Estados; compárese con la cuasiuniversal Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (UNTS, vol. 1577, p. 3) con 196 Estados partes ¡menos EE. UU.! Disponible en [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=V-5&chapter=5&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=V-5&chapter=5&clang=_en) (consultado por última vez el 7.2.2017).

<sup>97</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, pero no se establecen mecanismos específicos ni plazos para el cumplimiento de tales obligaciones y, además, los Estados han tratado de ceñir sus funciones al mero asesoramiento jurídico de carácter no vinculante (véase Guy S. GOODWIN-GILL, «The Dynamic of International Refugee Law», en *op. cit.*, p. 655, *supra* nota 95; Gil LOESCHER, «UNHCR and Forced Migration», en Elena FIDDIAN-QASMIYEH; Gil LOESCHER; Katy LONG; Nando SIGONA (eds.), *The Oxford Handbook on Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford UP, Oxford, 2016, p. 216).



no han sido paliadas a través de ulteriores reformas; los Estados han evitado conscientemente afrontar una revisión de estos instrumentos<sup>98</sup>, de suerte que los avances producidos en la materia obedecen a desarrollos de índole particular, generados en entornos regionales o subregionales<sup>99</sup>, si no derivados —lisa y llanamente— de la práctica unilateral de los Estados.

Prueba de las limitaciones del texto ginebrino es, en último término, la cláusula de seguridad nacional, en virtud de la cual un Estado parte puede proceder a la expulsión de un refugiado. La prevalencia en este punto de los intereses de los Estados es tal que el propio procedimiento de expulsión —garantista, de otro modo— puede ser excepcionado por esas razones, no rigiendo tan siquiera el principio de no devolución (*non refoulement*), por lo que resulta difícil no ver en él la proyección de la «razón de Estado» y, de hecho, algún supuesto reciente de la práctica española ha venido a confirmarlo<sup>100</sup>.

Ante tales limitaciones no ha de extrañar que la Convención haya tratado de ser revisitada a través de dinámicas que han tratado de servir a otros

<sup>98</sup> En concreto, la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas 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 (véase GOODWIN-GILL, McADAM, *op. cit.*, pp. 358-369, *supra* nota 95).

<sup>99</sup> Así, en América la Convención sobre Asilo Territorial, de 28 de marzo de 1954 (A-47, Serie sobre Tratados, OEA, núm. 19) posee un tenor marcadamente restrictivo; sin embargo, posteriormente un Coloquio de Expertos de la OEA adoptó el 22 de noviembre de 1984 la Declaración de Cartagena de Indias, en la que se postula una ampliación del concepto para inscribir en él situaciones genéricas de riesgo para las personas (véase David J. CANTOR, Diana TRIMIÑO MORA, «¿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 es inscribible en el marco del *soft law* y carece de eficacia vinculante en términos jurídicos. 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 (UNTS, núm. 14691, vol. 1001. Véase estadillo en [https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7765-sl-oau\\_convention\\_governing\\_the\\_specific\\_aspects\\_of\\_refugee\\_problems\\_in\\_africa.pdf](https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7765-sl-oau_convention_governing_the_specific_aspects_of_refugee_problems_in_africa.pdf) (consultado por última vez el 10.1.2017) ¿*Quid* de su eficacia?

<sup>100</sup> Véanse arts. 32 y 33.2 de la Convención. Véase AN (Sala de lo Contencioso, Sección 2.ª), Sentencia de 17 de julio de 2014, así como TS (Sala de lo Contencioso), Sentencia de 23 de febrero de 2015. Sobre el particular, véase nota de Javier LASO PÉREZ, *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 208-211.

objetivos (las nuevas tipologías) cuando no se ha convertido, lisa y llanamente, en el cauce —ciertamente angosto— para abordar en situaciones extremas unos flujos migratorios severamente limitados, cuando no vedados frontalmente por las restrictivas políticas de los Estados.

## 2. DECONSTRUYENDO LA CONVENCIÓN: LAS NUEVAS TIPOLOGÍAS

Ha existido un esfuerzo innegable por ampliar los estrictos criterios con arreglo a los cuales opera la Convención de Ginebra. Apelando a la necesidad de adaptar la venerable norma a un entorno cambiante, activistas y doctrina —no solo jurídica—, han promovido una interpretación evolutiva que no encuentra por el momento el favor incontestado de los Estados. De ello se deriva que las posibilidades de acoger nociones tales como la modificación del tratado por la práctica subsiguiente de las partes se enfrentan en este caso a obstáculos insuperables<sup>101</sup>.

De un lado, se sostiene que la aplicación de la Convención reposa hasta ahora en una regulación dicotómica, anclada en la oposición entre migrante económico —*ergo* voluntario— y refugiado —*ergo* migrante forzoso—. En esta perspectiva tradicional, también es usual identificar al migrante como una persona con vocación para establecerse permanentemente en el Estado de acogida frente al refugiado, que aspiraría a una estadía meramente temporal a la espera de desaparecer las condiciones que propiciaron su huida. Estos enfoques, sin embargo, resultarían claramente insuficientes para encarar la variedad de situaciones que revelan con carácter general los flujos migratorios en la actualidad<sup>102</sup>. De ahí que, a juicio de algunos autores, tal planteamiento debería ser cuestionado, pues hoy en día «la frontera entre ambos conceptos es porosa y existen amplias zonas grises y categorías híbridas»<sup>103</sup>. En este contexto, se alude constantemente al fenómeno de las *migraciones mixtas* —una terminología acuñada por la OIM para designar los flujos migratorios en que

<sup>101</sup> Se trata de un supuesto no regulado por los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados, aunque con fundamento en el derecho internacional general. Véase Athina CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 348-403.

<sup>102</sup> Un buen ejemplo de ello lo constituyen las migraciones circulares o transnacionales. Véase Jan SCHNEIDER, Bernd PARUSEL, «Circular Migration between Fact and Fiction. Evidence from Germany», *European Journal of Migration and Law*, vol. 17, 2015, pp. 184-209.

<sup>103</sup> Emanuela ROMAN, «¿Migrantes o refugiados? Crisis de una distinción y de las políticas», *La Vanguardia Dossier* (monográfico sobre Refugiados. Otro proyecto que desafía a Europa), núm. 58, octubre 2015, p. 38.

concurren migrantes y eventuales candidatos al asilo— con objeto de atenuar las rígidas distinciones en el plano jurídico<sup>104</sup>. Con todo, cabe dudar del rigor de tales planteamientos y de su viabilidad en términos jurídicos, pues, como se ha indicado, una cosa es que en presencia de flujos masivos concurren migrantes y refugiados y otra distinta que de ello haya de derivarse una atenuación de la distinción conceptual evocada<sup>105</sup>.

Pese a ello, no se ha cejado en sugerir nuevas figuras, que, a juicio de sus proponentes, deberían encuadrarse en la noción de *refugiado* que regula la Convención. En tal sentido, se sostiene que la categoría debería incorporar las situaciones asociadas con cuestiones ambientales, postulándose por parte de cierto sector doctrinal una asimilación de las situaciones de migraciones climáticas a las propias de los refugiados<sup>106</sup>. Incluso esta dinámica expansiva —se sugiere— permitiría inscribir los supuestos relacionados con el desarrollo económico de los Estados (*Development-induced Displacement*) en donde la consolidación del derecho internacional del medio ambiente, el derecho internacional de los derechos humanos y los mecanismos programatorios —*v. gra.* del Banco Mundial— habrían puesto de relieve la creciente relevancia con incidencia sobre situaciones hasta entonces meramente internas<sup>107</sup>.

El empeño ha llegado hasta el punto de plantear la conveniencia de incluir al *refugiado económico*. En este orden, conviene recordar que, hace ya

<sup>104</sup> Véase Angela SOLANES CORELLA, «Asilo y Refugio», en Fernando REY MARTÍNEZ (dir.), *Los derechos humanos en España: Un balance crítico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 796.

<sup>105</sup> Spyridon VRELLIS, «Le traitement des déboutés du droit d'asile. Les obligations de l'Union, des États membres et des collectivités locales. Regards comparatifs», en Hartmut BAUER; Pedro CRUZ VILLALÓN; Julia ILIOPOULOS-STRANGAS (eds.), *Die neuen Europaer- Migration und Integration in Europa*, A.N. Sakkoulas-Nomos-Bruylant, Atenas-Baden-Baden-Bruselas, 2009, p. 477, n. 2.

<sup>106</sup> En tal sentido, véase Nuria ARENAS HIDALGO, «Cambio climático y los desplazamientos de población: la migración como estrategia de adaptación», en Rosa GILES CARNERO (ed.), *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 221-235; o Carlos ESPÓSITO, Alejandra TORRES CAMPRUBÍ, «Cambio Climático y Derechos Humanos: el desafío de los nuevos refugiados», *Relaciones Internacionales*, núm. 17, junio 2011, pp. 67-84. Un planteamiento más matizado en Cathérine-Amélie CHASSIN, «Dealing with International Vulnerability: European Law and Climate-Induced Migrants», en Francesca IPPOLITO; Sara IGLESIAS SÁNCHEZ (eds.), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart, Oxford, 2015, pp. 271-289.

<sup>107</sup> Rekha OLESCHAK, *The International Law of Development-Induced Displacement*, Niedermann Druck, Saint Gallen, 2009.

muchos años, se había planteado tal hipótesis, descartada entonces como absurda al juzgar antagónicas las categorías<sup>108</sup>. Sin embargo, debe advertirse que, en los círculos que asimilan refugio con privación de los derechos humanos, se cuestiona la exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales de su ámbito de protección, dada la consabida indivisibilidad reconocida al conjunto de los derechos humanos por los textos internacionales, tratando en este caso de ofrecer pautas que permitirían deslindar claramente los supuestos de refugio de las situaciones migratorias en sentido estricto<sup>109</sup>. No obstante, dejando para otro lugar la discutible equiparación entre derechos humanos y refugio, aún en este caso, el tratamiento del problema por parte de los Estados presenta respuestas disímiles, pues, si bien algunos, en ocasiones, han tendido en supuestos muy concretos a equiparar la *persecución económica* con los supuestos acogidos en el marco de la Convención, la inmensa mayoría han descartado de raíz tal planteamiento<sup>110</sup>. La cuestión, en este último caso, entronca de una forma inequívoca con el fenómeno migratorio, dado que es el migrante económico la figura más caracterizada, y obliga a considerar uno de los mitos que sustentan la crítica a las restrictivas políticas migratorias de los Estados: el supuesto derecho humano a inmigrar.

### 3. EL MITO ENTRE LOS MITOS: EL PRETENDIDO *IUS MIGRANDI*

Dejando de lado consideraciones metajurídicas, tal y como se ha destacado, el derecho internacional contemporáneo desconoce la existencia de un supuesto *ius communicationis* que garantice la libre circulación de las personas a través de las fronteras estatales<sup>111</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 ellos; tampoco las

<sup>108</sup> Atle GRAHL-MADSEN, «The Emergent International Law Relating to Refugees: Past-Present and Future», *Thesaurus Acroasium*, vol. XIII, p. 195.

<sup>109</sup> Véase Kate JASTRAM, K., «Economic Harm as a Basis for Refugee Status and the Application of Human Rights Law to the Interpretation of Economic Persecution», en SIMEON, *op. cit.*, pp. 143-145.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Oriol CASANOVAS, Ángel J. RODRIGO, *Compendio de Derecho internacional público*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 286. Sobre la conformación y abandono de la noción, véase Mireya CASTILLO DAUDÍ, «Libertad de circulación y soberanía del Estado: Posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional», *REEL*, núm. 31, junio 2016, pp. 3-5.

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 *ius emigrandi* allí formulado no encuentra acomodo en un inexistente *ius inmigrandi*. Juicio negativo compartido por instancias tan heterogéneas como la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>112</sup>, la Corte Internacional de Justicia<sup>113</sup> o el TEDH<sup>114</sup>. Incluso en el área americana —donde el derecho de asilo goza de un reconocimiento indiscutible<sup>115</sup>—, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha cuidado de deslindar este de los flujos migratorios y ha reconocido «el derecho soberano» que asiste a los Estados para adoptar políticas migratorias<sup>116</sup>. De hecho, como ya hemos avanzado, tal hipotético derecho queda a expensas del reconocimiento de los Estados, los cuales han tendido a negarlo francamente o a limitar su concreción respecto a situaciones muy precisas.

A tenor de lo expuesto, no ha de extrañar que la Constitución española (CE) —pese a la empatía *iusinternacionalista* (*Völkerrechtfreundlichkeit*) plasmada en el capital art. 10.2 CE— no reconozca tal derecho a los extranjeros. En tal sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de ponerlo

<sup>112</sup> Véase A/RES/70/147, de 17 de diciembre de 2015, sobre protección de los migrantes. En el mismo sentido, véase la más 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; disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/L.1> [consultado el 25 de septiembre de 2016]).

<sup>113</sup> Sentencia de 30 de noviembre de 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República del Congo)*, C. I. J. Recueil 2010, p. 639, párrs. 65 y ss.

<sup>114</sup> TEDH, asuntos *Chahal c. Reino Unido*, núm. 2244/93; Sentencia de 15 de noviembre de 1996, ECHR:1996:1115JUD002241493, párr. 70; y *Saadi c. Reino Unido*, núm. 13229/03, Sentencia de 29 de enero de 2008, ECHR:2008:0129JUD001322903, párr. 64.

<sup>115</sup> Pues, en efecto, tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 30 de abril de 1948 (art. 27) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 22 de noviembre de 1969 (B-32, Serie sobre Tratados, OEA, núm. 36) (art. 22.7) reconocen el derecho al asilo.

<sup>116</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de 18 de agosto de 2000, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, caso de *Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*, considerando 4.º, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/haitianos\\_se\\_02.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/haitianos_se_02.pdf) (consultado por última vez el 30.12.2016).

de manifiesto toda vez que en su actuar se ha visto *inundado* por el fenómeno migratorio que ha afectado a nuestro país en los últimos veinte años<sup>117</sup>. En este sentido, en sucesivas ocasiones el Tribunal ha insistido, de un lado, en que el derecho a la libre circulación y residencia proclamado en el art. 19 de la CE no puede ser invocado por los extranjeros carentes de un permiso de residencia<sup>118</sup>; de otro, pese a sostener la igualdad básica entre nacionales y extranjeros, ha afirmado que el derecho a entrar en España solo está reconocido constitucionalmente a los españoles; no es un derecho fundamental susceptible de ser invocado por los extranjeros<sup>119</sup>.

Con todo, aún recientemente, entre nuestra doctrina se ha sostenido vigorosamente la existencia de un derecho a inmigrar concebido como un derecho humano fundamental, que se habría visto laminado por las prácticas de los Estados miembros de la UE<sup>120</sup>. Empero, semejante afirmación no encuentra acomodo ni siquiera en la progresiva CDFUE. En estas circunstancias, resultaba obvio que en las Conclusiones del Consejo de Ministros en Asuntos de Interior, de 8 de octubre de 2015, se afirmara que:

El Consejo destaca que la readmisión de los propios nacionales es una obligación con arreglo al derecho internacional consuetudinario y que todos los Estados han de cumplir esta obligación. En relación con los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP), esta obligación se establece en el artículo 13 del Acuerdo de Cotonú, que compromete a todos los Estados participantes a readmitir a sus propios nacionales, sin más trámites. La UE y sus Estados miembros se esforzarán por velar por la aplicación efectiva de todos los compromisos en materia de readmisión, ya sean los asumidos a través de acuerdos formales de readmisión, el Acuerdo de Cotonú u otras disposiciones [...] <sup>121</sup>

<sup>117</sup> De hecho, el Tribunal ha enfrentado la cuestión animado de aquel espíritu —como puso de manifiesto la STC (Pleno) 236/2007, de 7 de noviembre— en la que tenía ocasión de *compilar* el alcance y los límites de los derechos de los extranjeros en nuestro sistema constitucional (véase Cristina IZQUIERDO SANS, «Fundamental Rights of Foreign Nationals in Spain and Legal Protection of Immigrants. Legal Ramifications of the Complex Phenomenon of Immigration», en BAUER, CRUZ, ILIOPOULOS, *op. cit.*, pp. 514-515, *supra* nota 105).

<sup>118</sup> TC (Sala 1.ª), Sentencia 94/1993, de 22 de marzo y TC (Sala 1.ª), Sentencia 24/2000, de 31 de enero.

<sup>119</sup> TC (Sala 1.ª), Sentencia 72/2005, de 4 de abril.

<sup>120</sup> Javier DE LUCAS, *Mediterráneo. El naufragio de Europa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 16.

<sup>121</sup> Párr. 11, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/10/08-jha-conclusions-return-policy/> (consultado por última vez el 25 de febrero de 2017).

Incluso, cabría concluir, *a maiore*, que el rechazo a admitir tal derecho encuentra refrendo incluso en los desarrollos más recientes relativos a la ciudadanía europea, que conformaban hasta ahora un auténtico derecho fundamental a la inmigración, dado que el proceso de «mercantilización» (*commodification*) que, a instancias de los Estados, se ha impreso en este en los últimos años ha tenido como resultado una estratificación de sus beneficiarios con arreglo al criterio de su condición activa o inactiva económicamente que ha refrendado el TJUE en su *de-construccionista* jurisprudencia más reciente<sup>122</sup>. Esta dinámica *in peius* desarrollada por el TJUE ha ido de la mano de aquella que amplía la discrecionalidad de los Estados miembros a la hora de encarar la situación de los migrantes irregulares y admite la eventualidad de una reclusión penal frente a la otrora cogente obligación de expulsión —todo ello a propósito 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»)<sup>123</sup>— tal como refleja la Sentencia TJUE de 1 de octubre de 2015, *Celaj*<sup>124</sup>.

## V. LAS MISTIFICACIONES: EL PAPEL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LARGA SOMBRA DE LOS ESTADOS

Si los mitos han desempeñado un papel fundamental a la hora de ofrecer una visión distorsionada de las responsabilidades que incumben a la UE a la

<sup>122</sup> Véanse Sentencias TJUE de 11 de noviembre de 2014, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358; 15 de septiembre de 2015, *Alimanovic*, C-67/14, EU:C:2015:210; 25 de febrero de 2016, *García Nieto*, C-299/14, EU:C:2016:114; y 14 de junio de 2016, *Comisión/Reino Unido*, C-308/14, EU:C:2016:436. Al respecto, véase Anastasia ILIOPOULOU-PENOT, «Deconstructing the Former Edifice of Union citizenship? The *Alimanovic* judgement», *CMLR*, vol. 53, 2016, p. 1008; Alessandra LANG, «The Protection of Vulnerable People and the Free Movement of Persons within the European Union: Two Worlds Apart?», en IPPOLITOM; IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 291-310; Isabel LIROLA DELGADO, «Reflections on the Social and Human Dimension of the Economic and Financial Crisis in the European Union», en Jessica SCHMIDT; Carlos ESPLUGUES; Rafael ARENAS GARCÍA (eds.), *EU Law after the Financial Crisis*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 258; Niamh N. SHUIBHNE, «'What I Tell You Three times Is True'. Lawful Residence and Equal Treatment after *Dano*», *MJ*, vol. 23, 2016, pp. 908-936.

<sup>123</sup> DO L 348, 24 de diciembre de 2008, p. 98.

<sup>124</sup> Asunto C-290/14, EU:C:2015:640. Véase Emanuela PISTOIA, «Unravelling *Celaj*», *European Papers*, vol. 1, 2016, pp. 705-714.

hora de encarar la presente crisis migratoria, no ha sido menor el derivado de las confusiones acerca de las limitaciones que las normas internacionales en materia de derechos humanos imponen a la UE y sus Estados miembros. Por otra parte, conviene reiterarlo, estos últimos aparecen como los auténticos responsables de buena parte los magros resultados que ha deparado la gestión de la crisis por parte de Europa —incluso en el polémico caso del acuerdo (Declaración) concluido con Turquía en marzo de 2016—, pues, no se olvide, son estos los *señores de los Tratados* y su larga sombra se proyecta sobre la UE, sin perjuicio de conservar una amplias competencias —a decir verdad, las decisivas— en cuanto al desarrollo de las políticas de asilo e inmigración, que, entre otros instrumentos, el SECA ha tratado domeñar. De hecho, este, sin duda, ha resultado malparado como consecuencia del proceso conducido ahora con mano de hierro por parte de los Estados, aunque —parafraseando a Mark Twain— las informaciones acerca de su muerte acaso resulten un tanto exageradas, como prueban los intentos de la Comisión por enderezar sus desarrollos a través de las reformas planteadas, así como las garantías que dispensa el TJUE.

## 1. LA INCIDENCIA REAL DE LAS NORMAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LAS POLÍTICAS DE ASILO E INMIGRACIÓN

Cierta corriente de la filosofía política guiada por el idealismo kantiano e imbuida de unos loables deseos de justicia ha reaccionado contra la parcelación que para el goce de los derechos humanos deriva de la pervivencia de las fronteras; desde esta perspectiva, es comprensible que se cuestione frontalmente una división entre sus beneficiarios que pone en duda su declarada universalidad<sup>125</sup>. Pero, a fuer de parecer impasible, el reconocimiento de los derechos humanos no tiene —ni puede tener— por efecto el trasvasar a un número ingente de sus beneficiarios desde los instrumentos generales al mecanismo protector de los refugiados. Dicho con toda su crudeza, no toda violación de los derechos humanos convierte a la víctima en un —técnicamente, hablando— solicitante de refugio, por graves que sean las situaciones planteadas. De ahí, el carácter de privilegio que hemos señalado en relación con esta institución, y por ende su cuestionable pervivencia en un mundo que pregona la universalidad de los derechos humanos<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> *Per omnia*, véase el reciente estudio de Juan Carlos VELASCO, *El azar de las fronteras. Políticas migratorias, ciudadanía y justicia*, FCE, México, 2016.

<sup>126</sup> No está de más recordar el aforismo: *privilegia odiosa*.



En este imaginario, el pretendido derecho humano al asilo se enfrenta a su radical negación por todos los instrumentos internacionales que abordan la institución, que siguen configurándolo como «una prerrogativa del Estado»<sup>127</sup>; un proceso que ni tan siquiera ha alterado la progresiva CDFUE, que, en su art. 18, dispone que «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».

Esta disposición no establece un derecho fundamental «al asilo», limitándose a reiterar las obligaciones de los Estados miembros en aplicación de los instrumentos internacionales en vigor<sup>128</sup>. Y, aunque en un futuro esta caracterización podría verse afectada por los desarrollos jurisprudenciales —algunos de ellos significativos<sup>129</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. De hecho, al margen del principio de no devolución (*non refoulement*) en el que la prerrogativa estatal

<sup>127</sup> Geoff GILBERT, «Why Edward Snowden never Had a Right to Asylum», disponible en [http://blog.oup.com/2013/07/why-edward-snowden-never-had-a-right-to-asylum/?utm\\_source=feedblitz&utm\\_medium=FeedBlitzRss&utm\\_campaign=oup-blog#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=oup-blog#sthash.aXJFKXDj.dpuf) (consultado por última vez el 20.1.2017). Frente a este planteamiento generalizado, véase Teresa GIL BAZO, «The Right of Asylum as a General Principle of International Law», *IJRL*, vol. 27, 2015, pp. 3-28. La institución no se menciona ni en los Pactos de Derechos Humanos de 1966, ni en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Sí la consideran, en cambio, otros desarrollos posteriores de ámbito como la ya mencionada Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (art. 22.7), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de julio de 1981 (UNTS, vol. 1520, núm. 26363, art. 12.3) y la Carta Árabe de Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2004 (International Human Rights Reports, vol. 12, 2005, p. 893, art. 28).

<sup>128</sup> DO C 326, 26 de octubre de 2012, p. 391. Véase José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Artículo 18», en Araceli MANGAS MARTÍN (dir.); Luis N. GONZÁLEZ ALONSO (coords.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario Artículo por Artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, p. 371. Con todo, hay quien ve en la disposición un sustancial progreso en orden a atenuar la competencia discrecional de los Estados (véase Guy S. GOODWIN-GILL, «Migration and Forced Migration Today: Challenges for the Rule of Law», en GOODWIN-GILL, WECKEL, *op. cit.*, p. 9, *supra* nota 7).

<sup>129</sup> Francesca IPPOLITO, «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.

sufre una sensible merma<sup>130</sup>, las prácticas estatales en materia de «policía de extranjeros» se enfrentan todavía hoy a notables limitaciones desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, como prueba el carácter *contractualista* —ergo, no objetivo— de la prohibición de las expulsiones colectivas o de las garantías en materia de procedimientos de expulsión en el marco del CEDH<sup>131</sup>.

Precisamente, esta singular naturaleza, plantea en el ámbito de la UE un particular problema derivado de la contradicción entre tales limitaciones y el tenor aparentemente irrestricto de la formulación de la ya mencionada CDFUE. La cuestión —aparentemente irresuelta— interesa a la prohibición de expulsiones colectivas formulada en su art. 19 y ha cobrado notable importancia a raíz de la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016, en cuya implementación se ve directamente implicada Grecia y que ampararía supuestamente tales prácticas. Y es que, si bien durante los trabajos de la Convención del 2000 se apuntó esta circunstancia por parte de alguno de sus redactores —en concreto, 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

---

<sup>130</sup> Más allá incluso del tenor del art. 33.1 de la Convención de Ginebra, al conformarse merced a una evolución convencional y jurisprudencial en un principio operativo al margen de la persecución allí contemplada (Elihu LAUTERPACHT, Daniel BETHLEHEM, «The Scope and Content of the Principle of *Non Refoulement*: Opinion», en Erika FELLER; Volker TURK; Frances NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge UP, Cambridge, 2003, p. 89), lo que constituye a juicio de muchos autores una norma de derecho internacional general que impone obligaciones *erga omnes* (*per omnia*, Fernando M. MARIÑO MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 169, *supra* nota 7).

<sup>131</sup> Regulados respectivamente en los correspondientes arts. 4 y 1 de los Protocolos núm. 4 y 7 al Convenio Europeo (de los que no son partes, respectivamente, Grecia, Suiza, Reino Unido o Turquía y Alemania, Holanda, Reino Unido y Turquía). En consonancia con ello, la jurisprudencia de Estrasburgo atiende —como no podía ser de otro modo— al enfoque *contractualista* de estas disposiciones (*v. gra.* TEDH, asuntos *Conka c. Bélgica*, núm. 51564/99, Sentencia de 5 de febrero de 2002, ECHR:2002-0205JUD005156499; *Sultani c. Francia*, núm. 45223/05, Sentencia de STEDH 20 de septiembre de 2007, ECHR:2007:0920JUD004522305; *Hirsi Jamaa c. Italia* (GS), núm. 27765/09, Sentencia de STEDH 23 de febrero de 2012, ECHR:2012-0223JUD002776509), refiriéndose a Estados Partes en el Protocolo núm. 4 al CEDH, incluso en su más reciente jurisprudencia (TEDH, asunto *Khlaifia y otros c. Italia* (GS), núm. 16483/12, Sentencia de 15 de diciembre de 2016, ECHR:2016-1215JUD001648312).

los supuestos de asilo y su entronque con el principio de *no devolución*, pese a verse afectada por las disposiciones transversales de la CDFUE en relación con su alcance y las competencias de los Estados miembros en materia migratoria<sup>132</sup>. Ciertamente es que la interpretación *in bona parte* de aquellas —y el cariz expansivo que ha impreso el TJUE a estas en su jurisprudencia *Ackeborg* y *Melloni*— parecería apuntar en el sentido de superar las limitaciones *contractualistas* apuntadas, lo que no parece haber sido calibrado hasta la fecha por los Estados miembros.

Sin ánimo de agotar, respecto del conjunto de problemas derivados de la *singular* relación entre el sector normativo de los derechos humanos y la regulación de los procesos migratorios —incluida en este punto, la normativa en materia de refugio—, limitémonos a señalar las líneas de sombra que aún hoy plantean cuestiones de tanto calado como las prácticas en materia de expulsión y retorno de extranjeros<sup>133</sup>, una labor en la cual cobra un papel acentuado la remozada agencia Frontex, cuyas prácticas en la materia han sido seriamente cuestionadas desde esta perspectiva; dicho esto, conviene mencionar en una muy distinta perspectiva las recomendaciones y buenas prácticas que postula, en paralelo otra agencia de la UE, la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA). También conviene destacar que no resultan problemáticas en cambio las tentativas por articular procedimientos externalizados de control migratorio; desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, es indudable que la pretendida transferencia de tales misiones a terceros Estados no impediría hacer entrar en juego la jurisdicción de los Estados miembros y la consiguiente responsabilidad de estos en el caso de supuestas violaciones de los derechos humanos<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Véase José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Artículo 19. Comentario», en Araceli MANGAS MARTÍN, *op. cit.*, p. 381, *supra* nota 91.

<sup>133</sup> En este punto, 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 («Directiva de retorno») que regula estos procedimientos (*v. gra.* Sentencias TJUE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, C-357 PPU, EU:C:2009:741; 28 de abril de 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268; 6 de diciembre de 2011, *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807. Al respecto, véase Steve PEERS, «Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balanced against Efficient Removal», *European Journal of Migration and Law*, vol. 17, 2015, pp. 289-304.

<sup>134</sup> Cathryn COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford UP, Oxford, 2016, p. 232. La cuestión enlaza con la doctrina de la extraterritorialidad de las obligaciones en materia de derechos humanos. Al respecto, véase nuestra aportación «¿Enterrando a *Bankovic*? La eficacia extraterritorial del Convenio

## 2. LAS COMPETENCIAS —Y LOS INTERESES— DE LOS ESTADOS

La explicación última de la decepcionante actuación europea en el curso de la actual crisis migratoria reside en la posición que los Estados han mantenido ante ella. Ya con anterioridad, no se dude, fueron ellos los encargados de erizar el camino en pos de la instauración del SECA de notables obstáculos: sirva como ejemplo la elaboración de la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004 —antecesora de la vigente Directiva 2011/95/UE (Reconocimiento)— cuya adopción solo se verificó ante el inminente ingreso —dos días después— de diez nuevos Estados miembros y con miras a evitar las consiguientes complicaciones de una negociación a veinticinco<sup>135</sup>. El desencadenamiento de la actual crisis migratoria no ha hecho sino precipitar una deriva estatal en la que han aflorado nuevos impedimentos, procedentes de unas crecientes políticas xenófobas especialmente perceptibles entre los Estados miembros del centro y del este de Europa, así como de una —¿comprensible?— obsesión securitaria. En ese contexto, se hizo patente que la hasta entonces remisa actitud de los Estados a abordar la implementación del segundo paquete de reformas del SECA respondía a un inequívoco desapego respecto al proyecto común y a una franca vulneración por parte de estos de la cooperación leal que debe presidir su participación en este<sup>136</sup>.

Desde esta perspectiva, nada tienen de extraño las reticencias de los Estados para abordar de forma efectiva los compromisos en materia de reasentamiento y reubicación, como revelaba inequívocamente la posición española<sup>137</sup>, cuando no su abierto rechazo como han constatado los recursos de anulación

---

Europeo a la luz de la Sentencia TEDH (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2014 en el asunto *Jaloud c. Países Bajos*, *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 312-317.

<sup>135</sup> Laurynas BIEKSA, *Problems of Refugee Definition under 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and European Community Directive 2004/83/EC (Summary of the Doctoral Dissertation)*, Mykolas Romeris University, Vilnius, 2008, p. 5. Su texto fue revisado por la vigente Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre.

<sup>136</sup> El 23 de septiembre de 2015, la Comisión anunciaba la adopción de cuarenta decisiones de apertura de procedimientos de incumplimiento, entre otros, contra España. Véase [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5699\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5699_fr.htm) (consultado por última vez el 8.2.2017).

<sup>137</sup> Al respecto, véase nuestra contribución: «¿Crisis, *What Crisis?* Some Views from Spain on the Recent Refugee Crisis in Europe», en *Verfassungsblog*, 21 de septiembre de 2015, disponible en <http://www.verfassungsblog.de/author/javier-a-gonzalez-vega/> (consultado por última vez el 15.1.2017).

presentados ante el TJUE por Hungría y Eslovaquia en diciembre de 2015<sup>138</sup>. En el mismo orden, hay que situar las dificultades que experimenta la implementación de las medidas planteadas por la Comisión desde abril de 2016. De hecho, una de sus últimas manifestaciones se concretaba en la iniciativa del Gobierno húngaro de celebrar un referéndum el pasado 2 de octubre en el que se cuestionaba frontalmente la competencia de la UE en la materia, pues se reclamaba al electorado que decidiera si la UE habría de tener el poder para imponer reubicaciones obligatorias de extranjeros sin el consentimiento del Parlamento húngaro y el cual, pese a su fracaso, movía al Gobierno a plantear de inmediato una propuesta de reforma constitucional para tratar de impedir en el futuro la imposición de una política migratoria que atente contra la «identidad constitucional» de Hungría<sup>139</sup>. Y es que, como se ha destacado, la presente crisis migratoria ha reactualizado «el recelo de los Estados miembros a desprenderse de la facultad de decidir unilateralmente quién debe entrar en su territorio»<sup>140</sup>. Un recelo para el que estos se escudan particularmente en los retos que los flujos migratorios plantean desde la perspectiva de la seguridad.

En este orden, es sabido que la *dimensión securitaria* —algunos dirán, *obsesión*— ha marcado las políticas migratorias y de asilo de los Estados occidentales de forma muy patente desde el 11-S<sup>141</sup>. En línea con este planteamiento, conviene mencionar tanto las controvertidas medidas contempladas en la Resolución 2240 (2015), de 9 de octubre de 2015 del Consejo de Seguridad

<sup>138</sup> El 3 de diciembre de 2015 tanto uno como otro presentaban sendos recursos —aún pendientes— ante el TJUE instando la anulación de la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015 (véase *Eslovaquia/Consejo*, C-643/15, DO C 38, 1 de febrero de 2016, p. 41; *Hungría/Consejo*, C-647/15, DO C 38, 1 de febrero de 2016, p. 43).

<sup>139</sup> Véase Hungría, *MTI, Cabinet Office of the Prime Minister*, «The constitutional amendment will protect our national and constitutional identity», 5 de octubre de 2016, disponible en <http://www.kormany.hu/en/ministry-of-justice/news/the-constitutional-amendment-will-protect-our-national-and-constitutional-identity> (consultado por última vez el 20.1.2017).

<sup>140</sup> Carmen PÉREZ GONZÁLEZ, «Consideraciones jurídicas sobre la respuesta de la Unión Europea a los flujos de refugiados y migrantes», en MORAES, ROMERO, *op. cit.*, p. 121, *supra* nota 34.

<sup>141</sup> En incluso antes, pues no se olvide que la propia OTAN revisó en 1999 su concepto estratégico para incluir entre las amenazas a su seguridad los movimientos incontrolados de personas, a raíz de conflictos armados (véase *The Alliance's Strategic Concept Approved by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Washington D.C. on 23rd and 24th April 1999*, Press Release NAC-S (99)65, 24 de abril de 1999, párr. 24).

de las Naciones Unidas<sup>142</sup> como las operaciones acordadas por la OTAN en el mar Egeo a partir de febrero de 2016 codesarrolladas por Alemania, Canadá, Grecia y Turquía para luchar contra el tráfico ilegal de migrantes<sup>143</sup>, así como las propuestas con miras a reforzar las fronteras exteriores de la UE<sup>144</sup>, en las que se inscriben igualmente los ya mencionados compromisos en relación con Libia con miras a atajar la presión migratoria, desplazada ahora hacia el Mediterráneo central.

En esta dinámica de reforzamiento de los intereses estatales, se explica la insólita —por muchos motivos— iniciativa de la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016. No siendo este el lugar para abordarla en detalle<sup>145</sup>, limitémonos a consignar que esta plantea el desarrollo de una actividad concertada de índole exterior —¿un *tratado oculto*?— por parte de una institución —el Consejo Europeo— mediatizada por los Estados miembros, arrogándose un papel que desvirtúa el equilibrio institucional y menoscaba en esencia las reglas relativas al asilo —y, por ende, los consiguientes controles políticos y jurídicos existentes en la UE<sup>146</sup>—, así como las competencias compartidas entre aquellos y la UE en materia de asilo e inmigración. Por no hablar de las som-

<sup>142</sup> Prorrogadas por la Resolución 2312 (2016), de 6 de octubre de 2016.

<sup>143</sup> Sobre las operaciones navales desarrolladas en este ámbito —incluida la mencionada— véase Simone MARINAI, «The Interception and Rescue at Sea of Aylum Seekers in the Light of the New EU Legal Framework», *RDCE*, núm. 55, 2016, pp. 901-939.

<sup>144</sup> Al respecto, véase VALLE GÁLVEZ, *op. cit.*, *supra* nota 78.

<sup>145</sup> Además de las contribuciones de Paz ANDRÉS, *op. cit.*, pp. 88-89, *supra* nota 82; Enzo CANNIZZARO, «Disintegration Through Law?», *European Papers*, vol. 1, 2016, pp. 3 y 4; Olivier CORTEN, Marianne DONY, «Accord politique ou juridique: Quelle est la nature du «machin» conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?», disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/> (consultado por última vez el 31.1.2017); Sami NAÏR, *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*, Crítica, Barcelona, 2016, pp. 97-112; y Carmen PÉREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 122-127, *supra* nota 140, para su examen detenido —incluido el episodio judicial resuelto por el TS (Sala Segunda), en su Auto de 11 de julio de 2016— remitimos a nuestra contribución «El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados...», *op. cit.*, *supra* nota 12.

<sup>146</sup> Agustín J. MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 402, *supra* nota 74. De hecho, la desvirtuación apuntada ha quedado meridianamente clara en recentísimas decisiones del Tribunal General, en las que se estima, obviamente, «incompetente» para conocer de un acto que no estima emanado del Consejo Europeo, sino concertado entre los Estados miembros y Turquía con ocasión de aquel (véase Autos TG (Sala ampliada), de 28 de febrero de 2017, *NF/Consejo Europeo*, T-192/16, EU:T:2017:128; *NG/Consejo Europeo*, T-193/16, EU:T:2017:129; *NM/Consejo Europeo*, T-257/16, EU:T:2017:130, apdos. 71-74).

bras que arroja sobre el respeto efectivo de las obligaciones de unos y otros en relación no solo con la Convención de Ginebra, sino respecto de las mismas reglas del SECA, incluidas las relativas a la noción de *pais seguro* que ahora se atribuye, en los hechos, a Turquía, sumida además en los últimos tiempos en un inquietante proceso de involución en materia de derechos y garantías<sup>147</sup>.

Lamentablemente, esta dinámica está lejos de concluir: baste con consignar las recientes medidas acordadas por el Gobierno alemán a través del programa Starhilfe Plus para incentivar el retorno de los solicitantes de refugio a sus países de origen<sup>148</sup>, y tras cuyas previsiones cabe advertir medidas dudosamente conformes con las obligaciones internacionales así como con las exigencias derivadas del maltrato SECA, por no hablar de su franco contraste con el «*Willkommen Flüchtlingen*» con el que la actual canciller alemana había aportado en el verano de 2015 su singular granito de arena al desarrollo de la crisis.

## VI. CONCLUSIONES

La crisis migratoria que desde el verano de 2015 enfrenta la UE ha suscitado valoraciones encontradas desde diferentes puntos de vista. No obstante, ha sido más visible y estentórea la que asigna a la UE una dejación de sus responsabilidades en materia de protección internacional y una conculcación de los principios y valores en los que se fundamenta. En el presente trabajo, hemos tratado de desvirtuar tan severo juicio poniendo de manifiesto los logros

<sup>147</sup> Frente al prudente examen que de su implementación en esta materia ofrece la Comisión (véase 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, COM (2016) 634 final, 28.9.2016), véanse las críticas formuladas por CEAR, *Informe 2016. Las personas refugiadas...*, *op. cit.*, pp. 121-122, *supra* nota 39 o Amnistía internacional, «Acuerdo UE-Turquía: resolución griega pone de relieve fallos fundamentales», 20 de mayo de 2016. En otro orden de cosas, el acuerdo constituye un peligroso precedente: sin ir más lejos, ahora desde Marruecos se destaca que «el problema de la emigración es muy costoso para Marruecos y Europa debe apreciarlo en su justo valor» (Declaraciones del ministro de Agricultura, A. Ajanuch, recogida en el *El País*, 8.2.2017, p. 20).

<sup>148</sup> El programa —en vigor desde el 1 de febrero de 2017— prevé la concesión de ayudas al retorno para los solicitantes de refugio que las retiren o para los que habiendo obtenido una resolución denegatoria no la recurran. Al respecto, véase <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/supporting-programm-starthilfe-plus.html> (consultado por última vez el 8.2.2017).

—pero también las limitaciones— del esfuerzo emprendido por la UE, desde sus ceñidas competencias en la materia, en pos de un objetivo que —superando con creces sus compromisos internacionales— ha tratado de encauzar unas políticas nacionales en materia de asilo y refugio construidas desde las prerrogativas de la soberanía estatal. El esfuerzo no ha sido vano: el SECA, con independencia de su terminología grandilocuente, constituye hoy en día el exponente más cumplido de protección internacional, merced al cual la UE ha asumido para sí la actualización de los compromisos humanitarios petrificados en la Convención de Ginebra. Si no ha estado a la altura de las ambiciosas propuestas planteadas en los sucesivos Programas de Acción (Tempere, La Haya y Estocolmo), sí ha posibilitado una evolución, lenta pero imparable, en la que las necesidades apremiantes de las víctimas de persecución han podido encontrar cobijo. Además, el esfuerzo de la UE se ha visto fortalecido por los desarrollos jurisprudenciales a través de los cuales se han tratado de colmar los resquicios de una regulación —por definición incompleta— tras los que permanece encastillada la discrecionalidad de los Estados miembros. Su esfuerzo ha contribuido, en un diálogo no exento de tensiones con la otra jurisdicción europea, el TEDH, a labrar un estatuto de la protección internacional indiscutiblemente autónomo —enmarcado en las reglas y principios de la UE y desbordando con creces las ralas obligaciones jurídico internacionales en materia de refugio—, pero crecientemente garantista, pese a las sombras que parece proyectar alguna reciente decisión dictada en los altos de Kirchberg.

La ejecutoria de la UE, sin embargo, no ha logrado desasirse de ciertos particularismos alumbrados en la práctica de sus Estados miembros, que han condicionado sus desarrollos normativos. Criatura de los Estados, la UE ha introducido en el SECA mecanismos de desconexión de la Convención de Ginebra propiciados por aquellos, tales como la eventual exclusión del asilo respecto a los ciudadanos europeos, la acogida de la noción de *país seguro* y conceptos afines o un virtual instituto de protección temporal que ensombrecen los indudables aportes del sistema. Con todo, la imperfección de este no deriva tanto de aquellos como de la débil proyección de los principios (coherencia, solidaridad, confianza mutua y cooperación leal) que deberían sustentar e integrar las normas adoptadas y las prácticas observadas. Ausente un auténtico enfoque sistémico en su concepción y desarrollo, el planteamiento de la UE se ha visto al albur de los intereses de los Estados miembros. Esas carencias sistémicas también son perceptibles en la pareja (anti)política migratoria, cuya continua postergación ha impedido encauzar una regulación de los diferentes flujos migratorios de acuerdo con sus especificidades, lo que ha propiciado una confusión que está en el origen de los yerros y los equívocos presentes en la acción de la UE y de sus Estados miembros.



Yerros y equívocos, sí. Pero a la UE no se la puede responsabilizar de las deficiencias estructurales que afectan a sectores normativos del derecho internacional con los que ha tratado de establecer una comunicación. En este orden, las limitaciones —el *particularismo humanitario*— inherentes al derecho de los refugiados y a su instrumento rector, la Convención de Ginebra, no son consecuencia de la acción u omisión de la UE, ni prueban un desasimiento de ella respecto de su patrimonio axiológico. Por lo mismo, la confusa relación entre aquel sector y el sector normativo de los derechos humanos no es una consecuencia de una falta de compromiso de la UE con estos, sino de la real falta de coraje de la comunidad internacional que no ha querido ir más allá de una política de gestos —ahí está el EPU— cuando hubiera podido y debido abordar una revisión normativa que dotara de congruencia al conjunto de los sectores regulatorios imbuidos del principio humanitario, enfrentando en particular las implicaciones y las consecuencias de las graves violaciones de los derechos humanos, al margen de mecanismos efectistas de *justicia coloreada*. Así y todo, en este escenario hostil para los derechos humanos, la UE ha definido reglas y su TJUE ha dotado de garantías a situaciones —*v. gra.* el retorno de migrantes irregulares— que, no siendo inscribibles en los estrechos márgenes de la protección internacional, dan prueba de su compromiso real con el respeto de los derechos humanos.

Y si la UE no ha podido sustituir a la comunidad internacional en el cumplimiento de sus deberes, menos aún ha podido soslayar a sus Estados miembros. Señores de los tratados y cada vez más dueños de la voluntad de la UE, los Estados miembros son, a la postre, los auténticos responsables de las deficiencias que han conducido al trágico escenario en el que se desarrolla la actual crisis migratoria. Reticentes desde sus inicios a la implementación del SECA cuando no abiertamente hostiles, mezquinos incluso en los momentos álgidos de esta —los unos presentando como interés común un interés nacional; los otros no conociendo más que este, y el interés común dejado de lado— y dispuestos a transigir con los principios al modo *grouchomarxiano*, los Estados han proyectado su larga sombra como ninguna otra sobre la *gestión* de una crisis que algunos de ellos propiciaron. En esta deriva, la externalización del control migratorio, ungido en la Declaración UE-Turquía y urgido en la reciente Declaración del Consejo Europeo sobre Libia, constituye su última aportación —de los Estados miembros, que no de la UE— a una necesitada nueva historia universal de la infamia.

