

EL ARRIESGADO ACCESO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LA EUROPA FORTALEZA: LA BATALLA POR EL VISADO HUMANITARIO EUROPEO

ÁNGEL SÁNCHEZ LEGIDO¹

Angel.slegido@uclm.es

Cómo citar/Citation

Sánchez Legido, A. (2017)

El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 433-472. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.02>

Resumen

La dramática situación que desde principios de la presente década se vive con especial intensidad en el Mediterráneo en el marco de la llamada crisis de los refugiados, ha intensificado la necesidad que desde hace tiempo venía apuntándose de asegurar canales legales y seguros de acceso a la protección internacional en Europa. Sin embargo, la rotunda oposición de la Comisión y de los Estados miembros, por una parte, y el rechazo por el TJUE a admitir que el derecho de la Unión Europea se aplique en los supuestos en los que la protección internacional se solicita en el exterior, por otro, han colocado la pretensión de introducir un visado humanitario europeo en una situación de bloqueo. En un contexto en el que Europa se empeña en alejarse cada vez más de sus propias responsabilidades, en la presente contribución se sostienen básicamente dos ideas. De acuerdo con la primera, existen buenos argumentos para pensar que el TEDH puede acabar aceptando lo que el TJUE no ha creído posible admitir en el asunto X y X contra Bélgica. Y respecto a la segunda, al supeditar su operatividad a desarrollos normativos basados en una evaluación de

¹ Profesor titular (acreditado C.U.) de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha. La presente contribución se inscribe en el marco del proyecto de investigación «Los muros y el Derecho Internacional contemporáneo: implicaciones para la seguridad, la dignidad de la persona y el desarrollo sostenible» (DER2015-65486-R), financiado por el MINECO.

impacto, la propuesta de la comisión LIBE del Parlamento Europeo resulta razonable y prudente y, por ello, merecedora de apoyo.

Palabras clave

Europa fortaleza; asilo; refugio; acceso a la protección internacional; Sistema Europeo Común de Asilo; control de fronteras; política de visados; visado humanitario europeo; Carta de Derechos Fundamentales de la UE; eficacia extraterritorial del derecho internacional de los derechos humanos.

THE DANGEROUS ACCESS TO INTERNATIONAL PROTECTION IN FORTRESS EUROPE: THE BATTLE FOR A HUMANITARIAN VISA IN EUROPE

Abstract

The dramatic situation in the Mediterranean Sea that has been going on for a decade in the context of the so-called refugee crisis has intensified the long-standing perceived need to guarantee legal and secure access channels to international protection in Europe. However, categorical opposition from the European Commission and the Member States, on the one hand, and the refusal by the ECJ to consider that EU law applies in cases where international protection is sought abroad, on the other, have blocked the introduction of a European humanitarian visa. In a context in which Europe increasingly moves away from its responsibilities, two main ideas are put forward in this contribution. Firstly, there are good arguments to show that the ECtHR may end up accepting what the ECJ could not in the case of *X* and *X vs. Belgium*. Secondly, by way of conditioning its application to regulatory developments based on an impact assessment, the proposal of the European Parliament's LIBE committee seems reasonable and prudent and, for this reason, it deserves to be supported.

Keywords

Fortress Europe; asylum; refuge; access to international protection; European Common Asylum System; border control; visa policy; European Humanitarian Visa; Charter of Fundamental Rights of the EU; extraterritorial application of international law of human rights.

L'ACCÈS DANGEREUX À LA PROTECTION INTERNATIONALE DANS L'EUROPE FORTERESSE: LA BATAILLE POUR LE VISA HUMANITAIRE EUROPÉEN

Résumé

La situation dramatique que vit la Méditerranée depuis le début de cette décennie dans le cadre de la dénommée crise des réfugiés a intensifié le besoin, depuis

longtemps ressenti, d'assurer des voies d'accès sûres et légales à la protection internationale en Europe. Cependant, la forte opposition de la Commission et des États membres, d'une part, et le refus par la CJUE à admettre que le droit de l'Union européenne s'applique dans les cas où la protection internationale est demandée à l'étranger, d'autre part, ont placé l'intention d'introduire un visa humanitaire européen dans une situation de blocage. Dans un contexte où l'Europe est de plus en plus éloignée de ses propres responsabilités, deux idées principales sont défendues ici. Tout d'abord, il y a de bonnes raisons de croire que la CourEDH peut finir par accepter ce que la CJUE n'a pas considéré comme possible de soutenir dans le cas X et X contre Belgique. Ensuite, en conditionnant son application à de futurs développements réglementaires à partir des résultats d'une étude d'impact, la proposition de la commission LIBE du Parlement Européen semble raisonnable et prudente et, pour cette raison, digne de soutien.

Mots clés

Europe forteresse; asile; refuge; accès à la protection internationale; Régime d'asile européen commun; contrôle des frontières; politique des visas; visa humanitaire européen; Charte des droits fondamentaux de l'UE; efficacité extraterritoriale du droit international des droits humains.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DESLOCALIZACIÓN DE LOS CONTROLES FRONTERIZOS VS. INDIFERENCIA NORMATIVA RESPECTO DE LAS ASPIRACIONES EXTERIORES DE PROTECCIÓN. III. LOS LLAMAMIENTOS A FAVOR DE LA CREACIÓN DE VÍAS LEGALES Y SEGURAS DE ENTRADA: LA PRETENSIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE INTRODUCIR UN VISADO HUMANITARIO EUROPEO EN EL CÓDIGO COMUNITARIO DE VISADOS. IV. EL RECHAZO JUDICIAL A LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE VISADO HUMANITARIO EN VIRTUD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. La concesión de visados de corta estancia por consideraciones humanitarias en el vigente código comunitario de visados. 2. El ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales. 3. La no aplicación del derecho de la Unión Europea, según el TJUE, a las solicitudes de visado por razones de protección internacional. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Era notable la expectación que habían despertado las conclusiones hechas públicas apenas unas semanas antes por el abogado general Paolo Mengozzi². Al fin y al cabo, las voces que reclamaban desde hacía tiempo abrir canales legales y seguros para el acceso a la protección internacional en Europa no habían dejado de intensificarse en el contexto de la llamada crisis de los refugiados. Al hacerla suya el Parlamento Europeo y chocar frontalmente con las posiciones de la Comisión y de los Estados miembros, el llamado visado humanitario se encontraba encerrado en medio de una triple línea roja que venía bloqueando los trabajos de reforma del Código comunitario sobre visados iniciados casi tres años atrás. Y de haber seguido la posición mantenida por el abogado general se habría introducido una modificación de muy profundo calado en el diseño del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). La sentencia del Tribunal de Justicia (TJUE) de 7 de marzo de 2017 por la que

² Conclusiones del abogado general Mengozzi en el asunto X y X *vs.* Bélgica, C-638/16 PPU, EU:C:2017:93.

se ha resuelto el asunto *X y X c. Estado belga*, ha venido sin embargo a dejar las cosas como estaban³.

En él, la Gran Sala daba respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional belga competente en materia de inmigración y asilo (el Conseil du Contentieux des Étrangers) en relación con un asunto en el que se planteaba si el derecho de la Unión Europea (DUE) debía interpretarse en el sentido de reconocer con carácter obligatorio el llamado visado humanitario. El trasfondo del caso, tramitado a través del procedimiento prejudicial de urgencia (arts. 107 y ss. RP), planteaba con tintes de enorme dramatismo el dilema al que conduce un sistema internacional de asilo en el que el derecho humano a buscar protección internacional proclamado en la Declaración Universal (art. 14.1) es a menudo interpretado de tal modo que ningún Estado se considera obligado a otorgarla.

El órgano de remisión debía resolver un recurso presentado por los miembros de una familia de nacionalidad siria contra la decisión de las autoridades administrativas belgas por la que se denegaba el visado de corta estancia y validez territorial limitada (visado VTL en lo sucesivo) solicitado por los interesados en la Embajada belga en Beirut, invocando razones humanitarias y con la declarada intención de formular una solicitud de asilo en Bélgica. Basta mencionar cuatro datos concurrentes en el llamado marco fáctico del asunto para apreciar la crudeza de las coordenadas humanitarias subyacentes. La familia incluía a tres niños de corta edad; procedía de Aleppo, símbolo de las graves violaciones del derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) profusamente reportadas en el conflicto sirio; profesaban la rama ortodoxa del cristianismo, objetivo de persecución por diversos grupos rebeldes al ser percibida como afín al régimen de Al-Assad⁴; por último, el visado se había solicitado en la Embajada belga en Beirut el 12 de octubre de 2016, es decir, en una fecha en la que coincidía el recrudecimiento de los combates ante la inminencia de la toma de la segunda ciudad siria por parte de las fuerzas gubernamentales, con el cierre de fronteras y un incremento de la hostilidad hacia los refugiados por parte de unas auto-

³ Sentencia del TJUE (Gran Sala) X y X/Bélgica, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173.

⁴ Canada: Immigration and Refugee Board of Canada, «Syria: The situation of Christians, including whether Christians are perceived to be loyal to President Assad; treatment of Christians by the regime and the opposition forces, including incidents of violence against them; state protection (2013-July 2015)», 6 de agosto de 2015, SYR105229.E, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/55deba764.html> (consultado por última vez el 29-3-2017).

ridades libanesas desbordadas por la afluencia masiva de desplazados a causa del conflicto⁵.

En un asunto en el que, *a priori*, el derecho a buscar protección y a disfrutar de ella en algún país se invocaba con considerable fundamento, el TJUE ha acabado por rechazar que, en su estado actual, pueda derivarse del DUE para los Estados miembros condicionante alguno en la resolución de las solicitudes de visado presentadas por razones humanitarias en sus embajadas o consulados.

II. DESLOCALIZACIÓN DE LOS CONTROLES FRONTERIZOS VS. INDIFERENCIA NORMATIVA RESPECTO DE LAS ASPIRACIONES EXTERIORES DE PROTECCIÓN

Desde los mismos orígenes del proceso de progresiva asunción de competencias en el ámbito migratorio por la UE, los principales documentos de estrategia no han dejado de insistir en que el desarrollo de tales políticas ha de basarse en un enfoque amplio, coherente e integral. En su virtud, los aspectos relacionados con el control de fronteras y la lucha contra la inmigración irregular deben resultar equilibrados y compensados con políticas ambiciosas, no solo en el ámbito de la migración legal y el desarrollo de los países de origen, como se proclama desde 2005 en el marco del Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (GAMM, en sus siglas en inglés), sino también en el del asilo. Se afirma, en este sentido, que las medidas orientadas a detener los flujos de inmigración irregular y a garantizar la integridad del espacio Schengen y de sus fronteras exteriores deben basarse en el respeto absoluto del derecho a solicitar asilo y no deberían impedir el acceso al asilo para quien efectivamente lo necesite⁶. Sin embargo, siguiendo la estela marcada en otras regiones por Estados con similares niveles de riqueza, la prevalencia de la lógica centrada

⁵ REUTERS (John DAVISON), «Syrians in Lebanon hit by arrests, curfews and hostility after bombings», 25 de julio de 2016, disponible en: <http://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-syria-lebanon-idUSKCN1051KO> (consultado por última vez el 29-3-2017).

⁶ Pueden verse, entre otros, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, conclusiones de la Presidencia, apdo. 13; Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, 24-9-2008, 13189/08 ASIM 68, p. 3; Consejo Europeo, Programa de Estocolmo: «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», DO C 115, de 4 de mayo de 2010, apdo. 1.1, p. 5; 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 a Europa», 6 de abril de 2016, COM (2016) 197 final, p. 2.

en la seguridad y el despliegue en la Unión Europea (UE) de lo que gráficamente se han denominado políticas de *non-entrée*⁷ explican que Europa sea legítimamente percibida como un espacio difícilmente accesible para quien busca asilo.

Ello es el resultado de la puesta en práctica de un conjunto de medidas que operan tanto a nivel legal como en el plano operativo⁸. Contempladas en su conjunto, evocan una suerte de círculo vicioso que condena a quien aspira a buscar protección internacional en Europa por vías legales a retornar sistemáticamente a una casilla de partida carente casi por completo de toda salida. Para empezar, es extraordinariamente improbable que los solicitantes de asilo puedan acceder al espacio Schengen sin la previa obtención de la correspondiente autorización en forma de visado: los diez países que figuran en las estadísticas del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) como principales países de origen de refugiados aparecen también

⁷ La expresión, formulada en términos antitéticos respecto de los deberes de *non-refoulement*, es de James C. HATHAWAY, «The Emerging Politics of Non-Entrée», *Refugees*, vol. 91, 1992, pp. 40-41. Una versión actualizada de esa formulación puede encontrarse en James C. HATHAWAY y Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, «Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence», *Law and Economics Working Papers*, art. 106, 2014, pp. 1-10.

⁸ La diferencia entre unas y otras ha llevado a distinguir entre medidas de interceptación pasiva, para referirse a las que operan a nivel legal o administrativo, y las de interceptación activa, que englobarían las que implican el ejercicio de la coerción física. Guy S. GOODWIN-GILL and Jane MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3ª ed., OUP, 2007, pp. 371-372. Sobre la aplicación de la distinción a las medidas de interceptación, Violeta MORENO-LAX, «Must EU Borders Have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees», *CRIDHO Working Paper 2008/03*, pp. 7 y ss. Para un examen de conjunto de uno y otro tipo de medidas desde la perspectiva específica del acceso a la protección internacional, véase Marteen DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, doctoral thesis, Leiden University, 2011, pp. 175 y ss.; o María NAGORE CASAS, «The instruments of pre-border control in the EU: A new source of vulnerability for asylum-seekers», en AA. VC., *The protection of vulnerable individuals in the context of EU policies on border checks, asylum and immigration*, FRAME, European Commission, 31 May 2016, pp. 30 y ss. Por último, en nuestra condición de *Front-Line Member State* pionero en el diseño y aplicación de algunos elementos de estas políticas, resulta de interés el análisis de la perspectiva española en Paula GARCÍA ANDRADE, «Extraterritorial Strategies to Tackle Irregular Immigration by Sea: A Spanish Perspective», en Bernard RYAN y Valsamis MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Nijhoff, Leiden, 2010, pp. 311 y ss.

casi indefectiblemente en la llamada lista negra del Reglamento 539/2001⁹. Y la normativa europea en materia de visados y control de fronteras dispone su aplicación, en general, a los nacionales de terceros Estados, sin contemplar excepciones respecto de refugiados y apátridas¹⁰.

Aún es más improbable que, sin la obtención del casi siempre preceptivo visado, sea posible embarcar en un medio de transporte no clandestino que permita al interesado llegar a suelo europeo. La normativa comunitaria obliga a los Estados miembros a garantizar que, en caso de denegación de entrada por incumplimiento de las condiciones establecidas¹¹ el transportista no solo asuma los costes de la repatriación y los gastos de estancia, sino también que sea objeto de sanciones proporcionales, efectivas y disuasorias¹². Es cierto que la obligación se formula acompañada de una cláusula de salvaguardia a fin de preservar las obligaciones de los Estados miembros respecto de los solicitantes de protección internacional. Sin embargo, en un contexto en el que los Estados miembros tienden a entender el alcance de sus obligaciones en la materia en clave estrictamente territorial¹³, todo parece apuntar a que el pretendido

⁹ Véase, respectivamente, UNHCR, *Global Trends Forced Displacement in 2015*, p. 16, y la versión consolidada del Reglamento 539/2001, de 15 de marzo de 2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de obtener visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 81, de 21 de marzo de 2001, p. 1). La coincidencia ha dejado de ser absoluta desde la reforma del Reglamento que en 2015 sacó a Colombia de la citada lista negra, exclusión que sin embargo no ha supuesto su inclusión en la lista blanca hasta tanto dicho país no celebre con la UE un acuerdo de exención de visado, lo que supone que la exigencia de visado queda hasta entonces a lo que disponga cada Estado miembro.

¹⁰ Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código Comunitario sobre Visados (CCV en lo sucesivo), DO L 243, de 15 de septiembre de 2009, pp. 1 y ss., art. 1; Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen, CFS en lo sucesivo), DO L 77, de 23 de marzo de 2016, pp. 1 y ss., art. 2.6.

¹¹ Condiciones que, entre otras cosas, incluyen disponer de la documentación necesaria, de recursos para asegurar la manutención y la asistencia sanitaria, así como de visado cuando es preceptivo (art. 6 CFS), y que por lo general resultan en la práctica de más que difícil cumplimiento por quien precisa de protección internacional.

¹² Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del art. 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (DO L 187, de 10 de julio de 2001, pp. 45-46), arts. 3 y 4.

¹³ Véase *infra*, apdo. IV.2.

objetivo disuasorio alcanza en la práctica una efectividad tan alta como para que el control que han de hacer los transportistas se limite a una verificación de documentos que, ajena a la motivación subyacente del viajero, imposibilita emprender el viaje a quien necesita escapar¹⁴.

La aproximación física al suelo europeo sin el necesario visado ha tratado de ser dificultada a través de otros tres tipos de medidas, esta vez de carácter operativo o práctico. En primer lugar, mediante todo un conjunto de instrumentos de política exterior de naturaleza diversa —diálogos migratorios, asociaciones para la movilidad, acuerdos de segunda generación, acuerdos de trabajo, funcionarios de enlace de inmigración—, orquestados mediante un complejo sistema de reparto de competencias entre las instituciones de la UE, sus agencias —Frontex en particular— y sus Estados miembros¹⁵, Europa ha

¹⁴ Sobre la llamada responsabilidad del transportista y las dudas sobre su compatibilidad con el derecho internacional, puede verse José MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002, pp. 148-150; o Andreu OLESTI RAYO, «La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea», en Ana SALINAS DE FRÍAS y Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (eds.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo II, Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, 2005, pp. 951 y ss. Para un tratamiento más amplio, Tilman RODENHÄUSER, «Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control», *International Journal of Refugee Law*, vol. 26, 2014, pp. 223 y ss.

¹⁵ *Grosso modo*, puede decirse que el reparto de competencias en materia migratoria y de gestión de fronteras se basa, por una parte, en la reserva a favor de los Estados miembros de dos competencias clave (ejecución de los controles fronterizos en el propio territorio y determinación de los volúmenes de admisión, es decir, de las cuotas de inmigrantes a admitir o, en jerga española, el llamado cupo) y en la consideración de la práctica totalidad de las competencias comunitarias como compartidas de acuerdo con la idea (subyacente en lo establecido en el Protocolo núm. 23 sobre las relaciones exteriores de los Estados miembros con respecto al cruce de las fronteras exteriores) según la cual, bajo la coordinación de la UE, la acción bilateral de los Estados miembros especialmente interesados con los Estados de origen y tránsito puede en ocasiones reportar mayores resultados que la acción conjunta de la Unión. Para un examen más amplio y afinado véase, *per omnium*, Paula GARCIA ANDRADE, *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria. Un problema de reparto de competencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, en especial, pp. 215 y ss. Sobre la dimensión exterior de la política de inmigración más allá de los acuerdos de readmisión y las dudas que suscita la actuación en ese contexto de Frontex, José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia: en busca de una acción de la Unión eficaz, coherente y coordinada», en José MARTÍN

convertido la implicación en la gestión fronteriza y el control de los flujos migratorios —además de en ese reverso de la expulsión llamado readmisión— por parte de los Estados de origen y tránsito en objetivo prioritario de su política migratoria. Basta con reparar en que el término cayuco ha desaparecido casi por completo del discurso migratorio en nuestro país para percibir el éxito de este tipo de políticas en el control de los flujos migratorios en algunas partes de la frontera exterior europea. Un éxito que es en buena medida el resultado de la intensificación de la cooperación en el control por parte de los países de procedencia de las pateras con destino a las Islas Canarias¹⁶. Sin embargo, su reconocida condicionalidad, la opacidad con la que aparece en buena medida revestida —se ha hablado, en este sentido, de un «lado oscuro» de nuestra acción exterior para referirse a algunos aspectos de la aportación española a esta política¹⁷—, y la dependencia que genera respecto de países cuyos registros en materia de respeto de los derechos humanos resultan francamente mejorables¹⁸, constituyen aspectos que no dejan de arrojar serias dudas sobre estas políticas de deslocalización de los controles migratorios¹⁹.

Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 33 y ss.

¹⁶ Sobre el particular, puede verse Miguel Angel ACOSTA SÁNCHEZ y Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «La crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras —Frontex— y el control marítimo de la inmigración clandestina», *Tiempo de Paz*, vol. 83, 2006, pp. 19 y ss.

¹⁷ Javier GONZÁLEZ VEGA, «El control de la inmigración irregular en España», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 111, 2015, pp. 182 y ss.

¹⁸ Junto a la condicionalidad intrínseca —vinculada a concesiones dentro de la política migratoria— y extrínseca —referida a otras políticas de la UE, como la de cooperación al desarrollo—, y a la condicionalidad activa —la zanahoria— y pasiva —el palo—, quizá habría que hablar también de condicionalidad recíproca y de opacidad de las concesiones. Seguramente sea esto último lo que subyace a las declaraciones del ministro de agricultura marroquí en las que vinculaba los saltos masivos de la valla de Ceuta en febrero de 2017 y la sentencia del TJUE relativa a la inaplicación al Sahara Occidental del «acuerdo de liberalización» entre la UE y Marruecos (Sentencia del TJUE, Consejo/Frente Polisario, C-104/16, EU:C:2016:973, y Francisco PEREGIL, «Los saltos en la valla de Ceuta se duplican tras la amenaza de Marruecos», *El País*, 26 de febrero de 2017) o a las en absoluto veladas advertencias de las autoridades turcas sobre la continuidad de su colaboración en la contención de los flujos de refugiados en respuesta al cuestionamiento de la reacción de sus autoridades frente al «golpe» del verano de 2016 (REUTERS, Daren BUTLER, «Erdogan advierte que Turquía podría abrir puertas a inmigrantes si la UE presiona», 25 de noviembre de 2016).

¹⁹ Sobre el particular, puede verse más ampliamente Sandra GIL ARAUJO, «Deslocalizar los muros de Europa. Los países de origen y tránsito de inmigrantes en el control

De otro lado, y bajo la fuerte presión que imprime el principio que constituye la clave de bóveda del SECA de acuerdo con el régimen de Dublín —la regla del Estado de entrada—, expresamente concebida con la idea de incentivar la diligencia en el desempeño de preservar la «integridad» del espacio Schengen²⁰, los Estados periféricos han desarrollado diversos tipos de medidas orientadas a impedir a toda costa los cruces irregulares de las fronteras exteriores y la llegada al territorio europeo. Con el beneplácito de la UE y el apoyo de Frontex, se han organizado costosas estructuras tecnológicas (EUROSUR) así como dispositivos más o menos sofisticados y complejos de patrullaje marítimo —desde las sucesivas operaciones Hera e Indalo, hasta la operación Tritón/Sofía, heredera de la más noble Mare Nostrum— cuya dedicación al diligente cumplimiento de las normas internacionales en materia de salvamento marítimo constituye un ingrediente solo secundario dentro de un mandato centrado en la lucha contra el tráfico de inmigrantes y el control de los flujos migratorios²¹. Por su parte, conocidas bajo denominaciones di-

migratorio de la Unión Europea», *Revista Temas de Antropología y Migración*, núm. 2, 2011, pp. 9-33; Javier DE LUCAS MARTÍN, «El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones», en Rafael DEL ÁGUILA TEJERINA, (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, 2005, pp. 129 y ss.; o AMNESTY INTERNATIONAL, *The Human Cost of Fortress Europe. Human Rights Violations Against Migrants and Refugees at Europe's Borders*, Index EUR 05/001/2014, pp. 13 y ss.

²⁰ Nótese que la expresión, recurrente en el discurso oficial sobre el tema, se emplea en un sentido físico, que no ético o moral. Por otra parte, cabe señalar que, pese a introducir cambios de calado en el funcionamiento del SECA, en el paquete de propuestas de reforma que ha presentado la Comisión se mantiene la necesidad de preservar ese incentivo. Ello se traduce en que la activación del nuevo mecanismo de solidaridad, vía reubicación, en caso de afluencia masiva de solicitantes de protección en un determinado Estado miembro, se condiciona a la superación de un umbral considerablemente alto (150 %) respecto de la cuota de referencia que, en función de su población y riqueza relativos, corresponde a dicho Estado (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—, 4 de mayo de 2016, COM (2016) 270 final, arts. 34 y ss.).

²¹ Patrick KINGSLEY e Ian TRAYNOR, «EU borders chief says saving lives 'shouldn't be priority' for patrols», *The Guardian*, 22-4-2015; Patrick WINTOUR, «NGO rescues off Libya encourage traffickers, says EU borders chief», *The Guardian*, 27-2-2017. Las declaraciones a que aluden tales noticias de prensa contrastan con el esmero con que en el plano normativo se atiende en estos últimos años al respeto de los derechos humanos y las obligaciones en materia de salvamento marítimo a

versas en función de quién las aplica (*push-back*, *rispingimento*, «devoluciones en caliente»²²) algunos Estados europeos han tratado de forzar los conceptos

la hora de regular la participación de la recién rebautizada Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en actividades de cooperación operativa de vigilancia de fronteras. Sobre el particular, puede verse Gabriela A. OANTA, «Desarrollos jurídicos controvertidos en la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores de la Unión Europea en el marco de Frontex. A propósito de la Decisión 2010/252/UE», en J. M. SOBRINO HEREDIA (dir.), C. GARCÍA SEGURA, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA y G. PALAO MORENO (coords.), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española. Décimas Jornadas Extraordinarias Escuela Diplomática-Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Madrid, 22 de junio de 2010, Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Colección Escuela Diplomática, núm. 17, 2011, pp. 171 y ss.; Mariola URREA CORRES, «El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de Frontex», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, nota 14, pp. 249 y ss., Iustel, Madrid, 2012; Francina ESTEVE GARCIA, «El rescate como nueva función europea en la vigilancia del Mediterráneo», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 111, 2015, pp. 153-172, o Simone MARINAI, «The interception and rescue at sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, 2016, pp. 901-940.

²² Sobre la política italiana de *Rispingimento* puede verse la exposición de los hechos en el asunto *Hirsi Jamaa*, al que se alude en la nota siguiente. Respecto a la abundante bibliografía en torno a las llamadas devoluciones en caliente, puede verse, Tarik ATMANE TLEMSANI, «Algunas reflexiones en torno a la ley de seguridad ciudadana y el concepto de rechazo en frontera: ¿es adecuada la normativa internacional sobre derechos humanos?», *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2016, pp. 336 y ss.; Javier GONZÁLEZ VEGA, *op. cit.*, nota 17; Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA, «La llegada de inmigrantes a Isla de Tierra en Alhucemas: Crisis migratoria entre España y Marruecos y violaciones de derechos humanos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 27, 2014, pp. 11-28, o Carmen RUIZ SUTIL, «El rechazo en frontera o la denominada 'devolución en caliente' y su regulación en la LOEX», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 329-336. Aunque la A. P. de Málaga ha considerado que su aplicación conjuntamente con el llamado «concepto operativo de frontera» no puede considerarse constitutivo de un delito de prevaricación (al respecto, Paula GARCÍA ANDRADE, «'Devoluciones en caliente': sobreesimiento del proceso iniciado contra el coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, núm. 2, 2015, pp. 166-170) y a la espera de lo que acabe diciendo el TC sobre la constitucionalidad de su configuración legal en resolución del recurso de inconstitucionalidad 2896-

jurídicos a fin de desarrollar políticas de expulsiones sumarias que, puestas en práctica unas veces en tierra e impidiendo otras veces la llegada a suelo europeo mediante interceptaciones en el mar, bajo el pretexto de desarrollarse más allá de los confines del territorio estatal, pretenden quedar al margen de la aplicación de las garantías legales exigidas por el DIDH²³. Superando por último el lenguaje metafórico que identifica las políticas de interceptación marítima con una especie de «muro de Berlín flotante»²⁴, las «valladas fronterizas» de Ceuta y Melilla²⁵ constituyen el más conspicuo ejemplo del reciente y

2015 pendiente contra la Ley 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana, la compatibilidad de este tipo de prácticas con la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4 PA 4) es objeto de un asunto ante el TEDH que el órgano de Estrasburgo comunicó para observaciones al gobierno español. *N.D. vs. L'Espagne et N.T. vs. L'Espagne* (dec.), nos. 8675/15 et 8697/15. Pueden encontrarse referencias a prácticas similares desarrolladas por las autoridades griegas y búlgaras en AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, nota 19.

²³ Frente a tales tendencias, y en marcado contraste con la posición mantenida por TS de los Estados Unidos en el asunto *Sale*, el TEDH consideró en el asunto *Jamaa*, por una parte, que las interceptaciones marítimas constituyen un supuesto de sometimiento de los afectados a la jurisdicción de los Estados parte determinante la aplicación del CEDH; y, por otro, que las devoluciones sumarias constituyen una violación del art. 4 del Protocolo Adicional núm. 4 y del art. 13 CEDH y que pueden también implicar una vulneración del art. 3 CEDH. *Hirsi Jamaa and Others vs. Italy* [GC], 27765/09, §§ 81, 137, 158, 186 y 207, ECHR 2012. Sobre el mencionado asunto, Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, «Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirsi Jamaa* y otros contra Italia (sentencia de 23 de febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 285 y ss.; o María Dolores BOLLO AROCENA, «Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa* y otros c. Italia (2012)», en Santiago TORRES BERNARDEZ (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 647 y ss. Para una consideración más amplia de las políticas de interceptación y devolución en el mar, Cristina GORTAZAR ROTAECHE, «La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El SECA y la externalización del control de fronteras en la UE: el peculiar problema de los espacios marinos», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, nota 14.

²⁴ Harold Hongju KOH, «Closed-Door Policy for Refugees», *Legal Times*, núm. 36, 1993, p. 414.

²⁵ Instaladas en territorio inequívocamente español a fin de evitar conflictos mayores con nuestro vecino del sur, las llamadas valladas de Ceuta y Melilla fueron construidas

creciente fervor por el despliegue de obstáculos físicos en las fronteras de los países del norte como último intento para contener las corrientes de inmigración irregular²⁶, tendencia a la que los países periféricos de la UE se han sumado con entusiasmo²⁷.

Para cerrar el círculo, hay que recordar que, sin descartar teóricamente que los Estados miembros puedan extender sus sistemas de asilo a las solicitudes presentadas en el exterior, el SECA se ha construido limitando su vocación protectora a quienes ya se encuentran en el territorio europeo. Dos de los principales instrumentos normativos que lo conforman, en particular los que regulan el tratamiento, respectivamente, de las solicitudes y a los solicitantes de protección, incluyen una cláusula muy similar en cuya virtud se limita su eficacia armonizadora a las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio de los Estados miembros, excluyendo expresamente su operatividad en relación con las «solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros»²⁸.

en su actual configuración en respuesta a las avalanchas masivas de 2005 y comprenden, del lado español, no una sino dos vallas, un entramado de vigas y cables de acero al que se alude como sirga tridimensional y todo un dispositivo electrónico y de comunicación para detectar las intromisiones y practicar las interceptaciones. Sobre las fronteras en Ceuta y Melilla y amplios detalles sobre las vallas, puede verse ampliamente en Miguel Angel ACOSTA SÁNCHEZ, «Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y ‘tierra de nadie’», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm., 2014, o Jaume CASTÁN PINOS, «Building Fortress Europe? Schengen and the Cases of Ceuta and Melilla», 2008, disponible en: <https://www.qub.ac.uk/research../Fileupload,174398,en.pdf> (consultado por última vez el 27-3-2017).

- ²⁶ Sobre la reformulación funcional de los muros en la práctica contemporánea, desde fines de seguridad, anexionistas (Palestina, Sahara) o de control de la emigración (Berlín), a finalidades centradas en impedir y contener la inmigración irregular, así como sus implicaciones desde el DIDH, véase Moria PAZ, «Between the Kingdom and the Desert Sun: Human Rights, Immigration, and Border Walls», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 34, núm. 1, 2016.
- ²⁷ Para una aproximación al tema resulta recomendable la visualización del segundo episodio de los tres que integran la presentación titulada *A New Age of Walls*, firmada por Samuel GRANADOS, Zoenn MURPHY, Kevin SCHAUL y Anthony FAIOLI, «Fenced Out», *The Washington Post*, 14-10-2016.
- ²⁸ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DO L 180, de 29 de junio de 2013, p. 98, «directiva de acogida» en lo sucesivo), art. 3.1 y 2; y Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes

No hace falta insistir demasiado en la tragedia que, intensificada a raíz sobre todo de los conflictos en Siria y Libia, viene viviéndose desde hace ya demasiado tiempo en el Mediterráneo. En una época en la que año a año se supera el récord en el número de personas bajo mandato de ACNUR desde su creación²⁹, las cifras más o menos coincidentes de organizaciones humanitarias y de Frontex, apuntan al *Mare Nostrum* como uno de los escenarios en los que se interpreta la catástrofe. Aun cuando las medidas adoptadas por la UE para afrontarla, en particular, las incluidas en la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016, pueden ser interpretadas como un éxito al haber reducido drásticamente las llegadas³⁰, no hay que olvidar que los flujos migratorios se han desplazado al Mediterráneo Central, o lo que es lo mismo, a la más peligrosa de las rutas que lo atraviesan. Como consecuencia de ello, el número de fallecidos y desaparecidos en el trayecto se ha incrementado de 3771 en 2015 a 5096 en 2016³¹, contabilizándose entre estos últimos al menos setecientos niños solo en la mencionada ruta³².

para la concesión o la retirada de la protección internacional (DO L 180, de 29 de junio de 2013, p. 60, «directiva de procedimientos» en lo sucesivo), art. 3. 1 y 2. De manera similar, el Reglamento de Dublín III restringe la obligación de examinar las solicitudes de protección a las presentadas ya sea en el territorio de cualquiera de ellos, incluida la frontera, o en las zonas de tránsito». Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 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 (DO L 180, de 29 de junio de 2013, p. 31, «reglamento de Dublín III» en lo sucesivo), art. 3.1. La restricción espacial no se ve afectada en ninguna de las tres propuestas de reforma de los antedichos instrumentos presentadas por la Comisión a lo largo de 2016 en el marco del nuevo proceso de reforma del SECA enladrado dentro de las medidas a medio y largo plazo para afrontar la crisis de los refugiados. Véanse, respectivamente, los documentos COM (2016) 467 final, COM (2016) 465 final, COM (2016) 467 final y el ya citado COM (2016) 270 final.

²⁹ ACNUR, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2015. Forzados a huir*, Ginebra, 2016.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Quinto informe sobre los progresos realizados en la aplicación de la Declaración UE-Turquía, 2 de marzo de 2017*, COM (2017) 204, p. 2.

³¹ UNHCR, *Dead and Missing at sea. January 2015-31 December 2016*.

³² UNICEF, Press Release, «A deadly journey for children: the migration route from North Africa to Europe», New York/Geneva, 28 de febrero de 2017.

III. LOS LLAMAMIENTOS A FAVOR DE LA CREACIÓN DE VÍAS LEGALES Y SEGURAS DE ENTRADA: LA PRETENSIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE INTRODUCIR UN VISADO HUMANITARIO EUROPEO EN EL CÓDIGO COMUNITARIO DE VISADOS

La afirmación según la cual la llamada «Europa Fortaleza» es la causante del insoportable desastre humanitario al que se acaba de aludir, seguramente no se ajuste a la realidad. Pero lo que es innegable es que el entramado normativo y operativo puesto en pie para combatir la inmigración irregular recién descrito, hace que Europa se convierta en un objetivo extraordinariamente peligroso para quien, ensayando la clandestinidad como única vía disponible, aspira legítimamente³³ a encontrar la protección en el Viejo Continente³⁴. De ahí que, especialmente a partir del estallido de la actual crisis de refugiados a raíz de la llamada «Primavera Árabe», desde diversas entidades de perfil humanitario, e incluyendo a la propia Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA), no haya dejado de insistirse en la necesidad de contemplar vías legales y seguras de acceso a la protección en Europa³⁵.

³³ No resulta ocioso recordar que, de conformidad con el art. 31 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, un refugiado no puede ser objeto de sanción por el hecho de haber entrado o encontrarse ilegalmente en el territorio de un Estado en busca de protección.

³⁴ Alrededor del 90 % de los solicitantes de asilo entra en la UE de forma irregular. Laura FACCHI, «Exploring avenues for protected entry in Europe», Italian Council for Refugees, Consiglio Italiano per I Rifugiati, Abbiategrosso, 2012, p. 17.

³⁵ UNHCR, «UNHCR proposals to address current and future arrivals of asylum-seekers, refugees and migrants by sea to Europe», March 2015, pp. 5-6; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), «Defending Refugees' Access to Protection in Europe», December 2007, pp. 51 y 58; ECRE, «An Open and Safe Europe. What Next?, ECRE submission to the European Commission Consultation on the Future of Home Affairs Policies», January 2014, pp. 16-17; RED CROSS EU OFFICE, «Position paper on the right to access to international protection», November 2011; *Id.*, «Legal Avenues to Access International Protection in the EU: Recommendations of the National Red Cross Societies of the Member States of the European Union and the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies», 27th February 2013, Ref. RCEU 02/2013 — 001; HUMAN RIGHTS WATCH, *EU Policies Put Refugees at Risk. An Agenda to Restore Protection*, 2016; AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Vidas a la deriva: personas refugiadas y migrantes en el Mediterráneo Central», EUR 05/006/2014, pp. 2 y 5, o EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, «Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection: a toolbox», *FRA Focus* 02/2015, pp. 3-5.

El llamamiento nos remite a diversas figuras de protección encuadrables dentro de los denominados Procedimientos de Entrada Protegida (*Protected Entry Procedures* o los PEP)³⁶. Pese a que la expresión no siempre es empleada en el mismo sentido, se trataría de mecanismos que permiten solicitar protección en el exterior directamente al Estado o Estados respecto de los que se reclama la acogida, de modo que en caso de respuesta positiva se reconoce al interesado el acceso a su territorio, sea con carácter preliminar o definitivo. Se diferencia, por tanto, de las figuras en las que la protección se pretende o se despliega en un lugar distinto del territorio del Estado al que se dirige la solicitud (como es el caso del llamado «asilo diplomático» o de los Programas de Protección Regional), o de aquellas otras que, como ocurre con el reasentamiento, afectan a personas respecto de las que ya se ha verificado la determinación de la condición de refugiado (*Refugee Status Determination*, o RSD, por sus siglas en inglés) bajo mandato de ACNUR e implican el traslado del refugiado de un país de asilo a otro país que ha acordado admitirlo y otorgarle residencia permanente³⁷. Entre las figuras que integran la categoría se incluirían desde aquellas que implican la determinación en el exterior del estatuto de protección que se disfrutará en el Estado de acogida, ya sea a través de un examen más (procesamiento extraterritorial de las solicitudes de asilo) o menos completo (admisión humanitaria³⁸ o, en alguna de sus modalidades,

La mayor parte de las anteriores referencias han sido obtenidas de Ulla IBEN JENSEN, *Humanitarian visas: option or obligation. Study for the LIBE Committee*, 2014, p. 14.

³⁶ Según la Comisión, «por procedimiento de entrada protegida se entiende el hecho de permitir que un extranjero presente una solicitud de asilo, o de otra forma de protección internacional, ante un país de acogida potencial, pero fuera del territorio de este, y de obtener un permiso de entrada si su solicitud recibe una respuesta positiva, ya sea provisional o definitiva», COMISIÓN EUROPEA, *Hacia sistemas de asilo mejor gestionados, más accesibles y equitativos*, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2003) 315 final, apdo. 6.1.2.3, p. 16. La definición se inspira claramente en la formulada en el llamado estudio de viabilidad, encargado por la propia Comisión un año antes, de Gregor NOLL y Jessica FAGERLUND, *Safe Avenues to Asylum? The Actual and Potential Role of EU Diplomatic Representations in Processing Asylum Requests*, Danish Centre for Human Rights, Final Report, April 2002, p. 14.

³⁷ ACNUR, *Manual de reasentamiento del ACNUR*, ed. rev., 2011, pp. 79 y ss.

³⁸ Junto al otorgamiento del estatuto de protección subsidiaria en origen por el Estado receptor, el elemento característico del régimen voluntario de admisión humanitaria previsto en el punto 4 de la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016, al menos en su diseño inicial, es precisamente el examen de las solicitudes de protección

protección temporal³⁹) de la solicitud, hasta aquellas otras que, sobre la base de un examen preliminar, otorgan una suerte de salvoconducto que permite el acceso al territorio del país de acogida a los efectos de activar los procedimientos ordinarios de protección internacional (visado humanitario)⁴⁰.

En particular, y sin perjuicio de posibles variaciones en su configuración, el visado humanitario tipo ostentaría como rasgos distintivos el reconocimiento de un papel central a la autonomía individual del solicitante, pues es él quien demanda la protección al potencial Estado de acogida en el exterior; el hecho de que el proceso de elegibilidad es llevado a cabo en el exterior de modo preliminar; la finalidad orientada específicamente a ofrecer acceso legal y seguro al territorio del Estado de acogida, y la determinación final del estatus concreto de protección a través de un procedimiento desarrollado en el propio territorio⁴¹.

a través de un procedimiento acelerado en el que participa ACNUR, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) y hasta el Estado de tránsito —Recomendación de la Comisión de 15 de diciembre de 2015 relativa a un régimen voluntario de admisión humanitaria con Turquía, C (2015) 9490, apdos. 7 y ss.—.

³⁹ Pese a tratarse de una figura inédita hasta la fecha cuyos perfiles, incluyendo los relativos a la admisión, quedan a expensas de la hipotética decisión de aplicación (art. 5), su operatividad respecto de beneficiarios que no hayan llegado aún a la UE se contempla expresamente como una posibilidad —Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DO L 212, de 7 de agosto de 2001, p. 12, directiva de protección temporal» en lo sucesivo), art. 25.2—. Para un detallado examen del mecanismo de la protección temporal, en general, y las incertidumbres en que la directiva deja la cuestión del quién, Nuria ARENAS HIDALGO, *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria*, Universidad de Huelva, Huelva, 2005, en particular, pp. 215 y ss.

⁴⁰ Aunque no específicamente diseñados a fines de protección internacional, el uso flexible —es decir, con manga ancha— de los mecanismos ordinarios de acceso al territorio europeo a través de figuras como los visados para reagrupación familiar, a fines de investigación o estudios, o a fines de empleo altamente cualificado, también son considerados en ocasiones bien como una suerte de PEP, bien como una vía de acceso legal y seguro. Puede consultarse un amplio estudio sobre el empleo de estas y otras figuras de cara a facilitar el acceso a la protección en el contexto de la actual crisis en Violeta MORENO-LAX, *Europe in Crisis. Facilitating Access to Protection, (Discarding) Offshore Processing and Mapping Alternatives for the Way Forward*, Red Cross EU Office, 2015.

⁴¹ IBEN JENSEN, *op. cit.*, nota 35, pp. 8-9.

Pese a la dificultad que comporta a efectos de alcanzar un conocimiento exacto del panorama vigente la falta de ejercicio de la competencia comunitaria reconocida en el art. 79.2.a TFUE, la ausencia de armonización en la materia, y consiguientemente, la falta de mecanismos de supervisión y evaluación de la práctica nacional sobre los PEP y el visado humanitario, diversos estudios al respecto revelan dos datos⁴². Por un lado, que una significativa parte de los Estados miembros de la UE han aplicado en mayor o menor medida alguna fórmula de visado basado en consideraciones humanitarias a fin de atender necesidades de protección internacional planteadas en el exterior. Las variantes oscilan entre quienes recurren o han recurrido a tales efectos a visados nacionales de larga duración (Bélgica, Alemania, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Polonia y Reino Unido), a visados Schengen VTL (Finlandia, Malta Italia y Portugal) o, indistintamente y de modo casuístico tanto a visados nacionales como a visados Schengen, sean estos VTL o incluso visados uniformes válidos para todo el territorio de los Estados miembros (Austria, Dinamarca, Francia, Polonia, España y Holanda). Más allá, sin embargo, de los expedientes formales elegidos, la práctica pone de manifiesto que se trata de una fórmula a la que se ha recurrido sobre bases más bien excepcionales y en un marco regido por amplios márgenes de discrecionalidad. El segundo dato, por otro lado, es que a medida que se ha ido avanzando en el objetivo de la supresión de los controles en las fronteras interiores y en el desarrollo de una política europea en el ámbito de la migración y el asilo, ese tipo de prácticas se ha ido restringiendo, abandonándose los escasos mecanismos formalizados existentes y sustituyéndose, en el mejor de los casos, por fórmulas informales⁴³.

⁴² *Ibid*, pp. 41 y ss.; Outi LEPOLA, *Counterbalancing externalized border control for international protection needs: humanitarian visa as a model for safe access to asylum procedures*, Åbo Akademi University, Institute for Human Rights 2011, pp. 14 y ss. Los citados estudios se basan, esencialmente y actualizándolo, en el estudio de viabilidad elaborado por encargo de la Comisión Europea en 2003 por NOLL y FAGERLUND, *op. cit.*, pp. 95 y ss. Véase también, EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Visa policy as migration channel produced by the European Migration Network, Synthesis Report*, 2012, pp. 19 y ss.

⁴³ MORENO-LAX, *op. cit.*, nota 40, p. 37. España constituye el ejemplo paradigmático de la tendencia. La vigente ley de asilo suprimió el derecho a presentar solicitudes de asilo en embajadas y consulados que se contemplaba en la normativa anterior, sustituyéndola por un precepto en virtud del cual los embajadores pueden promover el traslado de los interesados a España cuando peligre su integridad física a fin de que puedan presentar la solicitud en territorio español (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31

La cuestión de la posible adopción de medidas a nivel comunitario en el ámbito de los PEP, en general, y del visado humanitario, en particular, no ha dejado de estar presente a lo largo de todo el proceso de conformación de la política comunitaria de inmigración y asilo⁴⁴. De hecho, en buena parte de los documentos de reflexión y prospectivos con los que la Comisión ha ido predefiniendo su progresiva configuración, el Ejecutivo comunitario no solo ha insistido en la necesidad de evaluar y valorar la posible introducción de este tipo de instrumentos a nivel comunitario, sino que en más de una ocasión ha abogado directa o indirectamente a favor de fórmulas más o menos intensas de armonización y coordinación de la práctica nacional en este ámbito. Ya en 2003 la constatación de la disparidad que revelaba el informe de viabilidad que ella misma había encargado sobre la práctica nacional le llevaba a concluir que «existe por lo tanto una fuerte necesidad de armonización en este campo»⁴⁵. Poco después, además de sugerir la posible creación de grupos operativos regionales a los que se podría encomendar, entre otras tareas, la gestión en el terreno de procedimientos de entrada protegida en cooperación con ACNUR, insistía en la conveniencia de considerar la posible introducción de una forma rudimentaria de procedimientos de entrada protegida en

de octubre de 2009, art. 39). Al respecto, Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: A propósito de la nueva Ley de asilo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 18, 2009, pp. 21 y ss. Sin embargo, la regulación de las condiciones de acceso a las embajadas y consulados, así como del procedimiento para el examen de las solicitudes de traslado quedan a expensas de un desarrollo reglamentario todavía pendiente de verificarse más de seis años después de la entrada en vigor de la ley, lo que ha motivado no solo las quejas reiteradas del Defensor del Pueblo, sino también la remisión por parte de la Comisión Europea de una Carta de Emplazamiento por la falta de transposición de la directiva (revisada) de procedimientos (DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, Madrid, 2016, p. 26).

⁴⁴ Para un tratamiento más amplio del tema, IBEN JENSEN, *op. cit.*, nota 34, pp. 29 y ss.; LEPOLA, *op. cit.*, nota 42, pp. 16 y ss.; María Esther SALAMANCA AGUADO, «La dimensión exterior de la política común de asilo: ¿solidaridad internacional o elusión de responsabilidades?», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, nota 14, pp. 274 y ss., o Violeta MORENO-LAX, «Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X c. État belge (Part I)», *EUMigrationLawBlog*, 16 de febrero de 2017.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política común de asilo y el Programa de protección, COM (2003)152 final, 26 de marzo de 2003, p. 10.

todos los Estados miembros a través de una directiva inspirada en las mejores prácticas⁴⁶. Más tarde, en la preparación del Programa de Estocolmo, la Comisión hablaba de nuevas responsabilidades de protección, y defendía que se facilitaran los procedimientos de entrada protegida y la expedición de visados humanitarios⁴⁷.

A raíz de la tragedia de Lampedusa de octubre de 2013, con el telón de fondo de más de trescientas personas ahogadas, y en el marco de los trabajos para definir el nuevo marco estratégico en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) tras la expiración del Programa de Estocolmo, la Comisión volvía a anunciar su intención de analizar nuevas posibilidades de entrada protegida, y sin descartar la posibilidad de avanzar en el desarrollo de mecanismos de tramitación conjunta de las solicitudes en el exterior, sugería comenzar desarrollando un enfoque común para los visados humanitarios y el desarrollo de directrices comunes como opción complementaria a la participación de la UE en los programas de reasentamiento de ACNUR⁴⁸. Por último, en la preparación del programa «post-Estocolmo», si bien la Agenda Europea de Migración guardaba silencio sobre el tema, la Comisión animaba a los Estados miembros a utilizar las vías disponibles para la entrada legal, con referencia expresa a los permisos humanitarios, y anunciaba, una vez más, que estudiaría las posibilidades de promover un enfoque europeo coordinado en este ámbito⁴⁹.

En claro contraste con el apoyo recibido por parte del Parlamento Europeo, quien de manera reiterada ha defendido el desarrollo de procedimientos de entrada segura a nivel comunitario y la regulación del visado

⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Hacia sistemas de asilo mejor gestionados, más accesibles y equitativos», COM (2003) 315 final, 3 de junio de 2003, p. 17.

⁴⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos. Más libertad en un entorno más seguro», apdo. 5.2.3., p. 30.

⁴⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la labor del Grupo Especial para el Mediterráneo, COM (2013) 869 final, 4 de diciembre de 2013, apdo. 2.4, p. 13; y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad», COM(2014) 154 final, 11 de marzo de 2014., p. 8.

⁴⁹ 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 a Europa», COM(2016) 197 final, 6 de abril de 2016, p. 17.

humanitario⁵⁰, este tipo de propuestas han encontrado siempre una fría respuesta desde el ámbito intergubernamental. En el Programa de Estocolmo, el Consejo Europeo respondía al llamamiento de la Comisión a explorar fórmulas de responsabilidad señalando que los nuevos planteamientos en relación con los procedimientos de asilo en el exterior debían basarse en mecanismos caracterizados por la participación de los Estados miembros con carácter voluntario, subrayando así el rechazo a cualquier tipo de armonización⁵¹. Y cuatro años más tarde, a la hora de definir las prioridades estratégicas del ELSJ para el actual periodo, los jefes de Estado y de Gobierno insistían en el desarrollo de programas regionales de protección y en avanzar en la participación de la UE en los programas de reasentamiento, resistiéndose a asumir las sugerencias de la Comisión orientadas al desarrollo de enfoques coordinados o directrices comunes en materia de visado humanitario⁵².

Condenada del lado intergubernamental a un interminable «purgatorio exploratorio»⁵³ que ha provocado que jamás encontrara proyección en las propuestas normativas de la Comisión, la cuestión del visado humanitario se ha colado, sin embargo, en la agenda legislativa de la UE merced a las simpatías con las que dicho instrumento es contemplado en el seno de la institución parlamentaria. En abril de 2014, la Comisión presentaba una propuesta de modificación del Código Comunitario sobre Visados (CCV) inspirada en motivaciones preferentemente económicas dirigidas a evitar que la pesadez de

⁵⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, sobre el futuro del Sistema Europeo Común de Asilo (2008/2305 INI), P6-TA (2009) 0087, 10 de marzo de 2009, apdo. 49; Resolución del Parlamento Europeo sobre la revisión intermedia del Programa de Estocolmo (2013/2024 INI), P7-TA (2014) 0276, 2 de abril de 2014, apdo. 83; Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de octubre de 2013, sobre los flujos migratorios en el mar Mediterráneo, con especial atención a los trágicos hechos acaecidos en aguas de Lampedusa (2013/2827 RSP), P7_TA-PROV (2013) 0448, 23 de octubre de 2013, apdos. G, 21 y 2; o Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de septiembre de 2015, sobre la migración y los refugiados en Europa (2015/2833 RSP), P8-TA (2015) 0317, apdo. 13.

⁵¹ Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DO C-115, de 4 de mayo de 2010, apdo. 6.2.3). Para una lectura del citado apdo. en clave de rechazo a las propuestas armonizadoras de la Comisión, Elspeth GUILD y Violeta MORENO-LAX, «Current challenges regarding the International Refugee Law, with focus on EU Policies and EU Co-operation with UNHCR», *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, núm. 59, 2013, p. 19.

⁵² Consejo Europeo, 26 y 27 de junio de 2014, Conclusiones, EUCO 79/14, apdo. 8.

⁵³ MORENO-LAX, *Asylum (Part I)...*, *lovs. cit.*

los procedimientos y las rigideces de la actual configuración del visado Schengen desincentiven el acceso de viajeros frecuentes (y solventes), especialmente turistas y gente de negocios, a la UE desviándolos hacia otros destinos⁵⁴. Y, como era previsible a tenor de lo que se acaba de exponer, sin decir una sola palabra sobre el tema, en ella se mantenía el estatus quo en lo que al llamado visado humanitario se refiere.

Tras dos años de trabajos parlamentarios, sin embargo, el 25 de abril de 2016 la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) del Parlamento Europeo adoptaba por una rotunda mayoría el proyecto de resolución legislativa sobre el tema⁵⁵. En él se instaba al pleno a proponer en primera lectura más de ciento cincuenta enmiendas, de las cuales alrededor de una quincena se dirigen a incrementar las posibilidades de que las consideraciones humanitarias puedan justificar la relajación en la aplicación de las exigencias ordinarias de concesión del visado uniforme (plazos, tasas, seguro médico, etc.) y sobre todo, a introducir un visado humanitario europeo. A tal efecto, se proponen especialmente dos cosas. En primer lugar, se reconoce expresamente la existencia de un visado humanitario europeo construido sobre el ya existente visado de validez territorial limitada, que podría ser solicitado directamente en cualquier embajada o consulado de los Estados miembros por quienes requieran de protección internacional y que, en caso de concederse, habilitaría a entrar en el territorio del Estado miembro que lo haya expedido con la exclusiva finalidad de solicitar protección internacional de conformidad con lo establecido en la directiva de reconocimiento (enmienda 95).

Y en segundo lugar, se propone la enmienda de los dos preceptos que en el Código vigente venían siendo utilizados para la expedición de visados VLT con fines humanitarios⁵⁶. Por una parte, se modificaría el actual art. 19.4 a fin de establecer claramente la obligación de admitir la solicitud de visado si el Estado miembro lo estima necesario por razones humanitarias debido a obligaciones internacionales (enmienda 73). Por otra, se enmendaría el actual art. 25.1.a a fin de clarificar que entre las consideraciones

⁵⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Código sobre Visados de la Unión (Código de Visados), COM (2014) 164 final, 1 de abril de 2014.

⁵⁵ Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Código sobre Visados de la Unión (Código de Visados). Ponente: Juan Fernández López Aguilar (PE 557.179v04-00, A8-0145/2016). El proyecto fue adoptado por cuarenta votos a favor, dos en contra y dos abstenciones.

⁵⁶ Sobre los mencionados preceptos, véase *infra*, apdo. IV.1.

humanitarias o las obligaciones internacionales que imponen la expedición del visado VLT se incluye en particular el supuesto en el que ello «sea necesario para garantizar la protección internacional de la persona interesada» en virtud de los instrumentos internacionales y de la Unión pertinentes (enmienda 94). Junto a lo anterior, con la finalidad de hacer algo más digerible una propuesta de tan hondo calado, se establecería un periodo transitorio de dos años desde la entrada en vigor del reglamento antes de que el nuevo instrumento fuera aplicable, y se contemplaría además que la Comisión adoptase normas de desarrollo que detallen las condiciones y procedimientos específicos para su expedición previa la realización de una evaluación de impacto (enmiendas 15 y 154)⁵⁷.

Como era presumible, la propuesta de visado humanitario europeo ha chocado con la frontal oposición de los Estados miembros y de la propia Comisión, quien insiste en reconducir a los programas de reasentamiento y al uso flexible de los instrumentos para la inmigración regular el desarrollo de mecanismos de acceso legal y seguro a la UE⁵⁸. Inmediatamente después de la adopción del proyecto de la comisión LIBE se puso en marcha el mecanismo informal de los *trílogos* a fin de intentar una aproximación de posturas que posibilitara la adopción por el PE de una posición en primera lectura viable. Pese a la opacidad que caracteriza el desarrollo de este tipo de mecanismo⁵⁹,

⁵⁷ Al margen de la conveniencia de dejar un periodo de gracia a los Estados miembros, la previsión de desarrollos de ejecución resulta razonable si se tienen en cuenta dos cosas. En primer lugar, la diversidad de modelos de visado humanitario imaginables *a priori* en cuestiones tales como la determinación del Estado miembro competente, qué autoridad debería examinar el fondo de la solicitud antes de expedir el visado, si ese examen debe limitarse a una evaluación *prima facie* o puede o debe consistir en un examen completo de la solicitud de asilo, si debe exigirse algún vínculo entre el solicitante y el Estado ante cuya embajada se presenta la solicitud, etc. Para un examen más amplio de este tipo de cuestiones, LEPOLA, *op. cit.*, nota 42, pp. 21 y ss. Y, en segundo lugar, como la propia Comisión ha acabado reconociendo en la Agenda Europea de Migración al proponer reglamentos que sustituyan las directivas de reconocimiento y de procedimientos, el recurso a normas mínimas constituye una de las razones por las que el SECA no garantiza la existencia de un grado de protección equivalente en todos los Estados miembros y es fuente de disfunciones en la operatividad del sistema, por lo que seguramente habría que abogar más bien por una reglamentación uniforme para toda la UE. Al respecto, COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 6, pp. 4-5 y 10.

⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA, *ibid.*, pp. 14 y ss.

⁵⁹ Sobre el mecanismo de los *trílogos* y las acusaciones de opacidad, puede verse Gregorio GARZÓN CLARIANA, «El Parlamento Europeo y la evolución del poder legis-

y muy a pesar del *lobby* turístico, todo parece indicar que las posiciones en torno al visado humanitario están muy lejos de poder ser reconciliadas, hasta el punto de que la opción de que el código de visados acabe siendo aparcado es una posibilidad que parece muy probable⁶⁰.

IV. EL RECHAZO JUDICIAL A LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE VISADO HUMANITARIO EN VIRTUD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El escenario legislativo no es, sin embargo, el único en el que se ha venido librando la batalla en torno al reconocimiento del visado humanitario en el DUE⁶¹. Como ya se avanzó, en el asunto *X y X contra Reino de Bélgica*, la Gran Sala del TJUE debía resolver la cuestión de si en su estado actual e independientemente de cualquier reforma legislativa, el DUE impone a los Estados miembros la obligación de examinar las solicitudes de protección internacional presentadas en sus embajadas y consulados y de conceder el visado VTL cuando concurren las circunstancias determinantes del otorgamiento de protección internacional. Dos tipos de argumentos son, esencialmente, los que se habían esgrimido a favor del reconocimiento de esa obligación⁶².

lativo y del sistema normativo de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, pp. 43-83, y Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA, «A vueltas con la noción de ‘acto legislativo’ y sus consecuencias jurídicas en el Derecho de la Unión Europea», en *Cursos de Derecho Internacional y RRII de Vitoria-Gasteiz 2013*, pp. 131 y ss.

⁶⁰ Véase el Documento de la presidencia al COREPER sobre el tema de 14 de noviembre de 2016 —DOC 8401/14 VISA 90 CODEC 971 COMIX 201 COM (2014) 164 final—. La posición de la principal asociación europea de empresas turísticas consiste en que la cuestión del visado humanitario sea apartada de los trabajos de reforma del código de visados. ETOA, «Member States and European Parliament urged to make progress on Schengen Visa reform», Press Release, 24 de enero de 2017.

⁶¹ De hecho, el proyecto del LIBE (en particular, su enmienda 94), aparecía cuidadosamente redactado a fin de que la propuesta de contemplar expresamente un visado humanitario en el Código Comunitario de Visados no pudiera ser interpretada como un reconocimiento de la ausencia total de obligaciones para los Estados miembros en virtud del DUE en este ámbito.

⁶² La doble línea de argumentación aparece meridianamente definida en las Conclusiones Mengozzi, cit., nota 2, apdo. 121.

1. LA CONCESIÓN DE VISADOS DE CORTA ESTANCIA POR CONSIDERACIONES HUMANITARIAS EN EL VIGENTE CÓDIGO COMUNITARIO DE VISADOS

La primera línea de razonamiento había sido avanzada algún tiempo atrás⁶³ y se basa, fundamentalmente, en una interpretación de las disposiciones vigentes del CCV a la luz de las apreciaciones realizadas por el TJUE en el asunto *Koushkaki* y de las referencias que en el mencionado instrumento se contienen a la necesidad de respetar las obligaciones internacionales en materia de refugio y derechos humanos⁶⁴. El citado instrumento, pieza clave junto al Código de Fronteras Schengen (CFS) del marco normativo en materia de gestión de fronteras y regulación de los flujos migratorios de la UE, se adoptó con la finalidad de refundir, ampliando y profundizando la regulación preexistente, las disposiciones en la materia procedentes del acervo de Schengen, en especial del acuerdo de aplicación del convenio. A través de este instrumento, se establece una regulación uniforme para todos los Estados miembros⁶⁵ aplicable a los visados de corta duración, los cuales habilitan para una estancia en cualquier parte del territorio de la UE de hasta un máximo de tres meses en un periodo de seis meses (art. 1 CCV).

Con carácter general, el CCV supedita tanto la admisión de la solicitud (art. 19 CCV) como la expedición del visado (art. 32.1 CCV) a una serie de condiciones, vinculadas las primeras con la presentación de los documentos requeridos, la disposición a la toma de los datos biométricos o el pago de la tasa pertinente; y relativas, esencialmente las segundas, que son comunes a las exigidas para permitir la entrada al espacio Schengen (art. 6.1. CFS), a la aportación de documentos que acrediten, además de la identidad, recursos suficientes para la manutención y el alojamiento, cobertura de asistencia sanitaria, la veracidad de su contenido y no levanten sospechas de la intención del solicitante de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado. En suma, condiciones que, casi por definición, resultan

⁶³ Steven PEERS, «Do potential asylum-seekers have a right to a Schengen visa?», *EU Law Analysis*, Enero de 2014; IBEN JENSEN, *op. cit.*, nota 35, pp. 16 y ss. y p. 50; MORENO-LAX, *op. cit.*, nota 40, pp. 35 y ss.

⁶⁴ Una excelente exposición puede encontrarse en las Conclusiones Mengozzi, cit., nota 2, apdos. 120 y ss. También en Thomas SPIJKERBOER, Evelien BROUWER y Yussef AL TAMIMI, *Advice in Case C-638/16 PPU on prejudicial questions concerning humanitarian visa*, 5 de enero de 2017, apdos. 2.3 y ss.

⁶⁵ Entre los Estados miembros, no obstante, no se encuentran a estos efectos Reino Unido ni Irlanda. Por el contrario, el CCV resulta de aplicación a Dinamarca, Islandia, Noruega y Suiza.

de cumplimiento prácticamente imposible para el solicitante-tipo de protección internacional.

No obstante, el rigor de ambas disposiciones se ve atemperado con sendas cláusulas que permiten, excepcional y respectivamente, admitir solicitudes y expedir visados de corta duración aún en caso de no cumplirse los requisitos exigidos. Respecto a lo primero, el art. 19.4 CCV dispone que «no obstante lo anterior, podrá considerarse admisible una solicitud que no cumpla los requisitos fijados en el apdo. 1 por razones humanitarias o de interés nacional». Y en cuanto a lo segundo, el art. 25.1.a.i) CCV establece que «se expedirá un visado de validez territorial limitada excepcionalmente [...] cuando el Estado miembro de que se trate considere necesario, por razones humanitarias o de interés nacional o debido a obligaciones internacionales [...] establecer una excepción al principio de obligado cumplimiento de las condiciones de entrada fijadas [...]».

Pese al carácter equívoco que supone combinar expresiones imperativas y facultativas en ambas disposiciones, los recurrentes en el litigio principal abogaban por otorgar preferencia a las primeras («se expedirá»), así como por entender que la expresión razones humanitarias no se refiere únicamente a casos de asistencia médica o sanitaria del interesado o de un pariente, asistencia al sepelio de un familiar o similares, sino que también incluye las circunstancias determinantes del otorgamiento de protección internacional en virtud de obligaciones internacionales. En apoyo de esta interpretación esgrimían el pronunciamiento del propio Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Koushkaki*, en el que el máximo órgano judicial de la UE había rechazado que los Estados miembros, sin perjuicio del margen de apreciación de las circunstancias del caso que les corresponde, dispongan de una facultad plenamente discrecional a la hora de decidir la concesión de un visado Schengen y que, por consiguiente, puedan denegar la concesión del visado uniforme por motivos distintos de los legalmente establecidos⁶⁶. Invocaban, también, las constantes referencias que los instrumentos normativos en cuestión hacen a la necesidad de respetar los instrumentos internacionales pertinentes en materia de derechos humanos y asilo (considerando 29 del preámbulo del CCV o art. 3.A CFS).

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La segunda línea argumental, que complementa y supera por rango normativo a la anterior, pretendía la aplicación de la doctrina que prohíbe la

⁶⁶ Sentencia del TJUE *Koushkaki*, C-84/12, EU:C:2013:862, apdo. 63.

devolución en caso de riesgo grave de sometimiento a tortura o a privación ilegítima del derecho a la vida. De conformidad con dicha doctrina, un Estado vulnera la prohibición de la tortura o el derecho a la vida —también, aunque solo *ex hypothesi*, los derechos vinculados a la tutela judicial— si expulsa o devuelve a una persona a un lugar donde exista un riesgo grave de ser sometido a tortura o a una privación del derecho a la vida —o, hipotéticamente, a flagrante denegación de justicia—. Formulada inicialmente por la antigua ComEDH y ampliamente desarrollada por el TEDH⁶⁷, la mencionada doctrina ha sido asumida por otros organismos internacionales de garantía de los derechos humanos, aparece proclamada en el art. 3 del Convenio de Naciones Unidas contra la Tortura (CAT) y resultó acogida también expresamente en el art. 19.2 de la CDFUE⁶⁸. Tratándose de una doctrina que complementa el alcance del *non refoulement* del art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 en relación con los tradicionalmente llamados refugiados *de facto*, la CDFUE la incorpora con carácter adicional y complementario al reconocimiento del derecho de asilo (art. 18), sirviendo así de base a la previsión, en la directiva

⁶⁷ Para un análisis más amplio de la citada doctrina, Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, «El derecho fundamental a no ser expuesto al riesgo de tortura mediante la expulsión o extradición al exterior», en Ana SALINAS DE FRÍAS (coord.), *Inmigración e integración: aspectos sociales y legales*, Seguitur, 2008, pp. 24 y ss.; PAZ, *op. cit.*, nota 26, pp. 12 y ss., o Hemme BATTJES, «The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law», *European Journal of Migration and Law*, núm. 11, 2009, pp. 205 y ss. Una síntesis de la doctrina del TEDH en la materia conjuntamente con un breve repaso del proceso de su reconocimiento en el art. 19 CDFUE, en José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Art. 19. Protección en caso de devolución, expulsión y extradición», en Araceli MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, pp. 379 y ss.

⁶⁸ Antes de la entrada en vigor de la Carta conjuntamente con el Tratado de Lisboa en virtud del art 6.1 TUE, en diciembre de 2009, y sin perjuicio de defender la autonomía interpretativa de sus concreciones en el DUE, en particular en la configuración de la figura de la protección subsidiaria en la directiva de reconocimiento, el TJUE había reconocido ya expresamente que la citada doctrina formaba parte de los principios generales del derecho de la Unión (Sentencia del TJUE Elgafaji, C-465/07, EU:C:2009:94, apdo. 28). Véase, al respecto, Miguel Angel ACOSTA SÁNCHEZ y Michel REMI NJIKI, «TJCE — Sentencia de 17-02-2009, Elgafaji vs. Staatssecretaris van Justitie — C-465/07 — Política Europea de asilo y refugio — artículo 3 CEDH — Protección Subsidiaria — Amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado — Prueba», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35, 2010, pp. 239-255.

de reconocimiento, de dos estatutos diferenciados de protección internacional (asilo y protección subsidiaria) en el DUE⁶⁹. Tal y como se hace constar en las explicaciones sobre la CDFUE, el apdo. 2 del art. 19 corresponde al art. 3 del CEDH tal como lo interpreta el TEDH⁷⁰.

Como se pone claramente de manifiesto en las conclusiones del abogado general Mengozzi, no es sin embargo la versión original de esta doctrina la que en mayor medida se ha utilizado para tratar de conseguir la obligación de los Estados miembros de examinar las solicitudes de protección formuladas en embajadas y consulados y de autorizar la entrada en su territorio de quienes acrediten su necesidad. Ello obedece a que las expectativas parecían mucho más favorables tratando de anclar la aspiración en la CDFUE más que en el DIDH⁷¹. La razón tiene que ver con el diferente ámbito de aplicación *ratione loci* de una y otro: mientras que los tratados internacionales de derechos humanos, en cuanto tales tratados, tienen un alcance esencialmente territorial, la CDFUE acoge la tradicional jurisprudencia del TJUE iniciada a partir del asunto *ERT*⁷² en virtud de la cual el *corpus* comunitario en materia de derechos fundamentales despliega su eficacia respecto de los Estados miembros cuando éstos aplican el derecho de la Unión (art. 51.1 CDFUE). Además, aun cuando dicho tribunal no ha tenido todavía ocasión de pronunciarse sobre la posible aplicación extraterritorial de la Carta, sí que ha sentado ya el principio del paralelismo en la aplicación del DUE y de la Carta, al afirmar en términos especialmente rotundos que «no existe ningún supuesto comprendido en el derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales.

⁶⁹ Arts. 13 y 18, respectivamente. En el marco de los actuales trabajos de reforma del SECA, la Comisión ha constatado que una y otra figura resultan de desigual aplicación entre los Estados miembros, lo que le ha llevado a manifestar su intención de clarificar las diferencias y, sobre todo, de profundizar en el carácter provisional de la protección subsidiaria a través de revisiones de cese más frecuentes, COMISIÓN EUROPEA, cit., nota 6, pp. 10-11.

⁷⁰ Explicación relativa al art. 19 —Protección en caso de devolución, expulsión y extradición (DO C 303, de 14-12-2007)—.

⁷¹ Conclusiones Mengozzi, cit., nota 2, apdos. 71-74 y 102-105.

⁷² Sentencia del TJUE *ERT/DEP*, C-260/89, EU:C:1991:254, Rec. p. I-2925, apdo. 42. Sobre la citada doctrina, en una visión crítica por intrusiva en exceso en ámbitos de apreciación nacional, Peter M. HUBER, «Unificación a través de los derechos fundamentales comunitarios. Sobre la necesidad de revisión de la jurisprudencia *ERT*», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 0, 2008, pp. 68-75.

La aplicabilidad del derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta»⁷³.

Es cierto que los órganos internacionales de garantía de los derechos humanos, en general, y el TEDH en particular, han desarrollado una construcción que tiende a superar la comprensión del alcance de sus respectivos instrumentos convencionales de referencia en clave estrictamente territorial, y que esa doctrina ha sido avalada por la propia Corte Internacional de Justicia y asumida respecto de la Convención de Ginebra por ACNUR⁷⁴. Sin embargo, aunque en los últimos tiempos el Tribunal de Estrasburgo ha expandido la eficacia extraterritorial del Convenio, reconociendo por ejemplo su operatividad en los supuestos de interceptación en alta mar por parte de buques sobre los que las autoridades de un Estado parte ejercen un control efectivo⁷⁵, aún se sienten las consecuencias de la más que discutible posición asumida por dicho órgano en el asunto *Bankovic*⁷⁶.

⁷³ Sentencia del TJUE Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, apdo. 21, y sentencia del TJUE Pfleger y otros, C-390/12, EU:C:2014:281, apdo. 34.

⁷⁴ Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ Recueil 2004, p. 136, apdos. 109-111 respecto del PIDCP, 112 en relación con el PIDESC, y 113 en relación con la CDN. Del mismo modo, ACNUR viene defendiendo que el principio de no devolución no está restringido territorialmente y que, trayendo a colación las reglas de responsabilidad internacional del Estado por hecho ilícito, opera cada vez que un agente del Estado actúa en dicha condición, incluso cuando lo hace fuera del territorio nacional —Communication from the European Commission on A Common Policy on Illegal Immigration COM (2001) 672 final UNHCR's Observations, Geneva, July 2002, paragraph 12; y UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Ginebra, 26-1-2007—. Sobre todas estas cuestiones, puede verse ampliamente la reciente contribución de Joana ABRISKETA URIARTE, «La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56, 2017, pp. 119-158.

⁷⁵ HIRSII JAMAA, cit., nota 22, §§ 76-82. A los efectos de afirmar la jurisdicción, es irrelevante que el buque sobre el que las autoridades del Estado parte ejercen el control enarbole o no el pabellón de ese o de otro Estado parte en el Convenio. *Medvedyev and others vs. France*, [GC], 29 March 2010, §§ 66-67, ECHR Reports 2010-III.

⁷⁶ *Bankovic e. a. vs. Belgique e. a.* [GC], (dec.), núm. 52207/99, 12 décembre 2001, §§ 74-82. En este asunto, apartándose en muy buena medida de su jurisprudencia previa, el TEDH negó que el bombardeo aéreo por parte de aviones de combate de varios Estados parte contra el edificio de la Radiotelevisión Serbia en Belgrado en el marco de la intervención de la OTAN en Yugoslavia durante la crisis de Kosovo pudiera

Resulta indiscutible que el CEDH se aplica en los supuestos en los que el Estado parte desarrolla un control efectivo de un territorio en el exterior⁷⁷, pero también cuando ejerce su jurisdicción de manera más o menos puntual u ocasional sobre un individuo fuera de sus fronteras⁷⁸. No está tan claro, en cambio, si las actividades administrativas de control migratorio y de fronteras que no implican el ejercicio de la coerción física ni la privación de libertad pueden ser consideradas como supuestos en los que los interesados están sometidos a la jurisdicción del Estado que las lleva a cabo⁷⁹. Tampoco si, en caso

considerarse como un supuesto en el que las víctimas se encontraran sometidas a su jurisdicción. Véase, para un examen crítico, Juan Miguel ORTEGA TEROL y Angel SÁNCHEZ LEGIDO, «Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europea*, núm. 3, 2002, pp. 493-516; o Alexander ORAKHELASHVILI, «Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *European Journal of International Law*, núm. 14, 2003, pp. 529-568.

⁷⁷ *Loizidou vs. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, § 62, Series A núm. 310; *Cyprus vs. Turkey* [GC], núm. 25781/94, §§ 75-80, ECHR 2001-IV; o *Ilaşcu and Others vs. Moldova and Russia* [GC], núm. 48787/99, §§ 314-16, ECHR 2004-VII.

⁷⁸ Véase, especialmente, la *puntualización* que sobre su doctrina en el asunto *Bankovic* hizo el Tribunal de Estrasburgo en el asunto *Al-Skeini* en el sentido de que el CEDH no solo se aplica extraterritorialmente en los supuestos de control efectivo de un territorio en el exterior, sino también cuando sus agentes ejercen fuera de sus fronteras control y autoridad sobre un individuo. *Al-Skeini and Others vs. The United Kingdom* [GC], núm. 55721/07, 7 July 2011, §§ 132-142, en esp. § 173, ECHR 2011-IC. Esa dualidad de títulos de asunción de jurisdicción (autoridad y control por parte de un agente estatal, de una parte, y control efectivo sobre un territorio, de otra), se reitera en *Jaloud vs. The Netherlands*, [GC] núm. 47708/08, 20 November 2014, §§ 130-139, ECHR 2014. Al respecto, Javier GONZÁLEZ VEGA, «¿Enterrando a Bankovic? La eficacia extraterritorial del Convenio Europeo a la luz de la Sentencia TEDH (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2014 en el asunto Jaloud c. Países Bajos», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 67, 2015, pp. 312-317.

⁷⁹ Bajo la máxima según la cual un Estado parte no puede «perpetrate violations of the Convention on the territory of another State which it could not perpetrate on its own territory» (*Andreou vs. Turkey* —dec.—, núm. 45653/99, 3 June 2008), el TEDH ha reconocido que hay ejercicio de la jurisdicción en el sentido del art. 1 CEDH en casos de actuación exterior relacionadas con supuestos de detención y/o privación de libertad (*Freda vs. Italy* —dec.—, núm. 8916/80, Commission decision of 7 October 1980, § 3, DR, 21, p. 250; *Sánchez Ramirez vs. France* —dec.—, núm. 28780/95, Commission decision of 24 June 1996, DR 86-A, p. 155; *Öcalan vs. Turkey* —GC—,

afirmativo, ello se traduce en la operatividad del Convenio no solo en una dirección negativa (no violar) sino también con proyección positiva (en lo que ahora interesa, prevenir el riesgo de violaciones por parte de terceros).

Frente a lo sostenido por la Comisión y el Gobierno belga en sus observaciones en el asunto *X y X* ante el TJUE, existen buenos argumentos para defender lo uno y lo otro. En cuanto a lo primero, si en el concepto de jurisdicción cabe incluir el ejercicio de prerrogativas públicas susceptibles de condicionar no solo la conducta, sino también los derechos esenciales de un individuo, no hay que olvidar que la política de visados es una de las manifestaciones por antonomasia de su facultad soberana de permitir o no la presencia de extranjeros en su territorio y que, de esa presencia, puede depender no solo la posibilidad de una vida digna, sino la preservación de los derechos humanos más esenciales. Una facultad que, sin embargo, no es absolutamente discrecional, pues encuentra límites no solo en el ámbito interno, sino también en el derecho internacional⁸⁰. En apoyo de esa conclusión milita, también y muy especialmente, la doctrina de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos⁸¹. Y en cuanto a lo segundo, en el asunto *Hirsi Jamaa* el

núm. 46221/99, § 91, ECHR 2005-IV; *Al-Saadoon and Mufdhi vs. the United Kingdom* —dec.—, núm. 61498/08, §§ 84-89, 30 June 2009), de ejercicio de funciones judiciales en nombre y por cuenta de un tercer Estado (*Drozd and Janousek vs. France and Spain*, judgment of 26 June 1992, Series A núm. 240, § 91), de empleo de armas de fuego con resultado de muerte o de lesiones (*Andreou vs. Turkey* —dec.—, cit., 3.C; *Solomou and Others vs. Turkey*, núm. 36832/97, §§ 44-51, 24 June 2008) e, implícitamente, cuando a fin de impedir la entrada irregular de inmigrantes en el propio territorio, las autoridades de un Estado parte abordan una embarcación y causan intencionalmente un naufragio en alta mar (*Xhavara et autres vs. Italie et Albanie*, —dec.—, núm. 39473/98, 11 Janvier 2001).

⁸⁰ Aunque centrando sus proyecciones en el ámbito de la salida, particularmente en relación con la expulsión, más que en el de entrada, el TEDH se ha pronunciado reiteradamente en ese sentido. Puede verse, entre otros muchos asuntos *Abdulaziz, Cabales and Balkandali vs. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 67, Series A núm. 94; *Amuur vs. France*, 25 juin 1996, § 41, Recueil 1996-III, o *Boujlifa vs. France*, 21 October 1997, § 42, Reports of Judgments and Decisions 1997-VI. En idéntico sentido se ha pronunciado la Comisión de Derecho Internacional. Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, con comentarios, apdo. 1. *Anuario CDI*, 2014, Vol. 2, Segunda Parte. Para un extenso y actualizado examen de estas cuestiones, María Dolores BOLLO AROCENA, *Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho Europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

⁸¹ De acuerdo con la doctrina del citado órgano «the acts of State officials, including diplomatic or consular agents, bring persons and property under the jurisdiction of that State, to the extent that they exercise their authority in respect of these persons

TEDH consideró operativa la obligación de prevenir el riesgo de tortura en los supuestos de interceptación en alta mar, de donde cabría deducir que la aplicación extraterritorial del CEDH en los casos de ejercicio de autoridad sin control territorial resulta también extensible a las obligaciones positivas de prevención⁸². Sin embargo, puesto que no existen precedentes respecto al caso concreto de la concesión o denegación de visados, no puede descartarse el riesgo de que el Tribunal de Estrasburgo sitúe la gestión migratoria en el exterior fuera del alcance del Convenio.

Por ello, la aplicación de la CDFUE parecía, *a priori*, más asequible. Los recurrentes en el litigio principal, sin dejar de reconocer que lo hacían para reclamar protección internacional una vez en territorio belga, habían solicitado un visado de corta estancia y validez territorial limitada al amparo del art. 25.1.a CCV, y las autoridades consulares belgas habían procedido a su denegación aplicando las disposiciones de ese mismo instrumento, en particular las que imponen tal solución cuando existen dudas sobre la intención del solicitante de abandonar el territorio de la UE antes de la expiración del visado (art. 32.1.b CCV)⁸³. Además, a diferencia de lo que suelen hacer los Estados en relación con los visados de larga duración, el CCV no vincula la tramitación ni condiciona la concesión del visado europeo a las motivaciones esgrimidas por los interesados. En relación con esto último, no hay que olvidar que una vez en territorio europeo y presentada la solicitud de protección, es esa solicitud, y no el visado VTL, lo que en virtud de la directiva de procedimientos (art. 9) fundamenta el derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro de destino.

Frente al anterior razonamiento, el Gobierno belga y algunos otros de los intervinientes habían invocado dos argumentos, sustancialmente, para rebatir la aplicación de la Carta, por una parte, y del Código de Visados y, consiguientemente, del DUE, por otra. En cuanto al primer argumento, asumiendo la —según lo que se acaba de decir— cuestionable conclusión de que el CEDH no se aplica extraterritorialmente en casos como el planteado en el litigio nacional, con él se pretendía forzar una interpretación del art. 52.3 de

or that property». *X. against the Federal Republic of Germany*, núm. 11611/62, Decisión of 25th September 1965, Yearbook 8, p. 168; *X. vs. the United Kingdom*, núm. 7547/76, Commission decision of 15 December 1977, DR 12, p. 73; y *M. vs. Denmark*, núm. 17392/90, Commission decision of 14 October 1992, DR 73, p. 193. La citada doctrina ha sido invocada sin más detalles por el TEDH, entre otros, en los asuntos *Medvedyev and others*, cit., § 65; y *Hirsi Jamaa*, cit., § 75.

⁸² *Hirsi Jamaa*, cit., nota 22, § 180.

⁸³ Conclusiones Mengozzi, cit., nota 2, apdo. 86.

la Carta⁸⁴ según la cual, en relación con los derechos que la misma reconoce y coinciden con derechos reconocidos en el Convenio, la Carta quedaría sometida a las mismas restricciones de aplicación extraterritorial que dicho instrumento. Tal posición reproduce la que, durante el proceso de elaboración de la Carta, pretendió minimizar su alcance imponiendo una interpretación de los derechos reconocidos coincidente con el alcance con el que esos derechos están reconocidos en el CEDH. Un instrumento este, no se olvide, que precisamente porque tiene carácter subsidiario y porque solo pretendía tomar las primeras medidas para la protección internacional de algunos de los derechos reconocidos en la DUDH (párrafo 6º del preámbulo), permite y fomenta mayores estándares de protección a nivel nacional. Sin embargo, como recuerda el abogado general Mengozzi⁸⁵, pese a que su tenor es francamente mejorable, el mencionado precepto reconoce expresamente que la Carta permite que el DUE otorgue una protección más extensa de los derechos reconocidos que la prevista en el CEDH. Y, a la inversa y tal y como resulta de las explicaciones sobre la Carta⁸⁶, su virtualidad debe entenderse más bien como una restricción a las posibilidades de establecer límites a los derechos reconocidos en el Convenio, que no deben exceder de las que reconoce este último⁸⁷.

⁸⁴ De acuerdo con dicho precepto, «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

⁸⁵ Conclusiones Mengozzi, cit., nota 2, apdos. 96 y ss. Para una más amplia refutación de la interpretación del art. 52.3 CDFUE en clave restrictiva, con referencias a jurisprudencia del TJUE y del TG en la que se rechaza la aplicación a la interpretación del sistema de derechos fundamentales de la UE de concepciones minimalistas procedentes del CEDH o de otros sistemas como el DIH, véase, Violeta MORENO-LAX, «Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v. État belge (Part II), *EUMigrationLawBlog*, 21-2-2017.

⁸⁶ El valor interpretativo reforzado que deriva de la obligación de tener debidamente en cuenta las explicaciones sobre la Carta (art. 6.1 TUE y 52.7 CDFUE), ha sido reiteradamente enfatizado por el TJUE. Véanse, entre otros pronunciamientos, la Sentencia del TJUE DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, apdo. 32; o la Sentencia del TJUE N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apdo. 47.

⁸⁷ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales. Explicación relativa al art. 52 — Alcance e interpretación de los derechos y principios. No se olvide que, a diferencia del CEDH, la CDFUE no contiene ni cláusula general de suspensión, ni disposiciones sobre limitaciones a los derechos reconocidos. Sobre todo ello, y sobre la interpretación del art. 52.3 CDFUE en el sentido de permitir y fomentar una protección más amplia en

3. LA NO APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, SEGÚN EL TJUE, A LAS SOLICITUDES DE VISADO POR RAZONES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

El segundo argumento contrario a la aplicación del DUE y, consiguientemente también, de la CDFUE, incidía esencialmente en el carácter discrecional con que la concesión del visado por razones humanitarias estaría contemplado en el art. 25 CCV. Frente a ello, el abogado general recordó la jurisprudencia del propio TJUE según la cual el reconocimiento por el DUE de un margen de apreciación a los Estados miembros no impide considerar que su ejercicio constituye una aplicación de ese ordenamiento, siempre que ese poder discrecional forme parte integrante del sistema normativo instaurado por la normativa en cuestión y deba ejercerse respetando las restantes disposiciones de la misma⁸⁸. En su opinión, este sería el caso, toda vez que los visados VTL contemplados en el art. 25.1.a CCV estarían regidos por un instrumento incorporado a un reglamento de la Unión que, entre otros extremos, fija las reglas de competencia, las condiciones y modalidades de concesión, su alcance, así como las causas de nulidad o de retirada⁸⁹.

el DUE, A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant, Valencia, 2001, pp. 180 y ss.; y Araceli MANGAS MARTÍN, «Art. 52. Alcance e interpretación de los derechos reconocidos», en Araceli MANGAS MARTÍN (dir.), *op. cit.*, nota 67, pp. 822 y ss. y 828 y ss.

⁸⁸ Sentencia N. S. y otros, C-411/10, EU:C:2011:865, apdos. 68 et 69; Sentencia IBV & Cie, C-195/12, EU:C:2013:598, apdos. 48, 49 y 61; y Sentencia Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, apdos. 26 a 28. En el primero, la Gran Sala del TJUE consideró que el margen de apreciación reconocido por el reglamento de Dublín a un Estado miembro a la hora de decidir si se hace cargo del examen de una solicitud de asilo cuando en virtud de las reglas aplicables no es el Estado responsable o traslada al solicitante al que sí lo es, no excluye la aplicación de la CDFUE, y en particular de sus arts. 4 y 19, cuando decide ejercer su discrecionalidad trasladando al solicitante. En el segundo, la Sala cuarta consideró que la amplia discrecionalidad reconocida a los Estados miembros por las directivas de fomento de la cogeneración y las energías renovables a la hora de elaborar sus planes energéticos nacionales no impedía la aplicación de la Carta, en particular, del principio de igualdad de trato y no discriminación reconocido en sus arts. 20 y 21. Por último, en el asunto Åkerberg Fransson, el Tribunal consideró que el hecho de que las directivas comunitarias no concretaran las medidas efectivas y disuasorias cuya adopción es exigida por varias directivas en materia de IVA no excluía la aplicación de la Carta y la consiguiente exigencia de que tales medidas sean respetuosas con los derechos que en ella se reconocen.

⁸⁹ Conclusiones Mengozzi, *cit.*, nota 2, apdo. 83.

Como ya se avanzó, en su sentencia de 7 de marzo de 2017, el TJUE ha negado que el Código de Visados resulte aplicable a las solicitudes de visado basadas en consideraciones de protección internacional (apdo. 51). Parte para ello de la declarada intención de los recurrentes en el litigio principal de solicitar protección internacional en territorio belga y deducir de ello su intención de permanecer en él por un periodo superior a noventa días (apdo. 42). A partir de ahí, recurriendo a criterios sistemáticos de interpretación, acaba sosteniendo que, aunque formalmente se presenten como visados VTL, tal tipo de solicitudes no están regidas por el art. 25.1 CCV. En primer lugar, porque el propio CCV, en sus arts. 1 y 2.2, delimita su ámbito de aplicación circunscribiéndolo a los visados de corta duración (apdo. 41). En segundo lugar, porque la base jurídica empleada para su adopción (el antiguo art. 62.2.a y b.ii TCE, actual art. 77.2.a TFUE) se refiere expresamente a los visados de corta duración, sin que el precepto que específicamente contempla la adopción por la UE de normas respecto de los visados de larga duración (art.79.2.a TFUE) haya sido empleado hasta la fecha (apdos. 40 y 44). En tercer lugar, porque el visado humanitario implicaría contradecir la lógica que subyace al sistema de Dublín sobre el que se asienta el SECA, pues permitiría reconocer al interesado la facultad de elegir el Estado miembro en el que solicita protección (apdo. 47). Y, por último, porque el CCV no forma parte de los instrumentos que conforman el SECA, es decir, los adoptados sobre la base del actual art. 78 TFUE para armonizar las reglas en materia de protección internacional, en los que como ya sabemos se excluye de su ámbito de aplicación las solicitudes presentadas en el exterior y, por tanto, no se impone a los Estados miembros la obligación de examinarlas (apdo. 49).

Frente a lo anterior, aún podría esgrimirse que: a) la intención de los solicitantes no es permanecer en el territorio de la UE, sino aprovechar el periodo al que habilita el visado VTL para formalizar una solicitud de protección que solo lleva asociado el derecho de permanencia mientras se tramita, tramitación que, como recuerda la propia directiva de procedimientos en relación con el procedimiento en frontera (art. 43.2), puede agilizarse para concluir en un plazo muy inferior a 90 días; b) a la inversa, la intención preeminente de los solicitantes en un caso como el planteado seguramente sea, más que permanecer en el territorio de la UE, salvar la vida o preservar la integridad física y psíquica, sin que deba presumirse necesariamente lo primero; en otros términos, más que nunca en situaciones como las del litigio principal, el fraude de ley no debe presumirse; c) la regulación del CCV hace abstracción con carácter general de los motivos por los que se solicita el visado de corta duración; d) de aceptarse el visado humanitario, y en unas circunstancias como las del conflicto sirio, la libertad de elección sobre en qué embajada o consulado se presenta la solicitud no sería necesariamente mayor que la que normalmen-

te existe para elegir en qué parte de las fronteras exteriores comunes se entra irregularmente en el territorio de la UE; e) resulta sorprendente negar que el visado VLT previsto en el art. 25.1.a CCV se aplique a situaciones motivadas por necesidades de protección internacional sin intentar precisar el sentido de los propios términos que emplea dicho precepto cuando alude a «razones humanitarias» o a «obligaciones internacionales», y f) en la interpretación de los citados términos, resultaría necesario tomar en consideración no solo la voluntad del legislador, sino también los valores y los principios sobre los que se asienta el ELSJ (respeto de los derechos fundamentales *ex art. 67.1 TFUE*), el conjunto de la política de inmigración y asilo (equitativa para los nacionales de terceros Estados *ex 67.2 TFUE*), el SECA (respeto de la Convención de Ginebra y demás tratados pertinentes *ex 78.1 TFUE*) y la UE en su conjunto (respeto de la dignidad humana y de los derechos humanos *ex art. 2 TUE*).

Sea como fuere, el rechazo a considerar que el visado humanitario esté así comprendido en el ámbito de aplicación del CCV conlleva, de manera concatenada y sucesiva, al menos tres consecuencias adicionales: excluir que el DUE sea aplicable al caso planteado, descartar que la CDFUE y las obligaciones que de ella derivan en materia de prohibición de la tortura puedan ser utilizadas como parámetro de enjuiciamiento de la actuación de los Estados miembros en este tipo de supuestos y, en definitiva, negar que el DUE pueda fundamentar cualquier tipo de restricción en sus facultades de examen y/o concesión de visados humanitarios.

De este modo, y dado lo irrevisable del pronunciamiento, por ahora no parece factible fundamentar el visado humanitario en el DUE. Incluso, a fin de blindar la inaplicación de la Carta, el pronunciamiento del TJUE seguramente acrecienta la oposición intergubernamental a la pretensión hasta ahora manifestada por el PE de proceder a su regulación. Así las cosas, sin perjuicio de lo que puedan decir las jurisdicciones nacionales (comenzando por la belga en eventuales desarrollos futuros del asunto *X y X*), la cuestión de si la eficacia del principio de no devolución se extiende también a las actividades de gestión de la política migratoria que verifican las embajadas y consulados en el exterior es algo que aún tendrá que decidir la tercera pieza que integra el sistema multinivel de protección de los derechos humanos en Europa, es decir, el TEDH. En una época en la que la política migratoria pone el acento, parafraseando al presidente del Consejo Europeo, en el «do not come to Europe»⁹⁰ y en situar las medidas de control de la inmigración en los Estados

⁹⁰ «I want to appeal to all potential illegal economic migrants. Wherever you are from, do not come to Europe». REUTERS, «Donald Tusk warns migrants: 'Do not come to Europe' —video», *The Guardian*, 3-3-2016.

de origen y tránsito, lo que está en juego es en dónde colocamos la línea hasta la que los valores y principios que conforman el orden público europeo y los mecanismos para salvaguardarlos, resultan operativos. O, como se ha dicho gráficamente, la línea entre el Reino y el sol del desierto⁹¹.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En septiembre de 2006, en una sola semana, llegaron a presentarse más de seis mil solicitudes de asilo por parte de ciudadanos iraquíes en la embajada española en Damasco, y apenas unos meses después, nuestra legación en El Cairo recibió otras seiscientas solicitudes, la mayor parte para familias enteras y correspondientes por ello a unas dos mil personas. En un momento en el que la legislación española de asilo todavía no había restringido su operatividad a las solicitudes presentadas en el territorio español, la razón de lo que a todas luces era un acusadísimo incremento de las peticiones de protección fue, según fuentes diplomáticas, el hecho de que entre la numerosa colonia iraquí residente en Egipto se había extendido el rumor según el cual las autoridades españolas concedían asilo en sus legaciones⁹². Pese a tratarse de un elemento que, a juzgar por el silencio del TJUE en el asunto *X y X c. Bélgica* y tal y como había sostenido el abogado general Mengozzi⁹³, carece de relevancia jurídica, los hechos reseñados ponen de manifiesto que el riesgo del denominado efecto llamada (*pull effect*), la consiguiente superación de la capacidad de embajadas y consulados de gestionar la avalancha y la posible generación de problemas de orden público es una realidad en situaciones de éxodos masivos motivados por conflictos armados y/o situaciones de violencia generalizada. Un pronunciamiento del Tribunal en el sentido preconizado por el abogado general habría tenido el mérito de presionar para la ineludiblemente necesaria mejora de la actual respuesta europea a la crisis de los refugiados.... pero es de temer que la respuesta hubiera acabado traducándose en cierres de embajadas en los países limítrofes a los conflictos o en el levantamiento de nuevos muros a su alrededor.

Como demuestran los estudios sobre la práctica nacional, la única manera de mantener en Europa algún tipo de visado humanitario que no sea meramente testimonial pasa necesariamente por articular un visado huma-

⁹¹ PAZ, *op. cit.*, nota 26.

⁹² EFE (Javier OTAZU), «Un rumor provoca que cientos de iraquíes residentes en Egipto pidan asilo en España», *El Mundo*, 8-2-2007.

⁹³ Conclusiones Mengozzi, *cit.*, nota 2, apdo. 172.

nitario europeo⁹⁴, sea sobre la base de la coordinación o armonización de las prácticas nacionales, sea a través de un mecanismo de procesamiento externo de las solicitudes por la propia UE. Y aun así, hacerlo de tal modo que el resultado sea gestionable y asumible, no parece tarea fácil. Por eso, por más que la dimensión de la actual crisis humanitaria reclame soluciones urgentes, la propuesta de la comisión LIBE, dando un plazo de dos años para hacerlo aplicable y supeditando los detalles en cuanto a condiciones y procedimientos a los resultados de una evaluación de impacto, resulta razonable y prudente.

Puede que el visado humanitario y el consiguiente acceso a los sistemas nacionales de asilo constituyan, hoy por hoy, la fórmula que mejor asegura el conjunto de garantías que conforman y acompañan al derecho de acceso al asilo⁹⁵. Al permitir aplicar en el exterior un examen individualizado y previo a la llegada de las llamadas circunstancias de exclusión y/o revocación⁹⁶, aunque sea preliminar, el visado humanitario posibilita además afrontar el problema de seguridad que plantea la inevitable presencia de posibles delincuentes, potenciales terroristas incluidos, en situaciones de llegada incontrolada y masiva de refugiados. Pero no es ni el único procedimiento de entrada protegida, ni el único instrumento capaz de garantizar un acceso legal y seguro a la protección en Europa. Lo que está claro, sin embargo, es que cualquier fórmula de afrontar el drama que casi a diario se vive en el Mediterráneo exige mayor compromiso hacia el exterior y mejor reparto interno de la responsabilidad que el mostrado a través de los mecanismos de reubicación, reasentamiento y admisión humanitaria puestos en práctica hasta la fecha⁹⁷.

⁹⁴ En 2004, las autoridades austríacas justificaron la supresión del PEP que hasta entonces se contemplaba en su legislación de asilo recordando que sus autoridades diplomáticas y consulares se encontraban sobrepasadas por las solicitudes recibidas, si bien declararon que estarían dispuestas a mantenerlo con la condición de que los solicitantes fueran equitativamente distribuidos entre los Estados miembros y todos ellos participaran en un esquema armonizado. IBEN JENSEN, *op. cit.*, nota 35, p. 11.

⁹⁵ Véase, al respecto, MORENO-LAX, *op. cit.*, nota 40, pp. 30 y ss.

⁹⁶ Directiva de reconocimiento, arts. 12, 14, 17 y 19.

⁹⁷ Con datos de 8 de febrero de 2017, de los 22 504 reasentamientos comprometidos por el Consejo Europeo en julio de 2015, cifra global en la que se incluyeron los traslados en virtud del mecanismo 1x1 previsto en la Declaración UE-Turquía, solo se habían materializado 13 968, incluyendo 3098 en el marco del esquema de admisión humanitaria contemplado en dicha declaración, esto es, un 62,07 % —COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. *Noveno informe sobre reubicación y reasentamiento*, 8-2-2017, COM (2017) 74 final, Anexo 3—. Por su parte, de las 98 255 reubicaciones procedentes de Gre-

Quizá haya quien pueda pensar que el énfasis en la deriva *securitaria* de la política migratoria y en la Europa fortaleza sea el único modo de salvar la Europa sin fronteras interiores. Pero aunque ello fuera cierto, hay que recordar, como se ha señalado recientemente desde estas mismas páginas, que aunque la suspensión de la libertad de circulación de personas en el sistema Schengen a raíz de la crisis de los refugiados puede ser efectivamente un daño reparable, seguramente no sea tan subsanable el duro golpe asestado a la credibilidad y a la legitimidad de la UE, cuestiones estas «capitales para la narrativa y la ética de la integración»⁹⁸. Al fin y al cabo, es más que dudoso que una Europa a costa de sus valores merezca realmente la pena.

cia e Italia comprometidas en septiembre de 2015, en la fecha de referencia solo se habían materializado 11 966, es decir, un 12,18 %. *Ibid.*, anexos 1 y 2. Los datos revelan, además, un reparto radicalmente desigual en el cumplimiento de los compromisos asumidos por los diferentes Estados miembros. A la vista de lo anterior, no es de extrañar que el comisario responsable haya acabado por reconocer el imposible cumplimiento de los compromisos asumidos por la UE. Lucía ABELLÁN, «Bruselas admite que solo se cumplirá un 25 % del plan de reparto de asilados», *El País*, 27-3-2017. Por su parte, presentado como una pieza esencial del SECA reformado, la propuesta de Marco de Reasentamiento de la Unión se limita a dejar constancia sobre las discrepancias en torno a la obligatoriedad para los Estados miembros de participar en los correspondientes programas, sin pronunciarse expresamente sobre la cuestión. Cabe deducir de ello que la participación de los Estados miembros, aunque estimulada financieramente mediante una cuantificación de cada refugiado estimada en unos diez mil euros, se mantendrá muy previsiblemente sobre bases estrictamente voluntarias —COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) núm. 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, 13 de julio de 2016, COM (2016) 468 final—.

⁹⁸ Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Editorial. Los refugiados, las fronteras exteriores y el concepto de frontera internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, 2016, p. 761.