

LA AUSENCIA DE UNA POLÍTICA COMÚN EN MATERIA DE ASILO Y REFUGIO EN LA UNIÓN EUROPEA

Nicolás Pérez Sola

Universidad de Jaén

I.- INTRODUCCIÓN II.- SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA) III.- LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL SECA Y EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

I.- INTRODUCCIÓN

Las crisis humanitarias resultantes de diversos conflictos en Asia y África tienen una dramática manifestación en el mediterráneo. Asistimos en la actualidad a un éxodo de población de enormes proporciones. Es por ello que ante esta tragedia la Unión Europea intenta esbozar una respuesta homogénea y solidaria que por el momento se presenta casi imposible por la ausencia de voluntad de algunos Estados miembros de colaborar ante esta crisis humanitaria. En ocasiones el origen de las situaciones que dan lugar a la búsqueda de asilo y refugio en Europa se encuentra en conflictos políticos, pero en numerosos supuestos no es sino la penuria económica la que propicia los desplazamientos.

Ocurre que el agravamiento de la situación internacional en determinadas áreas regionales ha incrementado el número de personas que huyen de conflictos, hambrunas, persecuciones y en su desplazamiento sufren diversas situaciones de indefensión que afectan a sus más básicos derechos reconocidos por los Tratados Internacionales suscritos por los Estados miembros de la Unión Europea. En este contexto, replantear desde la perspectiva jurídica la vigencia de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados o la política común en materia de asilo y refugio parece suficientemente justificada y, por ello, se hace necesaria una reflexión que centrada en el derecho de refugio en la Unión Europea, nos permita atisbar la evolución futura del mismo. En este sentido se llevarán a cabo algunas consideraciones generales sobre la protección internacional para glosar a continuación la política de asilo y refugio de la Unión Europea y pasar a analizar la compatibilidad de dicha política con el ordenamiento internacional.

En principio, la posición del demandante de refugio es la de un ser humano sin elección ante la opresión o la inseguridad, es por ello que abandona su país porque espera alcanzar una existencia mejor en otro en el que su vida o libertad no corra peligro. Pero esta inicialmente nítida distinción entre el refugio y la emigración económica, se ve cada vez más empañada, por las personas desplazadas que sufren la violación de los derechos humanos en su país de origen. No obstante se debe insistir en que es la concurrencia de acontecimientos o situaciones lesivas o atentatorias para los derechos humanos, la que conmina, y aquí la coacción debe interrelacionarse con el peligro para la vida e integridad, a emprender una rápida salida y abandono del país de forma involuntaria. Esta conexión entre derechos reconocidos internacionalmente y su falta de protección en el interior del Estado, permiten diferenciar inicialmente el refugiado político del económico, aunque cada vez asistimos a un mayor flujo mixto de personas.

Los instrumentos internacionales de protección frente a la persecución por razones políticas, religiosas, raciales, etc., presentan una cierta diversidad de fórmulas, pero en general responden a una lógica común: reconocer un derecho de acceso a procesos de protección interna frente a la expulsión, extradición o devolución al país en el que se hubiese puesto en peligro su vida o libertad, fuese o no nacido en el mismo. En su fundamentación el derecho a solicitar la protección internacional lo es a presentar una solicitud con la garantía de un procedimiento administrativo que posibilite, cuando concurren las exigencias previstas en los Convenios internacionales al respecto como en la legislación interna, el acceso a alguna fórmula de protección en el Estado de acogida, aunque lo sea de modo provisional, dada la especificidad del motivo de su presencia en un Estado del que no se es nacional.

El tratamiento en el derecho internacional de estas figuras requiere un repaso previo a su formulación. El concepto de refugio contenido en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, actualizado por el Protocolo de Nueva York de 1967, es el más extendido dentro del derecho internacional, pero la necesidad de una ampliación o una actualización de éste resulta imprescindible¹. La transformación experimentada en el mundo actual, los desplazamientos colectivos operados inicialmente en Europa y posteriormente en otras áreas geográficas del planeta, motivados por conflictos bélicos, étnicos o religiosos han conllevado la proliferación en la actualidad, de una cierta tipología de refugiados, no siempre susceptible de análisis individualizado, no prevista en los instrumentos antes mencionados.

Pero aunque la Convención de Ginebra muestra un claro desfase con la realidad actual de los refugiados en el mundo, no cabe ignorar su virtualidad durante más de sesenta años, aunque adolece de serias limitaciones. Algunas de ellas están presentes desde su origen. No resulta ocioso subrayar la ausencia en la citada Convención de una previsión específica relativa al procedimiento a seguir por los Estados para verificar la concurrencia de los requisitos en ella contenidos para el reconocimiento de la condición de refugiado. El tema tiene importancia porque la diversidad procedimental para el tratamiento de las demandas de refugio que ofrece el derecho comparado es considerable y difícilmente se puede aventurar una opinión concluyente sobre el más adecuado. La principal contribución de la Convención de Ginebra a la protección de derechos es la prohibición de devolución en tanto no se haya sustanciado su solicitud, si bien como se indicará más adelante, este principio ha devenido en la actualidad en un elemento relativo en su observancia y cuestionado en la práctica.

Antes de seguir avanzando en esta materia se debe destacar que no es de aplicación la Convención de Ginebra a personas sobre las que existan fundados motivos de haber cometido delitos contra la paz, delitos de guerra o contra la humanidad, recogidos en los instrumentos internacionales correspondientes. De igual modo, queda excluida la aplicación de la Convención a las personas sobre las que hubiere convencimiento de su participación en delitos comunes en terceros países y con anterioridad a su admisión en otro Estado como refugiado. Por último, la autoría de actos contrarios a las Naciones

¹ “toda persona que como resultado de los acontecimientos ocurridos (...) y debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”.

Unidas, sus fines y principios, también se sitúa fuera del ámbito de aplicación de la Convención.

El incremento de desplazamiento de población en los últimos años ha provocado que incluso desde el ACNUR se haya propiciado en el ámbito internacional la revitalización de la Convención de Ginebra, así como la protección internacional con carácter temporal. En efecto, desde el ACNUR se ha aconsejado la adopción de la protección temporal para hacer referencia a situaciones de desplazamientos temporales de población de sus países de origen por la inestabilidad interna. Pero este reconocimiento de las situaciones de hecho, cualquiera que sea su denominación, no constituye sino una respuesta política y legal a una situación concreta, más que un intento de ampliar el concepto de refugiado recogido en la Convención de Ginebra.

En este sentido, la Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada el 13 de diciembre de 2001 en Ginebra ha confirmado la relevancia que aún tiene dicha Convención, reitera el compromiso de los Estados con los principios que la informan y propone el fortalecimiento de la misma en su ámbito de aplicación, insistiendo en la necesaria cooperación de los Estados con el ACNUR².

La definición de refugiado contenida en la Convención de Ginebra resulta insuficiente, además de presentar una formulación más restrictiva que otros documentos internacionales de ámbito regional. Debemos recordar que no existe identidad conceptual universal sobre el refugiado, así no es posible establecer una equivalencia entre la definición de refugiado de la Convención de Ginebra y la Convención de la Organización para la Unidad Africana o la Declaración de Cartagena que contienen una definición de refugiado más amplia. Sin embargo no parece este el mejor momento para abordar una reformulación y actualización de dicho concepto por el riesgo incluso de su debilitamiento.

Hemos de recordar como el derecho de asilo se recoge en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y tiene en la Declaración de Cartagena, un instrumento relevante. En esta Declaración se va más allá de los elementos contenidos en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, para dar cabida en la consideración también como refugiados de las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Este entendimiento ha sido confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en sus pronunciamientos ha abogado por una comprensión amplia de la Declaración de Cartagena, ya que aquella no solo da respuesta a los desplazamientos forzados en el modo en que estos se produjeron en el pasado, “sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la actualidad“. Así de la lectura de la doctrina de la Corte se extrae un afán de ésta por consolidar en la región “una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de

² El Plan de Acción adoptado en la Declaración de los Estados Partes incluye el fortalecimiento de la aplicación de la Convención, la protección de los refugiados en los grandes movimientos migratorios, la repartición más equitativa de las cargas y responsabilidades y creación de capacidad de recibir y proteger a los refugiados, tratamiento más eficaz de los problemas relacionados con la seguridad, intensificación de la búsqueda de soluciones duraderas y atención a las necesidades de protección de las mujeres y los niños refugiados.

protección internacional es evidente”, más allá de su entendimiento tradicional como una “mera prerrogativa estatal”³.

Por otra parte, junto con las referidas causas tradicionales de refugio, resulta pertinente alertar sobre los nuevos factores que llevan a las personas y, en particular a los menores, a desplazarse forzosamente de sus países de origen, entre los cuales destaca el crimen organizado transnacional y la violencia asociada a la actuación de grupos no estatales. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la necesidad de que la definición de refugiado se interprete también a la luz de la edad y del género del solicitante que, en el caso de los menores no acompañados pudiera extenderse la protección a la familia con fundamento en el principio de reunificación familiar.

II.-SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA)

En el ámbito de la Unión Europea es preciso recordar como uno de sus objetivos el progresivo establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia. La firma del Acuerdo de Schengen en 1985 dio inicio a la realización de un espacio sin fronteras interiores. Más tarde en 1990 se aprobó el Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo vinculado esencialmente al Estado miembro de primera solicitud o entrada irregular. El compromiso alcanzado por los Estados incluía el examen de toda solicitud de asilo presentada por un extranjero en el territorio de uno de ellos, sin que se pudiera derivar de este hecho una obligación de autorizar en todos los casos al solicitante de asilo la entrada o permanencia en su territorio; conservando cada Estado, de conformidad con su ordenamiento y las obligaciones internacionales que hubiere suscrito, la competencia última sobre la decisión correspondiente.

El Reglamento de Dublín establece los criterios para la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional atendiendo a su consideración de Estado de primera llegada. El Estado responsable del examen de la solicitud debía llevar a cabo dicho examen, poniendo fin así a la posibilidad de los refugiados en órbita y a la presentación en diversos Estados de la petición de asilo. Aunque la realidad ha venido a demostrar que en muchos casos los solicitantes se desplazan a otro Estado en el que realizan la solicitud, aun cuando no son los de primer punto de entrada, repercutiendo en las capacidades de éstos en los procedimientos de asilo o en sus condiciones de acogida. En todo caso, se admitía la posibilidad de que un Estado no responsable pudiera hacerse cargo del examen de la solicitud de asilo siempre que mediase conformidad del afectado.

No cabe duda que la problemática generada por la puesta en práctica de la libertad de circulación de las personas en el territorio comunitario ha llevado aparejada una aproximación de las legislaciones nacionales respecto al modo de afrontar la inmigración económica y la tramitación de la petición de refugio. Los principios de libertad, solidaridad y respeto a la dignidad humana que se propusieron como elementos esenciales de la Comunidad Europea han tenido difícil acomodo entre los Estados miembros,

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014.

procedentes de diferentes tradiciones jurídicas, con características políticas y económicas también diversas. Es precisamente por estas razones que su tratamiento a nivel comunitario ha resultado especialmente complejo, ya que con anterioridad siempre fueron reconducidas al ámbito de la soberanía de los Estados, frente a esta nueva perspectiva que impone una dimensión supranacional y comporta la exigencia de adoptar disposiciones comunes.

En concreto, el tratamiento del asilo y refugio presentaba inicialmente en los Estados miembros una considerable disparidad que, sólo parcialmente, se ha mitigado a través de la aprobación de algunas disposiciones comunitarias impulsadas desde la Comisión Europea y dirigidas a la adopción de normas comunes relativas a la concesión de protección. La primera fase del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) tuvo su punto de partida en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, con la articulación de un sistema que permita “la llegada ordenada y gestionada” a la Unión Europea de los solicitantes de protección internacional desde su región de origen, el establecimiento de un sistema que posibilite el “reparto de la carga y las responsabilidades”⁴, tanto entre los Estados miembros de la Unión Europea como en las correspondientes regiones de origen de los demandantes de asilo y, por último, pero no menos importante, la adopción de un conjunto de “procedimientos eficientes y ejecutorios de adopción de decisiones y retorno en materia de asilo”⁵. Hay pues una invitación formal desde la Comisión al Parlamento y al Consejo Europeo para la adopción de un instrumento legislativo relativo a la aprobación de un sistema de reinstalación en la Unión Europea⁶ con el consiguiente sustento financiero, un instrumento legislativo sobre procedimientos de entradas protegidas y la adopción de una base jurídica que, tomando como punto de partida la cooperación con los terceros países en el ámbito de la emigración, permita nuevos planteamientos de sistemas de asilo en los terceros países que se materializarán a través del desarrollo legislativo. En efecto, se aprobaron disposiciones relativas a la concesión de protección temporal⁷, a los requisitos para el reconocimiento de la protección⁸, así

4 “el reparto de la carga en el ámbito de la migración y del asilo dentro de la Unión Europea significa que, además de compartir los costes financieros derivados de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea, sería asimismo preciso examinar cómo puede lograrse el reparto de la carga física que representa la acogida de las personas necesitadas de protección internacional”.

5 “un retorno rápido en condiciones de seguridad y dignidad, inmediatamente después de la denegación de la solicitud de asilo y del recurso, cuando dicho recurso no tenga efecto suspensivo, ha de disuadir en gran medida, además, a los emigrantes de abusar de los canales del asilo por razones no relacionadas con la protección”.

6 “Se entiende que la noción de reinstalación consiste en la transferencia de refugiados desde un primer país de acogida a otro segundo, generalmente un país desarrollado, en donde gozan de las garantías de protección, incluida la residencia legal y de perspectivas de integración y autonomía”.

7 Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 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.

8 Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, por la que se establecen las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (Directiva cualificación).

como a los procedimientos para acceder a dicha protección⁹ y para la reagrupación familiar¹⁰.

En el año 2004 el Consejo Europeo aprueba el Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, cuyos objetivos se concretaban en el establecimiento de diez prioridades para los siguientes cinco años que brevemente sintetizamos. En primer lugar, apostar por reforzar los derechos fundamentales y la ciudadanía y luchar contra el terrorismo. En segundo lugar, en materia de inmigración definir un enfoque equilibrado de la inmigración, establecer un procedimiento común en materia de asilo, maximizar las repercusiones positivas de la inmigración y elaborar una gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión. En tercer, lugar, encontrar un equilibrio adecuado entre la protección de la vida privada y la seguridad al compartir información, elaborar un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada, garantizar un auténtico espacio europeo de justicia, compartir la responsabilidad y velar por la solidaridad.

El anterior esquema normativo se completó con la aprobación de la Directiva 2008/115/CE relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva de Retornos), desde cuya entrada en vigor parece evidenciarse una particular sensibilidad hacia las cuestiones relativas a la inmigración y extranjería pero también al asilo y refugio por parte de las instituciones de la Unión Europea.

Con la aprobación del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo en el Consejo Europeo de 15 de octubre de 2008 se pretendió dar un nuevo impulso a la política comunitaria de asilo en la Unión Europea que tuvo su continuidad en el Programa de Estocolmo con el objetivo de establecer un “espacio común de protección y solidaridad que se base en un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme para las personas a las que se concede protección internacional”¹¹. En este sentido se introduce una importante novedad en 2009 con la propuesta de la Comisión de crear un Programa conjunto de la Unión en Europea en materia de reasentamiento, ampliando así las opciones de los Estados miembros para atender a criterios de solidaridad internacional en el marco establecido por el ACNUR¹².

9 Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiados (Directiva de procedimiento).

10 Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar.

11 El Programa de Estocolmo se contiene en el Plan de Acción 2001/55/CE, COM(2010) 171 final. En el que se señala “Mientras que el SECA debería estar basado en normas de protección de alto nivel, también debe respetarse la atención debida a unos procedimientos justos y eficaces que permitan evitar los abusos. Es fundamental que las personas independientemente del Estado miembro en el que se presente su solicitud de asilo, reciban un nivel de tratamiento equivalente en relación con las condiciones de recepción y el mismo nivel en lo referente a la tramitación del procedimiento y la determinación del estatuto. El objetivo debería ser que los casos similares se trataran de forma semejante y produjeran el mismo resultado”.

12 “El reasentamiento bajo los auspicios del ACNUR está orientado principalmente, en virtud del mandato de la Oficina a resolver las necesidades esenciales de los refugiados cuya vida, libertad, seguridad, salud u otros derechos fundamentales se encuentran en riesgo en el país donde han buscado protección. También está considerada como una solución duradera para los refugiados que aunque no tienen una necesidad de

De conformidad con el artículo 80 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las políticas de la Unión en el ámbito de los controles fronterizos, el asilo y la inmigración y su aplicación se rigen por los principios de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros y los actos de la Unión adoptados en este ámbito deben incluir medidas apropiadas para la aplicación de este principio.

Aunque la reforma del SECA estaba prevista para 2012, es evidente que aún no está concluida, sino que se está llevando a cabo en dos fases. Así el proceso de modificación del mismo se comenzó el 2013 con la aprobación de un importante paquete normativo que actualizaba la legislación anterior sobre procedimientos comunes¹³, sobre requisitos para el reconocimiento¹⁴, para la acogida de los solicitantes de protección internacional¹⁵, la normativa sobre impresiones dactilares¹⁶, así como los criterios para la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes¹⁷.

Respecto a las modificaciones del SECA en marcha en esta segunda fase cabe recordar que la Comisión adoptó la propuesta de refundir el Reglamento de Dublín y el Reglamento EURODAC así como una propuesta de Reglamento relativo a la creación de la Agencia de Asilo de la Unión Europea. Además, con posterioridad se adoptó también por la Comisión la propuesta de Reglamento por el que se establece un procedimiento

protección inmediata, si tienen imperiosas razones para ser trasladados de su país de asilo.” Manual de Reasentamiento del ACNUR, Ginebra 2004.

13 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, por la que se modifica la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

14 Directiva 2011/95, UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida por la que se modifica la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

15 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, por la que se modifica la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

16 Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema Eurodac para la comprobación de las impresiones dactilares, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

17 Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley y por el que se modifica el Reglamento UE n° 1077/2011 por el que se crea una Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003.

común en la Unión Europea, que sustituirá a la Directiva sobre procedimientos de asilo, una propuesta de Reglamento de reconocimiento que sustituirá a la Directiva de reconocimiento y la refundición de la Directiva sobre las condiciones de acogida. Finalmente, se ha presentado también una propuesta de Reglamento por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión. Una primera valoración global permite observar restricciones respecto de la tutela judicial efectiva en los procedimientos de protección internacional, mayor desprotección de solicitantes en situación de vulnerabilidad y la sanción de los movimientos secundarios¹⁸.

De otra parte, se avanza en el debate sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una lista común de países de origen seguros a efectos de la Directiva 2013/32. Cuestión que está directamente relacionada con las consecuencias que se derivan del Acuerdo de la Unión Europea y Turquía. De conformidad con dicha propuesta se considera que un país de origen seguro lo es cuando, atendiendo a la situación jurídica, a la aplicación del Derecho dentro de un sistema democrático y a las circunstancias políticas generales, puede demostrarse que, de manera general y sistemática, no existen persecución, tortura o tratos o penas inhumanas o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno. La consecuencia inmediata que se deriva de la adopción de esta cláusula es que las solicitudes de protección presentadas en los Estados miembros de la Unión Europea pueden ser declaradas inadmisibles cuando se hubiesen podido formular en un país de origen seguro. En este sentido la Directiva de procedimientos incorpora la definición de “tercer país seguro”¹⁹ así como “tercer país seguro europeo”²⁰. La adopción por la Unión Europea, que aún no tiene una lista común de terceros países seguros, de esta lista única, supondría que dichos países desde los que llegue un solicitante de asilo podrían ser los destinatarios de las devoluciones posteriores, ya que se considera que el refugiado debió pedir asilo allí. Además esta previsión está en sintonía con la voluntad de la Comisión Europea expresada recientemente a través del Comisario de Migración, Dimitris Avramopoulos, invitando a los Estados miembros a “expulsar un volumen ingente de migrantes irregulares” de modo que se aceleren los retornos así como se agoten los plazos de detención previstos en la Directiva de Retornos²¹.

Se trata de permitir la devolución de solicitantes de asilo a aquellos países por los que hayan transitado antes de su llegada a la Unión Europea y donde hubieran podido presentar su solicitud de manera legal. La propuesta de considerar terceros países seguros

¹⁸ *Cinco puntos críticos de la propuesta de reforma normativa del sistema europeo común de asilo*. CEAR.

¹⁹ En concreto en la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos se señalan los siguientes requisitos: que no exista amenaza para la vida o libertad por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opinión política; que no exista riesgo de padecer daños graves de conformidad con la Directiva 2011/95/UE; que se respete el principio de no devolución; que se respete la prohibición de expulsión en los casos previstos en el artículo 3 del CEDH; que exista la posibilidad real de solicitar el estatuto de refugiado de conformidad con la Convención de Ginebra.

²⁰ En concreto en la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos se señalan los siguientes requisitos: que se haya ratificado la Convención de Ginebra, disponer de un procedimiento legal para la tramitación y resolución de la solicitud de asilo y haber ratificado el CEDH.

²¹ Diario El País, 2 de marzo de 2017.

en la lista común de la Unión Europea incluye a Albania, Bosnia y Herzegovina, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Kosovo, Montenegro y Serbia²².

Este debate ya se planteó con ocasión de la discusión y aprobación de la Directiva de Retornos y aparece nuevamente respecto al carácter del país de retorno que no necesariamente debía coincidir con el de origen del retornado, sino que podría ser un tercer país de tránsito. La concurrencia en dicho país de un régimen de garantías homologable al marco del CEDH ya entonces podía ser puesto en duda en muchos de los países de origen de la inmigración irregular, así como en los hipotéticos Estados de retorno. Los acontecimientos que se han producido en la orilla sur del mediterráneo tras las primaveras árabes, con especial gravedad en Libia, como con ocasión de la reacción del Estado Turco al fallido golpe de Estado del pasado 2016 no han hecho sino incrementar las dudas al respecto. La capacidad y competencia de las instituciones comunitarias para llevar a cabo un seguimiento sobre el terreno del retornado y su estatus jurídico, siempre fueron muy limitadas y acaso en la actualidad sean nulas.

En este sentido reviste especial actualidad la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-695/15 PPU sobre la interpretación del art 3.323 y 18.224 del Reglamento Dublin III al objeto de determinar el carácter de tercer Estado seguro y la virtualidad de realizar el análisis de la solicitud de protección internacional por aquél²⁵. El Tribunal resuelve que un Estado miembro puede expulsar a un tercer país seguro a un solicitante de protección internacional después de haber admitido su responsabilidad para el examen de dicha demanda de protección, así como en caso de readmisión de un solicitante de protección internacional que había abandonado con posterioridad el Estado miembro donde presentó la solicitud, ya que el citado Reglamento no exige que el procedimiento de examen de la solicitud de éste se reanude en la fase en que dicho examen se suspendió.

En la actualidad confluyen sobre el SECA las consecuencias de la Cumbre sobre Migración que tuvo lugar en Malta los días 11 y 12 de noviembre de 2015, la situación en Italia y Grecia de miles de potenciales solicitantes de protección internacional, así como el Acuerdo de la Unión Europea y Turquía. En primer lugar, se aprecia desde la citada Cumbre sobre Migración un cambio considerable en la política de libertad, seguridad y justicia, en términos generales respecto de la inmigración hacia la Unión Europea, pero también respecto de los potenciales solicitantes de asilo y refugio que, desde Turquía o Libia, pretenden llegar a alguno de los Estados miembros. Las deficiencias que la propia Comisión había detectado en el SECA se recogerían más tarde en una comunicación de la Comisión en la que bajo el epígrafe de “abordar las

22 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una lista común a la UE de países de origen seguros a efectos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, y por el que se modifica la Directiva 3013/32/UE.

23 “Todo Estado miembro conservará la posibilidad de enviar a un solicitante a un tercer país seguro, de conformidad con las normas y garantías establecidas en la Directiva 2013/32/UE”.

24 Se refiere al supuesto de un solicitante readmitido y la posible reanudación del procedimiento en la fase que se interrumpió.

25 Sentencia de 17 de marzo de 2016 en el asunto C-695/15 PPU dictada en la cuestión prejudicial relativa al litigio entre Shiraz Baig Mirza y la Oficina húngara de Inmigración y nacionalidad. Se trataba de un paquistaní que procedente de Serbia había entrado ilegalmente en Hungría, donde solicitó asilo y con posterioridad fue detenido en la República Checa. Hungría llevó a cabo su readmisión y denegó la solicitud por entender que Serbia era un Estado seguro.

deficiencias estructurales” se señalaban como prioridades la creación de un sistema sostenible y justo para la determinación del Estado miembro responsable de la tramitación de los solicitantes de asilo, reforzar el sistema Eurodac, conseguir una mayor convergencia en el sistema de asilo en la Unión Europea, impedir los movimientos secundarios dentro de la misma y un nuevo mandato para la Agencia de asilo de la Unión.

En segundo lugar, la situación en la que se encuentran en Italia y Grecia miles de personas que accedieron desde 2014 a la Unión Europea huyendo de diversos conflictos, no parece responder a la percepción teórica de los procedimientos disponibles para la formulación, tramitación y resolución de las peticiones de protección internacional. En tercer lugar, el Acuerdo de la Unión Europea y Turquía nos sitúa ante un escenario jurídico de difícil evaluación, que ha supuesto el traslado a las costas de Libia del mayor flujo de personas que pretenden llegar a Europa. Por último, el replanteamiento del sistema de Schengen a partir de la reinstauración de controles fronterizos por varios Estados miembros constituye un toque de atención a los principios que impulsaron la Unión Europea²⁶.

En las circunstancias actuales cabe decir que los sistemas de asilo de determinados Estados miembros (Grecia, Italia, Suecia, Alemania) están colapsados. Pues los procedimientos administrativos previstos en los ordenamientos jurídicos internos, inicialmente abiertos a todos cuantos interesen acceder a estos mecanismos de protección temporal, la fuerza de los hechos ha dado lugar a su saturación, haciendo necesarias nuevas respuestas desde la Unión Europea así como una reforma de todo el sistema de asilo²⁷. En este sentido desde la Comisión se ha propuesto que la responsabilidad del Estado en el examen de la solicitud de protección descansa sobre “una clave de distribución que refleje el tamaño relativo de la riqueza y la capacidad de absorción de los Estados miembros”²⁸.

Ante las catástrofes humanitarias en el mediterráneo, la Unión Europea ha desplegado distintas acciones de control y salvamento que obvian la trayectoria de muchos de los afectados. Así, la Declaración de Malta de 3 de febrero de 2017 ha marcado como objetivos la reducción del número de travesías y salvar vidas en el mediterráneo, así como proteger a los inmigrantes, incrementar el reasentamiento y promover el retorno

26 En la actualidad se han prorrogado los controles internos por parte de Alemania, Austria, Dinamarca, Suecia, Noruega y Francia.

27 En la 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, se señala entre las insuficiencias que el SECA “se caracteriza también por la diferencia de trato respecto de los solicitantes de asilo, en particular en cuanto a la duración de los procedimientos de asilo y las condiciones de acogida en los Estados miembros, una situación que, a su vez constituye un incentivo a los movimientos secundarios (...) Otro escollo al funcionamiento eficaz del sistema de Dublín estriba en la dificultad de trasladar a los solicitantes a Estados miembros con deficiencias sistémicas en aspectos críticos de sus procedimientos de asilo o sus condiciones de acogida”.

28 “El objetivo global es pasar de un sistema que por su diseño o por una aplicación deficiente asigna una responsabilidad desproporcionada a determinados Estados miembros y alienta los flujos migratorios irregulares e incontrolados a otro más justo que ofrezca itinerarios seguros y ordenados hacia la Unión Europea basado en los principios de responsabilidad y solidaridad”. Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa COM (2016) 197 final.

voluntario asistido²⁹. En este sentido los representantes de los Estados miembros han continuado el diálogo respecto de la política de retorno y readmisión al objeto de mejorar la eficacia de la Directiva 2008/115/CE. Es evidente que se ha reiterado la necesidad de mejorar la cooperación con los terceros países al objeto de llevar a cabo la readmisión por aquéllos. Igualmente se pretende intensificar la lucha contra los traficantes de seres humanos, gestionar los flujos migratorios en la frontera de Libia y aumentar la financiación del Fondo Fiduciario de la Unión Europea para África³⁰. Este proceso se completa con las operaciones en el mar Tritón, Poseidón y Sophia sobre el mediterráneo que han consistido en una vigilancia sobre las fronteras marítimas para frenar la llegada a las costas de la Unión Europea de inmigrantes. Sin embargo, a la inestabilidad política en Libia se le ha de unir las prácticas no siempre compatibles con el derecho internacional de los guarda costas libios, así como las condiciones en las que son retenidos y deportados desde Libia los inmigrantes que pretender llegar a Europa.

Por otra parte, hay que recordar que de conformidad con el artículo 78,3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en caso de que uno o más Estados miembros se enfrenten a una situación de emergencia caracterizada por una afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo, a propuesta de la Comisión, y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. Es por ello que en el año 2015 se adoptaron iniciativas relativas a la reubicación y el reasentamiento³¹. En efecto, el Consejo Europeo en su reunión de 25 y 26 de junio de 2015 adoptó la decisión de actuar frente a la situación de crisis migratoria en un triple ámbito: a través de la reubicación y reasentamiento, con los retornos y readmisiones así como a través de la cooperación con países de origen y tránsito. La reubicación tiene su fundamento en el citado art. 78 del Tratado de Funcionamiento y constituye un procedimiento por el que se lleva a cabo un traslado del solicitante de protección hasta el territorio de otro Estado miembro desde el que se encontrase, atendiendo a lo dispuesto en el Reglamento Dublín III y operaría respecto de los solicitantes de protección internacional que ya se encontraban en Grecia e Italia. El compromiso inicial alcanzaba a un número de 40.000 solicitantes de protección, luego ampliado hasta un total de 160.000 reubicaciones.

En el caso de el reasentamiento, consiste en “la transferencia de personas desplazadas y manifiestamente necesitadas de protección internacional a instancias” del ACNUR, de un tercer país a un Estado miembro. La Comisión Europea propuso un programa de reasentamiento a nivel de la Unión Europea que en el Consejo de Ministros de Justicia e Interior el 20 de julio de 2015 acordó el reasentamiento de 22.504 refugiados.

²⁹ La víspera se había firmado en Roma un acuerdo entre el Primer Ministro italiano Gentiloni y el presidente del Consejo Presidencial libio Mohamed Fayed al Serraj para colaborar en la reducción del “flujo migratorio”.

³⁰ El *Migration compact* suscrito por la Unión Europea con Níger, Nigeria, Mali, Senegal y Etiopía constituye un ejemplo de ayuda financiera por lucha contra la inmigración ilegal.

³¹ García Mahamut, R., “La ductilidad del derecho a la protección internacional (Refugio y protección subsidiaria) ante las crisis humanitarias: un desafío para Europa y para el sistema europeo común de asilo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pág. 215.

Frente a esta previsión la realidad de los Estados miembros, así como las distintas sensibilidades de sus gobiernos y la sociedad civil, ha mermado de forma considerable el impacto real de este programa. En este sentido, es importante advertir que la Comisión Europea ha admitido la escasa efectividad de las acciones emprendidas por algunos Estados miembros en el cumplimiento de los acuerdos adquiridos al respecto de la reubicación y reasentamiento, que ponen en evidencia la imposibilidad de llevar a cabo los acuerdos a los que se habían comprometido los Estados Miembros³². Conviene recordar que Hungría se opuso desde el principio a participar en dicho programa e incluso recurrió ante el Tribunal de Justicia por entender que constituía una vulneración por la Unión Europea de las competencias soberanas del Estado. Respecto de las obligaciones iniciales adquiridas por los Estados miembros es significativo que la Comisión Europea haya abierto un procedimiento de infracción a Polonia, Hungría y a la República Checa por negarse a aceptar el compromiso adquirido de llevar a cabo el reasentamiento del número de refugiados establecido en el citado acuerdo³³.

Las obligaciones para el Estado español derivadas de los acuerdos comunitarios en materia de reasentamiento tienen su fundamento en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que se hizo eco de estos instrumentos en su disposición adicional primera³⁴. En efecto, se prevé en este precepto que el Gobierno elaborará los programas de reasentamiento de refugiados y acordará anualmente el número de personas que podrán ser reasentadas a través de los mismos.

El Consejo de Ministros acordó el 29 de enero de 2010 el primer programa de reasentamiento para acoger a 75 refugiados dicho año. Con posterioridad y al objeto de dar cumplimiento por la Administración española al acuerdo alcanzado por los Estados miembros, la respuesta del Gobierno español se formalizó en el Consejo de Ministros de

32 Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia, DOCUE, L 239 de 15 de septiembre de 2015 y Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia, DOCUE, L 248 de 24 de septiembre de 2015. Un año más tarde fue modificada esta última por la Decisión (UE) 2016/1754 del Consejo en el sentido de posibilitar a los Estados miembros cumplir la obligación prevista respecto de la reubicación de solicitantes “admitiendo en su territorio a nacionales sirios presentes en Turquía (...) con una necesidad manifiesta de protección internacional diferentes del programa de reasentamiento”. Esta obligación esta prevista respecto de la reubicación de solicitantes “admitiendo en su territorio a nacionales sirios presentes en Turquía (...) con una necesidad manifiesta de protección internacional diferente del programa de reasentamiento”. Diario El País 13 de junio de 2017.

33 En su informe de situación la Comisión Europea ha informado que al inicio del mes de marzo únicamente Malta y Finlandia han cumplido casi en su totalidad los compromisos adquiridos en relación con las reubicaciones acordadas desde Grecia e Italia. Sin embargo, otros Estados miembros se han negado en rotundo a colaborar (Hungría, Austria y Polonia), finalmente Chequia, Bulgaria, Croacia y Eslovaquia lo están llevando a cabo de forma muy limitada.

34 “El marco de protección previsto en la presente Ley será de aplicación a las personas acogidas en España en virtud de Programas de Reasentamiento elaborados por el gobierno de la Nación, en colaboración con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, y, en su caso, otras Organizaciones Internacionales relevantes. El Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Interior y de Trabajo e Inmigración, oída la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, acordará anualmente el número de personas que podrá ser objeto de Reasentamiento en España en virtud de estos programas. Los refugiados reasentados en España tendrán el mismo estatuto que los refugiados reconocidos en virtud de las disposiciones de la presente ley”.

6 de noviembre de 2015 con la aprobación para 2015, de 724 personas que se sumaban a los 130 previstos en el Programa para 2014, que como la nota del Gobierno indicaba, se encontraba “pendiente de ejecución”. Las personas destinatarias del reasentamiento lo serían procedentes del conflicto sirio ubicadas en los países limítrofes y en este proceso intervendrían los Ministerios del Interior y de Empleo y Seguridad Social.

El Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2016 aprobó el Programa de Reasentamiento de Refugiados en España 2016 para su ejecución en 2017. La previsión para 2017 es que se continúe con la determinación de los criterios de selección de las personas a reasentar a partir de las prioridades y necesidades de protección previamente identificadas por el ACNUR atendiendo entre otros criterios a la nacionalidad, así como a las circunstancias personales y familiares. Así según las informaciones más recientes con la acogida de 725 refugiados en Líbano en la actualidad, España cumpliría en el mes de septiembre el compromiso de reasentamiento de 1449 refugiados³⁵.

Ahora bien, por lo que respecta al compromiso inicialmente adquirido por el Estado español de llevar a cabo la reubicación de 15.888 solicitantes de protección sirios, eritreos y afganos que se encuentran en Italia y Grecia, no parece que se pueda cumplir mínimamente este objetivo antes del final del plazo establecido en septiembre de 2017.

III.- LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL SECA Y EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

Cabe advertir que algunas de las normas comunitarias que han sido aprobadas y entrado en vigor a la luz del espacio de libertad, seguridad y justicia en materia de asilo y refugio suscitan dudas respecto de su compatibilidad con el ordenamiento internacional, especialmente por la situación en que se encuentran solicitantes de protección internacional a partir del éxodo masivo desde 2014 a la Unión Europea. La situación jurídica de aquéllos en los centros de recepción e identificación en Grecia e Italia como la suerte de quienes en aplicación del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía son devueltos a este país o se le impide salir de Libia rumbo a Europa, obligan a realizar algunas consideraciones.

En efecto en este análisis cobra especial interés el acuerdo suscrito entre la Unión Europea y Turquía el 18 de marzo de 2016, que nos lleva a plantear la compatibilidad del mismo y, en su conjunto, de la política común en materia de asilo y refugio con los compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros en derechos humanos. Estamos en presencia de un tratado internacional que claramente conculca algunos de los preceptos del CEDH, además de resultar contrario a la Convención de Ginebra y de la Directiva de Procedimientos para la concesión de protección internacional. La primera objeción que se ha de formular al Acuerdo Unión Europea-Turquía lo es por el procedimiento seguido para la conclusión del mismo, ya que no se ha observado lo preceptuado en el artículo 216 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³⁵ Diario El País 12 de junio de 2017.

La consecuencia inmediata de la entrada en vigor de este Acuerdo es que si bien se ha reducido casi en un 90% las llegadas de personas a las islas griegas desde Turquía, los intentos de cruzar el mediterráneo central hasta las costas italianas procedentes de Libia se han incrementado de forma considerable. También lamentablemente ha aumentado la pérdida de vidas en esta travesía. Además la situación de inestabilidad política de Libia dista mucho de estar resuelta y el control que puede ejercer el gobierno reconocido por la Comunidad Internacional sobre la costa de este país es muy limitado³⁶.

Para comprender las circunstancias que han rodeado este Acuerdo se debe recordar que con anterioridad, esto es el 14 de abril de 2014 ya se había suscrito un Acuerdo entre la Unión Europea y Turquía si bien estaba prevista su entrada en vigor en 2017³⁷. La situación sobrevenida como consecuencia de las dimensiones del drama humano provocado por el conflicto bélico en Siria hizo aconsejable a la Unión Europea el adelanto de su entrada en vigor al 1 de junio de 2016. En efecto, la Decisión del Consejo de 23 de marzo de 2016 (UE) 2016/551 así lo constata³⁸. La consecuencia fundamental de dicho acuerdo era que Turquía aceptaba “el retorno rápido de todos los inmigrantes que no precisen protección internacional y que hayan pasado de Turquía a Grecia”, así como aceptar por Turquía todos aquellos inmigrantes que hubiesen sido interceptados en aguas turcas. A tenor del contenido de la Declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016, para poner término a la migración irregular desde Turquía a Europa se acordaba el retorno de los migrantes irregulares, si bien por “cada sirio retornado a Turquía” desde Grecia “se reasentará a otro sirio procedente de Turquía” a la Unión Europea, así como impedir que se pudiesen abrir nuevas rutas de migración ilegal entre aquel país y la Unión Europea. Como contraprestaciones se formaliza el compromiso de “revigorizar el proceso de adhesión” así como “el desembolso de 3.000 millones de euros de la Unión Europea a Turquía” que se verían complementados con otra cuantía idéntica a finales de 2018. La constatación de la vigencia de este acuerdo se obtiene a partir del 4 de abril de 2016, fecha en la que Turquía comenzó a aceptar a los inmigrantes devueltos desde Grecia³⁹.

36 “La Unión Europea condena las violaciones de los derechos humanos y los abusos contra migrantes e insta a las autoridades libias a redoblar sus esfuerzos por mejorar la protección y el fomento de los derechos humanos, especialmente en los centros de detención de migrantes. Igualmente se acuerda apoyo financiero para “la impartición de formación y el suministro de equipos y otros apoyos, dando prioridad a la guardia costera y a la marina libias”. Conclusiones del Consejo sobre Libia 5321/17 de 6 de febrero de 2017.

37 Decisión 2014/252/UE del Consejo relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales que entró en vigor el 1 de octubre de 2014, DO L 134 de 7 de mayo de 2014.

38 Decisión (UE) 2016/551 del Consejo de 23 de marzo de 2016 por la que se establece la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión en el Comité Mixto de Readmisión relativa a las normas de desarrollo a efectos de la aplicación, a partir de 1 de junio de 2016, de los artículos 4 y 6 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales DO L 95/9 de 23 de marzo de 2016.

39 “Todos los nuevos migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016 serán retornados a Turquía. Esta se aplicará en plena conformidad con el Derecho Internacional y de la Unión Europea, descartándose así todo tipo de expulsión colectiva. Todos los migrantes estarán protegidos de acuerdo con las normas internacionales pertinentes y dentro del respeto del principio de no devolución. Se tratará de una medida temporal y extraordinaria que es necesaria para poner término al sufrimiento humano y restablecer el orden público. Los migrantes que lleguen a las islas griegas serán debidamente registrados y las autoridades griegas tramitarán toda solicitud de asilo individualmente, de acuerdo con la Directiva sobre procedimientos de asilo, en cooperación con el ACNUR. Los migrantes que no soliciten asilo o cuya solicitud se haya considerado infundada o inadmisibles de conformidad con la citada Directiva serán retornados a Turquía. Los gastos de las operaciones de retorno de migrantes irregulares correrán a cargo de la Unión Europea”.

Preocupa la dimensión que puede cobrar en el tiempo esta situación provisional que puede convertir estos centros en espacios ajenos al ordenamiento jurídico y como ya señaló el Tribunal de Estrasburgo, se corre el riesgo de convertirlos en ámbitos excluidos de todo control jurisdiccional.

La solución de extraterritorialidad adoptada por la Unión Europea para hacer frente a la situación de flujo masivo de solicitantes de protección internacional, tanto en las aguas del mar egeo como del mediterráneo central, tiene su origen en la propuesta de creación de áreas regionales de protección en regiones de origen planteada por el Reino Unido al Consejo Europeo de primavera de 2003 *New international approaches to asylum processing and protection* para la mejora de la gestión del régimen de protección internacional, con el objetivo de conseguir la adopción de iniciativas orientadas a la actuación en terceros países no comunitarios. De entre este conjunto de iniciativas destaca por su “originalidad” y largo alcance, el traslado en el sentido material del término a un tercer Estado de determinadas competencias en orden al control inicial de la viabilidad de la solicitud de asilo. El planteamiento de la creación de áreas regionales de protección en regiones de origen tendría por destinatarios a los solicitantes de asilo provenientes de determinados países, con el objeto de que sus demandas de asilo fuesen tramitadas en las regiones de origen, completándose este sistema con programas destinados a la reinstalación. En última instancia se perseguiría con este sistema evitar el denominado “factor de atracción” que hoy día constituye la Unión Europea. El establecimiento de zonas protegidas en terceros países podría cumplir pues una finalidad disuasoria frente a las solicitudes infundadas de asilo.

Desde entonces mucho se ha discutido sobre si estos centros o áreas de protección regional resultarían compatibles con la legislación comunitaria, la legislación nacional de los Estados miembros y de los Estados en los que se ubicasen tales centros, así como respecto del CEDH. Finalmente, se plantean una serie de incógnitas en torno a si este nuevo sistema de centros de tramitación de tránsito responderían a la exigencia de protección efectiva⁴⁰ a los solicitantes de asilo. La entrada en vigor del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía permite recuperar nuevamente el debate al respecto en un doble sentido, sobre la condición de tercer Estado seguro de Turquía pero también sobre las condiciones reales en las que se gestionará, en su caso, las solicitudes de asilo de los solicitantes devueltos de Grecia a Turquía.

La situación de precariedad jurídica en la que se encuentra el solicitante de protección internacional en los centros de recepción e identificación en Grecia e Italia, en tanto se resuelve la admisión o examen de su petición no admite duda alguna, así como las condiciones reales de acceso a los procedimientos que permitan otorgar dicha protección, no resultan favorables. Además, antes de la entrada en vigor del acuerdo con Turquía se trataba de centros abiertos en los que se llevaba a cabo las labores de acogida e identificación que, tras el 20 de marzo de 2016, se han convertido, al menos para quienes se encuentran en las islas griegas, en centros de recepción, identificación e internamiento en los que se debe dudar no ya de las condiciones de vida, sino también del ejercicio de

40 En este sentido recuérdese que para que la protección sea efectiva se precisa que se cumplan las condiciones de seguridad física, garantía de no devolución, acceso a los procedimientos nacionales de asilo con garantías, acceso a atención sanitaria primaria, educativa obligatoria y al mercado laboral.

derechos y garantías de los solicitantes de protección contempladas en las Directivas antes reseñadas. En estas circunstancias cabe cuestionar el grado de cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros para establecer los procedimientos justos y eficientes, que habrán de ser seguidos por sus responsables, oficina pública u organismo competente en la materia para llevar a cabo la correcta evaluación e identificación de los solicitantes de asilo, y determinar la condición de refugiados a quienes satisfagan los requisitos para obtener la protección internacional. Incluso resulta cuestionable hasta el efectivo acceso al procedimiento a través de la presentación de la solicitud de asilo y su consideración por la administración competente, desde que la Directiva de procedimientos permite que las autoridades competentes de Grecia lleven a cabo el procedimiento de examen para tomar decisiones sobre el fondo de la solicitud en los centros ubicados en las islas y, de considerarla manifiestamente infundada o falsa en sus datos, acordar tras resolución negativa de la apelación la inmediata devolución del solicitante(arts. 31.8 y 43).

Aunque aún son escasos los supuestos, es cierto que algunos órganos jurisdiccionales nacionales han planteado cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto del alcance de alguna de estas normas comunitarias. En efecto, la orientación que presenta la legislación comunitaria sobre extranjería, inmigración y asilo puede presentar zonas de conflicto con derechos asentados en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros como con el propio CEDH y la jurisprudencia del TEDH. En concreto previsiones como las de los internamientos, las garantías a los menores no acompañados, los riesgos derivados de los retornos, las expulsiones colectivas o la devolución de los solicitantes de protección internacional a los terceros países seguros merecen una breve referencia a través de la jurisprudencia recaída sobre estas cuestiones.

En este contexto nos hemos de detener en la situación de internamiento en la que se encuentran los solicitantes de protección internacional en las islas griegas en los denominados centros de registro (hotspots)⁴¹ en el interior de los centros de recepción, identificación e internamiento, así como en la prolongación de la situación temporal de privación de libertad deambulatoria, quizá sin suficiente base legal en el ordenamiento comunitario. Cabe recordar que el internamiento viene formulado en la Directiva de Retornos como última respuesta, “salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo”, teniendo como destinatarios a “nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno a la ejecución del proceso de expulsión cuando haya riesgo de fuga o el destinatario evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión”. La situación de las personas que se encuentran en estos centros no ha sido previamente objeto de ningún procedimiento administrativo en el que se haya acordado su expulsión, por lo que quizá no resulte apropiado aplicar a los afectados el tratamiento que recoge la Directiva de Retornos. No parece ser ésta la razón de ser de los

⁴¹ En Italia se encuentran en Lampedusa, Pozzalo, Porte Empedocle, Augusta, Taranto y Trapani. En Grecia en Lesbos, Chios, Samos, Leros y Kos.

hotpost, si bien la supresión de la libertad deambulatoria es similar, su función es la de llevar a cabo el registro de los datos personales de quienes han llegado a las costas del sur de Europa, pero dista de ser el entorno más propicio para el acceso al procedimiento para solicitar protección internacional y gozar de un relativo control judicial de las condiciones de limitación de la libertad. Aun cuando acudamos a la analogía no debemos olvidar que según el texto de la Directiva “El internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras se llevan a cabo las gestiones para la expulsión, las cuales se ejecutarán con la debida diligencia”, cuestión esta que parece poco acorde con la prolongación de la situación de internamiento de quienes se encuentran en dichos centros, por lo que quizá se debiera ser especialmente exigente en la observancia de determinadas garantías jurídicas.

Resulta preocupante en especial la situación de los menores no acompañados, así como en las condiciones en las que se llevará a cabo el retorno de quienes llegaron a las islas griegas con posterioridad al acuerdo de la Unión Europea con Turquía⁴². Nuevamente la extensión de esta previsión normativa a los miles de solicitantes de protección en los centros de internamiento de las islas griegas pero también a quienes se encuentran en territorio de Italia constituye una generalización excesiva de una previsión excepcional en su aplicación y con prolongación en el tiempo.

Esta situación se ve agravada ante el internamiento relativo a menores no acompañados y familias con menores que estaba ya previsto en la Directiva de Retornos como “último recurso y por ello por el menor tiempo posible”⁴³. Respecto de la definición de menor o los menores no acompañados se trata de extranjeros menores no acompañados nacionales de terceros países o apátridas menores de 18 años que llegan al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros⁴⁴.

Pues bien, no deja de sorprender que el retorno o la devolución puedan tener por destinatarios a menores no acompañados. Nuevamente hemos de tener presente la insuficiencia de garantías que pueden existir en el país al que se retorne al menor, en atención al nivel de protección de los derechos humanos en países a los que puedan ser

⁴² *Atrapados en Grecia. Un año después del acuerdo UE-Turquía*. CEAR 2017.

⁴³ Una primera respuesta interpretativa del contenido de la Directiva de Retorno se contiene en la resolución del asunto C-61/11 PPU, como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por la Corte de Apelación de Trento (Italia). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde en la resolución de este asunto a la duda suscitada respecto del ámbito de aplicación de la citada Directiva y su compatibilidad con el ordenamiento penal interno de los Estados miembros. El Tribunal resolvió que “se opone a la normativa de un Estado miembro (...) que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado”.

⁴⁴ Art. 2, f, de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

retornados en virtud de acuerdos de cooperación, el nivel de desarrollo del sistema de servicios sociales o la obligatoriedad de la escolarización infantil en aquéllos.

El ordenamiento internacional ha rodeado al menor de una serie de garantías para dotarlo de protección dada su mayor vulnerabilidad que en el ámbito migratorio experimenta un notable incremento. Recuérdese que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados parte a respetar los derechos incorporados a la misma, asegurando su aplicación sin distinción alguna de raza u origen nacional, e impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para “garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo” (art. 2). En este sentido el Comité de los Derechos del Niño señaló que en caso de no cumplir la totalidad de requisitos para la consideración de refugiado a tenor de la Convención de Ginebra, “los menores separados o no acompañados disfrutarán de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección, (incluyendo) la obligación (estatal) de atender las necesidades específicas de protección del menor no acompañado y separado de su familia”. Es por ello que corresponde a los Estados garantizar “en la máxima medida posible, el disfrute de todos los derechos humanos que se reconocen a los niños en el territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado, con inclusión de los derechos que presuponen la estancia legal en dicho territorio”⁴⁵.

Por tanto las previsiones contenidas en la Directiva de Retornos y aplicadas por extensión a los menores no acompañados que se encuentran en los centros de recepción e identificación de Grecia e Italia no se compadecen con el “interés superior del niño” que se recoge en la citada Convención (art. 3), en la medida en que solo se contempla la asistencia de los servicios adecuados (sociales de menores) y la obtención por parte de los Estados miembros de garantías de que dicha persona “será entregada a un miembro de su familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno”. En el mismo sentido, la contradicción de la Directiva se hace evidente con lo protegido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. En efecto la Carta de Niza establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial” (art. 24) que queda considerablemente debilitada en los centros de recepción e identificación de Grecia e Italia. En último caso, el hecho de que el retorno sea posible para los menores si “existen instalaciones de recepción y si dichas instalaciones son adecuadas”, sin especificar el contenido de dichas instalaciones ni la necesidad de la existencia de un responsable del menor en el país de retorno ya personal o institucional, agrava la situación de vulnerabilidad del menor. En este sentido el Caso Rahimi contra Grecia⁴⁶ resulta especialmente relevante por cuanto el TEDH afirma la necesidad de tomar medidas de protección efectivas respecto de los menores no acompañados para no incurrir en vulneración del art. 3 del CEDH. En concreto se trata de la primera ocasión en la que el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que no sólo se vulnera el art. 3 del CEDH cuando se retiene a menores no acompañados como ya había

45 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: trato de los menores no acompañados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 77.

46 Caso Rahimi contra Grecia, STEDH 5 de abril de 2011.

señalado con antelación⁴⁷, sino que además constituye un trato inhumano y degradante dejar en libertad tras la retención, al menor no acompañado sin ninguna medida de protección o tutela sobre el mismo, quedando absolutamente desprotegido y en una situación de vulnerabilidad extrema. Por esta razón hemos de reiterar que los menores extranjeros no acompañados deben ser tratados como menores y no como extranjeros⁴⁸.

Respecto a los potenciales destinatarios del Acuerdo Unión Europea-Turquía nos hace cuestionarnos incluso la compatibilidad de las consecuencias del mismo con lo previsto en el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH. Se debe recordar que dicho precepto señala expresamente “la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”⁴⁹, en los mismos términos se recoge también en la Carta Europea de Derechos Humanos que especifica además que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes” (art. 19.2). En idéntico sentido recuérdese que el artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza “garantiza el derecho de asilo”. Por su parte el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge el desarrollo de una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal “destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país” necesitado de protección internacional (art. 78.1). Por tanto, ya en su formulación teórica la previsión de los retornos presentaba algunas contradicciones con los derechos contemplados en el CEDH así como en la Carta de Niza.

Sin embargo, como consecuencia del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía, la responsabilidad de los Estados Miembros firmantes de la Convención de Ginebra se pone en cuestión, especialmente por lo que respecta a Grecia. La imposibilidad de llevar a cabo el rechazo en frontera, sin una evaluación precisa de las peticiones de protección a través del procedimiento correspondiente, resulta difícil de congeniar con el modo en que se sustancia éste sin suficientes garantías, en tanto se encuentran los solicitantes de protección en los centros de registro, identificación e internamiento en las islas griegas con la expectativa de su devolución a Turquía. La modificación de la legislación griega en la materia, la tramitación de la solicitud de protección a través de un procedimiento acelerado, en el que tan sólo son objeto de especial consideración quienes se encuentran en una manifiesta situación de vulnerabilidad, resulta a todas luces incompatible con la Convención de Ginebra.

Quedan así en “cuarentena” para todos los que hayan llegado a las costas de las islas griegas con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía, el examen de las solicitudes y la adopción de las decisiones sobre la petición de protección internacional, el derecho a ser informados del procedimiento a seguir durante el mismo, disponer de servicios de un intérprete y la comunicación al ACNUR, cuando

47 Caso Assenov y otros Bulgaria, STEDH de 28 de octubre de 1998, Caso Okkadi contra Turquía, STEDH de 17 de octubre de 2006 y Caso A. contra Reino Unido, STEDH de 19 de febrero de 2009.

48 López Ulla, J.M., “Alcance del art. 3 del CEDH en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado, La obligación positiva de no dejarle en desamparo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013 pág. 496.

49 “toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a salir de un país, salvo en el caso de que la medida se haya tomado como consecuencia y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo” (Caso Conka c. Bélgica, STEDH de 5 de junio de 2002).

ésta se interese por el solicitante. La obtención en un tiempo razonable y en debida forma de la resolución de la autoridad decisora sobre su solicitud de asilo, parece una exigencia razonable, en una lengua que pueda suponerse que comprende, así como una audiencia personal y la asistencia jurídica y representación legal, pero en la actualidad quedan más lejos que nunca de ser efectivas en los centros de recepción e identificación ahora ya de internamiento, especialmente en las islas griegas pero sin duda también en la península helénica como en Italia.

Además una vez resuelto el procedimiento correspondiente y acordada la devolución a Turquía, se debe insistir en las dificultades para garantizar la repatriación en condiciones de respeto a la dignidad de las personas así como la complejidad para determinar la recepción adecuada en el Estado de retorno o de tránsito como tercer Estado seguro. Además como consecuencia del acuerdo con Turquía se ha procedido a una clara discriminación en favor de los solicitantes de protección de determinadas nacionalidades, especialmente procedentes de Siria⁵⁰, con indudable discriminación de otras nacionalidades con claro incumplimiento del art. 3 de la Convención de Ginebra que prohíbe la discriminación por el país de procedencia del solicitante de protección⁵¹. Así otros desplazados de nacionalidad diferente, como sucede con más de 20.000 afganos, permanecen en una situación indeterminada en Grecia desde hace ya bastante tiempo y han quedado excluidos del programa de reubicación. Por lo que estamos asistiendo a una flagrante violación de la Convención.

En relación con los riesgos para los potenciales solicitantes de protección internacional devueltos a Turquía hemos de hacer hincapié en que son múltiples, dada la posibilidad de incurrir el Estado griego que acuerda y ejecuta el retorno en responsabilidad internacional por tortura o tratos inhumanos⁵², expresamente prohibidos en el art. 3 del CEDH si, como consecuencia del retorno pudiese sufrir vulneración de sus derechos el retornado en el territorio de un tercer Estado (Turquía) por carecer de medios y capacidad para garantizar la dignidad o la libertad y seguridad de las personas devueltas⁵³. En el caso de extradición, pero entendemos que plenamente aplicable a una devolución, el TEDH ha señalado respecto de la prohibición de los malos tratos que “no pueden liberar a los Estados Partes de responsabilidad en virtud del art. 3, por todas y cada una de las consecuencias previsibles de la extradición sufridas fuera de su jurisdicción”⁵⁴. Por tanto, tiene cabida en el ámbito de aplicación del art. 3 CEDH en los

50 “el procedimiento de reubicación desde Grecia a otro país europeo se encuentra limitado para aquellas personas que han sido pre-registradas en la península, han solicitado protección internacional en el país heleno, pertenecen a un país cuyos nacionales tienen una tasa de reconocimiento superior al 75% y entraron en el país con anterioridad al 18 de marzo de 2016”. *Atrapados en Grecia. Un año después del acuerdo UE-Turquía*. CEAR, 2017, pág. 14.

51 “Los Estados contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen”.

52 “la gravedad de las medidas, duración, objeto perseguido y los efectos a la persona concernida” han de ser ponderados para determinar si los hechos serían subsumibles en el art. 3 CEDH. Caso Van der Ven contra Países Bajos, STEDH de 4 de febrero de 2003.

53 Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica, STEDH 12 octubre 2006. Entiende el Tribunal que constituye entre otras una vulneración del art. 3 CEDH la permanencia de una menor de cinco años en un centro de expulsión durante dos meses y su posterior devolución al país de origen sin garantías respecto de su recepción por familiares o la administración competente.

54 Caso Soering contra Reino Unido, STEDH de 7 de julio de 1989. En este sentido Caso Cruz Vara y otros contra Suecia, STEDH de 20 de marzo de 1991; Caso Vilvarajh contra Reino Unido, STEDH de 30 de septiembre de 1991; Caso Cahal contra Reino Unido, STEDH de 15 de noviembre de 1996 y Caso Ahmed contra Austria, STEDH de 17 de diciembre de 1996.

supuestos de la puesta a disposición de una persona a un tercer Estado no parte del CEDH, aun cuando plantea un claro supuesto de aplicación extraterritorial del CEDH⁵⁵. La prohibición general de no devolución además juega en estos casos, pese a que no hay un reconocimiento expreso en el CEDH del derecho de asilo, ya que el TEDH ha señalado que la protección del art. 3 “es más amplia que la del art. 33” de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951”⁵⁶.

En efecto, el alcance de la prohibición del art. 3 del CEDH llega hasta la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como se constata en la resolución de los Asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10 relativos a la obligación de un Estado miembro de asumir la responsabilidad de examen de una solicitud de asilo sobre la base del art. 3, apartado 2, del Reglamento núm. 343/2003 en caso de riesgo de violación de los derechos fundamentales del solicitante y/o de no aplicación de las normas mínimas impuestas por las Directivas 2003/9, 2004/83 y 2005/85 por parte del Estado miembro responsable de la solicitud en virtud de los criterios fijados por dicho Reglamento. Concluye pues el Tribunal que “El artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro responsable en el sentido del Reglamento núm. 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del reconocimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición”.

Diversos han sido con posterioridad los pronunciamientos del TEDH sobre los riesgos de llevar a cabo expulsiones colectivas de extranjeros en situación irregular en el territorio de un Estado parte del CEDH o que son interceptados durante el intento de su entrada en el mismo de los que aquí dejamos constancia. En el Caso Sellem contra Italia⁵⁷, el recurrente alegó que la ejecución de la decisión de expulsarlo a Túnez constituía una violación de los arts. 3 y 8 de la CEDH. El Tribunal de Estrasburgo considera que están suficientemente documentados casos de torturas y maltratos infligidos en Túnez a personas sospechosas o reconocidas culpables de terrorismo.

En el Caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia⁵⁸, los hechos que desencadenaron el procedimiento tienen su inicio el 6 de marzo de 2009 a trescientas millas marinas al sur

55 Quizá el precedente más conocido es el relativo a la cuestión resuelta por el TEDH en el Caso Saadi contra Italia de 28 de febrero de 2008, en esta ocasión la expulsión llevada a cabo por el gobierno italiano del recurrente a Túnez, donde afirmaba haber sido condenado por contumacia en 2005 a 20 años de prisión por pertenecer a una organización terrorista, fue objeto de análisis. La conclusión alcanzada por el TEDH no fue otra que la existencia en Túnez de un riesgo grave de denegación de justicia, razón por la que la expulsión a Túnez había constituido una violación del art. 3 del CEDH.

56 Caso Chahal contra Reino Unido, STEDH de 15 de noviembre de 1996.

57 STEDH de 5 de mayo de 2009.

58 STEDH 23 de febrero de 2012.

de la isla de Lampedusa, tres embarcaciones provenientes de Libia que transportaban doscientos migrantes fueron detenidas por la Guardia de Finanza y la Guardia Costera italiana. A continuación, fueron conducidos en las naves italianas a Tripoli, sin ser informados del destino del viaje, ni llevado a cabo procedimiento alguno de identificación, donde fueron entregados a las autoridades de Libia. Hemos de recordar que aun cuando Libia estaba sometida al cumplimiento de las obligaciones internacionales, el no respeto de tales obligaciones era un hecho notorio, si bien para el Tribunal de Estrasburgo Italia no podía excluirse de su propia responsabilidad invocando las obligaciones derivadas del acuerdo bilateral concluido con Libia en febrero de 2009. En el caso de los inmigrantes procedentes de Eritrea y Somalia el TEDH recuerda que “El Estado que procede a la devolución debe, pues, asegurarse que el país en el que efectúa la expulsión, diverso del país de origen, ofrezca garantías suficientes para evitar que el inmigrante pueda ser expulsado al país de origen, sin una valoración de los riesgos que puede correr de llevarse ésta a cabo. Lo cierto es que Libia no había ratificado la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y la ausencia de cualquier procedimiento de asilo o de protección de los refugiados eran suficientes motivos a juicio del Tribunal de Estrasburgo, para el riesgo de un *refoulement* indirecto por parte de las autoridades libias. Por tanto, se habría producido una violación del art. 3 CEDH⁵⁹. También el Tribunal Europeo estima la violación del artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH, que prohíbe la expulsión colectiva. Además, la Corte ha reiterado que la Convención es un instrumento vivo que ha de ser interpretado a la luz de las condiciones actuales, en consecuencia la actualidad del fenómeno migratorio necesita de reglas bien precisas porque el contexto no deviene en una zona “off-shore” del derecho. El Tribunal ha constatado que la devolución de los recurrentes a Libia se ha realizado sin ninguna forma de examen individual de los recurrentes, que el personal de la fuerza naval no estaba preparado para efectuar una entrevista a cada uno de los recurrentes ni se dispusieron intérpretes o asesores legales, por tanto ante la absoluta ausencia de garantías suficientes para evaluar real e individualmente la situación de los presos a bordo se corrobora la violación del art. 4 del Protocolo 4 del CEDH.

Con referencia a la garantía y eficiencia de los sistemas nacionales de asilo enorme interés presenta la resolución del Caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia⁶⁰, que supuso la condena a ambos Estados. Aun cuando el contexto en el que se desarrolla la actuación previa de los Estados implicados es el de la solicitud y tramitación de la petición de asilo,

59 Se trata de la primera ocasión en la que el TEDH ha examinado la aplicabilidad del art. 4 del Protocolo 4 a un caso de alejamiento de extranjeros hacia un tercer Estado efectuado fuera del territorio nacional. Ciertamente la noción de expulsión como la noción de jurisdicción estaba vinculada al territorio nacional pero aquí el Tribunal de Estrasburgo reconoce que el Estado había ejercido a título excepcional su jurisdicción fuera de su territorio nacional y dicho ejercicio de la jurisdicción extraterritorial había tomado la forma de una expulsión colectiva. Concluye el TEDH que se ha vulnerado también el art. 3 en la medida que los recurrentes habían sido expuestos al riesgo de sufrir malos tratos en Libia. El Tribunal ha indicado que el traslado de los recurrentes a Libia, las autoridades italianas habían expuesto, con pleno conocimiento de causa, a tratamientos contrarios a la CEDH. El riesgo era evidente de ser repatriados a Somalia y Eritrea ya que en el momento del traslado a Libia, las autoridades italianas eran conocedoras de que no existían garantías suficientes para proteger a los recurrentes del riesgo de ser reenviados a continuación arbitrariamente a su país de origen.

60 STEDH de 21 de enero de 2011.

las consecuencias que alcanza el TEDH son plenamente aplicables a la necesidad de respeto y observancia por el ordenamiento comunitario de la CEDH. Brevemente expuesto el caso se trataba de una entrada del demandante en la Unión Europea por Grecia y con posterioridad presentó demanda de asilo en Bélgica en cuyo Estado no fue analizada la misma y trasladado nuevamente a Grecia para su análisis de conformidad con lo preceptuado en el Reglamento de Dublín. Pues bien, concluyó el Tribunal de Estrasburgo que por parte de ambos Estados no se había garantizado suficientemente el derecho de acceso al proceso de determinación de la procedencia del asilo, se había llevado a cabo la retención en condiciones inhumanas del demandante y no se había ponderado suficientemente el riesgo de la devolución hipotética al Estado de origen (Afganistán). Nos encontramos ante un claro ejemplo de vulneración del CEDH por dos Estados de la Unión Europea en aplicación del Reglamento de Dublín aunque hay que hacer la salvedad de la incapacidad del sistema de asilo griego para hacer frente a las responsabilidades derivadas del mismo.

Por tanto los Estados miembros de la Unión Europea no quedan exentos del cumplimiento de sus obligaciones derivadas del CEDH. Bien es cierto que el origen del conocimiento de estos asuntos por el TEDH en diversas ocasiones está relacionado con la adopción de medidas cautelares en virtud de la regla 39 del Reglamento del Tribunal para personas en necesidad de protección internacional⁶¹. Cabe decir que en la mayoría de las ocasiones se invocan los citados arts. 2 y 3 del CEDH, presentados por aquellos sobre los que, encontrándose fuera de su país dentro de un signatario del Convenio, pesa una orden de expulsión contra la que se presenta la petición de medidas provisionales o sobre aquellas que han visto denegada su solicitud de refugio ante el riesgo de sufrir pena de muerte o tortura. Ante este riesgo, el Tribunal Europeo puede interesar del Estado la suspensión de la expulsión o extradición⁶², aunque en algún caso los Estados no atienden dicha petición y proceden a ejecutar la expulsión o extradición⁶³. Recuérdese la condena a España por vulnerar el art. 13 del CEDH, ya que no atendió a la medida cautelar acordada por aquél de paralizar la expulsión de los demandantes de asilo del territorio nacional durante el examen de sus causas, y en tanto la decisión interna definitiva en cuanto a sus solicitudes de protección internacional hubiese sido pronunciada⁶⁴.

Respecto a las garantías de los derechos de los extranjeros que permanecen retenidos el Tribunal de Estrasburgo en el caso Khlaifia⁶⁵ ha señalado que es de aplicación a los supuestos de retención de inmigrantes y solicitantes de asilo en

61 “La Sala o, en su caso, su Presidente podrán, a petición de una parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida provisional que estimen deba adoptarse en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento”.

62 Caso Sultani contra Francia, STEDH de 20 de septiembre de 2007, no se llevó a cabo la expulsión a Afganistán del recurrente. Caso Saadi contra Italia, STEDH de la Gran Sala de 28 de febrero de 2008, no se produjo la expulsión a Túnez en atención a la indicación del TEDH.

63 Entre otros Caso Mamatkoulou y Abdurasulovic contra Turquía, STEDH de 6 de febrero de 2003, Caso Chamaiev y otros contra Georgia y Rusia, STEDH de 12 de abril de 2005. Caso Ben Khemais contra Italia, STEDH de 24 de febrero de 2009.

64 Caso A.C. y otros contra España, STEDH 24 de abril de 2014.

65 Caso Khlaifia y otros c Italia, STEDH de 15 de diciembre de 2016.

dependencias, ya sean estas propiamente centros de internamiento o embarcaciones, de las previsiones contenidas en el art. 5.1 del CEDH, toda vez que constituyen una clara limitación de su libertad. En este contexto carecer de información suficiente sobre la causa de la detención en dichos centros y embarcaciones también es constitutiva de una violación del art. 5.2 CEDH. En el mismo sentido en esta situación de internamiento se exige la existencia de un control judicial al objeto de constatar la legalidad de dicha medida así como la adopción de la resolución correspondiente al objeto de que dicha privación de libertad no se extienda por más tiempo del imprescindible.

Sin embargo, una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos sitúa ante la discutible apreciación por este Tribunal de la situación de inseguridad y la ausencia de vías legales para poder huir de las condiciones extremas en Siria. Este Tribunal se ha pronunciado ante una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 25,1, a) del Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario sobre visados⁶⁶, en el asunto C-638/16 PPU⁶⁷. Una pareja con tres hijos de corta edad residentes en Alepo presentaron solicitudes de visado de validez territorial limitada en la embajada de Bélgica en Beirut, argumentando que al ser de confesión cristiana ortodoxa corrían el riesgo de sufrir persecuciones por sus creencias religiosas. El Estado belga consideró que “no estaba obligado, ni sobre la base del artículo 3 del CEDH, ni en virtud del artículo 33 de la Convención de Ginebra, a admitir en su territorio a un nacional de un tercer país, siendo su única obligación la de no devolver a ese nacional”. El Tribunal resolverá que los procedimientos aplicables a las solicitudes de protección internacional no prevén tal obligación y excluyen de su ámbito de aplicación las solicitudes presentadas en las representaciones de los Estados miembros, por lo que resuelve a la cuestión prejudicial planteada que la petición de visado con fundamento en el art. 25 del citado Reglamento, según el que no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del mismo y “sólo está sujeta al derecho nacional”. Contrasta este fallo del Tribunal con las conclusiones del Abogado General Mengozzi para quien “cuando un Estado miembro adopta una decisión con respecto a una solicitud de visado de validez territorial limitada, está aplicando el Derecho de la Unión, lo cual, en consecuencia, le obliga a garantizar el respeto de los derechos reconocidos en la Carta”⁶⁸.

Hay que indicar como un procedimiento surgido con carácter excepcional y por un tiempo breve, tiende a convertirse en permanente, prolongando la estancia y espera de resolución de la petición de protección más de un año por parte de los solicitantes que se encuentran en las islas griegas. En estas circunstancias de limitación de la libertad

66 “Expedición de un visado de validez territorial limitada (...) 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”.

67 Asunto X y X contra Bélgica, STJUE de 7 de marzo de 2017.

68 El Abogado General considera que “el respeto de dichos derechos” y en especial el reconocido en el artículo 4 de la Carta, “implica la existencia de una obligación positiva de los Estados miembro de expedir un visado de validez territorial limitada cuando existan motivos serios y acreditados para pensar que, como consecuencia directa de su negativa a expedir dicho documento, las personas que buscan protección internacional se verán expuestas a la tortura o a tratos inhumanos o degradantes, prohibidos por dicho artículo”.

deambulatoria, de vulnerabilidad y desprotección cabe traer a colación la jurisprudencia del TEDH ya comentada. En efecto, parece difícil compatibilizar la doctrina del Tribunal recogida en el caso *Khlaifia* sobre la prolongación de la privación de libertad durante meses en los centros de recepción, identificación e internamiento en las islas griegas así como la dimanante del caso *Hirsi Jamaa* y otros respecto de la suerte de los solicitantes devueltos desde aquéllas a Turquía, después de un largo procedimiento administrativo con importante ausencia de garantías.

Como ya se ha indicado, la garantía esencial que se deriva de la Convención de Ginebra respecto de los peticionarios de refugio y asilo es el principio de no devolución, por lo que constituye una obligación para los Estados llevar a cabo “un análisis adecuado e individualizado de las peticiones” con carácter previo al rechazo en frontera o a la expulsión del país del peticionario. Obligación que se hace extensible respecto de la devolución a un Estado en donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo. No parece pues que la devolución a Turquía cubra en su totalidad dichas exigencias.

Sin embargo el mayor escollo que presenta este Acuerdo lo es respecto de la propia normativa comunitaria en la materia. La consideración de Turquía como país seguro para los refugiados resulta extremadamente cuestionable. Recordemos que la Directiva 2013/32/UE del Parlamento y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), presenta como principal novedad, a los efectos que aquí importan, la incorporación del concepto de país de origen seguro, al objeto de su correspondencia para llevar a cabo el examen individual de la solicitud y el concepto de tercer país seguro. Pues bien los Estados miembros “sólo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante de protección internacional” no corre riesgo alguno respecto de su vida o libertad que no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social particular y opinión política. Igualmente se debe cumplir como condición indispensable el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra, la prohibición de expulsión y la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra (art. 38). Al objeto de llevar a cabo un examen de la solicitud de protección internacional y de la seguridad del solicitante, un tercer país sólo podrá ser considerado tercer país seguro si ha ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y observa sus disposiciones, cuenta con un procedimiento de asilo prescrito por la ley y ha ratificado el CEDH.

Pues bien, como consecuencia del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía surge la duda razonable de si este último país reúne las características para ser considerado como tercer país seguro. De un lado hay que significar que la pertenencia de Turquía al Consejo de Europa debe ser actualizada en la medida en que de conformidad con el artículo 15 del CEDH, desde el fallido intento de golpe de Estado se ha comunicado que la República de Turquía se acogía a la suspensión temporal de derechos prevista en aquel precepto. Una consideración complementaria se ha de realizar ya que aun cuando por Turquía se ha ratificado el Estatuto de los Refugiados se ha hecho respecto de

peticionarios procedentes del continente europeo, ya que al no haber ratificado el Protocolo de Nueva York excluye el ámbito de aplicación de procedencia del solicitante fuera de territorio europeo.

Una vez que se contextualizan todas estas consideraciones es obligado reparar en que la mayoría de los inmigrantes que han llegado a Grecia desde 2015 procedían de situaciones bélicas, esencialmente de Siria, y eran potenciales solicitantes de asilo en Europa. Pues bien como consecuencia del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía los migrantes en las islas griegas que no soliciten asilo o cuya solicitud se haya considerado infundada o inadmisibles, a tenor de la Directiva de retornos serán objeto de devolución a Turquía. Se trata así de obviar, con la firma de este Acuerdo, la prohibición de no devolución contenida en la Convención de Ginebra por ser considerada Turquía como país seguro. De otra parte, la falta de apertura de vías seguras de llegada de migrantes a Europa, así como la puesta en práctica del acuerdo bilateral suscrito por Italia con el régimen de Libia, que reactiva el antiguo tratado de amistad suscrito por Berlusconi con Gadafi en 2008, muestra un panorama sombrío en la política de inmigración y asilo de la Unión Europea a corto y medio plazo.