

El concepto de «país seguro» y otros dispositivos restrictivos del derecho de asilo en España y la Unión Europea

DRA. PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS*

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid
Abogada Senior. Women's Link Worldwide*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE NUEVA YORK DE 1967. 2.1. *Instrumentos base para la protección de las personas refugiadas*. 2.2. *Alcance y limitaciones*. 3. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3.1. *Reconocimiento del derecho al asilo*. 3.2. *Garantía del principio de no devolución e incidencia de otros derechos*. 4. INSTRUMENTOS INSTITUCIONALES EN MATERIA DE ASILO. 4.1. *Conformación de un sistema regional ¿al servicio de la CG 51 y el PNY 67?* 4.2. *El Sistema Europeo Común de Asilo*. 4.2.1. *Primeras dos fases: establecimiento de las bases*. 4.2.2. *El fracaso del SECA y la futura tercera fase*. 5. REGULACIÓN ESTATAL. 6. OBTENCIÓN DEL ESTATUTO: REQUISITOS Y OBSTÁCULOS. 6.1. *Ubicación y nacionalidad de la persona solicitante*. 6.1.1. *Encontrarse fuera del país de origen: visados, externalización de las fronteras y retorno a «tercer país seguro»*. 6.1.2. *Tener nacionalidad extranjera: exclusiones y determinación. Los «tests» de nacionalidad*. 6.2. *Temor fundado a persecución*. 6.2.1. *Componentes del temor fundado. Situación del país de origen en el momento de presentación de la solicitud: el «criterio de prudencia»*. 6.2.2. *Empleo del concepto de «país de*

* La autora desea dejar constancia de su agradecimiento a las/os miembros del servicio jurídico de CEAR-Madrid, y en especial a Elena Muñoz, por la generosidad con la que la acogieron y todo lo que le enseñaron en sus meses de voluntariado en la institución. Los errores y omisiones son imputables únicamente a la autora.

origen seguro». 6.2.3. Agentes y actos de persecución. La «discreción razonable». 6.3. *Motivos de persecución. La alternativa de huida interna.* 7. CONCESIÓN DE LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA. 8. CONCLUSIONES.

Resumen: La protección internacional que diversos instrumentos de derechos humanos y, en particular, la Convención de Ginebra de 1951 confieren a determinadas personas frente a la persecución o los daños que padecen o pueden sufrir en sus países de origen se está viendo cada vez más comprometida por el Derecho de la Unión Europea. Las instituciones de la UE han activado diversos mecanismos que procuran evitar que accedan al territorio de los Estados Miembros esas personas necesitadas de protección; y expedientes que, cuando sí logran llegar, facilitan que las solicitudes de protección sean inadmitidas o desestimadas. Entre estos expedientes ocupa un lugar destacado el concepto de país seguro, que también subyace en uno de esos mecanismos dirigidos a mantener alejadas a las potenciales solicitantes de asilo y a hacer posible su deportación: los acuerdos con terceros Estados.

Abstract: The international protection that texts such as the Geneva Convention of 1951 confer on certain persons who face persecution or damage in their countries of origin is increasingly compromised by the rules enacted by the European Union. EU institutions have devised different mechanisms to prevent persons in need of protection from reaching the territory of Member States, as well as several legal devices that, when refugee seekers arrive, facilitate that their applications for protection are inadmissible or dismissed. Among these devices, the concept of safe country occupies a prominent place. This concept is also enshrined in one of the mechanisms that aim at deterring potential refugees and making it possible to deportee them: agreements with third States.

Palabras clave: Convención de Ginebra – Derecho de asilo de la UE y España – Sistema Europeo Común de Asilo – Estatuto de asilo – Protección subsidiaria – País tercero seguro – País de origen seguro

Keywords: Geneva Convention – EU and Spanish Refugee Law – Refugee Statute – Common European Asylum System – Subsidiary protection – Safe Third Country – Safe Country of Origin

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este curso es proporcionar una visión básica del Derecho de asilo en España y la Unión Europea (UE) para contribuir al entendimiento de la situación en que se encuentran en la actualidad miles de potenciales solicitantes de protección internacional, que tras haber abandonado sus países de origen huyendo de persecuciones o de conflictos bélicos, no encuentran refugio en los Estados miembros (EEMM). El Derecho de UE, imbuido antes de un espíritu securitario y restrictivo que del humanitario y universalista que guió la Convención de Ginebra de 1951, habría articulado mecanismos dirigidos a evitar que esas personas arriben al territorio de los EEMM; otros para que, cuando llegan, vean cómo sus solicitudes de protección son inadmitidas o desestimadas; y otros dirigidos a que tras el rechazo a tal protección, puedan ser retornadas a sus países o a países terceros.

Al efecto, en primer lugar se expondrán los rasgos básicos de la Convención de Ginebra de 1951 (apartado 2), así como el alcance de otros instrumentos de protección de los derechos humanos en este marco (apartado 3). A continuación, se explicará sintéticamente en qué modo han desarrollado las obligaciones dispuestas en la Convención las normas dictadas por las instituciones de la UE (apartado 4) y por la legislación española (apartado 5). Expuesto el ámbito normativo, y antes de finalizar con las correspondientes conclusiones (apartado 8), se analizarán las condiciones que han de cumplir las personas que solicitan protección para que les sea concedido el estatuto de asilo (apartado 6) o la protección subsidiaria (apartado 7), atendiendo al modo en que intervienen expedientes que restringen el acceso a la protección, tales como el de *país seguro* (país tercero seguro o país de origen seguro), los tests de nacionalidad, el principio de precaución, el criterio de discreción razonable y la alternativa de huida interna.

2. LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE NUEVA YORK DE 1967

2.1. INSTRUMENTOS BASE PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS REFUGIADAS

El sistema de protección internacional de las personas solicitantes de asilo se asienta en la Convención de Ginebra de 1951 (CG 51) y el

Protocolo de Nueva York de 1967 (PNY 67)¹ debido fundamentalmente a su amplio ámbito de protección –general y universal, a partir de un enfoque individualista– y a la gran aceptación de que han sido objeto.

Ambos instrumentos, ciertamente, establecieron por primera vez la obligación de los Estados contratantes de proteger *a toda persona* que se encuentre en determinadas circunstancias (fuera de su país de origen, con temor fundado a una persecución en ese país por alguno de los motivos legalmente previstos), *con carácter general y universal*². La CG 51 parte de los mecanismos de protección adoptados hasta la fecha, que abordaron situaciones concretas y proporcionaron protección a grupos determinados de personas (rusas, armenias, judías, alemanas,...)³, pero adopta un enfoque netamente individualista⁴. Es un instrumento, así, elaborado con el objetivo de disponer una protección amplia, aunque, como producto de su contexto histórico, estableciera ciertas restricciones de carácter

1. Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE núm. 252, 21/10/1978.
2. Cf. Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, «El estatuto de los refugiados, cincuenta años después», J.M. Ortega Terol y J.I. Catalina Ayora (Eds.), *Globalización y Derecho*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 127-153, esp. pp. 127-128.
3. En concreto, la CG 51 consolida la Convención relativa al estatuto internacional de los refugiados, aprobada en el seno de la Sociedad de Naciones en Ginebra de 28 de octubre de 1933, que recogió a su vez los acuerdos multilaterales –no vinculantes– aprobados entre 1922 y 1928 tras la Primera Guerra Mundial y los conflictos del período de posguerra (acerca de los cuales, *vid.* James C. HATEWAY, «The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950», *ICLQ*, vol. 33, 1984, pp. 348-380, esp. pp. 350-361; y José A. PÉREZ BEVIÁ, «La determinación del estatuto de refugiado», *ADI*, 1982, pp. 173-216, esp. pp. 175-181). La Convención de 1933 dispuso un estatuto de obligado reconocimiento (acceso a los *Pasaportes Nansen*, a los tribunales, a la educación y a la asistencia social, libertad de trabajo y protección contra la explotación, etc.) y fue pionera en el establecimiento del principio de *non-refoulement*, pero se aplicaba únicamente a personas rusas y armenias. Los acuerdos internacionales adoptados entre 1935 y 1938 también abordaron la situación de grupos determinados (ciertos habitantes del Saar, alemanes o austríacos de origen judío o no que huían del régimen nazi, habitantes de los Sudetes: *vid.* al respecto James C. HATEWAY, *loc. cit.*, pp. 361-367). Las personas que obtuvieron protección a través de estas normas son las denominadas *statutory refugees*.
4. Que trascendió, así, el enfoque de las normas adoptadas entre 1920 y 1935, que lo que procuraban era proporcionar protección a grupos de personas privadas de protección por parte de su Estado y respecto de la cuales ningún otro se hacía responsable (enfoque jurídico); y el enfoque predominante entre 1935 y 1939, cuando las normas se dirigían a disponer medidas que garantizaran la seguridad y bienestar de los grupos de personas necesitadas de protección (enfoque social): *cf.* James C. HATEWAY, *loc. cit.*, *passim*.

temporal⁵ y geográfico⁶, que poco más tarde el PNY 67 se encargaría de suprimir⁷. El Protocolo, con ello, termina de dotar a la protección de la CG 51 de las mencionadas notas de generalidad y universalidad, y de ahí que sean ambos, en conjunto, los textos fundamentales en la materia. Todos los instrumentos redactados con posterioridad se han concebido como complementos regionales⁸.

Adoptando el referido enfoque individualista y universal, que refuerza la prohibición de discriminación contenida en su artículo 3⁹, la CG 51 (junto con el PNY 67) pretende que se atienda a las circunstancias particulares de

5. La CG 51 fue elaborada, ciertamente, para dar respuesta a la situación de las personas necesitadas de protección tras la II Guerra Mundial y en el contexto de la Guerra Fría, por lo que definió como refugiadas a las personas que se encontrasen fuera de su país de origen, en determinadas circunstancias, únicamente *como consecuencia de acontecimientos anteriores al 1 de enero de 1951* (art. 1 A CG 51).
6. Cada Estado debía aclarar en el momento de ratificar la CG 51 si esos acontecimientos necesariamente debían haber ocurrido en Europa o abarcaban los de cualquier otro lugar [*vid.* art. 1B.1) CG 51].
7. El art. I.2 PNY 67 establece que refugiada será «*toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras "como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y..." y las palabras "... a consecuencia de tales acontecimientos", que figuran en el párrafo 2, de la sección A, del artículo 1*». Además, descarta la restricción geográfica estableciendo en su art. I.3 PNY 67 que el Protocolo «*... será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica...*», salvo para los Estados contratantes que hubieran declarado en el momento de ratificar la Convención que sólo la aplicarían a acontecimientos ocurridos en Europa. Es lo que ocurre (y es importante retener este dato) con Turquía, Estado contratante de la CG 51 que en virtud de esa declaración sólo sujeta al régimen de la CG 51 a las personas europeas; o, con mayor exactitud, a las personas que solicitan asilo por vicisitudes o situaciones acontecidas el continente europeo.
8. Así, por ejemplo, para África se han aprobado la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) de 10 de septiembre de 1969 (Addis Abeba) por la que se regulan los aspectos específicos de los refugiados en África (*Colección de Tratados de las Naciones Unidas* 1, 14691), en vigor desde el 20 de junio de 1974; y la Convención OUA para la protección y la asistencia de los desplazados internos en África de 22 de octubre de 2009 (Convención de Kampala), vigente desde el 6 de diciembre de 2012. El complemento regional americano es la Declaración de Cartagena de Indias sobre refugiados de 22 de noviembre de 1984 (Doc. OEA/Ser/L/II.6, Doc. 10, Rev 1). En el ámbito europeo, además de lo que más adelante se expondrá en relación con los instrumentos adoptados en el marco de la UE, resultan destacables los esfuerzos de foros como el Consejo de Europa o la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), en cuyo seno se han adoptado instrumentos también concebidos como complementarios de la CG 51. Así, de los ratificados por España, respectivamente, el Acuerdo Europeo núm. 31 sobre exención de visados para los refugiados, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1951, *BOE* núm. 174, 22.7.1982; y el Convenio sobre cooperación internacional en materia de Asistencia Administrativa a los Refugiados, hecho en Basilea el 3 de septiembre de 1985, *BOE* núm. 139, 11.6.1987.
9. Que establece que «Los Estados contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen».

cada (y todo) demandante de protección¹⁰, cuya necesidad real debe ser analizada en cada caso en concreto. Por eso la CG 51 elude una definición de persona refugiada «por categorías» y afirma, en el artículo 1.A.2¹¹, que

(Refugiada es toda persona que) «*debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él (...)*»¹².

A esta norma, conocida como «cláusula de inclusión» porque establece los criterios positivos que deben reunir las personas para entrar en la categoría de refugiadas, le siguen, en el propio artículo 1, las cláusulas de cesación y de exclusión, que disponen criterios negativos. En concreto, las cláusulas de cesación prevén circunstancias bajo las cuales la CG 51 deja de resultar aplicable a personas que reunieron las condiciones para ser consideradas refugiadas (art. 1.C CG 51)¹³; y las de exclusión obligan

10. De manera que el cumplimiento de la CG 51 obliga a analizar cualquier solicitud de protección, cualquiera que sea el Estado del que proceda. El hecho de que se presente en un EM por parte de un nacional de otro EM no debería ser obstáculo a la tramitación de la solicitud con arreglo a la CG 51, aunque sí lo sea en aplicación de las normas de la UE (*vid. infra*, apartado 6.1.2). Además, la prohibición de discriminación también cuestiona el empleo del expediente de país seguro de origen (*vid. infra*, apartado 6.2.2).
11. El art.1 CNY 51 contiene la definición de persona refugiada. Su aptdo. A.1 incluye en ella a los *statutory refugees* reconocidos por las normas internacionales precedentes (*vid. supra* nota 3). Es el art. 1.A.2, por tanto, el que dispone el concepto propio de la CG 51, y en el que conviene centrarse.
12. Continúa el artículo afirmando que «*En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea*».
13. Son, en particular, que la persona 1) se haya acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o 2) habiendo perdido su nacionalidad, la haya recobrado voluntariamente; o 3) haya adquirido una nueva nacionalidad y disfrute de la protección de país de su nueva nacionalidad; o 4) se haya establecido de nuevo, voluntariamente, en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o 5) no puede negar a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada; o 6) careciendo de nacionalidad, esté en condiciones de regresar al país en el que tenía su residencia habitual, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada.

a inaplicar la CG 51 cuando se dan determinadas situaciones en personas que en principio tendrían que ser reconocidas como refugiadas (arts. 1.D, 1.E y 1F CG51)¹⁴.

A continuación la CG 51 recoge una serie de disposiciones que definen el estatuto jurídico de la persona refugiada, esto es, sus obligaciones en el Estado de acogida (como la de acatar las leyes *ex art. 2*) y los derechos mínimos que le han de ser reconocidos (como, entre otros, a la no discriminación, a la libertad religiosa en los mismos términos que los nacionales del Estado de refugio, a los derechos de propiedad intelectual e industrial, de adquisición de inmuebles y de asociación con arreglo al principio de trato más favorable...) (*vid.* arts. 3-34). Cierra con un grupo de normas relativas a la aplicación de la propia CG 51 desde el punto de vista diplomático y administrativo (arts. 35-46)¹⁵. En este marco la CG 51 establece

14. El art. 1.D excluye a personas que ya reciben protección o asistencia de las Naciones Unidas; el art. 1.E a quienes no se considera que necesitan la protección (porque han sido acogidas en un Estado en el que reciben el mismo trato que las personas nacionales) y el art. 1.F excluye a personas que se estima que no son merecedoras de la protección. Estas son, en concreto, tres: a) las que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar las disposiciones respecto de tales delitos; b) las que han cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada, y c) las que se han hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.
15. Una de las disposiciones del último grupo, el art. 35 CG 51, establece el deber de los Estados contratantes de cooperar con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, *UNCHR* en inglés) y ayudar en su tarea de vigilar las disposiciones de la Convención a este organismo, creado el 3 de diciembre de 1949 por la Resolución 319, (IV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, y establecido el 14 de diciembre de 1950 por Resolución 428 (V) de dicha Asamblea General. Con base en el art. 35 CG 51 se viene concediendo un importante peso a los documentos elaborados por el ACNUR para guiar en la interpretación y aplicación de la CG 51 y el PNY 67, cuyo reconocimiento explícito también está presente en las normas del SECA y en la jurisprudencia del TJUE (al respecto, *vid.* Dana BLADINGER, *Vertical Judicial Dialogues in Asylum Cases: Standard on Judicial Scrutiny and Evidence in International and European Asylum Law*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, pp. 21 y 22). Entre estos documentos destacan un manual que ofrece explicaciones clave para la determinación de la condición de persona refugiada (*Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados* se publicó por vez primera en 1979. La última reedición, de diciembre de 2011, está disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>, en adelante *Manual ACNUR*) y nueve Directrices sobre protección internacional: Las *Directrices sobre Protección Internacional* núm. 1, de 7 de mayo de 2002, tratan sobre *La Persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*; las *Directrices sobre Protección Internacional* núm. 2, de 7 de mayo de 2002, interpretan la «Pertenencia a un determinado grupo social» en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967; las *Directrices sobre Protección Internacional* núm. 3, de 10 de febrero de 2003,

un principio fundamental, el de *non-refoulement*, al que hace referencia más adelante.

Finalmente, el otro elemento antes anunciado que evidencia la importancia de estos textos es su amplia aceptación: la CG 51 y el PNY 67 se encuentran en vigor a fecha actual en 144 Estados, y el PNY 67 en 146, entre los cuales se encuentran, en los dos casos, todos los EM de la UE¹⁶.

2.2. ALCANCE Y LIMITACIONES

Tras exponer sucintamente el ámbito regulador de la CG 51 y el PNY 67, interesa precisar qué obligaciones impone la CG 51 a España y al resto de los Estados parte (y EEMM de la UE), así como aclarar lo que no regula. Comenzaré por esto último, esto es, por indicar qué aspectos carecen de regulación en la CG 51, en primer lugar desde el punto de vista subjetivo, y a continuación en lo referente a los derechos y obligaciones que (no) establece.

La CG 51, al haber sido elaborada a mediados del siglo pasado para dar respuesta a situaciones y realidades diferentes a las que se presentan en la actualidad, manifiesta importantes carencias en lo que respecta a su ámbito subjetivo de aplicación, esto es, en relación con las personas que protege. En algunos casos las insuficiencias pueden superarse sin necesidad de normas adicionales o de una reforma de su articulado, pero en otros han obligado (o

analizan determinadas causas de *Cesación de la condición de refugiado bajo el artículo 1C(5) y (6) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Las cláusulas de «desaparición de las circunstancias»); las Directrices sobre Protección Internacional núm. 4, de 23 de julio de 2003, versan sobre La alternativa de huida interna o reubicación en el contexto del artículo 1.º(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967; las Directrices sobre Protección Internacional núm. 5, de 4 de septiembre de 2003, aportan criterios interpretativos sobre La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados; las Directrices sobre Protección Internacional núm. 6, de 24 de abril de 2004, pretenden servir de guía para la resolución de las Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados; las Directrices sobre Protección Internacional núm. 7, de 7 de abril de 2006, se centran en La aplicación del artículo 1.º(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata; las Directrices sobre Protección Internacional núm. 8, de 22 de septiembre de 2009, se han redactado como guía para la resolución de las Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1 (F) de la de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Estos documentos tienen reconocida relevancia en la aplicación de la CG 51, aunque no tengan el carácter norma jurídica. Vid. en España la Sent. del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 18 de octubre de 2012, RJ 2012, 9905.*

16. Vid. <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html>.

deberían obligar) a la adopción de normas específicas que den cobertura a personas en las que la CG 51 no pensaba. Así, por ejemplo, entre las primeras (las carencias que permiten remediarse por la vía interpretativa) destaca el hecho de haber adoptado –la CG 51– una posición neutra con el género y la orientación sexual, que en la práctica comporta que si no se adopta un enfoque interpretativo adecuado muchas personas, y sobre todo muchas mujeres, quedan o podrían quedar desprotegidas¹⁷. Ya no es sólo que la CG 51 no previera los motivos de género ni la orientación sexual entre los motivos de persecución (a los que se hace referencia más adelante: *vid.* apartado 6.3); es que sus propias normas fueron redactadas presumiendo que el solicitante es un varón heterosexual (en su caso, con familia a la que se extiende la protección que le pueda ser concedida). Pero, al margen de que pueda ser razonable, incluso deseable, que las normas positivas contemplen el género y la orientación sexual como causa específica de persecución (lo hace, si bien no de un modo inequívoco, la legislación española)¹⁸, esta insuficiencia de la CG 51 puede remediarse –y así ha ocurrido en ocasiones– subsumiendo a las mujeres perseguidas por motivos de género y a homosexuales, bisexuales, transexuales e intergénero en otras categorías, como la «pertenencia a un grupo social»¹⁹ o, según el caso, también en cualesquiera otros motivos de persecución (por ejemplo, los religiosos)²⁰. Se ha advertido, además, para el caso específico de las mujeres que solicitan asilo por motivos de género, que puede ser posible y oportuno, previa reconceptualización de las relaciones de género, considerar como motivos de persecución los políticos²¹. Pero existen otras personas respecto de las cuales resulta más complejo, si no imposible, extender la Convención. Así, señaladamente, la CG 51 no considera refugiadas a las personas que huyen de conflictos

17. Al respecto, *vid.* Carmen MIGUEL JUAN, *Refugiadas. Una mirada feminista al Derecho internacional*, Madrid, Libros de la Catarata, 2016.

18. *Vid. infra* apartado 6.3.

19. *Vid.* ACNÚR, *Directrices sobre protección internacional núm. 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, de 7 de mayo de 2002. *Vid.* más extensamente *infra*, apartado 6.3.

20. *Vid.* párrafo 28 de las *Directrices sobre protección internacional núm. 1* citadas en nota precedente.

21. *Cf.* Carmen MIGUEL JUAN, *op. cit.*, pp. 101-103 y pp. 170-171. La autora argumenta que la subsunción en el motivo de persecución por «pertenencia a grupo social» puede resultar problemática a la luz del tamaño de tal grupo social (mujeres/determinadas mujeres) y de la tendencia restrictiva en el empleo de este concepto (grupo social) en la práctica (pp. 164-166); y que cabe reconocer asilo a las mujeres por motivos de género, en la medida en que son perseguidas por su opinión –real o imputada– sobre el tratamiento y el estatuto de las mujeres en el país o la cultura, religión o grupo étnico a que pertenecen, esto es, porque son perseguidas por motivos políticos.

bélicos, guerras o una situación de violencia generalizada en el Estado del que proceden, si no pueden referir además un motivo de persecución de los que la propia Convención contempla. Y ocurre otro tanto con las personas desplazadas internacionalmente como consecuencia de desastres en apariencia naturales (tsunamis, ciclones, terremotos, desertificación, degradación ambiental, sequías, hambrunas,...) pero producidos con toda probabilidad por el cambio climático²². La institución de la protección subsidiaria, introducida en los EEMM a través del Derecho de asilo de la UE, se aplicará a las primeras (*vid. infra*, apartado 7); pero resulta más dudoso que pueda extenderse a las personas «refugiadas medioambientales»²³, que únicamente son objeto de atención expresa y específica en algunas normativas estatales²⁴ como la finlandesa y la sueca²⁵. Sobran razones para universalizar las soluciones de estos países; si no necesariamente a través de la reforma de la CG 51, sí al menos en la anunciada de la normativa de la UE (*vid. infra*, apartado 4.2.2).

La CG 51, por otra parte, no afirma un derecho subjetivo al asilo del que sea titular la persona refugiada, ni la obligatoriedad del reconocimiento formal de su situación por parte de los Estados contratantes²⁶. Pero tampoco hay impedimento en este ámbito para que los Estados contratantes vayan más allá de lo que la CG 51 y el PNY 67 disponen; para que, de forma unilateral o a través de otros convenios o de normas de la UE, asuman el reconocimiento de la condición de refugiada/o como una obligación y garanticen el derecho al asilo como derecho subjetivo de mujeres y hombres²⁷. Las obligaciones de protección que la CG 51 y el PNY 67 imponen son mínimas, de manera que pueden ser complementadas y superadas por las disposiciones que los desarrollan.

22. Vikram KOLMANNSSKOG y Finn MYRSTAD, «Environmental Displacement in European Asylum Law», *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, 2009, pp. 313-326, esp. p. 314.
23. Estas/os podrán recibir protección a través de otras vías. Así, por ejemplo, teóricamente a través de autorizaciones de residencia temporal por motivos humanitarios. En la práctica, en España apenas sí se concede este tipo de autorización: *vid. infra* nota 169.
24. Sobre las (limitadas) posibilidades de extender la protección en instrumentos regionales como la Convención OUA o la Declaración de Cartagena (citadas *supra*, nota 8), *vid.* Michelle LEIGHTON SCHWARTZ, «International Legal Protection for Victims of Environmental Abuse», *Yale Journal of International Law*, vol. 18, 1993, pp. 355-387, esp. pp. 380-381.
25. Vikram KOLMANNSSKOG y Finn MYRSTAD, *loc. cit.*, p. 322.
26. Gloria FERNÁNDEZ ARRIBAS, *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2007.
27. Así ocurre a través de convenios y otros instrumentos de alcance regional (*vid. infra* algunos ejemplos nota 32) y en algunas constituciones estatales.

Advertido lo que CG 51 calla, cabe entrar en lo que afirma, que puede resumirse en dos puntos fundamentales. El primero es que una persona *es refugiada* tan pronto como reúne las condiciones previstas en el artículo 1.A.2 y no concurre ninguna causa de exclusión de los artículos 1.D, 1.E y 1.F CG 51. El reconocimiento de tal condición por parte de las autoridades de los Estados contratantes (que, según se acaba de poner de relieve, no es obligado) no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo. El segundo, a partir del anterior, es que por *ser refugiada*, la persona es titular de un estatuto básico dispuesto en la propia Convención: tiene conferida una serie de derechos, cuya garantía impone las correlativas obligaciones a los Estados contratantes. Los Estados pueden reconocer a través de una decisión específica la condición de refugiada/o, o no; pero en todo caso han de respetar ese estatuto que la CG 51 impone. Y lo fundamental de este estatuto es la prohibición de expulsión y devolución, esto es, el principio de *non refoulement* que reconoce el artículo 33.1 CG 51, y que comporta que ninguna persona refugiada pueda ser expulsada o devuelta a un territorio donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas²⁸. Este mismo principio, como en seguida se pondrá de relieve, también se garantiza en otros relevantes instrumentos convencionales de alcance universal y regional, si bien con un ámbito personal más amplio (esto es, no referido de forma exclusiva a las personas refugiadas).

3. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL ASILO

Como se ha visto, la CG 51 no establece el derecho de las personas refugiadas a ser reconocidas como tales por los Estados contratantes (*derecho al asilo*), pero tampoco lo hace ningún otro instrumento de fuente y alcance internacional: ni el Pacto para la Protección de los Derechos Civiles o Políticos²⁹, ni el Pacto para la Protección de los Derechos Económicos,

28. El art. 33.2 CG 51 establece, por su parte, dos excepciones al principio: que la persona sea considerada, por razones fundadas, un peligro para la seguridad del país donde se encuentra; y que sea objeto de condena definitiva por un delito particularmente grave y constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

29. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y vigente desde el 26 de marzo de 1976. Este instrumento, no obstante, establece en el artículo 13 que «*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley;*

Sociales y Culturales³⁰, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos³¹, que se limita a reconocer el derecho *a buscarlo* y a disfrutar de él (*vid.* art. 14).

Es en el ámbito regional donde va a hallarse un reconocimiento expreso del derecho al asilo: en particular, en convenios de protección de derechos humanos como el Pacto de San José en América y la Carta de Banjul en África³². En Europa no es un convenio internacional, sino la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)³³, cuyo artículo 18, bajo el título de «derecho de asilo» afirma que «*se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*»³⁴. A través de este precepto, la CDFUE incorpora la CG 51 y el PNY 67, acoge el concepto de persona refugiada y el contenido jurídico que le otorgan³⁵ y sitúa como marco suplementario de interpretación las normas de desarrollo

y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

30. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (vigente desde el 3 de enero de 1976).
31. Aprobada por Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) de 10 de diciembre de 1948.
32. En el ámbito americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), adoptada en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 (en vigor desde el 18 de julio de 1978) dispone en el art. 22.7: «*Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales*». En África, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), adoptada el 27 de junio de 1981 y vigente desde el 21 de octubre de 1986 establece en su art. 12.3 que «*Todo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales*».
33. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en Niza el 7 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01), DO C-346, 18-12-2000. Esta Carta nació sin carácter vinculante, pero fue elevado al mismo nivel que los tratados por el Tratado de la Unión Europea (TUE) (art. 6.1) tras la reforma de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (*vid.* referencia *infra*, nota 46). Al respecto, Araceli MANGAS MARTÍN, «Introducción», en A. Mangas Martín (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 31-75, esp. pp. 64-65.
34. María Teresa GIL-BAZO, «The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right To Be Granted Asylum in the Union's Law», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27, núm. 3, 2008, pp. 33-52.
35. José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Artículo 18. Derecho de asilo», A. Mangas Martín (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 356-378, esp. pp. 361-365.

que adopten las instituciones comunitarias con base en las competencias que les atribuyen los tratados³⁶. Este texto sólo se aplica en la UE y únicamente obliga a las instituciones y órganos de la UE y a los EEMM en la medida en que estén aplicando Derecho de la UE (art. 51 CDFUE), pero introduce un verdadero derecho subjetivo al asilo³⁷, que se reconocerá también en las normas institucionales reguladoras de la materia (*vid. infra*, apartado 4).

3.2. GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN E INCIDENCIA DE OTROS DERECHOS

Los convenios internacionales de derechos humanos proyectan su protección a las personas refugiadas fundamentalmente a través del principio de *non refoulement*, que no sólo reconoce la CG 51, sino también otros instrumentos, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1987 (CPT)³⁸ y, en el ámbito regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³⁹.

La importancia del CEDH en la garantía de los derechos de las personas refugiadas o necesitadas de protección internacional es fundamental, aunque no contemple –como se indicó– un derecho subjetivo al asilo. La prohibición de tortura y tratos o castigos inhumanos o degradantes que el artículo 3 CEDH impone a los Estados contratantes (y que la CDFUE copia en su art. 4⁴⁰) comporta la obligación de no devolución o retorno a

36. *Ibidem*, p. 361.

37. Contra, *ibidem*. Me parecen mucho más convincentes (y hago míos) los argumentos de María Teresa GIL-BAZO, *loc. cit.*, *passim*. También es partidario de entender que la CDFUE establece un derecho al asilo (porque, de hecho, no lo hace «en los términos» de la CG 51, que no lo reconoce, sino «dentro del respeto» a esta norma) Steve PEERS, «Immigration, Asylum and the European Charter of Fundamental Rights», *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, pp. 141-169, esp. p. 161. Y se refiere igualmente a la introducción del derecho en la CEDH Laurens LAVRYSEN, «European Asylum Law and the ECHR: An Uneasy Coexistence», *Gottingen Journal of International Law*, vol. 4, 2010, pp. 217-262, p. 223.

38. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, y vigente desde el 26 de junio de 1987. Establece su art. 3 que «Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». La diferencia entre la CG51 y la CPT es que esta última protege a toda persona que podría sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes de ser puesta en la frontera de otro Estado, sea o no refugiada.

39. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, modificado por varios Protocolos. En su actual versión puede consultarse en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

40. Por consiguiente, el art. 4 CDFUE debe ser interpretado de forma que coincida con el art. 3 CEDH en alcance y significado (*cf.* Steve PEERS, *loc. cit.*, p. 159), y no puede ser

Estados donde exista un riesgo real de sufrir tales torturas o tratos o castigos inhumanos o degradantes, también para solicitantes de asilo. De otro modo expuesto, si hay motivos serios para pensar que la persona solicitante de protección internacional, de ser expulsada, corre el riesgo de ser sometida a un trato contrario al artículo 3 CEDH, este artículo impone la obligación, no excepcionable por motivo alguno, de no expulsión de la persona a ese país⁴¹.

Además, como es lógico, el derecho a la libertad y seguridad del artículo 5 CEDH y el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, así como la prohibición de expulsiones colectivas del artículo 4 del Protocolo núm. 4 también han de ser garantizados a solicitantes de asilo⁴²; del mismo modo que las garantías procesales que dispone el artículo 13 CEDH resultan extensibles a los procedimientos de asilo⁴³.

En la garantía de estos principios y derechos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desarrollado una extensa jurisprudencia relativa a la salvaguarda de derechos de demandantes de asilo, que ha contribuido de forma significativa a su protección en Europa⁴⁴. Sólo en relación con la operatividad del sistema establecido en el Convenio y los Reglamentos de Dublín (*vid. infra* apartado 4.2.1) se han dictado numerosas resoluciones, que ya conforman el bloque de los denominados *Dublin Cases*⁴⁵.

sujeto a ningún tipo de derogación (*ibidem*, p. 162). Es más que cuestionable, en este sentido, que los motivos de excepción del principio dispuestos en la CG 51, que las normas de la UE reproducen, se adecuen a la garantía inderogable del *non-refoulement* de la CEDH.

41. Sent. TEDH de 11 de julio de 2006, solicitud núm. 13229/03 *Saadi c. Reino Unido*, Sent. TEDH de 27 de mayo de 2008, solicitud núm. 26565/05 *N. c. Reino Unido* y Sent. TEDH de 23 de febrero de 2012, solicitud núm. 27765/09 *Hirsi Jamaa c. Italia*.
42. Así, por ejemplo, recientemente, el TEDH en su Sentencia de 13 de octubre de 2016, recaída en el asunto *B.A.C. c. Grecia* (solicitud núm. 119181/15) ha considerado que la situación incierta e insegura de un solicitante de asilo kurdo de nacionalidad turca, ante la falta de respuesta del Estado griego durante más de 14 años, ha comportado una violación de la obligación que impone el art. 8 CEDH de proporcionar medios accesibles y efectivos para proteger el derecho a la vida familiar.
43. Continuando con el asunto *B.A.C. c. Grecia* (*vid. nota anterior*), el TEDH también consideró que Grecia violó el art. 13 en relación con el art. 8 CEDH.
44. Laurens LAVRYSEN, *loc. cit.*, pp. 219 y 220.
45. Entre los resúmenes temáticos que el servicio de prensa del Tribunal publica y actualiza con frecuencia, se encuentra, en efecto, el referido a tales *Dublin cases: vid. http://www.echr.coe.int/documents/dfs_dublin_eng.pdf* (de junio de 2016).

4. INSTRUMENTOS INSTITUCIONALES EN MATERIA DE ASILO

4.1. CONFORMACIÓN DE UN SISTEMA REGIONAL ¿AL SERVICIO DE LA CG 51 Y EL PNY 67?

Poco antes de que la CDFUE reconociese el derecho de asilo como derecho subjetivo de las personas refugiadas, se había promulgado el Tratado de Ámsterdam⁴⁶, en el que el asilo se introdujo como una de las materias en las que las instituciones de la UE asumirían competencias antes reservadas a los EEMM. El asilo, como esas otras materias, sólo había sido abordado con carácter previo por medio de instrumentos de cooperación, esto es, convenios entre EEMM, como el Convenio de Dublín de 1990⁴⁷, en el marco del denominado «tercer pilar», que era el correspondiente a los «asuntos de interior y justicia». Con la entrada en vigor de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, se *comunitarizó* ese pilar, transformándose en el Título IV del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE)⁴⁸. Al amparo de este título, las instituciones de la UE debían adoptar medidas en el ámbito del derecho de asilo «con arreglo a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y a otros tratados pertinentes» (art. 63.1. TCEE). A partir de ahí se plantea, en el Consejo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, la conformación de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)⁴⁹, al que se hace referencia en el siguiente epígrafe (4.2).

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁵⁰, la regulación competencial se ubica en el Título V del Tratado de Funcionamiento de

46. Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, DO C 340, 10.11.1997.

47. Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, firmado en Dublín el 15 de junio de 1990, DO C 254, 19.8.1997.

48. «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas»: título IV del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE). *Vid.* la versión consolidada en DO C 325, 24.12.2002.

49. Las Conclusiones de la Presidencia (http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm) afirman la voluntad de «(partiendo del) respeto absoluto del derecho a solicitar asilo (...) trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo (...) (que incluya) la determinación clara y viable del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado. Debería también completarse con medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite esa protección» (*vid.* números 13 y 14).

50. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007, DO C 306, 17.12.2007.

la Unión Europea (TFUE)⁵¹ (*Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*): en concreto, en los artículos 67-89. El artículo 67 TFUE establece una obligación genérica de la Unión⁵² que concreta el artículo 78 TFUE cuando afirma que «(la Unión) desarrollará 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 que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes».

Conforme a lo expuesto, no sólo en la CDFUE, sino también en el TFUE (y antes de éste, en el TCCE) se establece una relación clara entre la normativa de la UE y la CG 51 y el CNY 67: aquélla debe plegarse a ésta, desarrollarla, complementarla. De ello deriva que todo incumplimiento por las normas de la UE de la CG 51 debe conllevar la nulidad de aquéllas; que los EEMM deben tener idénticas obligaciones conforme al Derecho de la UE y la CG 51 y que el SECA debe beber del Derecho internacional de asilo⁵³. No en vano el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE o TJ) reconoce a la CG 51 como la *pedra angular del régimen internacional de protección de las personas refugiadas*, y afirma que *las diferentes normas adoptadas por las instituciones de la UE tienen por finalidad guiar a las autoridades competentes de los EEMM en su aplicación sobre la base de criterios y conceptos comunes*⁵⁴.

En este contexto interesa destacar el relevante doble papel que está llamado a desempeñar el TJUE en el ámbito del asilo. Por una parte, resuelve, con arreglo al artículo 267 TFUE, las dudas que le plantean los tribunales de los EEMM a través de cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los reglamentos y directivas adoptados en este marco (sobre los cuales, *vid. infra* 4.2), y con ello va construyendo una doctrina jurisprudencial relativa al sistema institucional que, como es sabido, es de obligada observancia para las autoridades de los EEMM. Por otra parte, a partir del referido reconocimiento de la CG 51 como *pedra angular* de la

51. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Vid.* versión consolidada en DO C 326, 26.10.2012.

52. Art. 68.2 TFUE: la Unión «garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países».

53. Cf. Kay HAILBRONNER y Daniel THYM, «Legal Framework for the EU Asylum Policy», en K. Hailbronner y D. Thym (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2.^a ed., Munich, C.H. Beck, 2016, pp. 1023-1053, esp. p. 1029.

54. *Vid.* § 52 de la STJUE de 2 de marzo de 2010, Asuntos C.175/08, C-116/08, C-198/08 y C-179/08, *Abdulla y otros c. Alemania*.

protección, y dado que considera que el objetivo principal de la regulación institucional es desarrollarla, en sus decisiones hace numerosas referencias a la Convención, de forma que se ha convertido en el primer órgano jurisdiccional supranacional que la interpreta⁵⁵.

Entre los objetivos declarados de la normativa de la UE se encuentra, por tanto, el de desarrollo de las obligaciones de la CG 51. Pero también otros, como el control de la migración *irregular*, la seguridad pública y el orden público, que comprometerán los primeros, tal y como se pone de manifiesto a continuación.

4.2. EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

4.2.1. Primeras dos fases: establecimiento de las bases

El SECA se ha desplegado, hasta la fecha, en dos fases⁵⁶.

En la primera, el Convenio de Dublín se transformó en Reglamento Dublín II⁵⁷, que a su vez fue complementado por el Reglamento Eurodac⁵⁸.

El Reglamento de Dublín reparte la responsabilidad entre EEMM para la tramitación y resolución de las solicitudes de protección internacional. Como su predecesor, niega el derecho de las personas solicitantes de protección a elegir EM de refugio, de forma que ya revela como punto de partida de los instrumentos institucionales una exclusión de derechos en

-
55. *Vid.* Eleanor DRYWOOD, «Who's In and Who's Out? The Court's Emerging Case Law on the Definition of a Refugee», *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, pp. 1093-1124, esp. p. 1095. El análisis que la autora realiza de las seis resoluciones principales en la materia arroja, como conclusión fundamental, que la interpretación del TJ ha procurado respetar la normativa internacional, pero sin promover un avance de la protección de personas refugiadas a través de la introducción de nuevos estándares.
56. *Vid.*, con carácter general, Cécile BAULOZ, Meltern INELI-CIGER, Sarah SINGER y Vladislava STOYANOVA, «Introducing the Second Phase of the Common European Asylum System», C. Bauloz, M. Ineli-Ciger, S. Singer y V. Stoyanova (Eds.), *Seeking Asylum in the European Union. Selected Protection Issues Raised by the Second Phase of the Common European Asylum System*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, pp. 1-19.
57. Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DO L 50, 25.2.2003. El Reino Unido e Irlanda están vinculados por este Reglamento, tras haber notificado su deseo de participar en su adopción y aplicación con arreglo al Protocolo núm. 21 de los Tratados. Dinamarca lo aplica sobre la base de un acuerdo internacional (DO L 66, 8.3.2006).
58. Reglamento (CE) núm. 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, DO L 316, 15.12.2000.

lo que respecta a las personas refugiadas: en particular, se las excluye de la libre circulación⁵⁹. Los objetivos que el sistema de Dublín perseguiría son esencialmente cuatro: (1) prevenir los denominados «movimientos secundarios» y el *forum shopping* (esto es, desplazamientos de las personas solicitantes de asilo entre EEMM para presentar la solicitud en el que estiman más conveniente y, con ello, frenar la devaluación competitiva de sus normativas); (2) impedir que se presenten solicitudes en distintos estados por las mismas personas (combatir, por tanto, el fraude); (3) evitar que haya demandantes de asilo *en órbita*, esto es, personas a quienes ningún Estado permite la entrada, por considerar que existe un tercer Estado seguro europeo donde reenviarles, y (4) lograr que el peso de la protección se reparta de forma igual en el interior de la UE. Para ello establece, de un lado, una serie de criterios de determinación de qué EM debe examinar cada solicitud que se presente en territorio de la UE, y de otro, mecanismos de traslado de quien solicita protección en un EM que no es responsable al EM que sí lo es⁶⁰, con las correspondientes «cautelos» para reforzar estos mecanismos⁶¹. Además, las decisiones de rechazo de las solicitudes de protección se sujetan al principio de reconocimiento mutuo: cuando se deniega la solicitud en un EM, debe entenderse denegada en el resto.

El sistema establecido por Dublín, en lo que a la determinación de la responsabilidad sobre las solicitudes respecta, se asienta en el criterio fundamental del lugar de entrada en territorio de la UE (arts. 13 y 14 Reglamento Dublín) (de forma que «penaliza» al país que «permite» entradas «irregulares»)⁶², aunque también puedan incidir otras circunstancias – esencialmente familiares – en los casos en que la persona solicitante es menor

59. Elspeth GUILD, «The Europeanisation of Europe's Asylum Policy», *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, 2006, pp. 630-651, esp. p. 640.

60. Silvia MORGADES GIL, «La asignación de la responsabilidad de examinar las demandas de asilo presentadas en la Unión Europea: la revisión del sistema de Dublín basada en los estándares europeos de protección de los derechos humanos», *VI Encuentro Internacional de Investigadores en Asilo y Derecho internacional*, Valencia, 14 y 15 de junio de 2012, comunicación disponible en http://idh.uv.es/migralaw/PDF/Silvia_Morgades.pdf.

61. Junto con el establecimiento de la posibilidad de obligar a una persona solicitante de asilo a retornar a un EM para que se tramite allí su solicitud de asilo se ha articulado la posibilidad de internar, esto es, privar de libertad, a esa persona (art. 28 Reglamento Dublín). Cabe indicar, a este respecto, que la normativa española no contempla tal medida: no se está procediendo al internamiento en CIEs de personas que hayan solicitado asilo en España y de los que deban responsabilizarse otros EEMM, a efectos de su devolución a estos otros Estados.

62. Este elemento, junto con la mencionada exclusión de las personas refugiadas de la libertad de circulación, conduce a concluir que la UE asume sus responsabilidades de protección internacional bajo un espíritu de excepcionalidad territorial: cf. Elspeth GUILD, *loc. cit.*, p. 640.

no acompañada/o (art. 8), tiene familia ya en algún EM (refugiada: art. 9 o solicitante de asilo: art. 10), presenta la solicitud junto con varias solicitudes de diversos miembros de la familia (art. 11) o tiene ya permiso de residencia de un EM (art. 12)⁶³. Además, cuenta con dos elementos de flexibilidad (art. 17): la cláusula humanitaria, que habilita a un EM no responsable a asumir una solicitud para preservar de la unidad familiar más allá de lo que establecen los criterios del sistema, y la cláusula de soberanía, que permite a cualquier EM examinar cualquier solicitud de asilo que se le presente.

Como apoyo a este instrumento, el Reglamento Eurodac establece la obligación de cada EM de tomar las huellas digitales de las personas que accedan a su territorio de forma *irregular*, a fin de poder identificar el EM de acceso a la UE, pues es éste, por lo general, el responsable de la tramitación de las solicitudes de protección con arreglo al sistema de Dublín.

Además de estos dos reglamentos, entre 2001 y 2005 se aprobaron cuatro directivas: una establece normas para la protección temporal y mecanismos de cooperación entre los EEMM para el caso de afluencia masiva de solicitantes (Directiva de protección temporal)⁶⁴ y otras tres disponen normas mínimas sobre los principales aspectos de la regulación de la protección internacional, con objeto de armonizar los Derechos de los EEMM. La armonización tendría que coadyuvar al logro de los mismos objetivos apuntados con el Reglamento Dublín: que la UE conforme un espacio en el que las personas solicitantes de asilo reciban un tratamiento similar, de manera que los EEMM funcionen en este ámbito bajo el principio de solidaridad y el reparto equitativo de las responsabilidades legales y económicas. Las normas mínimas se refieren, en concreto, a los procedimientos que se aplican en cada EM para la concesión o retirada de la protección internacional (Directiva sobre procedimientos)⁶⁵; a las condiciones en que se tiene que realizar la acogida a las personas solicitantes de protección (Directiva

63. Las limitaciones de estos dos criterios han comportado que, como resultaba previsible, sean los estados de la UE con fronteras exteriores terrestres los que en la mayor parte de las ocasiones tengan atribuida la responsabilidad de examinar las demandas de asilo presentadas en otros EEMM: cf. Sílvia MORGADES GIL, *loc. cit.*, p. 4.

64. Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DO L 212, 7.8.2001.

65. 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, DO L 326, 13-12-2005.

sobre condiciones de acogida)⁶⁶; y a los requisitos que han de cumplir las personas solicitantes de protección para que les sea concedido el estatuto de refugiada o la protección subsidiaria, así como los derechos que en consecuencia les han de ser reconocidos (Directiva sobre requisitos)⁶⁷.

En la segunda fase del SECA, que anunció el Programa de La Haya adoptado por el Consejo Europeo de 4 de noviembre de 2004⁶⁸, a excepción de la Directiva sobre protección temporal se modificaron todos los instrumentos. De esta forma se aprobaron, con nueva redacción, los reglamentos de Dublín⁶⁹ y Eurodac⁷⁰ y las actualmente vigentes Directiva sobre procedimientos⁷¹, Directiva sobre condiciones de acogida⁷² y Directiva sobre requisitos⁷³.

66. 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, *DO* L31, 6.2.2003.
67. 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, *DO* L 304, 30.9.2004.
68. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia», COM (2005) 184 final, *DO* C 236, 24.9.2005.
69. Reglamento (UE) núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, *DO* L 180, 29.6.2013.
70. Reglamento (UE) núm. 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y 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) núm. 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, *DO* L 180, 29.06.2013.
71. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, *DO* L 180, 29.6.2013.
72. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, *DO* L 180, 29.6.2013.
73. 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

4.2.2. El fracaso del SECA y la futura tercera fase

La Directiva sobre protección temporal de 2001 no ha sido empleada jamás. Se trata de un texto que establece sobre normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Una norma, pues, diseñada precisamente para dar respuesta a situaciones como la que se ha producido recientemente en la UE a consecuencia del estallido y recrudecimiento de conflictos bélicos en Siria, Eritrea, Afganistán e Irak, entre otros Estados, y la huida de millones de personas de estos lugares, de las que una muy pequeña parte (pero aun así, en una cantidad muy importante) ha llegado a Europa⁷⁴. La situación de afluencia masiva no es nueva, como tampoco la advertencia de la necesidad de articular mecanismos de protección temporal, no sólo de carácter estatal sino también de cooperación interestatal⁷⁵. En el marco de la UE, era esta norma, la Directiva de 2001, la que garantizaría un estatuto de protección temporal que incluyera permisos de residencia temporales, asistencia médica, alojamiento, beneficios sociales, educación para menores de edad, derecho a la reagrupación familiar y posibilidad de acceso al empleo; y la que activaría los mecanismos de cooperación entre EEMM que evitaran que en recayeran todas las cargas en los países con fronteras exteriores más cercanas a los Estados de origen de las personas en búsqueda de protección⁷⁶. Pero aunque hayan concurrido sobradamente

internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DO L 337, 20.12.2011.

74. El informe *Tendencias Globales* pone de manifiesto que más de la mitad de la población refugiada del mundo procede de tres países: Siria, con 4,9 millones de personas, Afganistán, con 2,7 millones y Somalia, con 1,1 millones. Turquía es el país que a nivel mundial acoge más personas refugiadas: 2,5 millones. Líbano es el país más solidario atendiendo a la proporción de refugiadas/os: hay en su territorio una/o por cada cinco ciudadanas/os (vid. en <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/>). La UE, con más de 500 millones de habitantes, si realizase un esfuerzo similar al de Líbano, podría acoger a 100 millones de personas: todas las desplazadas internacionalmente, y aún tendría cupo para más. Sin embargo, el número de personas a las que la UE ha concedido asilo desde 2008 no llega a 1,2 millones (vid. <http://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-press-releases/-/3-20042016-AP>).
75. Al respecto, en relación con la protección de kosovares y albaneses tras el conflicto en la ex Yugoslavia, vid. Mathew J. GIBNEY, «Between control and humanitarianism: temporary protection in contemporary Europe», *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14, 1999-2000, pp. 689-707, esp. pp. 695-696.
76. Vid. Meltern INELI-CIGER, «Has the Temporary Protection Directive Become Obsolete? An Examination of the Directive and Its Lack of Implementation in View of the Recent Asylum Crisis in the Mediterranean», C. Bauloz, M. Ineli-Ciger, S. Singer y

las circunstancias que aconsejaban su empleo, el mecanismo de activación nunca se ha formulado: el régimen de mayorías preciso resulta demasiado complicado⁷⁷. Seguramente ha faltado, además, voluntad política.

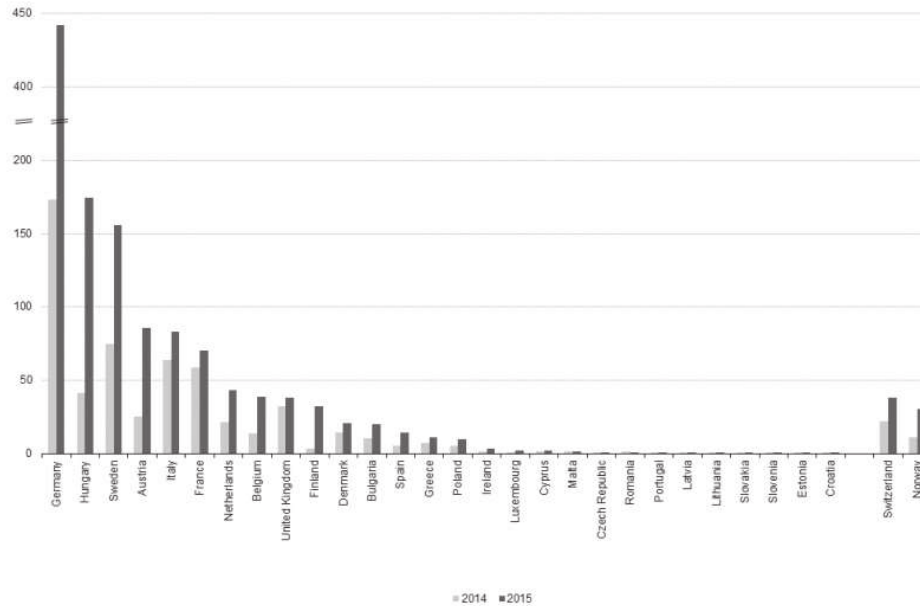
Las otras tres Directivas, al establecer normas mínimas (para los procedimientos, para las condiciones de acogida, para los requisitos de reconocimiento del estatuto o de la protección subsidiaria) han dejado mucho margen a los EEMM para trasponer esas normas a su ordenamiento interno. Subsisten importantes divergencias entre los Estados miembros en la regulación de cada uno de los aspectos que las tres directivas abordan. Así, tras la decisión de una persona de solicitar asilo en un determinado Estado y no en otro hay múltiples factores, y no sólo los de índole legal, pero sin duda tiene una importancia fundamental que la práctica en el Estado elegido sea más favorable al otorgamiento de protección (al resultado de la aplicación de los requisitos para concederla, y al tipo de protección reconocida); que la duración de los procedimientos sea inferior; que las condiciones de acogida sean mejores y se garanticen en mayor medida los derechos de las personas solicitantes de protección y de las personas con protección concedida. En consecuencia, no ha de extrañar que el número de solicitudes presentadas en los diversos Estados miembros varíe formidablemente⁷⁸, y que, a pesar de las personas solicitantes de asilo en los últimos años hayan accedido al territorio de la UE mayoritariamente cruzando las fronteras del sur (Grecia, Italia, España⁷⁹), una parte sustancial de las solicitudes se concentren en Estados del norte (Suecia, Alemania) (*vid. infra*, tabla I).

V. Stoyanova (Eds.), *Seeking Asylum in the European Union. Selected Protection Issues Raised by the Second Phase of the Common European Asylum System*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, pp. 225-246.

77. *Ibidem*.

78. Las tasas de reconocimiento de las solicitudes varían sustancialmente en los distintos EEMM: fueron en 2015, en primera instancia, el 91% en Bulgaria, el 81% en Dinamarca, el 77% en Chipre y el 72% en Suecia; pero sólo del 22% en Croacia, el 18% en Polonia, el 15% en Hungría y el 13% en Letonia. España se situó en el 31%: *Vid. <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7233417/3-20042016-AP-EN.pdf/34c4f5af-eb93-4ecd-984c-577a5271c8c5>*.

79. En este marco, y en relación particularmente con España, cabe denunciar la práctica consistente en entregar a las personas que han conseguido rebasar los elementos de contención de las fronteras de Ceuta y Melilla (las vallas) a las fuerzas de seguridad de Marruecos sin tramitar ningún procedimiento de devolución o permitir la presentación de solicitudes de protección internacional, esto es, las devoluciones en caliente. Se trata, esta, de una práctica que vulnera la normativa de extranjería (al respecto, Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA y José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS, *Devoluciones ilegales en la Frontera Sur. Análisis jurídico de las denominadas «devoluciones en caliente»*, 10 de febrero de 2015, disponible en <http://eprints.ucm.es/28256/1/E%20print.%20DEVOLUCIONES%20ILEGALES%20EN%20LA%20FRONTERA%20SUR..pdf>) pero también las obligaciones que imponen la CG 51 y el PNY 57.



Source: Eurostat (online data code: migr_asyappctza)

Tabla I. Número de solicitantes de asilo en EEMM de la UE y EFTA, 2014 y 2015. Fuente: Eurostat (http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics).

El sistema de Dublín tampoco ha contribuido a eliminar –ni siquiera es evidente la reducción de– los movimientos secundarios. En primer lugar, porque los traslados entre EEMM en aplicación de las normas del Reglamento de Dublín pueden considerarse más excepción que regla. Como se avanzó, cuando un EM estima que no es responsable para examinar la solicitud de protección, debe comunicarlo al EM responsable y éste debe aceptar el traslado de la persona solicitante a su territorio. En este marco, se han detectado dificultades a la hora de obtener y acordar pruebas para la determinación de la responsabilidad del primer EM, por lo que en numerosas ocasiones el EM que aquél considera responsable deniega el traslado. Además, la responsabilidad debe ser asumida por el primer EM cuando transcurre un determinado tiempo, por lo que basta con que la persona solicitante esté ilocalizada durante el tiempo suficiente para que se produzca esa transferencia de la responsabilidad. Y otro problema detectado es que, aun cuando el traslado se acepta por el EM responsable,

suelen producirse movimientos secundarios de vuelta al EM desde el que se procedió al traslado.

Por otra parte, el sistema se fundamenta en la idea de que cualquier Estado al que pueda retornarse a una persona es un *país seguro* (también los convenios con terceros Estados para la readmisión se asientan sobre esta base), ya que comparten unos estándares equivalentes de protección. Sin embargo, los traslados han sido paralizados cuando debían producirse hacia determinados EEMM, porque en realidad no pueden considerarse seguros para las personas solicitantes de asilo, al menos con pretensiones de totalidad. Así, el TJUE y el TEDH, a la luz de las deficiencias sistémicas en el sistema griego de asilo, han considerado que el traslado desde otros EEMM a Grecia violaba derechos fundamentales de las personas solicitantes de protección internacional⁸⁰; y los traslados a Hungría también han sido paralizados por las autoridades competentes en materia de asilo de numerosos EEMM, habida cuenta de las violaciones que este Estado viene cometiendo en materia de asilo⁸¹.

La realidad muestra que los EEMM incumplidores (como Hungría) no sólo no atienden a sus obligaciones internacionales frente a las personas solicitantes de asilo, sino que, además, ven cómo no se devuelven al propio Estado las solicitudes que son responsables de examinar. Las normas y mecanismos de Dublín en realidad incentivan el incumplimiento por parte de los EEMM y obligan a la desobediencia a las personas necesitadas de protección⁸².

El evidente fracaso del SECA ha conducido a la Comisión a anunciar el lanzamiento de una Tercera Fase, en la que se acometan, entre otras medidas, una nueva reforma de Dublín y Eurodac, la derogación de la Directiva de protección temporal y la transformación en reglamentos de dos de las directivas, con normas reformadas para las tres⁸³.

80. Sentencias TEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (núm. 30696/09) y *NS/Secretary of State for the Home Department*, C-411/10 y C-493/10. Sent. TJUE de 21 de diciembre de 2011, Asuntos C-411/10 y C-493/10, *N.S y M.E y otros*.

81. *Vid.* el Informe del European Council on Refugees and Exiles (ECRE) *Case Law Fact Sheet: Prevention of Dublin Transfers to Hungary*, de enero de 2016, disponible en http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Fact%20sheet%20-%20Case%20law%20on%20Hungary_FIN.pdf.

82. *Cf.* Maarten DEN HEIJER, Jorrit RIJPMAN and Thomas SPIJKERBOER, «Coercion, prohibition, and great expectations. The continuing failure of the Common European asylum System», *Common Market Law Review*, 2016, 2, pp. 419-451, esp. p. 422.

83. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa», 6 de abril de 2016, COM (2016) 197 final.

A pesar de que la práctica ha probado sobradamente que ponen en riesgo la protección de las personas solicitantes de asilo, en el marco de estos reglamentos se pretende otorgar un papel muy relevante a los mecanismos de *país seguro*, por lo que se insiste en la necesidad de que el Parlamento Europeo y el Consejo adopten a la mayor brevedad un Reglamento sobre por el que se establece una lista común de la UE de «países de origen seguros» (*vid. infra*, apartado 6.2).

5. REGULACIÓN ESTATAL

En España, los redactores de la Constitución renunciaron a la constitucionalización del derecho de asilo. Estableciendo, en el artículo 13.4, que «*La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países podrán gozar del derecho de asilo en España*», se limitaron a reconocer la figura del asilo, sin dotarla de contenido material ni de una protección constitucional específica, esto es, dejando al legislador ordinario su regulación con un amplio margen de discrecionalidad⁸⁴.

La norma básica que desarrolla el precepto constitucional y que se encuentra actualmente en vigor es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁸⁵. Esta norma, pese a que establece en su disposición final tercera la autorización al Gobierno para que dicte las disposiciones precisas para su desarrollo en un plazo de seis meses, no se acompañó aún del correspondiente reglamento. En consecuencia, sigue resultando de aplicación, en lo que no contradiga a la Ley de asilo vigente, el reglamento dictado en desarrollo de la anterior norma, esto es, de la ya derogada Ley de asilo de 1984⁸⁶. La ausencia de reglamento⁸⁷ convierte a las Directivas en textos especialmente

84. Cf. Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ, «Asilo y Refugio en España», *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, 1991, pp. 692-708, esp. pp. 693-694.

85. BOE núm. 263, 31.10.2009. En adelante, Ley de asilo o LA. La última modificación de este texto se ha operado, hasta la fecha, el 26 de marzo de 2014. El texto consolidado puede consultarse en *www.boe.es*.

86. Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, BOE núm. 74, 27.3.1984; Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado, BOE núm. 94, 19.4.1985. Extensamente, *vid. Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ, loc. cit., passim*.

87. El Ministerio de Justicia presentó el 8 de noviembre de 2013 un Proyecto de RD por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009. El Consejo General del Poder Judicial remitió a su vez un Informe fechado el 31 de enero de 2014. Al respecto, Silvia MORGADES GIL, La política de asilo en España en el contexto europeo: cambios recientes y perspectivas de desarrollo normativo, *Anuario de la Inmigración en España*, 2014, pp. 226-248, esp. pp. 240 y ss.

relevantes a la hora de determinar las obligaciones de las autoridades españolas competentes para la tramitación y resolución de las solicitudes de protección internacional.

La vigente Ley de asilo atribuye a la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), órgano dependiente del Ministerio del Interior, la competencia para la tramitación de las solicitudes de protección internacional (art. 23.1 LA)⁸⁸. En función de cuál sea el lugar de presentación de la solicitud, esto es, según se presenten en territorio o en frontera⁸⁹, variará el procedimiento a seguir, sustancialmente en lo que respecta a los plazos para resolver, solicitar el reexamen y notificar las decisiones, así como en lo referido a los motivos de (in)admisión de la solicitud, y a la posibilidad (restringida a las solicitudes en frontera) de denegación de la solicitud en un plazo breve de tiempo. Lo que es común a los dos tipos de procedimiento es el entramado institucional. En cualquiera de los casos, la OAR se encarga de la instrucción de cada expediente y eleva a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) una propuesta de resolución que carece de carácter vinculante. La CIAR, compuesta de representantes de los ministerios con competencia en política exterior, política interior, justicia, inmigración, acogida e igualdad (art. 23.2 LA) y a la que se invita a un representante del ACNUR (convocado *ex art.* 35.1 LA) sin derecho a voto, estudia cada expediente y formula la correspondiente propuesta al Ministro del Interior, que es el competente para dictar la resolución por la que se concede o deniega el estatuto de refugiada/o (aunque la práctica habitual es que la firme el Subsecretario de Estado de inmigración⁹⁰, la protección subsidiaria (art. 24.2 LA) o una autorización de residencia en territorio español por motivos humanitarios, si la ha solicitado la persona demandante de protección, para el caso de que el estatuto y la protección subsidiaria fuesen denegados.

88. El art. 4 de la Directiva de procedimientos obliga a los EEMM a nombrar una autoridad decisoria responsable de examinar convenientemente las solicitudes.

89. *Vid.*, respectivamente, los arts. 20 y 21 LA. Los Centros de internamiento de extranjeros (CIEs) se consideran frontera a los efectos de determinar el procedimiento aplicable (art. 25.2 LA). Los lugares de formalización de la solicitud, en defecto de desarrollo reglamentario, son los previstos en el RD 203/2005, esto es, en la OAR, los puestos fronterizos de entrada al territorio nacional, las oficinas de extranjeros, las comisarías provinciales de policía o las comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministerio de Justicia e Interior. *Vid.* DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, Madrid, julio de 2016, en adelante *Informe del Defensor del Pueblo 2006*, disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wup-content/uploads/2016/07/Asilo_en_Espa%C3%B1a_2016.pdf, p. 49.

90. *Informe del Defensor del Pueblo 2016*, p. 28.

6. OBTENCIÓN DEL ESTATUTO: CONDICIONES Y OBSTÁCULOS

6.1. UBICACIÓN Y NACIONALIDAD DE LA PERSONA SOLICITANTE

6.1.1. Encontrase fuera del país de origen: visados, externalización de las fronteras y retorno a «tercer país seguro»

Las solicitantes de protección internacional son personas necesariamente extranjeras que refieren un relato de persecución en su país de origen que fundamenta la huida de ese país o el temor a regresar a él. El país de origen, que puede ser tanto el país del que la persona es nacional como el de su residencia habitual si es apátrida (art. 1.A CG 51), es, por tanto, el lugar donde se produce la persecución (Estado perseguidor), aunque ésta pueda generarse por agentes privados (*vid. infra*). La persecución puede ser el motivo de que la persona haya escapado del país, pero también cabe que el temor a ser perseguida se presente cuando ya se encontraba fuera: en este caso se tratará de una refugiada *sur place*⁹¹; en cualquiera de los casos, si puede sufrir actos de persecución por los motivos establecidos en las normas, el país donde solicita protección debe reconocerle los derechos dispuestos en la CG 51 y el PNY 67 y no podrá obligarle al retorno, en atención al principio de *non-refoulement* (art. 33 CG 51). En los EEMM de la UE, además, esa persona tiene *derecho* al reconocimiento del estatuto de asilo (art. 13 Directiva sobre requisitos).

Así las cosas, la primera de las condiciones que ha de cumplir una persona para ser refugiada es encontrarse fuera del país donde es perseguida (art. 1.A CG 51; art. 2.d) Directiva sobre requisitos; arts. 3 y 16.5 LA). No puede solicitar asilo al amparo de la CG 51 cuando la persona se encuentra bajo la jurisdicción territorial de su país de origen⁹². A lo sumo, con arreglo a la Ley española, cabe presentar las solicitudes en embajadas o consulados españoles ubicados en Estados terceros, esto es, en países de los que la persona solicitante no tenga la nacionalidad (art. 38 LA). Pero en estos casos la representación diplomática no recibe la solicitud: lo que puede hacer es valorar si existe peligro para la integridad física de la persona, para, de ser así, facilitar los visados o títulos de viaje precisos para su traslado a territorio español, donde pueda presentar ante las autoridades competentes la correspondiente solicitud. La ausencia de desarrollo reglamentario comporta que en la actualidad esta posibilidad esté sujeta a la más absoluta arbitrariedad por parte de los representantes

91. El art. 5 Directiva sobre requisitos se refiere a su situación como de «necesidades de protección internacional surgidas *in situ*». Sobre los(as) refugiados(as) *sur place*, *vid. Manual ACNUR párrafos 94-96*.

92. *Cf. Manual ACNUR*, párrafo 88.

diplomáticos españoles en el extranjero. Y debe tenerse presente que la vinculación territorial de la persona solicitante de asilo con el país donde presenta la petición de protección (encontrarse en su territorio o en la frontera) es suficiente, pero no imprescindible: lo que la CG 51 dispone es que basta con encontrarse fuera del país perseguidor. Las autoridades españolas, como las del resto de EEMM, están sujetas al cumplimiento de las obligaciones que impone el Derecho internacional de los derechos humanos donde quiera que se encuentren. La protección que otorga tal Derecho internacional de Derechos humanos alcanza a las autoridades del Estado actuando extraterritorialmente, esto es, se asienta antes en la noción de jurisdicción que en la del territorio⁹³. Rechazar la expedición de visados para facilitar la presentación de solicitudes por parte de refugiadas en el sentido del artículo 1.A CG 51 podría comportar un acto contrario al principio de *non-refoulement* establecido por el artículo 33 CG 51⁹⁴.

En todo caso, el requisito de encontrarse fuera del Estado de origen lo cumplen las personas que presentan las solicitudes en el territorio español/ de otro EM (o en sus fronteras, como antes se indicó). Su presencia en el EM o en sus fronteras crea el vínculo territorial que desencadena las obligaciones estatales frente a la persona, sin perjuicio, como se acaba de indicar, de que también exista una obligación extraterritorial. Pero el problema que encuentra la mayor parte de las/os potenciales solicitantes de asilo es, precisamente, llegar a esos espacios. Las normas de la UE se han elaborado precisamente para que resulte prácticamente imposible acceder al territorio de los EEMM cumpliendo los requisitos legales. La exigencia de visado a las personas nacionales de un gran número de Estados terceros⁹⁵, entre los que se encuentran los de procedencia de la mayoría de las personas merecedoras de protección internacional⁹⁶ (*vid.* tabla II) constituye la primera gran frontera.

93. Cf. María Teresa GIL-BAZO, «The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Unión's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited», *International Journal of Refugee Law*, núm. 18, 2006, pp. 571-600, esp. pp. 593-595.

94. Cf. Violeta MORENO-LAX, «Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees», *European Journal of Migration and Law*, vol. 10, 2008, pp. 315-364.

95. *Vid.* Reglamento (CE) núm. 539/2001, de 15 de marzo de 2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 81, 21.3.2001), modificado por última vez por Reglamento (CE) núm. 509/2014, de 15 de mayo de 2014 (DO L 149, 20.5.2014).

96. En la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores aprobada por el Reglamento (CE) núm. 539/2001 al que se hace referencia en la nota precedente, a fecha actual se encuentran,

Las listas «blancas» (de nacionales que no necesitan visado)⁹⁷ y las listas «negras» (de quienes sí) se han elaborado teniendo en cuenta consideraciones tales como la migración *ilegal*, el orden público, la seguridad pública y las relaciones con terceros países, obviando otras como la protección de las personas o la posibilidad de que sean nacionales de países perseguidores⁹⁸.

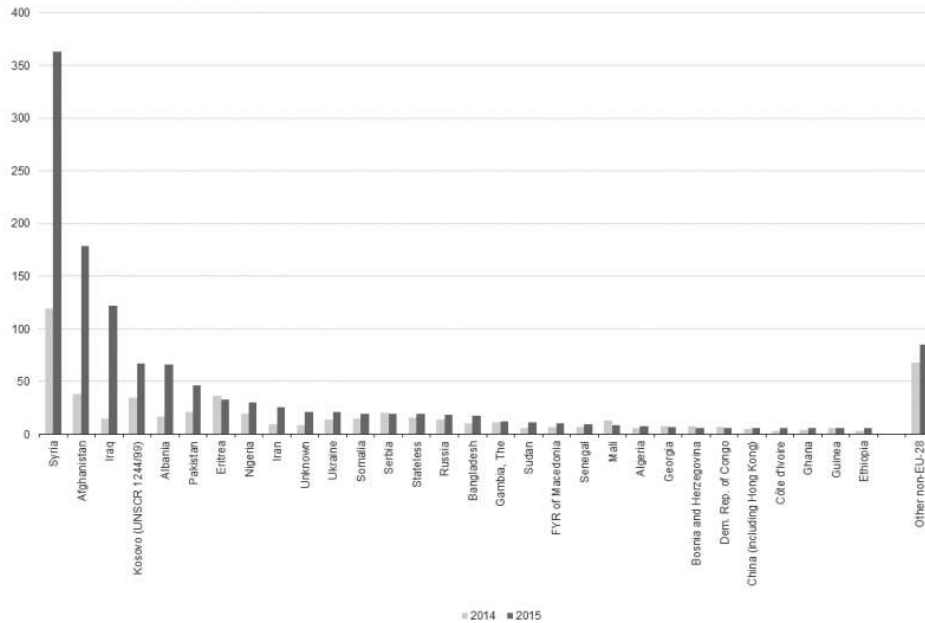


Tabla II: Estados de procedencia de las personas solicitantes de asilo en la UE, 2014-2015. Fuente: Eurostat (http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics).

entre otros, Afganistán, Eritrea, Iraq, Pakistán y Siria, que son los Estados de los que procedía un porcentaje sustancial de las personas solicitantes de asilo en la UE en los años 2014 y 2015.

97. La pretensión de aprobar un Reglamento para establecer un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) a través del cual las personas nacionales de terceros países que no necesitan visado para realizar estancias de corta duración deben obtener una suerte de preautorización para viajar [Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 515/2014, (EU) No 2016/399, (EU) 2016/794 and (EU) 2016/1624, de 16 de noviembre de 2016, COM(2016) 731 final] puede empeorar la situación, en la medida en que estas personas potenciales solicitantes de asilo que no tienen la obligación de proveerse de visado para penetrar en los EEMM podrán ver denegado el embarque en los medios de transporte o el acceso al territorio si no han cumplido con la formalidad que impone.
98. Cf. Violeta MORENO-LAX, *loc. cit.*, p. 324.

Imposibilitada la llegada mediante vías seguras de acceso, las personas necesitadas de protección internacional sólo pueden tratar de alcanzar el territorio de la UE sin los requisitos documentales (sin visados o permisos) y, en muchas ocasiones, por puestos no habilitados. Si llegan a cualquier EM, las/os refugiadas/os tendrán derecho a la presentación (y tramitación) de la correspondiente solicitud y a ser reconocidas/os como tales, sin que la entrada de forma irregular (sin visado o cualquier otra documentación precisa o por puestos no habilitados) pueda serles opuesta para denegar la admisión a trámite de la solicitud o la concesión del estatuto. Pero la UE (como otros Estados) también hace lo posible para que esto no ocurra, alzando una suerte de «cinturón de seguridad» en sus fronteras exteriores, por medio de la externalización de su control, esto es, compeliendo a agentes privados y a países extranjeros a participar en el pretendido sellado de sus fronteras⁹⁹. Así, por una parte, se obliga a las compañías de transporte a controlar la validez y vigencia de la documentación de viaje (pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad y, en su caso, el visado) de las personas que embarcan en Estados terceros con destino o en tránsito al territorio UE¹⁰⁰, convirtiéndose, con ello, en entidades con control sobre las fronteras que, sin embargo, no están sujetas a responsabilidad bajo los instrumentos internacionales o regionales de garantía de los derechos humanos¹⁰¹. Por otra parte, los países terceros fronterizos, así como los que se encuentran en el trazado de las rutas migratorias y aquéllos de los que proceden migrantes o refugiadas/os, reciben compensaciones económicas o refuerzan su posición negociadora a cambio de la vigilancia de las fronteras propias y las comunes con los EEMM. El sistema de asilo de la UE no sólo se externaliza: resulta casi totalmente abolido¹⁰².

Hay más. La UE (y los EEMM) también han celebrado convenios con estos países terceros para facilitar la devolución de las personas solicitantes de asilo que vean inadmitida a trámite o denegada su solicitud de protección

99. Vid. Frank McNAMARA, «Member State responsibility for Migration Control within Third States – Externalisation Revisited», *European Journal of Migration and Law*, 2013, vol. 15, pp. 319-335.

100. Art. 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (Instrumento ratificación España en BOE núm. 81, 5.4.1984) y Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, DO 187, 10.7.2001.

101. Pues la aplicación extraterritorial de este instrumento se ha predicado de agentes estatales: cf. Frank McNamara, *loc. cit.*, pp. 332-334.

102. Cf. Silja KLEPP, «A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea», *European Journal of Migration and Law*, 2010, pp. 1-21, esp. p. 8.

internacional. Son, por lo general, convenios de cooperación que incluyen «cláusulas de readmisión», cuando no convenios específicos de readmisión o cooperación en la gestión migratoria firmados a cambio de dinero, otro tipo de bienes o asistencia técnica para la gestión del control fronterizo¹⁰³. El Acuerdo (o la «Declaración acordada») entre la UE y Turquía de 18 de marzo de 2016¹⁰⁴ es, quizás, el ejemplo más contestado de esta política, ya que se ha elaborado específicamente, aunque bajo el pretexto declarado de evitar la inmigración *ilegal*, para atajar la llegada de solicitantes de protección internacional (procedentes, sobre todo, de Siria, Iraq y Afganistán) y para retornar a Turquía a refugiadas/os que ya hubieran desembarcado en las costas griegas¹⁰⁵. El efecto inmediato ha sido la disminución de las llegadas y un escandaloso incremento de las muertes en el Mediterráneo¹⁰⁶.

103. La UE cuenta con Acuerdos de readmisión con Albania, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Cabo Verde, Georgia, Macao, Macedonia, Montenegro, Moldavia, Paquistán, Rusia, Serbia, Sri Lanka, Turquía y Ucrania. Además, el Acuerdo 2005/483/CE de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros por otra (Acuerdo de Cotonou, Benin) contienen una cláusula de readmisión como contrapartida de ayuda al desarrollo. Por su parte, España en particular ha celebrado acuerdos específicos de readmisión con Marruecos (1992), Argelia (2002), Guinea Bissau (2003) y Mauritania (2003); Acuerdos Marco de Cooperación Migratoria con Gambia (2006), Guinea (2006), Cabo Verde (2007), Níger (2008) y Guinea Bissau (2008); Memorandos de entendimiento con Ghana (2005), Senegal (2006) y Mali (2007); un Acuerdo para el fomento de la migración legal con Mauritania (2007); un Acuerdo para la prevención de la inmigración ilegal de menores no acompañados con Senegal (2008) y Acuerdos para regulación de flujos migratorios: Colombia (2001), Ecuador (2001), República Dominicana (2002) y Ucrania (2011). *Vid.* al respecto María Asunción ASÍN CABRERA, «Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular», <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/04MASuncionAsinCabrera.htm>.
104. Este acuerdo no se ha publicado en el DO, ni ha pasado los trámites que, para la aprobación de un instrumento de este tipo, exige la normativa de la UE, por lo que, de entrada, ya plantea dudas sobre su legalidad. De su existencia dio noticia el Consejo a través de un Comunicado de prensa el 18 de marzo 2016: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/pressreleases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.
105. El Acuerdo lo que dispone, sintéticamente, es que a cambio de 6000 millones de euros (que recibirá Turquía), la aceleración de la «hoja de ruta» trazada para la eliminación de visados en la UE a ciudadanas/os turcas/os y un nuevo impulso al proceso de adhesión de Turquía a la UE, cada persona (migrante o refugiada) que llegue de forma irregular a las islas griegas desde Turquía será devuelta a este país a partir del 20 de marzo de 2016; y que por cada persona siria retornada, otra persona de la misma nacionalidad será reubicada desde Turquía a la UE.
106. Según el ACNUR, más de 300.000 personas habrían atravesado este mar en busca de protección sólo en 2016, que es un número sustancialmente menor que el 2015 (en el que llegaron más de un millón), por efecto de la aplicación del Acuerdo entre la UE y Turquía. Pero si llegan menos personas es porque deben emplear rutas aún más peligrosas, por lo que también se ha incrementado el número de quienes pierden la vida en el intento: cada uno de los últimos años ha visto cómo se batía la cifra récord

La cooperación para la readmisión de nacionales o de personas de terceros países es imprescindible para ejecutar otro invento (tras los visados-frontera y la externalización de las fronteras) ideado para tratar de eximir a los EEMM de las obligaciones de protección: el retorno de las personas solicitantes. Los convenios celebrados para canalizar esa cooperación se asientan en el concepto de (tercer) *país seguro*; y este concepto también se emplea para justificar el retorno sin –a decir de las normas– violar el principio de *non-refoulement*.

Lo que permite el empleo del concepto de *tercer país seguro* es devolver a las personas refugiadas¹⁰⁷ a países (distintos al de origen) donde se entiende que obtendrán protección y estarán a salvo del retorno al país perseguidor (art. 3.3 Reglamento Dublín)¹⁰⁸. De esta forma, aún si han logrado establecer el vínculo territorial con un EM, en muchas ocasiones poniendo en riesgo sus vidas (ante la imposibilidad de acceder de forma legal y segura), las personas refugiadas (esto es, personas que cumplen los requisitos dispuestos en el art. 1.A CG 51) pueden ver rechazada la admisión a trámite de su solicitud (art. 33.2.c. Directiva sobre procedimientos, art. 20.1.d) LA), o incluso verla denegada si se ha presentado en un puesto fronterizo (art. 21.2.a) LA) cuando proceden de un *país tercero seguro*. Este concepto se asienta, como el mecanismo de Dublín, en dos ideas cuya solidez puede ser

de muertes del anterior. El Mediterráneo es la actualidad la frontera más peligrosa del Mundo: según la Organización Internacional de las Migraciones, en 2015 se contabilizaron 3.771 muertes <https://www.iom.int/es/news/la-oim-contabiliza-3771-muertes-de-migrantes-en-el-mediterraneo-en-2015-y-mas-de-un-millon-de>. 2016 cerrará con más de 5.000 personas fallecidas o reportadas fallecidas: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=36276#.WFwFqVMrLIU>.

107. Kay HAILBRONNER, en «The Concept of Safe Country and Expedient Asylum Procedures: A Western European Perspective», *International Journal of Refugee Law*, vol. 5, 1993, pp. 31-66, se muestra firmemente a favor del empleo de los expedientes de país tercero seguro (PTS) y país de origen seguro (POS), para frenar el abuso de las personas migrantes que constituye –en su opinión– el intento de acceso por la «puerta del asilo» (p. 65). En defensa de tal empleo invoca las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR núm. 30 (que se refiere a la posibilidad de acelerar el procedimiento cuando las solicitudes sean claramente abusivas o manifiestamente infundadas) y núm. 58 (en la que pone de manifiesto que caben los retornos a PTS en determinadas condiciones (pp. 34-37). Además, alega fundamentalmente que POS permite discriminar entre verdaderas/os peticionarias/os y migrantes económicos (p. 33); que PTS evita el fenómeno de los «refugiados en órbita» (p. 58); que si la persona procede de un país seguro, no concurriría el requisito de la CG 51 de riesgo de persecución y que más allá del art. 33 CG 51 no existe obligación alguna para los Estados parte (p. 53). Añade que las personas están mejor en un Estado cultural, *racial* o políticamente hermanado. El énfasis –sobre el argumento racista– es mío.
108. Vid. la preocupación por el empleo de este mecanismo ya en 1994, en Eva KJAERGAARD, «The Concept of “Safe Third Country” in Contemporary European Refugee Law», *International Journal of Refugee Law*, vol. 6, 1994, pp. 649-655.

cuestionada: la primera es que la persona que busca protección no puede hacerlo en cualquier país, sino que debe solicitarla –en principio– en el primero en que pueda estar a salvo¹⁰⁹; y la segunda es que un Estado puede eximirse de la obligación de resolver las solicitudes de asilo transfiriendo la responsabilidad de su tramitación a otro¹¹⁰. Pero además –cosa que no ocurre con Dublín– el sistema comporta una incorporación unilateral al sistema de redistribución de solicitudes de asilo a países que se encuentran fuera de su alcance político-económico¹¹¹. Y a ello debe unirse que la práctica demuestra que el expediente se emplea incluso cuando los países incumplen claramente los requisitos mínimos para ser tenidos por tales¹¹² (recuérdese que ni siquiera todos los EEMM pueden considerarse *seguros* a los efectos del retorno entre ellos). El Acuerdo EU-Turquía de 2016 lo demuestra a las claras¹¹³. Y es que no cabe duda de que el empleo de *país tercero seguro* no

109. Esta limitación no deriva en ningún caso de la CG 51 y el PNY 67, tal y como explica, citando a Antonio FORTÍN, María Teresa GIL-BAZO, en «The Practice of Mediterranean States...», *loc. cit.*, p. 598. Sin embargo, entiende que deducir el derecho a elegir país de refugio es «una desfiguración» del derecho Peter H. KOIJMANS, «Ambiguities in Refugee Law. Some Remarks on the Concept of the Country of First Asylum», M. Novak, D. Steuer y H. Tretter (Eds.), *Festschrift für Felix Ermarcora*, Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington, N.P. Engel Verlag, 1988, pp. 401-444, esp. pp. 402 y 409.
110. Cuestiona su aplicación desde el punto de vista de las obligaciones internacionales asumidas por los EEMM a través de la CG 51 y otros instrumentos de protección de los derechos humanos María Teresa GIL-BAZO, en «The Practice of Mediterranean States...», *loc. cit.*, pp. 573 y 599. El Informe del Defensor del Pueblo de 2016 pone de manifiesto que «Uno de los argumentos que se han utilizado reiteradamente para denegar las peticiones es la posibilidad del demandante de pedir asilo en otro país antes de su llegada a España», y añade que «Aunque dicho argumento se utilice de manera conjunta con otros para la denegación, no parece razonable hacer mención a tal opción cuando los países de tránsito carecen de un sistema efectivo de asilo»: *vid.* p. 38.
111. Cf. Sandra LAVENEX, *Safe Third Countries. Extending the EU Asylum and Immigration Policies to Central and Eastern Europe*, Budapest/Nueva York, Central European University Press, 1000, p. 76.
112. Los arts. 36 y 38 de la Directiva sobre procedimientos contienen los conceptos de país de origen seguro y tercer país seguro respectivamente. El art. 38, en concreto, dispone que Los Estados miembros sólo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando las autoridades competentes tenga la certeza de que el solicitante de protección internacional recibirá en el tercer país un trato conforme a los siguientes principios: a) su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política; b) no hay riesgo de daños graves tal como se definen en la Directiva 2011/95/UE; c) se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional; e) existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra.
113. Bastaría con recordar que Turquía tiene en su haber, sólo en 2015, 79 condenas del TEDH por violar derechos humanos http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Turkey_ENG.pdf; que no ha ratificado el PNY 67, por lo que sólo otorga protección a refugiadas/os que tengan origen europeo en aplicación de la CG 51 (*vid. supra*,

persigue ofrecer una mejor protección a las/os refugiadas/os, sino controlar quién entra en el territorio de la UE¹¹⁴.

6.1.2. Tener nacionalidad extranjera: exclusiones y determinación. Los «tests» de nacionalidad

En lo que respecta a la nacionalidad, para obtener el estatuto de refugiada/o al amparo de la CG 51 basta con ostentar una extranjera¹¹⁵, que puede ser de cualquier Estado. Sin embargo, la normativa de la UE limita el derecho a las personas que no tengan la nacionalidad de un EM¹¹⁶, disponiendo con ello una restricción no acorde con la CG 51 (y que tampoco

nota 7): la protección que reciben los millones de personas que se encuentran en territorio turco como refugiadas deriva de normas estatales que presentan notorias desigualdades en el acceso a derechos básicos (empleo, educación,...); que, además, Turquía no ha ratificado el Protocolo núm. 4 del CEDH, que prohíbe las expulsiones colectivas. De hecho, poco antes de la firma del Acuerdo Amnistía Internacional había denunciado expulsiones masivas de refugiadas/os de origen sirio <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/turquia-las-devoluciones-ilegales-y-en-masa-de-personas-refugiadas-sirias-ponen-de-manifiesto-los/>. Desde el primer momento de la aplicación del Acuerdo esta organización (AI) y otras como Human Rights Watch alarmaron sobre las violaciones de derechos que se estaban produciendo con las deportaciones (*vid.* «EU/Greece: First Turkey Deportations Riddled With Abuse», noticia del 19 de abril de 2016 publicada en www.hrw.org/print/288965). A los factores que eran ya conocidos en el momento en el que alcanzó el Acuerdo, se une que en julio de 2016 se produjo una extraña intentona de golpe de Estado, y que, desde entonces, el Gobierno turco no solamente ha destituido y encarcelado a miles de funcionarios (entre ellos policías y jueces) y ha llevado a cabo «purgas» en la oposición (más de 75000 personas han sido enviadas a prisión), sino que además suspendió temporalmente la aplicación del CEDH (*vid.* la noticia en la sección Desalambre de eldiario.es: http://www.eldiario.es/desalambre/Turquia-suspension-Convencion-Derechos-Humanos_0_539646409.html, sin que la aplicación del Acuerdo con la UE se haya visto cuestionada en ningún momento por la UE. Repárese el concepto del art. 38 de la Directiva sobre procedimientos (nota previa) para comprobar si cabe considerar a este Estado «tercer país seguro». Sobre la contrariedad del Acuerdo EU-Turquía al Derecho de asilo, *vid.* CEAR, *Informe 2016: Las personas refugiadas en España y Europa* (disponible en https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe_CEAR_2016.pdf, en adelante *Informe CEAR 2016*), p. 174. *Vid.* también Diego LÓPEZ GARRIDO, «Acuerdo UE-Turquía: refugiados sin ley», <http://ctxt.es/es/20160420/Politica/5505/acuerdo-UE-Turquia-refugiados-inmigracion-grecia-siria-vulneracion-derechos-derecho-asilo.htm>.

114. Cf. Kay HAILBRONNER y Daniel THYM, *loc. cit.*, p. 1043.

115. Sobre la situación de las personas que tienen más de una nacionalidad, *vid.* párrafos 106 y 107 del *Manual ACNUR*.

116. Con arreglo a la Directiva de procedimientos, es «solicitante» únicamente un(a) nacional de un tercer país o un(a) apátrida que formula la solicitud (art. 2.c) Directiva sobre procedimientos); como es «refugiado/a» un(a) nacional de un tercer país o apátrida que cumple los requisitos dispuestos al efecto en la Directiva de requisitos (el énfasis es mío). Esta a su vez, en el art. 2.d), establece idéntica limitación: no puede ser refugiada una persona nacional de un EM. *Vid.*, en idéntico sentido, la normativa nacional: arts. 3 y 16.1 LA.

establece el art. 18 CDFUE, aunque sí un Protocolo al TCCE¹¹⁷): ninguna persona nacional de un EM puede ver reconocido su estatuto de refugiada por otro EM. Una solicitud de asilo presentada por una persona nacional de un EM debe ser inadmitida a trámite (*ex* art. 20.1 LA). Esta restricción también está fundamentada en el entendimiento de que ningún EM *puede* ser país perseguidor, esto es, que todos los EEMM son países seguros¹¹⁸.

Tener una nacionalidad extranjera y de país no miembro de la UE es presupuesto de la concesión de protección con arreglo a las normas de la UE; pero en la práctica, además, qué nacionalidad en concreto sea puede resultar determinante en la primera de las trabas que han de superar las solicitudes: su admisión a trámite. Referir la nacionalidad de determinados países comporta una admisión a trámite casi automática, del mismo modo que proceder de un *país de origen seguro* comportará, en muchos EEMM, la utilización de un procedimiento acelerado (art. 31.8 b) Directiva sobre procedimientos) (*vid.*, al respecto, siguiente apartado).

La acreditación de la nacionalidad de la persona solicitante de asilo (como de cualquier extremo relativo a la solicitud) puede resultar problemática, teniendo en cuenta que se trata de una persona que ha huido de su país (o no puede regresar a él) y alega fundados temores de persecución en (o por) este Estado. La protección de las/os solicitantes requiere que el Estado donde se presenta la solicitud no requiera ningún tipo de información a quien es responsable de la persecución (art. 30 b) Directiva de procedimientos; art. 26.1 LA). No cabe, pues, exigir como únicos documentos de prueba los que por lo general se consideran precisos para acreditar la nacionalidad, y que expiden las autoridades del Estado perseguidor, tales como el pasaporte o un documento de identidad. Si la persona solicitante de protección cuenta con tales documentos, deben tenerse por válidos y suficientes; pero, de lo contrario, la prueba de la nacionalidad ha de sujetarse a la regla general sobre la prueba de los hechos que conforman el relato de persecución, que

117. Protocolo (núm. 29) sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (1997). Sólo cabría, con arreglo a este protocolo, llevar a cabo un examen individual de cualquier solicitud de asilo presentada por un nacional de otro EM: 1.º Si un EM suspende en su territorio la vigencia del CEDH, con arreglo a su art. 15; 2.º Si el Consejo ha iniciado el examen de una posible violación grave y persistente de la libertad, democracia, derechos humanos y libertades fundamentales o el Estado de derecho, realizada por un EM (art. 7 TUE); 3.º Si el Consejo ha constatado esa violación grave y persistente por un EM, o 4.º Si un EM así lo decide unilateralmente ante una solicitud de asilo, informando al Consejo.

118. Cf. Kay HAILBRONNER y Daniel THYM, *loc. cit.*, p. 1033.

es que bastan indicios suficientes de la persecución o los daños graves para poder resolver favorablemente la solicitud (art. 26.2 LA)¹¹⁹.

No resulta adecuado, en este contexto, que autoridades como las españolas realicen los denominados *tests de nacionalidad*, al menos sin que estén revestidos de las máximas garantías. Estos *tests* consisten en formular preguntas a quienes invocan la nacionalidad de determinados Estados (principalmente, los que comportan una admisión a trámite casi automática, como la nacionalidad siria en la actualidad) sobre el Estado en concreto, a fin de verificar la realidad de la declaración de la/del solicitante sobre su nacionalidad. En ocasiones las preguntas no están adaptadas a la realidad sociocultural de la concreta persona y no se revisan ni actualizan con la debida frecuencia¹²⁰, con lo que pueden comportar obstáculos indebidos a la tramitación de las solicitudes y a la concesión del estatuto o la protección subsidiaria.

119. La jurisprudencia del TS español es, en este punto, clarificadora: en sentencias como la de 3 de abril de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), RJ 2003, 3455, afirma que el indicio es el hecho base que sirve de punto de partida para la inferencia lógica en que consiste la presunción; que, lógicamente, no todos los indicios tienen la misma eficacia indicativa: algunos permiten hacer una inferencia presuntiva, esto es, establecer un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el «hecho indicio» y el hecho «que se trata de deducir»; y otros sólo permiten construir una inferencia más débil, un amago presuntivo. Cuando el enlace existente entre uno y otro hecho no sea preciso y directo, entonces ya no puede hablarse de certeza sino de verosimilitud y estaremos ante una prueba semiplena, un principio de prueba que, sin embargo, es lo que se precisa en a la hora de otorgar el estatuto de refugiada/o. En cualquier caso, no es necesaria una prueba plena de los argumentos alegados por el solicitante, sino tan sólo una prueba *prima facie* o indiciaria, esto es, basta alegar indicios suficientes de la realidad de la situación para que, en base a los mismos, pueda ser reconocida la condición de refugiado con la consiguiente concesión de asilo.

120. Así lo ha denunciado el Informe CEAR 2016, pp. 61-62: «Así lo admitió la propia OAR en el caso de tres palestinos residentes en Siria que fueron denegados por entender que las respuestas al test de nacionalidad, que ella misma diseña, pueden prepararse de antemano. Khalil, Yusuf y Ahmad nunca han pisado tierra palestina ya que nacieron y crecieron en Siria; Khalil ni siquiera estaba alfabetizado, se dedicaba al pastoreo de cabras, y Yusuf y Ahmad eran cocinero y panadero. Tras realizar su solicitud de protección internacional en el aeropuerto y contestar al test de nacionalidad sobre Palestina y Siria, que incluía preguntas como el “año de la independencia de Siria” o “barrios de la ciudad palestina de Hebrón”, fueron denegados. En el reexamen de su solicitud de protección internacional, el servicio jurídico de CEAR realizó otras preguntas más adaptadas a la realidad concreta de cada uno de ellos, como qué tipo de dulces son típicos en Siria o el nombre de los ríos, las fuentes y los abrevaderos donde Khalil llevaba a las cabras. Después de hacer las comprobaciones oportunas durante los dos días de plazo para responder al reexamen, la OAR admitió a trámite las tres solicitudes».

6.2. TEMOR FUNDADO A PERSECUCIÓN

6.2.1. Componentes del temor fundado. Situación del país de origen en el momento de presentación de la solicitud: ilegalidad del «criterio de prudencia»

La persona solicitante de protección internacional refiere, en su relato, un temor a regresar a su país por haber sufrido o poder sufrir persecución en ese lugar (y por uno de los motivos dispuestos legalmente: *vid. infra*, apartado 6.4). Los hechos alegados deben especificados y detallados, y capaces de aportar una versión sólida sobre lo sucedido. El relato, pues, debe ser consistente y carecer de contradicciones a nivel interno, es decir, contradicciones entre las declaraciones efectuadas por la persona demandante de protección en la solicitud inicial y las que pueda realizar en cualquier momento durante la tramitación del expediente¹²¹. A este respecto, es importante que las autoridades encargadas de realizar la entrevista inicial atiendan a las circunstancias de toda/o solicitante, y a la especial situación vulnerabilidad de algunas de ellas: principalmente, a las/os menores y a las posibles víctimas de trata¹²².

En el temor de la persona que presenta la solicitud con la que se inicia todo procedimiento para obtener asilo o protección subsidiaria¹²³ existe un

121. La solicitud de protección se formaliza a través de una entrevista personal (art. 17.4 LA) que podría repetirse si así se estima necesario (y motivadamente: *vid. arts. 17.8 y 24.1 LA*). Además, una vez admitida a trámite la solicitud, se permite que la/el demandante de protección incorpore al expediente alegaciones complementarias, así como cualquier documento o prueba favorable a su pretensión. Lógicamente, se reclama coherencia y consistencia en todos los elementos presentes en el expediente.

122. En el caso de las mujeres víctimas de trata, el hecho de que la competencia para su identificación se haya atribuido a las mismas autoridades a las que se encomienda el control de las fronteras y la lucha contra la delincuencia (Policía Nacional) comporta que el enfoque adoptado por estas autoridades sea antes un enfoque hacia la gestión de las fronteras que un enfoque de garantía de los derechos humanos y atención a las necesidades de protección de personas especialmente vulnerables. Además, la generalizada desconfianza hacia las personas extranjeras en general, y hacia las solicitantes de protección internacional en particular, unida al funcionamiento de estereotipos que operan en contra de las mujeres («alegan ser víctimas para evitar la expulsión porque, como mujeres, tienden a mentir y fantasear»; «son prostitutas porque hay muchas mujeres extranjeras prostitutas, y ejercen voluntariamente») comportan que en numerosas ocasiones las solicitantes de asilo que alegan ser víctimas de trata no sean correctamente identificadas. *Vid. Gema FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA y Viviana WEISMAN, Assessment of the implementation of the Directive 2011/36/EU from a gender perspective in Spain, 2015, disponible en [http://www.emeeeting.europarl.europa.eu/committees/agenda/201604/FEMM/FEMM\(2016\)0418_1/sitt-2202729](http://www.emeeeting.europarl.europa.eu/committees/agenda/201604/FEMM/FEMM(2016)0418_1/sitt-2202729).*

123. El procedimiento es el mismo: la autoridad decisoría determina en primer lugar si la persona solicitante reúne las condiciones para obtener el estatuto de refugiada y, de no ser así, si tiene derecho a la protección subsidiaria (art. 10.2 Directiva sobre procedimientos). De esta forma, el expediente (único) se inicia con la presentación

componente subjetivo indiscutible: esa persona tiene miedo a regresar al país donde ha sufrido o puede sufrir persecución. El elemento subjetivo debe ser valorado a la luz de los antecedentes personales y familiares de la persona solicitante; de su pertenencia a un grupo nacional, social, político, religioso o racial; y de sus experiencias personales y cómo las interpreta, ya que de lo que se trata es de verificar si se da el elemento en que se asienta la solicitud, que es el temor¹²⁴.

Pero el temor, para ser considerado, también debe presentar una vertiente objetiva: tiene que estar *fundado*, esto es, justificado a la luz de las circunstancias del país perseguidor. Esto significa que el relato de la persecución también tiene que ser coherente a nivel externo: la información del país de origen debe corroborar su verosimilitud. El temor se considera plenamente fundado cuando es razonable y está basado en circunstancias objetivas (art. 4.5.c) de la Directiva sobre requisitos)¹²⁵. En definitiva, se ha de comprobar la credibilidad general de la solicitante (art. 4.5.e) de la Directiva sobre requisitos).

En este contexto resulta fundamental atender a la situación del país de origen. Al efecto, como se ha indicado, la información no puede requerirse de quien se alega que es responsable de la persecución (art. 26.1 LA), sino que debe obtenerse de la fuentes independientes y fiables, como las que proporcionan la *European Asylum Support Office* (EASO), el ACNUR u otras organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos (art. 10.1 b) Directiva sobre procedimientos)¹²⁶.

La evaluación de la solicitud, además de efectuarse de manera individual, debe tener en cuenta los hechos relativos al país de origen *en el momento de resolver sobre la solicitud* (art. 4.3.a) Directiva sobre requisitos). La jurisprudencia española, siguiendo el principio *tempus*

de solicitud mediante comparecencia personal de la interesada o el interesado en los lugares establecidos reglamentariamente (puestos fronterizos, oficinas de extranjería, OAR) o, si hay imposibilidad física o legal de comparecencia, mediante representante, pero ratificando la solicitud tan pronto como la imposibilidad desaparezca (art. 17.1 LA).

124. Vid. párrafo 41 *Manual ACNUR*.

125. Vid., en este sentido, la práctica jurisprudencial española consolidada en resoluciones tales como la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 9 de octubre de 2009, *RJ* 2009, 7501 y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 17 de mayo de 2011, *RJ* 2011, 4423.

126. Existen, al efecto, sitios web como *www.refworld.org*, del ACNUR, *www.easo.europa.eu/*, de la EASO y *www.ecoi.net*, de la Cruz Roja austríaca, que disponen de información actualizada procedente de diferentes organismos.

regit actum, ha atendido durante años a esta norma¹²⁷, si bien en casos recientes ha considerado que, en beneficio de la persona solicitante, cabe el reconocimiento del estatuto (no así de la protección subsidiaria) cuando las circunstancias han cambiado, atendiendo a la situación del país de origen *en el momento de presentación de la solicitud*¹²⁸. De esta forma, en cualquier caso, lo que no resulta de recibo es la práctica de la autoridad española, la OAR, consistente en dejar en suspenso la tramitación de solicitudes a la espera de que la situación en el Estado de origen de determinadas personas solicitantes de asilo mejore, aplicando el denominado *criterio de prudencia*. Son miles las solicitudes actualmente pendientes, de demandantes de protección procedentes de países como Ucrania, Venezuela o China, paralizadas en atención a este criterio¹²⁹.

Finalmente, cabe advertir que, además de los hechos relativos al país de origen, se han de tomar en consideración las declaraciones y documentación presentadas por la persona solicitante, su situación personal, las actividades en que haya participado y la posibilidad de acogerse a la protección de otro Estado (art. 4.3 de la Directiva de requisitos). El hecho de que haya sufrido persecución o daños graves o recibido amenazas directas de sufrir tal persecución o tales daños, constituye un indicio serio de los fundados temores a la persecución o del riesgo real de sufrir daños graves, salvo que existan razones fundadas para considerar que tal persecución o tales daños graves no se repetirán (art. 4.4 Directiva sobre requisitos).

6.2.2. El controvertido empleo del concepto de «país de origen seguro»

Cuando la persona solicitante de protección procede de un *país de origen seguro*, esto es, tiene la nacionalidad de o, en caso de ser apátrida reside en, un país seguro conforme a lo definido por la Directiva sobre procedimientos¹³⁰,

127. *Vid., ad ex.* las Sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 9 de diciembre de 2005, *RJ* 2006, 68 y de 8 de noviembre de 2007, *RJ* 2007, 7653.

128. *Vid.* Sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 27 de diciembre de 2012, *RJ* 2013, 1188 y de 2 de noviembre de 2016, *RJ* 2016, 5583.

129. *Vid. Informe CEAR 2016*, pp. 59-60.

130. *Vid.* art. 36 de la Directiva sobre procedimientos. La designación de países de origen seguros a los efectos de este precepto viene regulada en el Anexo I de la Directiva sobre procedimientos. Sintéticamente, lo que esta norma prevé es que cabe considerar país seguro a aquél respecto del cual, en atención 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 hay persecuciones, torturas o tratos o penas inhumanos o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.

la normativa de la UE permite el empleo del procedimiento acelerado o de urgencia (art. 31.8.b) Directiva sobre procedimientos). Esta posibilidad, que el ordenamiento español contempla en el artículo 25.1.d) LA, en teoría no debería comportar merma alguna en la protección de la persona solicitante: quien procede de un país de origen seguro puede obtener el estatuto o ver reconocido su derecho a la protección subsidiaria. Sin embargo, en la práctica la calidad de los exámenes de las solicitudes de quienes proceden de *países seguros* se ve comprometida, no sólo por la disminución en los plazos de tramitación, sino también porque es la persona demandante de asilo quien debe demostrar que es merecedora de tal protección, desmontando la presunción de que el Estado donde alega persecución no es un Estado perseguidor. De otro modo expuesto, la consideración de este expediente invierte la carga de la prueba, con lo que, unido a la disminución de garantías procedimentales, lleva necesariamente a afirmar que introduce un elemento de discriminación por razón de la nacionalidad contrario al artículo 3 CG 51¹³¹; recuérdese que este instrumento procuró establecer una protección universal, con independencia del origen de quien la solicita (*vid. supra*, apartado 1).

Para la aplicación del expediente, algunos EEMM –pero no todos, como España– cuentan con listas de países de origen seguro¹³², aunque se pretende elaborar una única a nivel de la UE para poner fin a las divergencias que existen en esas listas nacionales¹³³. Ya la Directiva

Además, se proponen, como elementos a valorar para designar estos países, el grado de persecución que el país ofrece frente a la persecución o los malos trato mediante; a) disposiciones legales y reglamentarias y el modo en que se aplican; b) la observancia de los derechos y libertades fundamentales establecidos en los principales textos que los garantizan; c) el respeto del principio de no devolución de conformidad con la CG 51; y la existencia de un sistema de vías de recurso eficaces contra las violaciones de dichos derechos y libertades.

131. Cf. ASYLUM INFORMATION DATABASE (AIDA), *Common asylum system at a turning point: Refugees caught in Europe's solidarity crisis, Annual Report 2015*, en adelante *Informe AIDA 2015*, disponible en http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/shadow-reports/aida_annualreport_2014-2015_0.pdf, p. 49. *Vid.* también, de la misma organización, *Safe countries of origin: A safe concept? AIDA Legal Briefing* núm. 3, septiembre de 2015 (http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/06/AIDA-Third-Legal-Briefing_Safe-Country-of-Origin.pdf).
132. Que permite que tengan el art. 37 de la Directiva sobre procedimientos. Cuentan con tales listas Hungría (*Informe AIDA 2015*, p. 68, nota 362), además de Austria, Bélgica, Alemania, Francia, Malta, Reino Unido, Suiza (*Id.*, p. 77, nota 459).
133. Derivadas de las diferencias en la transposición de los criterios, pero también de la diversidad en la aplicación de esos criterios en la práctica. Así, por ejemplo, en Francia se considera que la ausencia de persecución o daños graves debe establecerse de forma general y uniforme para mujeres y hombres, mientras que en el Reino Unido algunos Estados, como Nigeria, Ghana o Kenia, se consideran seguros para los hombres, pero no para las mujeres: cf. AIDA, *Safe countries of origin, cit.*, p. 4.

2005/85/CE preveía la adopción de la lista única por parte del Consejo (art. 29); pero la propuesta elaborada en ese marco recibió fuertes críticas y fue anulada por el TJUE por razones de competencia para realizar la lista y modificarla¹³⁴. El pasado mes de septiembre de 2015 se presentó otra Propuesta de Reglamento¹³⁵ que incluye siete países: Albania, Bosnia y Herzegovina, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Kosovo, Montenegro, Serbia y Turquía.

El empleo de estas listas es problemático por diversos motivos, entre los que destacan, además de los ya mencionados, esto es, el hecho de que comporte un procedimiento abreviado en el que resulta complicado –precisamente por su celeridad– invertir la carga de la prueba¹³⁶, su incapacidad de cubrir todos los posibles países; su carácter superfluo, si se tiene presente que la situación del país debe analizarse individualizadamente; y su inflexibilidad ante posibles cambios de circunstancias¹³⁷. Cabría añadir que se elaboran no tanto teniendo en cuenta el interés de protección de las personas refugiadas, como, de nuevo, los intereses de las políticas migratorias o de otra índole. Que Turquía se encuentre en esa lista propuesta, en septiembre de 2015, es buena prueba de ello¹³⁸, máxime teniendo en cuenta que no se encuentra en ninguna de las listas nacionales de los EEMM¹³⁹ y que el índice de reconocimiento de las solicitudes de asilo de nacionales turcas/os en algunos Estados es significativo¹⁴⁰.

134. Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2008, Asunto C-133/06, *Parlamento Europeo c Consejo*. Vid. Al respect Jens VEDSTED-HANSEN, «Asylum Procedures Directive 2013/32/EU», en K. Hailbronner y D. Thym (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2.ª ed., Munich, C.H. Beck, 2016, pp. 1284-1380, esp. p. 1359.

135. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una lista común de la UE de países de origen seguros a los efectos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de protección internacional y por el que se modifica la Directiva 2013/32/UE, de 6 de septiembre de 2015, COM (2015) 452 final, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-452-ES-F1-1.PDF>.

136. Hasta el punto de que se puede considerar un concepto «inseguro» en los procedimientos de asilo: cf. AIDA, *Safe countries of origin*, cit., p. 10.

137. Hay HAILBRONNER, «The concept of Safe Country...», loc. cit., p. 51.

138. Vid. lo expuesto en relación con Turquía *supra* (nota 113). También considera que la inclusión en la lista de Albania (además de Turquía) resulta muy cuestionable AIDA, en *Safe countries of origin*, cit., p. 3. Vid. además las referencias *infra*, en nota 140.

139. AIDA, *Safe countries of origin*, cit., p. 5.

140. Así, en 2014 en Alemania alcanzó el 23.1%, y en Suiza el 85.5%. En 2015, la media de 16 EEMM (y Suiza) alcanzaba el 29.3%. Vid. AIDA, *Safe countries of origin*, cit., p. 8. Nótese que la razón esgrimida para incluir a los países balcánicos ha sido, precisamente, que existe un gran número de solicitantes de asilo procedentes de estos países, y que la ratio de denegación de solicitudes en estos casos es alta; pero no cabe

6.2.3. Agentes y actos de persecución. El criterio de la «discreción razonable»

La persecución referida por la persona solicitante de protección internacional puede proceder, para que haya lugar a la concesión de esa protección, de agentes públicos o privados. Así, los agentes perseguidores pueden ser públicos: autoridades del Estado de origen o partidos u organizaciones que lo controlan en su totalidad o en una parte considerable (*vid.* art. 6.a) y b) Directiva sobre requisitos y o de agentes privados y art. 13.a) y b) LA). Pero también es posible que los actos de persecución sean cometidos por agentes privados, tales como grupos terroristas o guerrilleros¹⁴¹, bandas de delincuencia organizada¹⁴² y redes de trata de seres humanos¹⁴³, grupos étnicos o tribus rivales¹⁴⁴, la pareja o ex pareja en el caso de persecución por violencia machista¹⁴⁵, los familiares con responsabilidad

decir lo mismo de Turquía, tal y como advierte Steve PEERS, en «Safe countries of origin: Assessing the new proposal», post del blog *eulawanalysis* de 14 de septiembre de 2015, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2015/09/safe-countries-of-origin-assessing-new.html>. *Vid.* el cuestionamiento sobre el carácter de país seguro de Turquía en Emanuela ROMÁN, Theodore BAIRD y Talia RADCLIFFE, *Analysis. Why Turkey is Not a «Safe Country»* de febrero de 2016, disponible en <http://www.statewatch.org/analyses/no-283-why-turkey-is-not-a-safe-country.pdf>. Una conclusión diferente, con argumentos poco sólidos, a mi entender, alcanza la EUROPEAN STABILITY INITIATIVE (ESI) en el documento *Turkey as a safe third country for Greece*, de 17 de octubre de 2015 (<http://www.esiweb.org/pdf/ESI%20-%20Turkey%20as%20a%20safe%20third%20country%20-%202017%20October%202015.pdf>).

141. *Vid.*, por ejemplo, las Sents. TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 17 de diciembre de 2010, *RJ* 2011, 700 (persecución a colombiano por las FARC) y de 31 mayo de 2005, *RJ* 2005, 4324 (persecución a matrimonio argelino por grupos islamistas).
142. *Vid.* Sent. TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 27 abril 2007, *RJ* 2007, 3707 (persecución a rusos por bandas mafiosas).
143. La mayor parte de víctimas (o víctimas potenciales) de trata son perseguidas por agentes privados: las redes, los tratantes, incluso familiares o personas conocidas. En estos casos, se considera que el Estado no proporciona la suficiente protección si no ha articulado mecanismos para prevenir y combatir la trata, así como para proteger y asistir a las víctimas, o si esos mecanismos no funcionan adecuadamente; también cuando las actividades vinculadas a la trata son toleradas por las autoridades o facilitadas por funcionarios corruptos: *vid.* ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: la aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados en relación con las víctimas de trata*, párrafos 21-24.
144. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 11 de enero de 2007, *RJ* 2007, 15: acoge el recurso de un solicitante de la tribu Urobo perseguido por integrantes de otras tribus (Ishekiri y Losijo). El TS advierte que cabe considerar persecución la realizada por sectores de la población cuya conducta sea deliberadamente tolerada por las autoridades o éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz: inadmisión improcedente.
145. En su Sent. de 15 de junio de 2011, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) concedió asilo a una mujer argelina perseguida por su marido: «En efecto, la vuelta al entorno social y familiar que propició tal situación

sobre las niñas (madres, padres, tías/os,...) y el personal médico o quien la ejecute en el caso de persecución por mutilación genital femenina¹⁴⁶, etc. En cualquiera de los casos se reconocerá estatuto si las autoridades estatales no pueden o no quieren proporcionar protección efectiva contra la persecución o los daños graves causados por esos agentes privados (art. 6.c) Directiva sobre requisitos y art. 13.c) LA)¹⁴⁷.

Por otra parte, es preciso reconocer que el concepto de persecución tiene contornos poco claros: no existe una única definición ni una única concepción de qué actos pueden constituirla. Del artículo 33 CG 51 cabe deducir que las amenazas contra la vida o la libertad de las personas por los motivos dispuestos (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas) son constitutivas de persecución¹⁴⁸. Pero, además, las normas de la UE (y su trasposición estatal) indican que los fundados temores a la persecución deben basarse en actos que sean suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para concluir una violación grave de los derechos fundamentales, o bien ser una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, como para afectar a una persona de manera que constituyan una violación grave de sus derechos fundamentales (art. 9.1 Directiva sobre requisitos y art. 6.1 LA). Las normas disponen, además, una lista ejemplificativa de formas que pueden revestir esos actos de persecución: violencia física o psíquica, incluida la sexual, medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias o se apliquen de forma discriminatoria; procesamientos o penas desproporcionadas o discriminatorias; denegación de tutela judicial, etc. (*vid.* art. 9.2 Directiva sobre requisitos y art. 6.2 LA). Además, todos estos actos conformarán una persecución protegible en la medida en que se produzcan por uno de los motivos legalmente previstos (art. 1.A CG 51, art. 9.3 Directiva sobre requisitos y art. 6.3 LA). Debe tratarse, por tanto, de una *persecución causalizada* (al respecto, *vid. infra*, apartado 6.4).

constituyen un claro indicio de que la integridad física y moral puedan ser en el futuro nuevamente afectadas mediante actuaciones ciertamente graves como las contempladas en autos y que no fueron adecuadamente evitadas por las autoridades del país que no dispensaron la oportuna protección a la demandante y su familia que pueden determinar un grave atentado a su integridad y dignidad moral reconocida en el art. 15 CE»: vid. FJ Segundo. RJ 2011, 5365

146. (ACNUR, *Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*, mayo 2009, párrafos 16-18); el entorno familiar y social de una persona perseguida por su orientación sexual o la reasignación de su sexo (ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: la persecución por razón de género*, *cit.*, párrafo 19).

147. *Vid. Manual ACNUR*, párrafo 65.

148. *Manual ACNUR*, párrafo 51.

En este contexto, interesa poner de manifiesto otro mecanismo empleado con objeto de excluir la concesión de protección de personas que en principio han de recibirla; otra práctica, en definitiva, que en nada se compadece con el espíritu y las obligaciones que la CG 51 establece: el del test de la *discreción razonable*. Su aplicación comporta evaluar si los actos de persecución cesarían en caso de que la persona se comportase en el país perseguidor con tal «discreción razonable», a fin de denegar la protección cuando se estima que, en efecto, la persona que la solicita no la precisaría de actuar discretamente.

Este es un criterio empleado cuando la persona refiere un relato de persecución basado en un motivo que, a decir de las autoridades que lo emplean, es la propia persona la que lo provoca; o que, al menos, puede evitarse para no infringir los patrones de conducta del país perseguidor¹⁴⁹. Se considera, por ejemplo, que si está prohibida en un Estado una determinada religión (y se producen, por ello, actos de persecución contra las personas que la practican), siempre cabe desarrollar el culto de forma privada; o que si lo que ocurre es que se persigue a la persona por ser bisexual u homosexual (con actos de violencia física o psíquica, incluyendo la sexual, leyes criminalizadoras,...), éstas pueden comportarse con la *debida* discreción para que nadie conozca su orientación sexual¹⁵⁰. Desde luego, la aplicación de este criterio resulta inaceptable, pues no deja de constituir un apoyo a la persecución: implica pedir a las personas que se comporten con arreglo a las normas impuestas por el perseguidor. A una persona no le puede ser denegada la condición de refugiada en base a un requisito que cambie u oculte su identidad, opiniones o características con el fin de evitar la persecución¹⁵¹.

La imposibilidad de emplear este criterio se ha puesto claramente de manifiesto por el TJUE en su Sentencia de 7 de noviembre de 2013, asuntos C-199/12 a C-201/12, *Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y & Z*: «A la hora de examinar una solicitud destinada a obtener el estatuto de refugiado, las autoridades

149. *Vid.*, en relación con la orientación sexual, el empleo de este argumento, basado en la errónea idea de que tal orientación es un comportamiento voluntario y opcional, *Informe CEAR 2016*, p. 133.

150. El *Informe CEAR 2016* pone de manifiesto que «De acuerdo con el análisis de diferentes resoluciones e informes especializados, puede afirmarse que este requisito [el criterio de discreción] ha sido aplicado en Austria, principalmente para las solicitudes de personas bisexuales, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Malta, Países Bajos, Polonia y Rumania», p. 132.

151. *Vid.*, específicamente en relación con la aplicación del «criterio de discreción» a las solicitudes de protección de personas LGTBI, las *Directrices sobre Protección Internacional* núm. 9, *cit. supra*, párrafos 30 y 31.

competentes no pueden razonablemente esperar que, para evitar el riesgo de persecución, el solicitante de asilo oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción al vivir su orientación sexual»¹⁵². No resulta de recibo, pues, que las autoridades españolas sigan denegando la protección internacional a los demandantes de asilo LGTBI, presumiblemente en aplicación de este criterio, tal y como han denunciado el ACNUR y CEAR-España¹⁵³.

6.3. MOTIVOS DE PERSECUCIÓN Y ALTERNATIVA DE HUIDA INTERNA

Como se ha indicado anteriormente, resulta fundamental para la concesión del estatuto de asilo que la persecución se encuentre causalizada, esto es, que exista un *nexo causal* entre los actos de persecución y alguna (o varias) de las razones que la normativa establece al efecto (art. 1.A. CG 51, art. 9.3 Directiva sobre requisitos y art. 6.3 LA)¹⁵⁴. Sin ese nexo causal entre la persecución y los motivos no cabe conceder la protección solicitada¹⁵⁵.

Los motivos de persecución que dan lugar a la concesión del estatuto, tal y como aparecen contemplados en la CG 51 (art. 1.A), son cinco: la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a un grupo social y las opiniones políticas. El artículo 10 de la Directiva sobre requisitos, y el artículo 7 LA, que lo reproduce de forma literal, precisan cada uno de estos términos.

Así, por lo que respecta a la persecución por motivos de raza, se entiende que abarca las persecuciones por el color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico (art. 10.1.a) Directiva sobre requisitos y art. 7.1.a) LA), de forma que incluye las que se producen mediante discriminaciones

152. Vid. el comentario a la sentencia de Claribel DE CASTRO SÁNCHEZ en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, junio 2014, 303-374.

153. Vid. «El Gobierno ha denegado el asilo a personas LGTBI porque pueden vivir en su país con discreción», noticia de Gabriela SÁNCHEZ, publicada en *eldiario.es*, el 1 de julio de 2016: http://www.eldiario.es/desalambre/Gobierno-denegado-LGTBI-alegando-discretos_0_532647450.html.

154. Cabe, en efecto, que la persona sufra persecución por más de un motivo (vid. *Manual ACNUR* párrafo 66). Por ejemplo, pueden concurrir motivos religiosos, de género y políticos en el caso de muchas mujeres que se oponen a que se les practique la mutilación genital femenina: ACNUR, *Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*, cit., párrafo 22. Corresponde a la persona que instruye el expediente determinar cuál de estos motivos concurre: quien solicita protección a veces los desconoce, y no está obligada/o a especificarlos con detalle (*Manual ACNUR*, párrafos 67 y 66 respectivamente).

155. Vid., en la jurisprudencia española, Sentencias TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 10 de octubre de 2011, *RJ* 2011, 7670 y de 15 de julio de 2011, *RJ* 2011, 6531.

raciales que vulneran la dignidad humana¹⁵⁶ y las que derivan de conflictos étnicos no controlados por las autoridades del correspondiente país¹⁵⁷.

La persecución por motivos religiosos incluye la que deriva de la profesión de creencias teístas, no teístas o ateas; la participación o negativa a participar en cultos formales en privado o en público, de forma privada o en comunidad, y cualquier otro acto o expresión de opinión de carácter religioso o forma de conducta persona o comunitaria basada en cualquier creencia religiosa u ordenada por ésta (art. 10.1.b) Directiva sobre requisitos, art. 7.1.b) LA)¹⁵⁸.

Entre los motivos de persecución por razón de la nacionalidad (por tenerla o no tener una ciudadanía determinada) se han de contemplar también aquéllos que derivan de la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, su origen geográfico o político común o sus relaciones con la población de otro Estado (art. 10.1 c) Directiva sobre requisitos, art. 7.1.c) LA).

La opinión política como motivo de persecución comprende en particular las opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los agentes de persecución (respecto de los cuales, *vid.* siguiente apartado) y sus políticas o métodos, sin que importe si la persona solicitante haya obrado o no de acuerdo con esas opiniones, ideas o creencias (art. 10.1 e) Directiva sobre requisitos, art. 7.1.d) LA)¹⁵⁹.

Finalmente, el motivo de pertenencia a un grupo social, habida cuenta de su indeterminación, es el que ha permitido conceder el estatuto a personas que refieren un temor fundado a la persecución por motivos, en principio, no enmarcables en el resto de los indicados. Lo que se exige al efecto es que los miembros del grupo compartan una característica innata o unos antecedentes comunes inalterables, o una característica o creencia fundamental para su identidad o conciencia a la que no se puede exigir que renuncien; y que el grupo posea una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad

156. *Manual ACNUR*, párrafos 68-70.

157. *Vid. v.gr.*, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 11 de enero de 2007, *cit.*

158. Así, por ejemplo, la práctica de la santería [*vid.* Sent. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 18 octubre de 2007, *RJ* 2007, 6461] o una «una tradición de naturaleza religiosa que dice ser propia de la etnia a la que pertenece» [Sent. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 23 de febrero de 2005, *RJ* 2005, 220].

159. *Vid.* Sent. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 31 mayo 2005, *RJ* 2005, 4318.

que lo rodea (art. 10.1d) Directiva sobre requisitos, art. 7.1.e) LA). Así, por ejemplo, se han encuadrado como persecuciones sociales a las que tienen lugar por razón de género¹⁶⁰, la identidad sexual y la orientación sexual. En particular, se considera causa de asilo la persecución que sufren las mujeres en países donde se encuentran en una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica que vulnera de forma evidente y grave sus derechos humanos¹⁶¹. La ley española introduce específicamente el motivo de género u orientación sexual como motivo de persecución en la definición del artículo 3; si bien posteriormente no lo desarrolla en el precepto correspondiente a los «motivos» (art. 7 LA).

Pero aún cuando se considera que la persona solicitante de asilo ha sufrido o puede sufrir persecución por uno (o varios) de los motivos dispuestos en la CG 51, y siempre que no concurren las causas de cesación o exclusión (*vid. supra*), reproducidas en los artículos 11 y 12 de la Directiva sobre requisitos (arts. 9 y 8 LA respectivamente), existe otro expediente utilizado para rechazar el reconocimiento del estatuto de asilo y retornar a la persona al país perseguidor: la alternativa de huida interna (*flight internal alternative* o FIA). El expediente, en efecto, permite denegar el estatuto cuando considera que existe un lugar alternativo en el territorio del país perseguidor donde la persona pueda encontrar la protección adecuada¹⁶².

Para determinar si existe alternativa de huida interna o reubicación resulta preciso que tal alternativa sea relevante y razonable, esto es, si se aprecia es porque permite a la persona solicitante de protección vivir una vida relativamente normal sin sufrimientos indebidos¹⁶³. De esta forma, la relevancia de la alternativa de huida interna ha de excluirse categóricamente cuando el temor fundado a la persecución se debe a prácticas que de dan

160. *Vid.* Sents. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 31 de mayo de 2002, *RJ* 2005, 4295, de 28 de febrero de 2006, *RJ* 2006, 5765 y de 15 de febrero de 2007, *RJ* 2007, 2801.

161. Sent. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 7 de julio de 2005, *RJ* 2005, 5167; en concreto, una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible en tanto que persecución social: Sents. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 15 de febrero de 2007, *RJ* 2007, 2801; de 31 de enero de 2008, *RJ* 2008, 945. y de 11 de mayo de 2009, *RJ* 2009, 4272. También la violencia machista, como se indicó anteriormente.

162. *Vid.* extensamente Johna EATON, «The internal Protection Alternative Under European Union Law: Examining the Recast Qualification Directive», *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, pp. 765-792.

163. ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 4: Huida interna o alternativa de reubicación en el contexto del artículo 1 A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 relativo al estatuto de los refugiados*, 2003, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f2791a44.html> (acceso: 21 de noviembre de 2016).

de forma generalizada en el país de origen, de forma que no es viable, en este caso, un desplazamiento interno de la solicitante de protección internacional. Además, la reubicación tampoco puede considerarse relevante cuando la persona solicitante puede hallarse de nuevo expuesta al riesgo de ser perseguida en cualquier nuevo emplazamiento, tanto en su forma original, como en otras formas de persecución o daño grave, como la violencia o privación de otros derechos humanos básicos¹⁶⁴. Los factores a evaluar incluyen la situación personal del solicitante, cualquier persecución pasada, la seguridad, el respeto a los derechos humanos y la posibilidad de supervivencia económica; debe darse el debido peso a la edad del solicitante, capacidad de afrontamiento, salud física y mental, así como su situación familiar y socioeconómica. Y la carga de la prueba de todos estos factores recae en la persona que instruya el expediente: es ella quien debe probar que la alternativa es susceptible de conferir una protección real y eficaz¹⁶⁵.

Aún con esas pretendidas garantías, la alternativa de huida interna es otro de los mecanismos no contemplados en la CG 51 de dudosa compatibilidad con los estándares establecidos por este convenio y por el derechos internacional¹⁶⁶, pero acogido en las normas de la UE, si bien con carácter facultativo (*vid.* art. 8 de la Directiva sobre requisitos): los EEMM pueden elegir si aplican o no el expediente, pero todos lo hacen¹⁶⁷. La normativa española, por ejemplo, no lo recoge expresamente, pero se utiliza a discreción de las autoridades (OAR, CIAR).

7. CONCESIÓN DE LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA

Si bien, según lo anteriormente expuesto, existen numerosas trabas en las normas de la UE para la obtención de la protección que concede la CG 51, es de justicia reconocer que esas mismas normas han ampliado tal protección,

164. Cf. Párrafos 18-21 de las *Directrices sobre la Alternativa de Huida Interna* del ACNUR, *cit.*

165. Así lo ha puesto de relieve el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 20 de marzo de 2009, RJ 2009, 2298: *vid.* FD 4.º

166. Cf. Johna EATON, *loc. cit.*, pp. 769 y 777 y ss.

167. Con mayor o menor intensidad: así, mientras en Francia la práctica se limita a las autoridades encargadas de resolver recursos, en Alemania, Hungría y Suecia se aplica en la totalidad de los expedientes tramitados: ECRE, *Actors of protection and the application of the internal protection alternative*, 2014. *Vid.* Resumen ejecutivo en http://d2t68d2r9art1o.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/10/apaipa_Executive-Summary-Englih.pdf.

confiriéndola bajo el concepto de «protección subsidiaria» a personas que no reúnen las condiciones dispuestas en el instrumento convencional.

Tal protección subsidiaria, definida en el artículo 2 f) de la Directiva sobre requisitos y el artículo 4 LA, se configura en las normas de la UE como un derecho –tal y como ocurre con el estatuto de asilo (*ex art. 13 Directiva sobre requisitos*)¹⁶⁸– que se reconoce si existen motivos fundados para creer que de regresar a su país de origen la persona solicitante se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los tres daños graves previstos en las normas, esto es, en el artículo 15 de la Directiva sobre requisitos (art. 10 LA): (1) condena a la pena de muerte o su ejecución; (2) tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen; o (3) amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno¹⁶⁹.

La normativa de la UE dispone un único procedimiento para la obtención del estatuto y la protección subsidiaria. Por lo general se solicitan ambos tipos de protección en el mismo acto; y es posible que se disponga legalmente la subsidiariedad de tal protección, es decir, que se supedite el análisis de la protección subsidiaria a que se haya denegado previamente el estatuto¹⁷⁰.

Aunque el establecimiento del derecho a la protección subsidiaria debe sin duda ser saludado, en la medida en que permite conceder protección a

168. Cf. Marteen DEN HEIJER, Jorrit RIJPMAN and Thomas SPIJKERBOER, *loc. cit.*, p. 428.

169. Una última posibilidad para proteger de los posibles efectos de una devolución a la persona que solicita protección internacional es la concesión de una autorización de residencia en España por razones humanitarias, en virtud de los artículos 37 b) y 46.3 LA. Estas dos normas prevén esta posibilidad de autorización para el caso de denegación del estatuto de asilo y de la protección subsidiaria. Autoriza igualmente a la concesión de esta autorización el desarrollo reglamentario de estas disposiciones: el artículo 125 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, indica que cabe conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en los artículos 37.b) y 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado en la normativa sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. El empleo de esta posibilidad es, no obstante, totalmente excepcional. La Administración alega falta de desarrollo reglamentario, por lo que por lo general sólo se obtienen estos permisos por la vía judicial: cf. *Informe del Defensor del Pueblo 2016*, p. 66.

170. *Vid.* Sent. TJUE (Sala Cuarta) de 8 de mayo de 2014, Asunto C-604/12, *N.H. y Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland*.

personas no amparadas por la CG 51¹⁷¹, el problema que plantea en la práctica es que muchas solicitudes acaban con la condición de protección subsidiaria a personas que resultan merecedoras del estatuto. Así, en España, en la actualidad la mayoría de las/os ciudadanas/os sirias/os reciben protección subsidiaria, cuando en otros Estados miembros se les reconoce la condición de refugiada/o¹⁷². Y, por más que la protección subsidiaria vaya también aparejada a la garantía del principio de *non-refoulement* (art. 21 Directiva sobre requisitos y art. 36.1.a) LA) y a la necesidad de obtener autorizaciones de residencia en el territorio (art. 24 Directiva sobre requisitos y art. 36.1.c) LA), no comporta exactamente los mismos derechos que el asilo¹⁷³. La OAR debería retirar las instrucciones a este respecto, esto es, referidas al carácter prioritario de la concesión de protección subsidiaria frente al estatuto a las personas nacionales de Siria¹⁷⁴, como a las de cualquier otra nacionalidad: cada caso debe ser analizado individualizadamente, en aras de garantizar los derechos que cada persona tiene conferidos por su situación, al margen de su nacionalidad¹⁷⁵. Lo contrario comporta otra subversión clara del espíritu generalista e individualista de la CG 51 y del principio que ésta establece de no discriminación por razón de la nacionalidad (*vid. supra*, apartado 1).

8. CONCLUSIONES

La política de asilo desarrollada por las instituciones de la UE dista mucho de responder a las necesidades de protección internacional de las personas que la precisan. La creación de fronteras documentales (los visados) y la externalización del control de las fronteras (a través de entes

171. Así, por ejemplo, ya se había puesto de manifiesto en la jurisprudencia española cómo en las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen de la persona solicitante, que no dan lugar por sí solas a la concesión del estatuto de refugiado de la CG 51, tal y como ponen de relieve, entre otras, las (dos) Sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 10 de octubre de 2011, RJ 2011, 7669 y RJ 2011, 7670.

172. Así lo pone de manifiesto el *Informe del Defensor del Pueblo 2016*, p. 40.

173. Como recuerda el Informe de la Defensoría del Pueblo, «El titular de la protección subsidiaria debe solicitar la renovación al transcurrir los cinco años y, en dicho momento, se analiza si procede o no su continuidad en dicha situación. Sin embargo, el titular del estatuto de refugiado únicamente renueva la tarjeta pero no se realiza un nuevo estudio del expediente. Para la concesión de la nacionalidad española tampoco resulta indiferente que el titular sea refugiado o que haya obtenido la protección subsidiaria. A los refugiados se les exige cinco años de residencia mientras que los beneficiarios de protección subsidiaria no tienen ningún privilegio para el acceso a la nacionalidad»: cf. *ibidem*, pp. 40-41.

174. Según refiere el *Informe del Defensor del Pueblo 2016*, p. 34.

175. *Vid.*, en este sentido, la jurisprudencia citada en el *Informe del Defensor del Pueblo 2016*, p. 41.

privados, como los transportistas, y de la encomienda del control a terceros Estados) persiguen que esas personas no alcancen el territorio de los EEMM; y cuando consiguen llegar, se emplean expedientes inexistentes en la CG 51 y el PNY 67 que habilitan indebidamente a la inadmisión o denegación de toda protección. El concepto de país seguro, en este marco, constituye un excelente ejemplo. Su empleo permite que las solicitudes se tramiten aceleradamente e invirtiendo la carga de la prueba sobre la situación del Estado de origen si la persona procede de un país que se considera seguro (país seguro de origen); que se inadmitan si la persona ha obtenido asilo en otro país seguro (país seguro de origen), o podría haberlo obtenido en el país tercer por el que transitó antes de llegar al país de la solicitud (país tercero seguro). Además, el traslado o retorno de solicitantes de asilo a otros Estados, por la razón que sea (inadmisión a trámite de la solicitud, denegación del estatuto y de toda protección en el Estado, revisión del estatuto) se efectúa sobre la base de convenios –o reglamentos– que también parten de la consideración de que el Estado contratante –o miembro del reglamento– es un «país seguro», incluso cuando caben dudas más que razonables sobre la posibilidad de tener por seguros a esos países. Pero este concepto no es el único empleado como traba a la concesión de protección. Otras prácticas como la de los tests de nacionalidad, el principio de precaución, el criterio de discreción razonable o la alternativa de reubicación o de huida alternativa también obstaculizan la obtención del estatuto de asilo o la protección subsidiaria, sin que ninguno de ellos estén siquiera mencionados en las normas de la CG. Finalmente, también interesa advertir que incluso un expediente como la protección subsidiaria, articulado para ampliar la protección que la Convención dispone, se está empleando en la práctica para reducirla. Se burlan, con todo lo expuesto, las obligaciones que impone el enfoque individualista del sistema implantado por la CG 51 y el PNY 67, con arreglo al cual se debe atender a las circunstancias particulares de cada demandante de protección, cuya necesidad real debe ser analizada en cada caso en particular; y el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad que garantiza su artículo 3.

Y es que todo indica que el SECA no se ha elaborado con la finalidad de desarrollar la protección otorgada por la CG 51 y el PNY 67, sino para reforzar las fronteras exteriores, aún a costa de obstaculizar la protección de potenciales solicitantes de asilo¹⁷⁶. La conservación de los privilegios de un

176. Vid. Sandra LAVENEX, «The Europeization of refugee policies: Normative challenges and institutional legacies», *Journal of Common Market Studies*, 2001, vol. 39, pp. 851-874.

determinado espacio geopolítico, el de la UE, se impone sobre la garantía de los derechos humanos universales cuando las consideraciones sobre cómo proteger a las personas que solicitan protección internacional se mezclan con objetivos que, o poco tienen que ver, como la seguridad, o deben ser aparcados en aras de la protección de vidas humanas, como la reducción de la presión migratoria. Sin embargo, estos fines no solo no son tenidos en cuenta, sino que han cobrado todo el protagonismo, convirtiéndose en auténticos obstáculos a la protección. Y no se trata de exigir (que cabría hacerlo) generosidad por parte de quienes menos la están mostrando, siendo como son, los EEMM, los países que conforman el espacio con mayor riqueza en el mundo. Se trata de que respeten el Estado de Derecho, que se atengan a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, entre las que se encuentra el principio jurídico de solidaridad¹⁷⁷. El universalismo que exige el cumplimiento de estas obligaciones se ha supeditado de forma escandalosa, desde los comienzos mismos del SECA, al particularismo de los intereses estatales¹⁷⁸; o más bien de los intereses de determinados agentes económicos¹⁷⁹, en detrimento claro de los intereses de las personas refugiadas, pero también (y por idénticos motivos) de las que habitan –con o sin ciudadanía reconocida– la Europa Fortaleza. Es la garantía de los derechos humanos (de todos los derechos, de todas las personas) y el cumplimiento de las obligaciones internacionales lo que constituye un interés *estatal* de primer orden.

177. Cf. Javier DE LUCAS, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant humanidades, Valencia, 2015, esp. pp. 57-75.

178. Jari PIRJOLA, «European Asylum Policy–Inclusions and Exclusions under the Surface of Universal Human Rights Language», *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, 2009, pp. 347-366.

179. Los programas políticos de lucha contra la inmigración denominada irregular son un motor fundamental de la llamada *economía de la seguridad*, que obtiene beneficios procedentes de los dispositivos que se emplean para sellar las fronteras: tecnología punta en materia de vigilancia a distancia, sociedades privadas especializadas en la gestión de centros de internamiento de personas extranjeras, reciclaje en el ámbito civil del saber militar actualmente infrautilizado: cf. Claire RODIER, *El negocio de la xenofobia. ¿Para qué sirven los controles migratorios?*, Clave intelectual, Madrid, 2013, pp. 21-53.