

El asilo en los instrumentos europeos de derechos humanos: sinergias y optimización protectora ante la crisis humanitaria

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional (Universitat de València)
Ex Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales (Consejo de Europa)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: RECORDANDO LOS AVATARES CIRCULARES DEL ASILO. II. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA. III. LA APORTACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. IV. LA ASISTENCIA DE LA OSCE. V. REFLEXIONES FINALES: PERFECCIONANDO EL CÍRCULO DE LA SOLIDARIDAD

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: RECORDANDO LOS AVATARES CIRCULARES DEL ASILO

Los avatares de la historia han conducido a que, en la actualidad, Europa haya devenido (y debe convertirse en) espacio acogedor, tierra de refugio de origen “tercero” o “extra-europeo”; pero ha sido generadora (y sigue siéndolo en algunas partes) de necesidad de refugio en determinados períodos históricos, tanto dentro como fuera del propio continente. Y la lección de la historia (“la chance tourne”) no convendría olvidarla.

De hecho, la “identidad europea” como tierra de asilo ha conocido perfiles difusos, tanto en términos de elaboración de normas comunes como de puesta en práctica de ellas. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no reconoce el derecho de asilo como tal, ni lo ha consagrado posteriormente a través de algún Protocolo: ha sido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la que lo ha hecho efectivo en algunos casos a través de disposiciones “indirectas” o “conexas” del propio CEDH o de sus Protocolos.

A este respecto, es menester recordar que la Convención de Ginebra de 1951, si bien es universal, tiene un germen principal en esa “guerra civil” europea que fue la segunda contienda mundial de 1939-1944. Se trataba de dotar de alcance a la Declaración Universal de 1948 cuando afirma en su artículo 14.1 que *“en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”*. Naturalmente, asumir el carácter mínimo del derecho de asilo presupone un ejercicio de solidaridad por parte de las autoridades y la ciudadanía del país de acogida, haciendo realidad ese estándar mínimo del Derecho internacional sin caer en un mero alegato utópico de “Estado mundial” o de “Constitución mundial”.

Volviendo al Consejo de Europa, cabe observar asimismo que el asilo se “entremezcla” con la cuestión de la extradición, enfatizándose la dimensión cívico-política del asilo. Ahora bien, al asilo y al refugio no es extraña la cuestión de la

indivisibilidad y, por ello, no debe extrañar que la Carta Social Europea (CSE) de 1961 (revisada en 1996) prevea explícitamente la protección de refugiados y apátridas.

Por su lado, la Unión Europea (UE) tampoco ha sido ajena a ese enfoque mixto, difuso y confuso entre generadora de asilo y suministradora de refugio, y así lo atestiguan episodios controvertidos como la adopción del *Convenio de 27 de septiembre de 1996 establecido sobre la base del artículo K.3 del TUE (Tratado de Maastricht) relativo a la extradición entre los Estados miembros*, en cuya negociación estuvo presente la polémica exclusión (a la luz de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de 1967, en combinación con las medidas de excepción previstas en el artículo 15 CEDH) del derecho de asilo por delitos relacionados con el terrorismo. Por otra parte, desde la perspectiva de la indivisibilidad, a título de ejemplo comprobamos la dimensión socio-económica en la Directiva sobre condiciones de acogida de 2004 y la vertiente cívico-política en la Directiva de procedimientos de 2005, o el entrecruzamiento de ambas facetas en la Directiva sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados de 2003.

Y, por supuesto, primero la CSCE y luego la OSCE, no han sido ajenas a la configuración de Europa como tierra de asilo, siquiera por la atención prestada a su inicial emergencia en el escenario de la política de bloques y a los conflictos todavía latentes en la actualidad.

Así pues, la identidad de Europa, de sus valores comunes, tanto de libertad e igualdad como de solidaridad, se verá tanto más consolidada cuanto más se reduzca, hasta su mínima expresión, su potencial generador de asilo para convertirse en exclusivo suministrador de refugio. Y ello no sólo directamente como "Continente seguro", o "Unión segura", sino también indirectamente, para no favorecer operaciones indirectas de inseguridad, como ha sucedido con el controvertido Acuerdo entre la UE y Turquía de 18 de marzo de 2016.

Por lo demás, esa identidad europea debe verse no sólo desde una óptica transnacional (unidad), sino igualmente en el plano nacional a todos los niveles, como proyección de esos valores comunes a escala estatal, regional y local. Así, el enfoque multinivel, más allá del eufemismo, debe erigirse en plataforma de protección al alza, de tal suerte que esa proyección europea irradie una fuerza superadora de los conflictos interterritoriales (por ejemplo, entre Estado y Comunidades Autónomas), alentadora del papel de las entidades locales e incentivadora de las tareas de las instancias no jurisdiccionales y de las organizaciones de la sociedad civil.

II. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA

1. El CEDH y otros instrumentos cívico-políticos

Como se avanzó, si bien el CEDH o sus Protocolos no han reconocido expresamente el derecho de asilo y el derecho a no ser expulsado, semejante protección ha venido de la mano de la jurisprudencia evolutiva del TEDH con apoyo, especialmente, en dos disposiciones convencionales, las relativas a la salvaguardia de la integridad (artículo 3 CEDH) y la defensa de la vida familiar

(artículo 8 CEDH), constituyendo casos “estrella” en tal dirección la STEDH *Soering c. Reino Unido* de 7 julio de 1989 y la STEDH *Berrehab c. Países Bajos* de 21 de junio de 1988 (ya anticipada con la STEDH *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* de 28 de mayo de 1985, en donde se sostuvo que “*las medidas adoptadas en el campo de la inmigración pueden afectar al respeto de la vida familiar, garantizada por el artículo 8 CEDH*”), respectivamente.

Esa jurisprudencia pretoriana de finales de los ochenta del siglo pasado superaba la posición de la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, que en sus primeras décadas de funcionamiento declaraba inadmisibles *ratione materiae* las demandas formuladas por personas extranjeras amenazadas por órdenes de expulsión. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *X c. RFA*, de 6 de octubre de 1962: el demandante, de nacionalidad egipcia, alegaba haber abandonado Egipto como disidente del régimen establecido por el presidente Nasser tras la caída de la monarquía. Después de haber vivido de 1951 a 1958 en Francia, se instaló en Alemania, en donde cometió algunos delitos de contrabando por los que cumplió pena de prisión. La *Administración de Orden Público* alemana ordenó su expulsión, frente a lo que aquél argumentaba que la atmósfera reinante en Egipto, su conocida religión armenia ortodoxa y sus actividades pro-israelitas, le harían correr un grave riesgo para su vida y su libertad en su país de origen¹.

En cualquier caso, además de ambas disposiciones convencionales (artículos 3 y 8), otras del tratado (como los artículos 5 y 13, sobre libertad y condiciones de detención y sobre derecho a un recurso efectivo, respectivamente) han mostrado un juego protector nada desdeñable en relación con la prohibición de las expulsiones colectivas establecida en el artículo 4 del Protocolo nº 4. La STEDH *Conka c. Bélgica* de 5 de febrero de 2002 (violación del artículo 4 del Protocolo nº 4, así como de los artículos 5.2, 5.4 y 13 CEDH) significó un gran avance en tal dirección: los demandantes (nacionales eslovacos de etnia gitana) habían denunciado las condiciones de su detención y expulsión hacia Eslovaquia; el TEDH determinó que el procedimiento de expulsión no había ofrecido garantías suficientes sobre la toma en consideración real y diferenciada de la situación individual de cada demandante, de tal forma que no se había dado cauce adecuado a sus demandas de asilo (el procedimiento de tramitación ni siquiera había concluido) y quedaron acreditados elementos referentes al carácter colectivo de su expulsión (instrucciones de las instancias políticas a la administración en tal sentido, comparecencia simultánea ante la policía, contenido idéntico de las órdenes de expulsión o difícil acceso a asistencia jurídica).

Esta jurisprudencia se ha venido consolidando en otros supuestos más recientes de expulsiones colectivas verificados en el contexto de la crisis humanitaria de los últimos años. Así, en la STEDH [GS] *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* de 23 de febrero de 2012, se concluyó la violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 tras determinar por primera vez su aplicabilidad a un caso de expulsión de extranjeros hacia un Estado tercero efectuada fuera del territorio

¹ La Comisión había dictaminado en fecha 13 de abril de 1961 la inadmisibilidad en un asunto similar, *X c. Bélgica*, sobre la expulsión de un escritor húngaro reputado como un peligroso comunista. La Comisión justificó la inadmisibilidad basándose en que “*el derecho de residencia o de estancia de los extranjeros en el territorio de los Estados Contratantes no figura, como tal, entre los mencionados derechos y libertades convencionales*”.

nacional: concretamente, se trataba de un grupo de migrantes (somalíes y eritreos) procedentes de Libia que habían sido interceptados en el mar por las autoridades italianas y luego devueltos a Libia a bordo de buques militares sin analizar cada situación individual; por otra parte, el riesgo de sufrir malos tratos al que habían quedado expuestos al ser devueltos a Libia y eventualmente repatriados a Somalia o Eritrea, llevó asimismo a la conclusión de violación de los artículos 3 y 13 CEDH.

Un asunto más reciente ha sido resuelto mediante la STEDH *Khlaifia y otros c. Italia* de 1 de septiembre de 2015², en donde se sustanciaron las condiciones de detención (primero en un centro de acogida de Lampedusa y después en buques amarrados en el puerto de Palermo) y posterior repatriación a Túnez, de inmigrantes irregulares que habían desembarcado en las costas italianas en 2011 en el marco de los acontecimientos relacionados con la “primavera árabe”. La conclusión fue de violación del artículo 4 del Protocolo nº 4, así como de los artículos 3, 5 y 13 CEDH, tanto por constituir una expulsión colectiva (a pesar de haber recibido órdenes individuales de devolución, el formato presentaba una redacción idéntica sin referencia a la situación personal y sin entrevista individual) como por las condiciones degradantes de acogida y la imposibilidad de ejercer un recurso efectiva y con carácter suspensivo.

Con anterioridad, la Corte de Estrasburgo se había pronunciado sobre expulsiones colectivas y dificultades de acceso a procedimientos de asilo u otros procedimientos para evitar el riesgo de atentado a derechos humanos que implicaban a dos de los países europeos que están sufriendo en mayor grado la presión migratoria derivada de la crisis humanitaria. En particular, la STEDH *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* de 21 de octubre de 2014 se pronunció sobre la situación de treinta y dos nacionales afganos, dos sudaneses y uno eritreo, llegados clandestinamente a Italia procedentes de Grecia, y que alegaban haber sido devueltos a Grecia pese al temor de sufrir una devolución ulterior hacia sus respectivos países de origen con riesgo para su vida e integridad. La conclusión fue de violación por parte de Grecia del artículo 3 combinado con el artículo 13 CEDH por vedar el acceso al procedimiento de asilo y por los riesgos ligados a la expulsión hacia Afganistán (sólo cuatro demandantes afganos mantuvieron sus demandas ante el TEDH), así como de violación por parte de Italia de esas dos mismas disposiciones y del artículo 4 del Protocolo nº 4 por provocar expulsiones colectivas e indiscriminadas desde el puerto de Ancona.

Con carácter añadido, en esa STEDH *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* se recordó que la aplicación del sistema “Dublín” (*infra*), el cual apunta a determinar el Estado miembro de la UE responsable de examinar una solicitud de asilo presentada en un Estado miembro por un nacional de un país tercero, debe ser compatible con el CEDH, de tal manera que corresponde al Estado que procede a la expulsión la verificación del modo en que el país de destino aplica la legislación sobre asilo y evita que la persona afectada sea expulsada a su país de origen sin evaluar los riesgos que corre. En este sentido, dicha verificación no fue satisfactoria en el caso *Mohammed c. Austria* (STEDH de 6 de junio de 2013, violación del artículo 13 en conjunción con el artículo 3 CEDH, por el traslado

² El asunto fue remitido a la Gran Sala el 1 de febrero de 2016 a petición del gobierno italiano. El 22 de junio de 2016 tuvo lugar una audiencia pública ante la Gran Sala, tras cual ha quedado visto para sentencia.

forzoso de un nacional afgano desde Austria hacia Hungría en el marco de una solicitud de asilo en virtud del Reglamento Dublín³), o en el *caso Tarakhel c. Suiza* (STEDH [GS] de 4 de noviembre de 2014, violación del artículo 3 CEDH, en caso de devolución asimismo en virtud del Reglamento Dublín⁴, de una pareja de afganos con sus seis hijos de Suiza hacia Italia).

En la misma línea, en el marco de una demanda interestatal reciente, el TEDH [GS] (*Georgia c. Rusia I*, de 3 de julio de 2014) ha declarado que, si bien los Estados tienen el derecho soberano de establecer sus políticas de inmigración, las dificultades en la gestión de los flujos migratorios no pueden justificar que recurran a prácticas incompatibles con sus obligaciones convencionales. En el caso de autos, se censuró la práctica administrativa (avalada por las instancias judiciales) de las autoridades rusas relativa a la detención y expulsión colectiva de nacionales georgianos desde octubre de 2006, con violación del artículo 4 del Protocolo nº 4.

En comparación con los miles de demandas individuales, el carácter excepcional de ese recurso interestatal ante el TEDH, de alcance colectivo, se ve complementado por la acción de otros instrumentos y mecanismos de garantía del Consejo de Europa. En relación con la temática abordada, conviene mencionar tres, a saber, el Comité contra la Tortura, el Comisario Europeo para los Derechos Humanos y el Comité establecido por la Convención-marco de las minorías nacionales, que proporcionan elementos fácticos y recomendaciones apreciables para la resolución de los casos reseñados del TEDH o del CEDS.

2. La CSE y la protección socio-económica de los refugiados

Como punto de partida cabe observar que, a diferencia del CEDH, la CSE sí prevé la garantía explícita de los derechos de los refugiados. Concretamente, el Anexo a la CSE (que forma parte integrante de ésta), al aludir al ámbito de aplicación con respecto a las personas protegidas, dispone en su apartado 2 que *"cada Parte concederá a los refugiados que respondan a la definición de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, y que residan legalmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha Parte se haya obligado a aplicar en virtud de la Convención de 1951 y de cualesquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos refugiados"*⁵.

³ Reglamento (CE) nº 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. Sustituido por el nuevo Reglamento (UE) nº 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 (refundición) (aplicable desde el 1 de enero de 2014).

⁴ El Reglamento Dublín se aplica a Suiza en virtud del Acuerdo de Asociación de 26 de octubre de 2004 entre la Confederación Helvética y la Comunidad europea referente a los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable del examen de una solicitud de asilo formulada en un Estado miembro o en Suiza.

⁵ De manera análoga, en su apartado 3 establece que *"cada Parte concederá a los apátridas que respondan a la definición de la Convención de Nueva York, de 28 de septiembre de 1954, relativa al Estatuto de los Apátridas, y que residan legalmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha Parte se haya obligado a aplicar en virtud de dicho instrumento y de cualesquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos apátridas"*.

Al hilo de dicha disposición, y en el contexto de la crisis de los refugiados, el CEDS ha elaborado una Observación Interpretativa⁶ en la que se condensan los principales aspectos de esa protección ligada al estatuto de refugiado bajo el ángulo de la CSE. A tal efecto, pone el acento en la complementariedad de los niveles de protección de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (CER) y de la CSE, para afirmar que ambas garantizan a los refugiados *“numerosos derechos sociales y económicos”* (apartado 13), debiendo recibir *“el mismo trato que los nacionales en materia de enseñanza elemental (artículo 22 CER), garantizada por el artículo 17.1 CSE y en materia de asistencia y socorro públicos (artículo 23 CER), previstos expresamente en el artículo 13 CSE (derecho a la asistencia social y médica) e implícitamente en el artículo 30 CSE (derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social)”* (apartado 14).

A continuación, en esa misma observación interpretativa se completa el elenco de equivalencia protectora de la CER y de la CSE sobre derechos sustanciales de carácter económico, social y cultural (apartados 15 a 17)⁷. Por otra parte, subraya que, de igual modo que *“los derechos previstos por la CER deben ser garantizados sin discriminación (artículo 3 CER)”*, la CSE contiene asimismo una cláusula antidiscriminatoria (Preámbulo de la CSE de 1961 y artículo E de la CSE revisada) y algunos de sus artículos también *“prohíben expresamente la discriminación en circunstancias específicas”* (apartado 18), como por ejemplo el artículo 1.2 CSE (en materia de empleo en general), el artículo 15 CSE (discapacidad), o el artículo 20 CSE (discriminación sexual en el empleo).

Adicionalmente, en el plano más estricto de las garantías procedimentales, el CEDS señala en su Observación Interpretativa (apartados 19, 20 y 21) que los refugiados disfrutan del mismo trato que los nacionales en materia de tutela judicial efectiva (incluida la asistencia jurídica gratuita) y de recursos; que deben beneficiarse asimismo (tal como prevé el artículo 32 CER) de una protección frente a la expulsión en condiciones de igualdad con respecto a los nacionales de otras Partes Contratantes de la CSE (artículo 19.8); y que, en el supuesto de establecerse diferencias de trato que restrinjan el estatuto de los refugiados,

⁶ Elaborada durante su 280ª sesión, celebrada en Estrasburgo del 7 al 11 de septiembre de 2015.

⁷ Efectivamente, se observa que la legislación laboral y de seguridad social (artículo 24 CER) constituye el terreno en el que los dos instrumentos presentan mayor grado de correspondencia, especificando los siguientes artículos de la CSE que también reconocen un trato igualitario de los refugiados con respecto a los nacionales: artículo 2 (duración del trabajo, permisos pagados, horas extraordinarias); artículo 4 (remuneración); artículo 6 (ventajas ofrecidas por los convenios colectivos); artículo 7 (edad mínima para trabajar, derechos de los jóvenes en materia de empleo, aprendizaje); artículo 8 (derechos de las trabajadoras); artículo 10 (posibilidades de formación); artículo 11 (protección de la salud); artículo 12 (apartados 1, 2 y 3, sobre derecho a la seguridad social que cubre la salud, la enfermedad, el paro, la jubilación, los accidentes laborales o las enfermedades profesionales, las prestaciones familiares y de maternidad); artículo 16 (prestaciones familiares); artículo 19.7 (acceso a la justicia); artículo 23 (derechos de las personas mayores). Por otro lado, la CER garantiza el derecho al trato más favorable reconocido a los nacionales de un país extranjero en materia sindical (artículo 15 CER), garantizado asimismo por los artículos 5 y 19.4 CSE, o el derecho a ejercer una actividad profesional asalariada (artículo 17 CER), garantizado por los artículos 1 y 18 CSE. En fin, la CER garantiza el trato más favorable posible y, en todo caso, un trato no menos favorable que el dispensado en las mismas circunstancias a los extranjeros en general, en lo relativo al derecho a ejercer una profesión liberal (artículo 18 CER), previsto por los artículos 1 y 18 CSE; el derecho a la vivienda (artículo 21 CER), consagrado en los artículos 16 y 31 CSE, así como el derecho a proseguir sus estudios (artículo 22 CER), garantizado por los artículos 10 CSE (formación profesional) y 17 (enseñanza secundaria) CSE.

dichas restricciones deben estar descritas claramente y respetar los principios previstos en el artículo 31 CSE de 1961 (artículo G CSE revisada de 1996)⁸.

En realidad, esa observación interpretativa toma como punto de partida los valores europeos comunes que inspiran asimismo la CSE⁹ en clave de universalidad, indivisibilidad e interdependencia¹⁰, para seguidamente aludir al acervo ya elaborado en el marco del sistema de informes y del procedimiento de reclamaciones colectivas, subrayando el potencial de ambos mecanismos de protección.

Así pues, para completar este epígrafe conviene aludir a varios casos fundamentales que han nutrido la jurisprudencia del CEDS en el ámbito del procedimiento judicial de reclamaciones colectivas. En este punto, cobra especial relieve la decisión de fondo de 22 de junio de 2010 de resolución de la Reclamación nº 52/2008 (*Centre on Housing Rights and Evictions -COHRE- c. Croacia*). En la reclamación se denunciaba una violación del artículo 16 (protección de la familia) a la luz de la cláusula de no discriminación contenida en el Preámbulo de la CSE de 1961 (la ratificada por Croacia), por cuanto la población de etnia serbia, desplazada durante la guerra en la antigua Yugoslavia, habría sido víctima de un trato discriminatorio consistente en que dichas familias no habrían podido recuperar las viviendas que ocupaban antes del conflicto ni tampoco beneficiarse de una compensación económica por la pérdida de sus viviendas.

Tras delimitar su competencia *ratione temporis*¹¹, el CEDS acomete el fondo de asunto concluyendo que se ha producido una vulneración del artículo 16 de la Carta en razón del largo plazo empleado por las autoridades croatas para hacer efectivos los programas de ayuda a la vivienda desde que se pusieron en marcha en 2003, lo que ha provocado que las familias desplazadas que expresaron su deseo de retornar a Croacia y solicitaron dichas ayudas sin obtener una respuesta dentro de un plazo razonable no hayan podido acceder y disfrutar de una garantía de mantenimiento al lugar de retorno. Con carácter adicional, esa violación del artículo 16 se habría visto acompañada de discriminación, al no haber tenido en

⁸ En el apartado 1 de ambos preceptos se esas restricciones debe ser “las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres”, y “no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquélla para la que han sido previstas”.

⁹ Así, el CEDS empieza enfatizando en la Observación Interpretativa “la necesidad urgente e incondicional de tratar con solidaridad y dignidad a los hombres, mujeres y niños que llegan a territorio europeo”, pues “su integración efectiva en las sociedades europeas de acogida constituye el mejor medio de asegurar su seguridad y su bienestar” (apartado 1). Con tal premisa, el CEDS considera que “las obligaciones suscritas por los Estados Partes en virtud de la CSE son apropiadas para promover y establecer sólidamente la pronta integración social de los refugiados en la sociedad de acogida” y recuerda que esas obligaciones “exigen una respuesta a las necesidades específicas de los refugiados, especialmente la oferta de cursos de aprendizaje de la lengua del país de acogida, el reconocimiento de sus cualificaciones, la aplicación liberal del derecho a la reagrupación familiar, y el reconocimiento efectivo del derecho a ejercer una actividad lucrativa y de contribuir, así, a la vida económica del Estado de acogida” (apartado 2).

¹⁰ El CEDS recuerda que no solamente el respeto de los derechos civiles de las personas afectados, sino que “la integración social y económica del individuo constituye un componente fundamental del derecho a desarrollar una vida conforme a la dignidad humana” (apartado 3).

¹¹ Sobre este punto, el CEDS decide no pronunciarse sobre la anulación de los derechos de ocupación en lo que afecta a esa minoría serbia, por cuanto tales hechos se habrían producido a mediados de los años noventa del siglo pasado, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta Social para Croacia (que la ratificó el 26 de febrero de 2003). En este aspecto, el CEDS sigue el enfoque adoptado por la Gran Sala del TEDH, entre otros, en la sentencia dictada el 8 de marzo de 2006 en el *caso Blečić contra Croacia* (demanda nº 59532/00).

cuenta la especial vulnerabilidad de las numerosas familias desplazadas de minoría serbia, como consecuencia de su origen étnico.

Un segundo caso de gran impacto fue resuelto mediante la decisión de fondo de 23 de octubre de 2012 sobre la Reclamación nº 69/2011 (*Defence of Children International -DCI- c. Bélgica*), en la que se declaró la violación de varias disposiciones de la CSE revisada (artículos 7.10, 11.1 y 3, y 17.1) a causa de la situación de desamparo de los menores extranjeros en situación irregular, acompañados o no y demandantes de asilo (tanto en el plano de la salud como de su asistencia social y médica). Una cuestión procedimental interesante radica en que la sustanciación de esa Reclamación nº 69 contó con las primeras contribuciones derivadas de la posibilidad de actuar en calidad de "amicus curiae" prevista en el Reglamento del CEDS (artículo 32A), concretamente por ACNUR y por la organización no gubernamental PICUM (*Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants*). En todo caso, en cuanto al fondo, con la decisión sobre la Reclamación nº 69 se venía a reafirmar la línea jurisprudencial abierta y corroborada en dos decisiones precedentes sobre menores extranjeros en situación irregular en materia de asistencia médica (decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004 sobre la Reclamación nº 14/2003, *Federación internacional de ligas de derechos humanos c. Francia*) o de alojamiento (decisión de fondo de 20 de octubre de 2009 sobre la Reclamación nº 47/2008, *DCI c. Países Bajos*); línea extendida posteriormente a adultos extranjeros en situación irregular (decisión de fondo de 1 de julio de 2014 sobre la Reclamación nº 90/2013, *Confederación de Iglesias Europeas c. Países Bajos*, y decisión de fondo de 2 de julio de 2014 sobre la Reclamación nº 86/2012, *FEANTSA c. Países Bajos*).

Por último, es menester aludir a dos casos que, si bien no se ocuparon de la situación de refugiados, sí abordaron otros supuestos afines de gran vulnerabilidad, habiendo decidido el CEDS en ambos utilizar el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 26 de su Reglamento. El primero tiene que ver con la decisión de fondo de 25 de junio de 2010 sobre la Reclamación nº 58/2009 (*COHRE c. Italia*), que se hizo eco de las denuncias formuladas por la organización reclamante, en donde se reprochaba a las autoridades italianas que la legislación de emergencia adoptada para hacer frente a la situación de las personas gitanas (población romaní y sinti) habría sometido a éstas a un discurso racista y xenófobo, así como a campañas ilegales de expulsiones de los campamentos y del territorio italiano, con vulneración de los artículos 16 (protección social, jurídica y económica de la familia), 19 (protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias), 30 (protección contra la pobreza y la exclusión social) y 31 (derecho a la vivienda), invocados autónomamente y en conexión con la cláusula de no discriminación del artículo E de la Carta revisada. El CEDS declaró asimismo que Italia había utilizado las "medidas de seguridad" como dispositivo normativo discriminatorio tendente a expulsar colectivamente a personas de etnia gitana (se cita en apoyo la STEDH *Conka c. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002), incluso a muchas de ellas que reunían las condiciones para ostentar la nacionalidad italiana por no poder demostrarla a causa de la *guetización* y las consiguientes trabas administrativas en el acceso a la documentación de identidad.

En el segundo supuesto (decisión de fondo de 28 de junio de 2011, de resolución de la Reclamación nº 63/2010, *COHRE c. Francia*), sobre el

desmantelamiento de campamentos gitanos (de origen búlgaro y rumano) en Francia en el verano de 2010, el CEDS concluyó que hubo una violación del art. E (no discriminación) combinada con el artículo 31.2 (prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación) y con el artículo 19.8 CSE revisada de 1996 (garantías relativas a la expulsión de los trabajadores migrantes y sus familias). En síntesis, el CEDS no aceptó la argumentación del Gobierno francés según la cual las expulsiones de personas gitanas procedentes de Bulgaria y Rumanía no habrían sido colectivas, sino tras un examen individualizado caso por caso mediante un procedimiento de retorno voluntario.

Para alcanzar dicha conclusión, en el apartado 66 de su decisión concretaba el CEDS: primeramente, todas las expulsiones controvertidas en el verano de 2010 de las que se hicieron eco los medios de comunicación y fueron incluidas en sus informes por diversas organizaciones no gubernamentales afectaban a personas de etnia gitana, sin que el Gobierno hubiera podido aportar un solo caso que demostrara lo contrario; en segundo término, el carácter colectivo de dichas expulsiones quedaba acreditado por el gran número de personas afectadas sin haberse procedido por las autoridades francesas a una examen individualizado de cada persona, lo que quedaba ilustrado en el expediente con numerosos impresos de *“órdenes de abandonar el territorio francés”* (*“ordres de quitter le territoire français”*) que consistían en formularios de contenido idéntico y estereotipado (salvo los nombres y las fechas de nacimiento escritas a mano) sin añadir otros datos referentes a la situación individual o la duración de la presencia de cada persona en Francia; y, en tercer lugar, aunque las cifras exactas sobre el número de expulsiones de personas gitanas de origen búlgaro y rumano pudiere prestarse a controversia, resultaba incontestable que la cifra de retornos de dichas personas hacia su país de origen aumentó considerablemente durante el verano de 2010¹².

III. LA APORTACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Las primeras asimetrías

La ausencia de un enfoque común y coordinado de la situación de los refugiados por parte de los socios comunitarios se ha venido acusando desde los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Una ilustración en tal sentido viene suministrada por la *Declaración (64/305/CEE) de 25 de marzo de 1964 de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros de la CEE, reunidos*

¹² Y cerró su argumentación el Comité: de un lado, no aceptando el carácter voluntario de los retornos basado en supuestas circunstancias humanitarias, sino que esos retornos habrían disfrazado realmente expulsiones colectivas forzadas, tanto por la dinámica del desmantelamiento de campos gitanos acompañada por la consecuencia ineludible de la expulsión del territorio nacional, como por el hecho de aceptar una ayuda financiera (300€ por adulto y 100€ por niño) que revelaría una situación precaria *“en la que la ausencia de libertad económica comporta un peligro para el disfrute efectivo de la libertad política de movimientos”* (apartado 73), lo que en última instancia revelaría una inaceptable renuncia de derechos fundamentales; y, de otro lado, *“el Gobierno no ha demostrado que habría habido una colaboración real con las autoridades rumanas o búlgaras con el fin de gestionar esas repatriaciones”* (apartado 76).

en el seno del Consejo, con respecto a los refugiados¹³. En la Declaración, en la que se recuerda que en esa reunión del Consejo celebrada en Bruselas el 25 de marzo de 1964 se adoptó el Reglamento relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y la Directiva relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la residencia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad¹⁴, se puntualiza explícitamente que se trata de una “declaración de intención”, con el siguiente tenor: *“la entrada en sus territorios de los refugiados reconocidos como tales por el Convenio de 1951 y establecidos en el territorio de otro Estado miembro de la Comunidad, para ejercer allí una actividad asalariada, deberá ser examinada con un interés particular principalmente para otorgar a estos refugiados en sus territorios un trato tan favorable como sea posible”*.

En la Declaración, por lo demás, se dice tomar en consideración las recomendaciones del Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas y del Parlamento Europeo (formuladas en sesión de enero y de marzo de 1963, respectivamente) tendentes a asimilar los refugiados a los nacionales de los Estados miembros de la entonces CEE en lo referente a la libre circulación de trabajadores; no obstante, el Consejo señala en su Declaración que *“la situación de los refugiados no podrá ser regulada en el marco de los artículos 48 y 49 del Tratado constitutivo de la CEE”*, pese a lo cual dicen los gobiernos comunitarios a la sazón sentirse *“preocupados por tener en cuenta la especial situación de los refugiados según el espíritu de los instrumentos internacionales en vigor, teniendo en cuenta igualmente los deseos manifestados por el Comité Ejecutivo del programa del ACNUR, con ocasión de su reciente sesión celebrada en Ginebra el 30 de septiembre y 9 de octubre de 1963”*.

Las asimetrías se confirmaron con el primer desarrollo importante del “acervo de Schengen” (el Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990) y con el incipiente “sistema de Dublín” (el Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990) en materia de determinación del Estado responsable de una solicitud de asilo presentada ante un Estado miembro de las Comunidades, basada en la idea de la cooperación intergubernamental inspirada en la “Europa a varias velocidades”. Si el reciente Acuerdo entre Turquía y la UE de 18 de marzo de 2016 ha suscitado una gran controversia (*infra*), no menos polémica generó esa cooperación asimétrica, duramente criticada en aquel momento por el Parlamento Europeo (PE)¹⁵.

Esas asimetrías se mantuvieron tras el Tratado de Maastricht de 1992 y el nuevo Título VI del TUE referente a la Justicia y los Ámbitos de Interior (JAI),

¹³ DO n° 78 de 22 de mayo de 1964, p. 1225/64.

¹⁴ DO n° 62 de 17 de abril de 1964, p. 965/64 y 981/64.

¹⁵ Concretamente, la Eurocámara, en su *Informe sobre los derechos humanos en el mundo y la política de la Comunidad correspondiente al período 1991-1992* (Resolución A-30025/92 adoptada el 3 de marzo de 1993) “lamenta el hecho de que algunos Estados miembros hayan empezado a reducir la protección legal y la seguridad social de las personas que buscan asilo, (...) deplora que estas medidas no contengan garantías relativas a la protección de los derechos fundamentales, en particular para aquellos que buscan asilo”. Y añade a renglón seguido, que “lamenta el carácter intergubernamental [se refería precisamente al Convenio de Aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 y al Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990] de las medidas iniciales tomadas para armonizar el estatuto de los nacionales de terceros Estados en la Comunidad. (...) desea llamar la atención sobre el peligro de que Europa se convierta en una fortaleza si los nacionales no comunitarios son discriminados, en contra de los principios en los que se basa el orden comunitario”.

conocido como “tercer pilar”, en donde la política de asilo se consideró como una cuestión “de interés común” para los Estados miembros” (artículo K.1, punto 1) aparejada a un complejo objetivo armonizador que se manifestaba a través de novedosos actos no vinculantes como la *Posición Común de 4 de marzo de 1996 definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 TUE relativa a la aplicación armonizada de la definición del término “refugiado” conforme al artículo 1 del Convenio de Ginebra*¹⁶.

Como telón de fondo, igual que sucede con el mencionado Acuerdo entre Turquía y la UE de 18 de marzo de 2016, cabe hallar un problema de reparto de cargas socio-económicas. Por tal motivo, con la misma filosofía que la citada Posición Común de 1996, no extraña la adopción complementaria de la *Acción Común de 22 de julio de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 TUE con vistas a la financiación de proyectos específicos en favor de los solicitantes de asilo y de los refugiados*¹⁷. Dicho acto fija como objetivo (artículo 1) “mejorar las condiciones de admisión de dichas personas y fomentar la responsabilidad compartida entre los Estados miembros”, instando a emprender durante el año 1997, “con carácter experimental” ese tipo de proyectos, destinados a aplicar los tres siguientes Resoluciones del Consejo: la de 20 de junio de 1995 relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo; la de 25 de septiembre de 1995 sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas; y la de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países.

2. La progresiva reducción de las asimetrías

Las asimetrías reseñadas quedaron en buena medida atemperadas con el tránsito del método de cooperación hacia la integración, tras el Tratado de Ámsterdam de 1997 (en vigor desde el 1 de mayo de 1999), comunitarizándose un parte significativa del antiguo tercer pilar del Tratado de Maastricht e incorporándose parte del acervo de Schengen¹⁸. En ese nuevo marco, se impulsó el nuevo “sistema europeo común de asilo” contemplado en la trigésima de las

¹⁶ Posición Común 96/196/JAI, DO nº L 63/2, de 13 de marzo de 1996. En dicho acto se deja claro que se aprueban “orientaciones” para que “se inspiren” en ellas “los órganos administrativos competentes para el reconocimiento de la condición de refugiado, sin perjuicio de la jurisprudencia de los Estados miembros en materia de asilo y de sus normas constitucionales reguladoras de dicha materia”; y “se adopta dentro de los límites de los poderes constitucionales de los Gobiernos de los Estados miembros; no vincula a los órganos legislativos y no afecta a las decisiones de las autoridades judiciales de los Estados miembros”.

¹⁷ Acción Común 97/478/JAI, DO nº L 205/5, de 31 de julio de 1997. Véase asimismo, como actos adoptados en aplicación del Título VI del TUE (según el Tratado de Maastricht), la Acción Común 98/305/JAI de 27 de abril de 1998 para proyectos específicos a emprender en 1998 (DO nº L 138/8, de 9 de mayo de 1998), o la Acción Común 1999/290/JAI de 26 de abril de 1999 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 TUE por la que se establecen proyectos y medidas de ayuda para la acogida y repatriación voluntaria de refugiados, personas desplazadas y que buscan asilo, incluida ayuda de emergencia a las personas que han huido como consecuencia de los recientes acontecimientos de Kosovo (DO nº L 114/2, de 1 de mayo de 1999).

¹⁸ Así, mediante el Tratado de Ámsterdam, el TCE incluyó en su parte tercera (*Políticas de la Comunidad*) un capítulo IV sobre *visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas* (artículos 61-69). En conexión con ello, una de las modificaciones operadas en el TUE fue el *Protocolo anejo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea*.

Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999).

Como parte de la conocida como “primera fase” de ese nuevo sistema se adoptó una serie importante de normas comunitarias, como la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros; la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados; la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, 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; y la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. En ese mismo contexto, el asimétrico régimen de Dublín establecido mediante el Convenio de 1990 fue sustituido por una norma comunitaria extensible a todos los países miembros, esto es, el Reglamento Dublín II de 2003¹⁹.

Con posterioridad, la progresiva reducción de esas asimetrías ha pretendido mejorarse mediante un nuevo paquete legislativo de asilo aprobado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2007 (vigente desde el 1 de diciembre de 2009), pudiendo mencionarse: la *Directiva sobre procedimientos de asilo revisada*²⁰, que pretende dotar de mayor celeridad a las decisiones sobre asilo y atender a los solicitantes con necesidad especiales y menores no acompañados y víctimas de tortura; la *Directiva sobre condiciones de acogida revisada*²¹, que apunta a garantizar condiciones materiales humanitarias (por ejemplo, alojamiento) para que las medidas de detención sólo se apliquen como último recurso; la *Directiva sobre requisitos revisada*²², que aclara los motivos que pueden dar lugar a la protección internacional y las medidas de integración. Además, el “sistema de Dublín” se ve modificado por *el Reglamento Dublín III de 2013*²³, que introduce un sistema de detección precoz de problemas en los sistemas nacionales de asilo o acogida, así

¹⁹ Reglamento (CE) n° 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.

²⁰ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) (aplicable desde el 21 de julio de 2015); sustituye a la anterior Directiva 2005/85/CE.

²¹ 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 (refundición) (aplicable desde el 21 de julio de 2015; reemplaza a la anterior Directiva 2003/9/CE.

²² Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) (aplicable desde el 21 de diciembre de 2013); sustituye a la precedente Directiva 2004/83/CE.

²³ Reglamento (UE) n° 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 (refundición) (aplicable desde el 1 de enero de 2014).

como por el *Reglamento Eurodac revisado*²⁴, que proporciona a las fuerzas y cuerpos de seguridad acceso a la base de datos informatizada de datos dactiloscópicos o huellas dactilares de solicitantes de asilo en circunstancias limitadas para luchar contra los delitos más graves.

Desde luego, una armonización del asilo y del refugio totalmente optimizada ha seguido siendo sumamente compleja, por lo que incluso ese paquete de asilo y el sistema de Dublín han precisado de la interpretación del TJUE, ya sea para evitar contenciosos con el TEDH, ya sea igualmente por coherencia con la CDFUE tras su vigencia desde diciembre de 2009 de la mano del Tratado de Lisboa.

De lo primero constituye buen exponente la STJUE de 21 de diciembre de 2011 (asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department y M. E., A. S. M., M. T., K. P., E. H. c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*), en donde se declaró que el Derecho de la UE “se opone a la aplicación de una presunción irrefutable según la cual el Estado miembro que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 343/2003 designa como responsable, respeta los derechos fundamentales de la Unión Europea”, de tal manera que artículo 4 CDFUE (prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes) “debe interpretarse en el sentido de que incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al «Estado miembro responsable» en el sentido del Reglamento n° 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición”. Por fortuna, el TJUE²⁵ adoptó en este pronunciamiento una posición similar a la previamente fijada por la STEDH [GS] *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* de 21 de enero de 2011, en donde se declaró la violación combinada de los artículos 3 y 13 CEDH tanto en relación con Bélgica (en razón de la ausencia de recurso efectivo contra la orden de expulsión hacia Grecia del demandante²⁶) como con respecto a Grecia (por las carencias del procedimiento de asilo y el riesgo de ser expulsado directa o indirectamente hacia su país de origen sin examen serio de su solicitud y sin acceso a un recurso efectivo)²⁷.

²⁴ Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición) (aplicable desde el 20 de Julio de 2015). Reemplaza al precedente Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

²⁵ Véanse, especialmente, apartados 88 a 91 de la STJUE.

²⁶ El demandante era un nacional afgano que había entrado en el territorio de la UE a través de Grecia y después había llegado a Bélgica, en donde había solicitado asilo; Bélgica había pedido a Grecia que se hiciera cargo de la solicitud en virtud del Reglamento Dublín II.

²⁷ Por añadidura, con respecto a Grecia, y a tenor del artículo 46 CEDH (fuerza obligatoria y ejecución de sentencias), el TEDH requirió a dicho país para que, sin demora, procediera a un examen

En cuanto a lo segundo, basta ilustrarlo con tan sólo efectuar un somero repaso a algunas de las sentencias más relevantes dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en el presente año 2016. Entre ellas, en la STJUE de 15 de febrero de 2016 (asunto C-601/15 PPU, *J.N. y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*) se concluyó que el internamiento de solicitantes de asilo a tenor de la Directiva 2013/33/UE de condiciones de acogida, no revelaba elementos contradictorios con el derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 6 CDFUE ni con el principio de proporcionalidad y los estándares del CEDH (artículo 52, apartados 1 y 3 CDFUE). Por otro lado, en la STJUE de 1 de marzo de 2016 (asuntos acumulados C-443/14, *Ibrahim Alo*, y C-444/14, *Amira Osso*) se concluyó, a la luz de la Directiva sobre requisitos revisada (Directiva 2011/95/UE) que no cabía imponer una obligación de residencia en un área limitada a dos beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria (nacionales sirios desplazados a Alemania) para que sigan percibiendo determinadas prestaciones sociales si la normativa nacional aplicable no contempla la imposición de tal medida a los refugiados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el Estado miembro de que se trate por razones que no sean de Derecho internacional, humanitarias o políticas o a los nacionales de dicho Estado miembro que perciban tales prestaciones; no cabía, por tanto, semejante diferenciación, ni siquiera en aras del reparto equilibrado de las cargas presupuestarias entre las colectividades administrativas. En fin, en dos SSTJUE de 7 de junio de 2016 (asunto C-63/15, *Mehrdad Ghezelbash*, y asunto C-155/15, *George Karim*), se suscitaron cuestiones relativas a la posibilidad de impugnación por parte de solicitantes de asilo de la decisión de traslado de un país miembro a otro hasta que se verifique la interpretación correcta del criterio de responsabilidad establecido en el Reglamento Dublín III [Reglamento (UE) n° 604/2013].

Aun con todo, la reducción de las asimetrías en el plano normativo y la ulterior intervención interpretativa del TJUE no conjura todos los posibles riesgos de divergencias. Pongamos por caso, como parte asimismo del acervo de Schengen, la sustitución del mencionado Convenio K.3 de extradición entre Estados miembros de 27 de noviembre de 1996 por la *Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados* ("euroorden"). Como es sabido, además de perseguir la elusión de conflictos con el TEDH (más allá de la "doctrina Bosphorus" –presunción de compatibilidad entre el CEDH y el Derecho de la UE²⁸), el TJUE²⁹ se ha visto enfrentado en este terreno a la necesidad de evitar contradicciones con las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros³⁰:

sobre el fondo de la solicitud de asilo del demandante con arreglo a las exigencias del CEDH y, mientras tanto, no operara la expulsión.

²⁸ STEDH [GS] *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda* de 30 de junio de 2005.

²⁹ STJUE (Gran Sala) de 3 de mayo de 2007 (asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*), mediante la que se pronuncia directamente y avala la *Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la euroorden*.

³⁰ Verbigracia, Sentencia de 18 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional federal alemán (declaró la nulidad de la Ley alemana de 21 de julio de 2004 que incorporaba la euroorden). En el caso de España no se había puesto en entredicho como tal la ley de incorporación de la euroorden (Ley Orgánica 3/2003, de 14 de marzo), pero sí aspectos concretos relacionados con los derechos de defensa (entre otras, STC 177/2006, de 5 de junio).

a este último respecto, curiosamente vislumbrando la búsqueda de la posición más restrictiva del TJUE, cabe citar la primera cuestión prejudicial del TC español, sometida mediante Auto del pleno de 9 de junio de 2011, y que dio lugar a la sentencia del TJUE *Melloni*³¹, asumida sin más por el TC español³².

3. El retorno, de facto, a las asimetrías

Las insuficiencias de la política común de asilo y de los más recientes instrumentos normativos en los que dicha política se ha plasmado, han quedado puestas de manifiesto en el escenario de la llamada “crisis de los refugiados” de los últimos años. El exponente más vergonzoso de ello, en clave de retroceso en los valores comunes europeos, es el Acuerdo entre Turquía y la UE de 18 de marzo de 2016, oficialmente denominado *Declaración*. En ese compromiso, ambas partes expresan su intención de “frustrar el modelo de actividad de los traficantes y ofrecer a los migrantes una alternativa a arriesgar sus vidas”, así como su decisión de “poner término a la migración irregular desde Turquía a la UE”, acordando las siguientes líneas de actuación:

1) Todos los nuevos migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016 serán retornados a Turquía, corriendo los gastos de las operaciones de retorno a cargo de la UE (se previeron dos desembolsos de 3000 millones de euros del Mecanismo para los refugiados).

2) Por cada sirio retornado a Turquía desde las islas griegas, se reasentará a otro sirio procedente de Turquía en la UE, teniendo en cuenta los criterios de vulnerabilidad de las Naciones Unidas.

3) Turquía tomará todas las medidas necesarias para evitar que se abran nuevas rutas marítimas o terrestres de migración ilegal desde Turquía a la UE y cooperará a tal efecto con los Estados vecinos, así como con la UE.

4) En cuanto esté cesando el paso irregular entre Turquía y la UE, o al menos se haya reducido de manera sustancial y duradera, se pondrá en marcha un régimen voluntario de admisión humanitaria.

5) Se acelerará con respecto a todos los Estados miembros participantes el cumplimiento de la hoja de ruta de liberalización de visados con vistas a suprimir los requisitos de visado para los ciudadanos turcos a más tardar al final de junio de 2016, siempre que se hayan satisfecho todos los criterios de referencia.

6) La UE, en estrecha cooperación con Turquía, acelerará más el desembolso de los 3000 millones de euros inicialmente asignados en virtud del Mecanismo para los refugiados en Turquía y garantizará la financiación de más proyectos destinados a personas bajo protección temporal que se determinarán gracias a la pronta información que proporcione Turquía antes del final de marzo. Y la UE movilizará una financiación adicional para el Mecanismo por un importe de 3000 millones de euros adicionales hasta el final de 2018.

7) La UE y Turquía acogen favorablemente los trabajos en curso relativos al perfeccionamiento de la Unión Aduanera.

³¹ STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11, *Melloni*).

³² STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014.

8) La UE y Turquía vuelven a confirmar su compromiso de revigorizar el proceso de adhesión, según se indicó en su declaración conjunta de 29 de noviembre de 2015.

Y 9) la UE y sus Estados miembros colaborarán con Turquía en toda común empresa destinada a mejorar las condiciones humanitarias en el interior de Siria, en particular en determinadas zonas próximas a la frontera con Turquía, lo que permitiría a la población local y a los refugiados vivir en zonas que sean más seguras.

Pues bien, en cuanto al *continente*, se ha criticado que dicha “Declaración”, pretendidamente política, recogería realmente un Tratado internacional que no ha respetado los cauces previstos por los artículos 216 y siguientes del TFUE, por cuanto al acordarlo los Jefes de Estado y de Gobierno en el seno del Consejo de Europeo se ha eludido la vía negociadora y aprobatoria que recae según dichas disposiciones en la Comisión y el Consejo, además del dictamen conforme o consentimiento del PE cuando tenga (como es el caso) “repercusiones presupuestarias importantes para la UE” [artículo 218.6.a.iv) TFUE]³³; y, sobre todo, se ha sustraído al previo dictamen vinculante del TJUE, además de dificultar ante éste el control posterior. En efecto, aunque se haya mantenido que sería posible recurrir ese Acuerdo Turquía-UE ante el TJUE directamente mediante un recurso de anulación e indirectamente por medio del planteamiento de una cuestión prejudicial, lo bien cierto es que en la práctica es difícil vislumbrar una postura crítica o reticente del Tribunal de Luxemburgo ante este tipo de actos de compleja naturaleza jurídica “anticrisis (humanitaria)”, lo mismo que se ha mostrado circunspecto a la hora de evaluar normativa interna “anticrisis (económica)” impulsada por la Troika³⁴.

Esa reticencia o esa circunspección se habrían verificado mediante la STJUE de 17 de marzo de 2016 (asunto C-695/15 PPU, *Mirza*)³⁵, a tenor de la cual el

³³ El 30 de junio de 2016, la Comisión Europea emitió un comunicado de prensa sobre el “Proyecto de presupuesto de la UE para 2017: la Comisión propone un presupuesto centrado en algunas prioridades: crecimiento, empleo y una respuesta sólida a la crisis de los refugiados”. En él se destaca que dicho presupuesto se eleva a 134.900 millones de euros en créditos de pagos que se centra en las dos principales prioridades políticas para Europa: apoyar la recuperación en curso de la economía europea y hacer frente a los retos de seguridad y humanitarios en los países de nuestra vecindad. Según la Comisión, se destinarán más fondos a inversiones en crecimiento, empleo y competitividad en la Unión Europea y a dotarse de los recursos necesarios para proteger las fronteras exteriores de la EU, reforzar la seguridad dentro y fuera de la Unión, dar apoyo a la recepción e integración de los refugiados y atajar las causas profundas de la migración en los países de origen y de tránsito.

³⁴ Véase, verbigracia la STJUE de 5 de febrero de 2015 (asunto C-117/14, *Nistahuz Poclava*), en la que la Corte de Luxemburgo se declara incompetente para responder a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, señaladamente que el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores infringiría el Derecho de la UE (entre ellos, el artículo 30 CDFUE) en conexión con la CSE.

³⁵ El Sr. Shiraz Baig Mirza, nacional paquistaní, entró ilegalmente en territorio húngaro procedente de Serbia en agosto de 2015. El 7 de agosto de 2015 presentó una primera solicitud de protección internacional en Hungría. Durante el procedimiento, el Sr. Mirza abandonó el lugar de residencia que le habían asignado las autoridades húngaras. Mediante resolución de 9 de octubre de 2015, las referidas autoridades suspendieron el examen de la solicitud por considerar que el solicitante la había retirado implícitamente. El Sr. Mirza fue arrestado posteriormente en la República Checa cuando trataba de llegar a Austria. Las autoridades checas solicitaron a Hungría que readmitiese al interesado, a lo que Hungría accedió. El Sr. Mirza presentó entonces una segunda solicitud de protección internacional en Hungría. El 19 de noviembre de 2015, las autoridades húngaras declararon inadmisibles esta solicitud, sin examinarla en cuanto al fondo, estimando que Serbia debía calificarse de país tercero seguro en el caso del

Reglamento Dublín III permite a los Estados miembros enviar a un solicitante de protección internacional a un país tercero seguro, con independencia de que se trate del Estado miembro responsable de la tramitación de la solicitud o de otro Estado miembro. Además, un Estado miembro puede ejercer este derecho también después de haber reconocido la responsabilidad que le incumbe en el marco del procedimiento de readmisión en virtud de dicho Reglamento. Este pronunciamiento habría sido interpretado como un espaldarazo al Acuerdo Turquía-UE allanando el camino a éste en la víspera de su conclusión.

En estas coordenadas, y abordando el *contenido*, resultará difícil una descalificación general de ese Pacto Turquía-UE aduciendo que el primero no es un “país seguro” (a pesar de la conocida “excepción turca” que prioriza el derecho de asilo de los europeos, lo que explica la no ratificación del Protocolo de Nueva York de 1967), máxime cuando formalmente se declara, de un lado, en el punto 1 que las operaciones de retorno se aplicarán *“en plena conformidad con el Derecho internacional y de la UE, descartándose así todo tipo de expulsión colectiva. (...) Los migrantes que lleguen a las islas griegas serán debidamente registrados y las autoridades griegas tramitarán toda solicitud de asilo individualmente, de acuerdo con la Directiva sobre procedimientos de asilo, en cooperación con el ACNUR”*; y, de otro lado, en el punto 8 se reafirma la futura adhesión de Turquía a la UE, para lo cual se exigen condiciones de democracia y de respeto de derechos humanos que no comulgarían con la calificación de país “no seguro”. Por consiguiente, y aunque se apele al respeto del Derecho internacional de los derechos humanos y al juego de las ficciones (al que también hemos acudido en ámbitos afines en Derecho español, por ejemplo en materia de internamiento de extranjeros en la Ley de extranjería de 1985 y de traslado identificativo o retención en la Ley de seguridad ciudadana de 1992³⁶) descartando formalmente que se produzcan expulsiones colectivas, el reproche al Acuerdo Turquía-UE parece que vendrá más de la mano de casos individuales sustanciados ante el TEDH tras el agotamiento de los recursos nacionales, al albur de precedentes como los reseñados más arriba y otros recientes como la STEDH S.A. c. *Turquía* de 15 de diciembre de 2015³⁷.

IV. LA ASISTENCIA DE LA OSCE

Como es conocido, en su origen como CSCE configurada como foro pan-europeo lanzado por la diplomacia soviética para asegurar el mantenimiento de unas

solicitante. El Sr. Mirza interpuso recurso contra dicha resolución ante el Debreceni Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Debrecen, Hungría). Dicho órgano jurisdiccional pregunta al Tribunal de Justicia si el Sr. Mirza puede ser enviado a un país tercero seguro pese a que las autoridades checas parecen no haber sido informadas de la normativa y de la práctica húngaras consistentes en trasladar a países terceros seguros a los solicitantes de protección internacional. Al estar sometido actualmente el Sr. Mirza a una medida de internamiento, este asunto se ha tramitado por el procedimiento prejudicial de urgencia previsto en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

³⁶ Véanse, respectivamente, la STC 115/1987, de 7 de julio, y la STC 341/1993, de 18 de noviembre.

³⁷ En dicha STEDH se concluyó la violación combinada de los artículos 3, 5 y 13 CEDH con relación a las condiciones de detención del demandante (ciudadano ruso de origen checheno que pretendía evitar su expulsión hacia su país de origen por razón del conflicto armado en Chechenia) y su difícil acceso a recursos efectivos para defender su situación.

relaciones pacíficas en el ambiente de la guerra fría a través de la inviolabilidad de las fronteras y la correlativa exigencia de los países occidentales de asegurar el respeto de los derechos humanos, la primera gran realización que sirvió de punto de arranque fue la firma del Acta final de Helsinki el 1 de agosto de 1975 por treinta y cinco Estados (treinta y tres europeos, más Canadá y Estados Unidos).

Con apoyo en este instrumento, se articularon las negociaciones y los acuerdos en torno a los tres llamados “cestos” de cooperación, a saber: a) *El cesto de cooperación en materia de defensa (campo político-militar)*³⁸, que comprende el control de armas y otras cuestiones relacionadas con los desafíos en política de seguridad en los países de la OSCE (entre ellas, el problema del terrorismo internacional); b) *el cesto de cooperación en el ámbito humanitario* se centra en el respeto a los derechos humanos (especialmente, la libertad de los medios de comunicación), los derechos de las minorías, o la revitalización de la democracia (supervisando los procesos electorales); y c) *el cesto de cooperación en el terreno económico (incluida la cooperación industrial, los intercambios comerciales, la ciencia y tecnología, y el medio ambiente, entre otros sectores)* tiene como principal preocupación en su cometido el crecimiento económico sostenible de las áreas más pobres de la zona de la OSCE, sobre todo a través de la asistencia a los gobiernos de los diversos entes territoriales (desde el local al estatal) para que introduzcan reformas que den lugar a un clima de inversión previsible, luchando contra la corrupción y promoviendo el desarrollo del sector privado (formando cuadros, etc.); en suma, propiciando un clima de gobernabilidad democrática que conduzca a un desarrollo humano sostenible.

Estas tres áreas, que no resultan en absoluto ajenas, sino todo lo contrario, a la actual crisis de los refugiados, siguen siendo objeto de cooperación entre los cincuenta y siete países miembros que conforman actualmente la OSCE. Al igual que el Consejo de Europa y la UE, por tanto, la OSCE se vio animada por el propósito de asegurar la paz y los derechos humanos y, lo mismo que ocurrió con las dos primeras organizaciones supranacionales europeas, su transformación más importante se produjo tras la caída del muro de Berlín en 1989: así, junto a esos otros dos foros europeos, la OSCE ha participado en la reconstrucción de los Balcanes, la Europa del Este y la zona de la CEI, sin olvidar la apuesta por la estabilidad en toda la Cuenca del Mediterráneo.

Con tal espíritu, en la Declaración de la Cumbre de Estambul de 1999, los países de la OSCE reafirmaron su *“propósito de ayudar a Albania a proseguir con su proceso de reforma social, política y económica tras la difícil situación creada por los disturbios de 1997 y la crisis de los refugiados de Kosovo en 1999”*. Más tarde, en una reunión del Consejo Permanente de la OSCE celebrada el 11 de octubre de 2001, un mes después de los atentados del 11-S contra las torres gemelas de Nueva York, los entonces cincuenta y cinco países integrantes de la organización suscribieron una Declaración en la que, apelando al artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, apoyaron el surgimiento de la *coalición mundial contra el terrorismo*, reafirmando la obligación de prevenirlo y suprimirlo y poniendo asimismo

³⁸ Desde esta perspectiva, la OSCE ha servido de instrumento principal para la pronta alerta, la prevención de conflictos, la gestión de crisis y la rehabilitación posconflicto en el hemisferio norte, con actividades desplegadas sobre el terreno en el este de Europa, los Balcanes, el Cáucaso y las repúblicas de Asia Central.

el énfasis en el deber de los Estados participantes de adecuarse totalmente a las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en particular, las Resoluciones 1368 y la 1373), atendiendo las necesidades humanitarias de los refugiados.

Más recientemente, conviene mencionar la reunión organizada en Varsovia los días 12-13 de noviembre de 2015 por la Oficina para las instituciones democráticas y los derechos humanos de la OSCE sobre el tema *La crisis migratoria en la región OSCE: salvaguardias para los derechos de los solicitantes de asilo, refugiados y otras personas necesitadas de protección*, entre cuyas conclusiones y recomendaciones se apuesta por reforzar el “corredor” que ha emergido para facilitar el tránsito de personas necesitadas de protección internacional desde los países de la región sur de la OSCE hacia la región norte, para paliar el impacto de unos procedimientos que *“no son coherentes con el Estado de Derecho y no son económica y políticamente sostenibles a medio y largo plazo”*. A tal efecto, se critica la desigual aplicación de los estándares de integración en la región OSCE (e incluso en la UE), configurando a algunos países miembros de ambas organizaciones como *“países preferidos de destino, lo que comporta un desigual reparto de responsabilidades en la protección de los refugiados”*, por lo que deben extenderse *“iniciativas globales de reasentamiento de conformidad con un registro sistemático y transversal de solicitantes de asilo y refugiados, que permita asimismo revisar sus solicitudes de protección internacional”*.

Sin perjuicio de estas iniciativas, las actividades de la OSCE vienen constituyendo un elemento auxiliar y en buena medida probatorio de asuntos sustanciados ante las instancias garantistas del Consejo de Europa y de la UE: como ilustración de dichas sinergias, puede acudirse a supuestos del TEDH (por ejemplo, sentencia [GS] de 16 de junio de 2015, caso *Chiragov y otros c. Armenia*), del CEDS (decisión de fondo de 22 de junio de 2010 de resolución de la Reclamación nº 52/2008, *COHRE c. Croacia*) y del TJUE (sentencia de 18 de junio de 2015, asunto C-535/14 P, *Vadzim Ipatau*).

V. REFLEXIONES FINALES: PERFECCIONANDO EL CÍRCULO DE LA SOLIDARIDAD

La proyección europea de la crisis de los refugiados no se ha saldado únicamente en un cuestionamiento de la identidad “comunitaria” de la UE, sino que ha impregnado de controversia al entramado organizativo (territorial e institucional) de los diversos actores y en los distintos niveles de acción. Así, se han verificado en España conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas (por ejemplo, la Valenciana), o en Francia entre el Estado y algún municipio importante (verbigracia, París) a cuenta de la capacidad de acogida de personas necesitadas de refugio.

A mi modo de ver, esos conflictos competenciales deberían resolverse (eventualmente por el TC) en el ámbito interno, no tanto como una operación supuestamente articulada de ejercicio de poder, sino como un mandato constitucional de respeto de los valores superiores y de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. En tales condiciones, lo primero sería proveer a la realización de esos fines “dogmáticos”, para después proceder al

ajuste organizativo o distributivo del poder³⁹. Ello, además, estaría en la línea de una de las importantes novedades introducidas mediante Ley española 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (disposición adicional primera), consistente en implementar *“programas de reasentamiento en colaboración con el ACNUR y, en su caso, con otras Organizaciones Internacionales relevantes, con la finalidad de hacer efectivo el principio de solidaridad y de dar cumplimiento al designio constitucional de cooperar con el resto de pueblos de la tierra”*.

A propósito de la capacidad de acogida, durante su 24ª sesión anual celebrada en Helsinki hace un año (del 5 al 9 de julio de 2015), la Asamblea Parlamentaria de la OSCE debatió una resolución en la que apelaba a la adopción de soluciones urgentes ante la crisis migratoria del Mediterráneo, reafirmando el derecho al asilo de toda persona que huya de la persecución y del conflicto y, además, propugnando una reforma de las normas de la UE sobre las cuotas de recepción de migrantes para hacer más efectiva la protección internacional de esas personas vulnerables. En la misma línea, la Comisión Europea suscitó en mayo de 2016 la posible imposición de multas a los Estados miembros que no acojan a refugiados dando la espalda a la mutualización y la asunción de responsabilidades compartidas. Se trataría de modificar u optimizar el “sistema de Dublín” a través de un nuevo paquete de asilo, de modo que aunque se mantenga la obligatoriedad de presentar la solicitud de asilo en el país de llegada, ello pueda equilibrarse mediante un sistema de reparto para casos de presión excesiva en uno o varios Estados; el papel a desempeñar por una verdadera Agencia Europea de Asilo y Refugio tampoco sería nada despreciable.

De igual manera, en el terreno institucional, los organismos no jurisdiccionales llevan a cabo una tarea fundamental (muchas veces, esencialmente preventiva) de protección de los derechos y libertades, a través de una colaboración apreciable difícil de conseguir en el más rígido proceso judicial: pensemos en las Defensorías del Pueblo o instituciones afines (que también han de ser, lógicamente, defensorías del pueblo “refugiado”) y su interacción con distintas administraciones y con organizaciones de la sociedad civil, procurando una efectividad que debe relativizar la obsesión en que incurrimos (especialmente, la academia) por la judicialización.

En el escenario actual de la crisis de los refugiados, y especialmente a la luz del Acuerdo Turquía-UE de 18 de marzo de 2016, conviene traer a colación el *Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto* (aprobado mediante Resolución de 12 de marzo de 2015)⁴⁰, en donde el PE recuerda que *“la credibilidad de la UE en sus relaciones exteriores y en la escena internacional se verá reforzada por el aumento de la coherencia entre sus políticas interiores y exteriores en materia de democracia y derechos humanos”*, para a continuación resaltar con respecto al exterior que cuando los derechos humanos *“son violados en terceros países, ello repercute muy negativamente en la Unión, pues la conculcación de los derechos humanos y la falta de participación democrática conllevan inestabilidad, Estados fallidos, crisis*

³⁹ Cf. STC 62/2016, de 17 de marzo, a cuenta del conflicto competencial entre el Estado y Cataluña en materia de pobreza energética.

⁴⁰ Ponente: Pier Antonio Panzeri.

humanitarias y conflictos armados, fenómenos ante los que la UE se ve obligada a reaccionar”.

En el mismo sentido, para concluir, las reformas proyectadas y aprobadas en legislación estatal de algunos países miembros tendentes a incluir restricciones similares han sido criticadas por el Consejo de Europa: a título de ejemplo, el Comisario para los Derechos Humanos (Nils Muižnieks), tras una visita a España en enero de 2015, criticó especialmente la nueva legislación encaminada a facilitar las “devoluciones en caliente” desde las ciudades de Ceuta y Melilla hacia Marruecos como contrarias a las normas internacionales sobre no devolución y expulsiones colectivas. En consecuencia, debemos evitar el riesgo de que la necesaria y contundente lucha contra el terrorismo internacional se convierta en un pretexto para generar una legislación “antiextranjería” y “antihumanitaria” por efecto de una especie de “Derecho administrativo sancionador del enemigo”.

SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA:

BELORGEY, Jean-Michel: *Le droit d’asile*, Paris, LGDJ, 2013.

DEN HEIJER, Maarten, RIJPM, Jorrit J., y SPIJKERBOER, Thomas: “Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System”, *Common Market Law Review*, nº 53, 2016, pp. 607-642.

DÍAZ LAFUENTE, José: *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2016.

ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción: “El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, nº 1, 1993, pp. 53-100.

GALPARSORO, Javier, y GARCÍA MAHAMUT, Rosario: *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario: “Reflexiones Constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: El régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y en España a la luz de la nueva Ley de asilo y de la protección subsidiaria”, *Revista de Derecho Político*, nº 78, 2010, pp. 43-93.

JIMENA QUESADA, Luis: “Protection of Refugees and other Vulnerable Persons under the European Social Charter”, *Revista de Derecho Político*, nº 92, 2015, pp. 245-272.

REIG FABADO, Isabel (coord.): *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

SALINAS DE FRIAS, Ana: “Pertenenencia a un grupo social y solicitud de asilo: el largo camino de la protección frente a la mutilación genital femenina”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 14, 2009, pp. 59-91.

SOLANES CORELLA, Ángeles: “Asilo y refugio”, en DE LUCAS MARTÍN, Javier (coord.): *Los derechos humanos en España: un balance crédito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 781-815.

XXXV CURSOS DE VERANO EN SAN SEBASTIAN
XXVIII CURSOS EUROPEOS

Tema: **EUROPA, ¿TIERRA DE ASILO?**
DESAFÍOS Y RESPUESTAS

*El asilo en los instrumentos europeos de derechos humanos:
sinergias y optimización protectora ante la crisis
humanitaria*

Luis Jimena Quesada

SUMARIO:

- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: RECORDANDO LOS AVATARES CIRCULARES DEL ASILO.
- II. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA.
- III. LA APORTACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.
- IV. LA ASISTENCIA DE LA OSCE.
- V. REFLEXIONES FINALES: PERFECCIONANDO EL CÍRCULO DE LA SOLIDARIDAD.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: RECORDANDO LOS AVATARES CIRCULARES DEL ASILO

- -Los avatares circulares de la historia (“la chance tourne”): Europa como espacio acogedor y tierra de refugio de origen “tercero”, y Europa como generadora de necesidad de refugio.
- - Recuérdese 2GM fue “guerra civil europea” y provocó emergencia de los actuales instrumentos internacionales de derechos humanos a la luz de la DUDH de 1948 [Art. 14] (CEDH 1950, Conv. Ginebra 1951, TCECA 1951 y sucesivos...).

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: RECORDANDO LOS AVATARES CIRCULARES DEL ASILO

- - Perfiles “difusos” de la “identidad europea” como tierra de asilo, tanto en ELABORACION de normas como en PUESTA EN PRÁCTICA de ellas (“entremezcla” de aspectos cívico-políticos y socio-económicos; importancia de indivisibilidad).

[Primera aproximación]

- - CONSEJO DE EUROPA: Ausencia de derecho asilo en CEDH y protección “indirecta”
- - UE: Europa a “varias velocidades” (cooperación vs. integración/comunitarización) como espacio de libertad, seguridad y justicia.
- - OSCE: diverso énfasis en los distintos conflictos “Este-Oeste”.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: RECORDANDO LOS AVATARES CIRCULARES DEL ASILO

- -Identidad europea = Continente seguro y Unión segura, directa e indirectamente (no favorecer operaciones indirectas de inseguridad como Acuerdo Turquía-UE).
- - Dimensión multinivel no sólo transnacional (unidad hacia el exterior), sino también interna (proyección de valores comunes escala estatal, regional y local, instancias jurisdiccionales y no, y sociedad civil).

II. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA

1. El CEDH y otros instrumentos cívico-políticos

- -CEDH y Protocolos: no explícitamente derecho asilo ni derecho a no ser expulsado. Protección indirecta o conexa (Art. 3 –*Soering* de 7.7.89- y Art. 8 –*Berrehab* de 21.6.88). Previamente, la antigua Comisión europea de DDHH y el TEDH inadmisión “*ratione materiae*”.
- -Evolución jurisprudencia TEDH: Arts. 3 y 8, y otras disposiciones como arts. 5 y 13 CEDH, así como Art. 4 Prot. 4 (no expulsiones colectivas: *Conka* de 5.2.2002 y casos más recientes ya en contexto de la “crisis humanitaria”: *Hirsi Jama y otros* de 23.2.2012, *Khlaifia y otros* de 1.9.2015, *Tarakhel* de 4.11.2014).
- -Potenciales divergencias entre Consejo de Europa (TEDH) y UE (“sistema de Dublín” y “acervo de Schengen”).

II. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA

2. La CSE y la protección socio-económica de los refugiados

- - A diferencia del CEDH, la CSE (Carta Social Europea de 1961 y revisada en 1996) sí prevé la garantía explícita de los derechos de los refugiados. Apartado 2 Anexo.
- - Reciente Observación Interpretativa (septiembre 2015) del Comité Europeo de Derechos Sociales condensa su jurisprudencia sobre protección de refugiados.
- - Casos emblemáticos en procedimiento judicial de Reclamaciones Colectivas (RC):
 - * *COHRE c. Croacia* (RC 52), de 22.6.2010.
 - * *DCI c. Bélgica* (RC 69), de 23.10.2012.
 - * *COHRE c. Italia* (RC 58), de 25.6.2010, y *COHRE c. Francia* (RC 63), de 28.6.2011.

III. LA APORTACION DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Las primeras asimetrías

- - Ausencia de un enfoque común y coordinado en Tratados Constitutivos CCEE (p.e. Declaración Consejo de 25 de marzo de 1964: “declaración de intención”, trato tan favorable como sea posible).
- -Asimetrías confirmadas con primer desarrollo importante del “acervo de Schengen” (Conv. Aplic. 1990) e incipiente “sistema de Dublín” (Conv. de 1990): PE critica “Europa fortaleza”.
- -Asimetrías mantenidas con Trat. Maastricht 1992: tit. VI (JAI): actos “orientadores” (posiciones y acciones comunes, etc.).

III. LA APORTACION DE LA UNIÓN EUROPEA

- **2. La progresiva reducción de las asimetrías**
- -Tránsito del método de cooperación hacia la integración: Trat. Ámsterdam 1997 [vigencia 1.5.1999, comunitarización en parte del “tercer pilar” e incorporación “acervo de Schengen) y Conclusiones Presidencia Consejo Europeo Tampere (oct. 1999).
- -Impulso del nuevo “sistema europeo común de asilo”; normas comunitarias del Consejo: Directiva 2003/9/CE normas mínimas acogida, Directiva 2003/86/CE reagrupación familiar; Directiva 2004/83/CE requisitos reconocimiento; Directiva 2005/85/CE procedimientos.
- - Asimétrico régimen de Dublín (Conv. 1990) sustituido por Reglamento Dublín II 2003.

III. LA APORTACION DE LA UNIÓN EUROPEA

- **2. La progresiva reducción de las asimetrías**
- - Nuevo “paquete de asilo” de 2013 tras Trat. Lisboa, además de nuevos actos en el marco del sistema de Dublín (Reglamento Dublín III de 2013 y Reglamento “Eurodac” revisado de 2013).
- - Pese a ello, armonización total de asilo y refugio es compleja: necesaria interpretación del TJUE, para evitar contenciosos con TEDH y por coherencia con Carta DDFD de la UE: ilustración STJUE de 21.12.2011 (asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10); por fortuna similar a la previa STEDH [GS] *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* de 21.1.2011.
- -Problema también de contenciosos entre TJUE y T. Constitucionales (p.e. “euroorden”).

III. LA APORTACION DE LA UNIÓN EUROPEA

3. El retorno, de facto, a las asimetrías

-Insuficiencias de la política común de asilo en la “crisis de los refugiados” de los últimos años: Acuerdo entre Turquía y la UE de 18 de marzo de 2016, oficialmente denominado *Declaración*.

-Líneas de actuación:

- 1) Operaciones de retorno Turquía-islas griegas-Turquía, con cargo a la UE.
- 2) Intercambio de retornados por reasentados sirios.
- 3) Turquía incrementará esfuerzos y cooperación para evitar rutas irregulares.
- 4) Cese o reducción del paso irregular entre Turquía y la UE, luego régimen voluntario de admisión humanitaria.
- 5) Liberalización de visados ciudadanos turcos (junio 2016).
- 6) Acelerar cooperación y otros 3000 millones de euros del Mecanismo para los refugiados en Turquía hasta final 2018.
- 7) La UE y Turquía perfeccionar Unión Aduanera.
- 8) La UE y Turquía vigorizar proceso de adhesión.
- 9) La UE y Turquía colaborar en mejora de condiciones humanitarias en el interior de Siria.

III. LA APORTACION DE LA UNIÓN EUROPEA

CRITICA AL ACUERDO:

- -CONTINENTE: No respeto procedimiento de negociación y adopción de Tratados en el TFUE (arts. 216 y ss).
- Aunque teóricamente recurso directo (anulación) e indirecto (cuestión prejudicial) ante el TJUE, difícil en la praxis (reticencias del TJUE para actos de naturaleza compleja “anticrisis (humanitaria)”, lo mismo que “anticrisis (económica)”. De hecho, “aval” del STJUE de 17.3.2016 (asunto C-695/15 PPU, *Mirza*).
- -CONTENIDO: Difícil descalificar Turquía como “Estado inseguro” (punto 1 del Acuerdo dice “formalmente” no a las expulsiones colectivas y sí a la adhesión a la UE, pese a no ratificación Protocolo NY de 1967). Reproche a través de casos individuales ante el TEDH (p.e. *S.A. c. Turquía* de 15.12.2015).

IV. LA ASISTENCIA DE LA OSCE

-Sinergias con Consejo de Europa y UE desde origen Acta final Helsinki 1975: “cestos” de cooperación defensa (político-militar), humanitario (DDHH) y económico (asistencia a entes territoriales en ámbito estatal).

-Acciones en materia de crisis humanitarias: Declar. Cumbre Estambul 1999 (Kosovo), Reunión en Varsovia (nov. 2015) sobre actual crisis de refugiados en la región OSCE (“corredor” para tránsito de sur a norte, equilibrar reparto de responsabilidades y cuotas, iniciativas globales de reasentamiento).

-Actividades e informes de OSCE elementos fácticos de interés para casos ante otras instancias del Consejo de Europa y de la UE.

V. REFLEXIONES FINALES: PERFECCIONANDO EL CÍRCULO DE LA SOLIDARIDAD

-Proyección europea de la crisis de los refugiados no sólo contra identidad “comunitaria” de la UE, sino impregnado el entramado organizativo (territorial e institucional) de los diversos actores y en los distintos niveles de acción (CCAA, municipios).

-Necesario enfoque “dogmático” de DDHH (fin) en lugar de “organizativo” (conflictos competenciales; medio); P.e. Ley 12/2009 (reasantamiento).

V. REFLEXIONES FINALES: PERFECCIONANDO EL CÍRCULO DE LA SOLIDARIDAD

- Más contundencia en asunción de cuotas y responsabilidades (propuesta de mayo de 2016 por la Comisión Europea; multas, etc.).
- Nuevo paquete de asilo y verdadera Agencia Europea de Asilo y Refugio.
- Revitalizar papel de actores jurisdiccionales y no en ámbito interno.
- Coherencia interna y externa de la acción de la UE (Informe anual PE marzo 2015); no propiciar legislación nacional “antiextranjería” y “antihumanitaria”.