

EL DERECHO DE ASILO EN TANTO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL MARCO DEL DERECHO COMUNITARIO.

Francisco J. FONSECA MORILLO

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valladolid (en situación de servicios especiales). Director de Justicia y Derechos Fundamentales en la Comisión Europea.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. La protección y el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario. 3. El derecho de asilo en el marco del derecho comunitario. 4. El derecho de asilo como derecho fundamental. 4.1.El origen del derecho de asilo y su carta de naturaleza en el espacio europeo. 4.2. El derecho de asilo, ¿único derecho fundamental aplicable a los inmigrantes?. 5. Reflexiones finales: la aplicación del derecho de asilo a la luz de los derechos fundamentales en la Unión Europea

1. Introducción

A partir de la segunda mitad del siglo XX, debido en gran parte a los conflictos bélicos de proporciones inéditas, y a la emergencia de unos flujos globales de inmigración Sur/Norte, desde los países menos desarrollados hacia el "El dorado" de la prosperidad representado por los países de lo que antaño denominábamos el Primer Mundo, la figura del refugiado ha cobrado una importancia creciente, ha sido reconocida a nivel jurídico¹, ha sido elevada a la categoría de derecho fundamental y se encuentra actualmente protegida, tanto a nivel internacional como estatal.

A nivel Europeo no solamente se ha desarrollado en los últimos 10 años un acervo jurídico en la materia, además, el reconocimiento del derecho de asilo como derecho fundamental, ya de por sí protegido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y, en tanto tal, Principio General del Derecho Comunitario, ha culminado con su inclusión en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,

¹ Tomo como definición comprensiva de toda la dimensión de la institución del asilo la siguiente tomada de la página web de la Dirección General Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea "L'asile est une forme de protection accordée par un Etat sur son territoire sur la base du principe de non refoulement et des droits reconnus au niveau international et national aux réfugiés. Il est accordé à une personne qui n'est pas en situation de rechercher une protection dans son propre pays en tant que national ou résident notamment parce qu'il craint d'y être poursuivi en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de son appartenance à un groupe social ou à un courant d'opinion publique.
<http://ec.europa.eu/justice-home/fsj/asylum/fsj-asylum-intro-fr.htm>

Pero, si bien la consideración del derecho de asilo como un derecho fundamental está hoy en día más que consolidada y jurídicamente es unánimemente reconocida, el respeto efectivo de las obligaciones que dicho derecho conlleva sigue siendo deficiente. De hecho la doctrina ha criticado frecuentemente que la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y su Protocolo de 31 de enero de 1967 se han quedado obsoletos, por cuanto la configuración del estatuto internacional de refugiado que en la misma se hace responde a una situación histórica marcada por los horrores de la Segunda Guerra Mundial, más que a los contornos de la situación geopolítica del siglo XXI²

No sólo porque implica para las autoridades públicas, un sinnúmero de obligaciones a nivel logístico (acogimiento y trato digno de refugiados en caso de llegadas masivas), jurídicas (asegurar un proceso equitativo y el derecho de un recurso judicial ante una denegación administrativa) y sociales (integración, empleo y protección social de los refugiados). También porque crece una tendencia entre los Estados a considerar que en la lucha global contra el terrorismo y en la necesidad de asegurar la seguridad de sus ciudadanos y la prosperidad de sus sociedades, la figura del derecho de asilo no puede ser considerada como un principio abstracto, absoluto y no interpretable, fruto de una construcción doctrinal y jurisprudencial propia de los años de la postguerra de mediados del siglo XX y que no tiene en cuenta adecuadamente las fronteras entre la noción clásica del refugiado político y la figura mucho más ambigua del refugiado económico.

La aplicación efectiva del derecho de asilo sigue siendo por lo tanto todo un desafío para los países receptores de refugiados; de ahí la importancia de claramente delimitar los contornos de la institución del asilo desde el ángulo de los derechos fundamentales, a partir de cuyo respeto deben desarrollarse las diferentes reglas jurídicas y prácticas administrativas a nivel internacional y estatal.

Todo lo anterior es de aplicación en el ámbito de la Unión Europea. La progresiva eliminación de las fronteras internas entre sus Estados miembros ha conllevado la necesidad de la paulatina gestión a nivel comunitario de las fronteras europeas y de una regulación común de los flujos migratorios, incluyendo un incipiente sistema común de asilo, cuyo funcionamiento, además de cumplir escrupulosamente con los requisitos internacionales, debe resolver las dificultades propias de una gestión común a 27 Estados miembros de una política en materia de asilo en la cual sigue habiendo tradiciones nacionales muy diferentes. Y además en una Unión Europea en la cual el derecho de asilo goza de la protección del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de Roma del 4 de noviembre de 1950 (CEDH) que, aunque no lo reconoce de manera explícita como Derecho Fundamental, lo protege a través del desarrollo jurisprudencial de varios de sus artículos, protección además consolidada con su inclusión en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 18.

2 Véase este debate, dentro de la doctrina española, en: MARTÍN ARRIBAS, Juan J. Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo, Dykinson, Madrid 2000 y en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: Inmigración y asilo en la Unión Europea, Colex, Madrid 2002.

El objetivo de este artículo es analizar el derecho de asilo como Derecho Fundamental en el ámbito competencial de la Unión Europea: tanto en lo relativo a sus orígenes, como a su relación con otros derechos fundamentales en el ámbito de las migraciones, y en como se aplica el derecho de asilo a la luz de los derechos fundamentales. Pero antes conviene describir brevemente los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario y hacer un breve repaso a la política común europea en materia de asilo.

2. La protección y el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario

Aunque la Unión Europea no disponga a día de hoy de un catálogo propio y vinculante de derechos fundamentales en el sentido jurídico-formal, la protección y el respeto de estos derechos en el marco del derecho comunitario es una realidad desde hace varias décadas.

Ya desde principios de los años 70, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo afirma que "*le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de Justice assure le respect, que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté*"³. Esta jurisprudencia se ha visto confirmada por varias sentencias posteriores e incluso ha sido codificada a nivel constitucional en el Tratado de la Unión Europea (TUE), cuyo artículo 6 no solo establece que "*La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros*" sino que añade que "*La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...] y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario*"⁴.

El Tratado de Maastricht despeja pues toda duda (si es que la jurisprudencia todavía dejaba alguna) acerca del carácter vinculante de los derechos fundamentales sobre el derecho que emana de los órganos de la Unión, y reafirma su sujeción al CEDH (a la que están sometidos todos los Estados miembros) y a la abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. La ya de por sí firme aplicación de la jurisprudencia de Estrasburgo podría culminar con la

3 Caso C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, sentencia del 17 de diciembre de 1970. Rec. 1970, p. 01125.

4 Existe una abundante y conocida bibliografía sobre esta evolución jurisprudencial. Para un mayor desarrollo me remitiré simplemente a FONSECA MORILLO, Francisco y MATÍA PORTILLA, Francisco Javier: La protección de los Derechos Fundamentales en el marco de la Unión Europea, en el libro dirigido por MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo "Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea". CGPJ Madrid 1996, pp. 15-80 y BIGLINO CAMPOS, Paloma: De que hablamos en Europa cuando hablamos de Derechos Fundamentales. Revista de Estudios Políticos 1997, nº 97, pp. 90 y ss.

adhesión de la UE a dicha Convención cuando el Tratado de Lisboa (que prevé una base jurídica para permitirlo) entre en vigor⁵.

Finalmente, es preciso mencionar que el Tratado de Maastricht también introdujo a través del artículo 7 un mecanismo que permite a la Unión constatar "la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 y dirigirle recomendaciones adecuadas" e incluso "la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro" de estos principios, lo que acarrearía sanciones de índole institucional y financiera de un gran calibre.

Este arsenal jurídico ha sido completado por jurisprudencia más reciente⁶ del Tribunal de Luxemburgo, que ha reforzado la protección y el respeto a los derechos humanos al afirmar que dichas obligaciones también incumben a los Estados miembros a la hora de transponer el derecho comunitario. En el caso *Promusicae*, el Tribunal estimó que " *il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire*"⁷.

Finalmente, conviene hacer hincapié sobre la relevancia jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que fue "proclamada" en diciembre del año 2000 en el Consejo Europeo de Niza y que ha sido "reproclamada" en diciembre de 2007, en el momento de la conclusión de la Conferencia Intergubernamental sobre el Tratado de Lisboa y que formará parte integrante de dicho Tratado. A pesar de que, a día de hoy, la Carta no tiene, *stricto sensu*, efectos jurídicos vinculantes, su contenido está reflejado en los principios generales del derecho comunitario contemplados en el artículo 6 TUE. Además, y este es un asunto clave en el ámbito del derecho de asilo, la Comisión Europea ha desarrollado un mecanismo de *monitoring* en virtud del cual toda propuesta legislativa adoptada por la

5 En efecto el nuevo artículo 6.2 del TUE rezará así: La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales... Un Protocolo anejo al Tratado (el n° 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales desarrolla las modalidades específicas conforme a las cuales dicha adhesión deberá realizarse.

6 Casos 5/88, Wachauf, sentencia de 13 de julio 1989 (Rec. 1989, p. 02609); C-2/92 Bostock, sentencia de 24 de marzo de 1994 (Rec. 1994, p. I-00955); C-292/97 Karlsson sentencia de 13 de abril de 2000 (Rec. 2000, p. I-02737); 540/03, Parliament v Council, sentencia de 27 de junio de 2006 (Rec. 2006 p. I-05769); C-117/06, Möllendorf, sentencia de 11 de octubre de 2007 (Rec. 2007, p. I-08361); C-349/07, Sopropé v. Fazenda Publica, sentencia de 18 de diciembre de 2008 (aun no publicada); C-557/07, LSG-Gesellschaft zu Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten, auto de 19 de febrero 2009 (aun no publicado).

Este desarrollo jurisprudencial se plasma en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 51.1 Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones... de la Unión..., así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

7 Caso C-275/06, *Promusicae c. Telefónica*, sentencia de 29 de enero de 2008, párrafo 68 (Rec. 2008, p. I-00271).

Comisión es previamente analizada a la luz de la Carta⁸. Por lo tanto, y añadiendo a este mecanismo las ya abundantes referencias del Tribunal de Luxemburgo a este texto, los efectos jurídico-materiales de la Carta son ya hoy reales.

En definitiva, el sistema jurídico de la Unión dispone de varios mecanismos que garantizan, tanto en la elaboración como en la transposición del derecho comunitario, un respeto y una aplicación efectiva de los derechos fundamentales contemplados en la CEDH, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Las exigencias prescritas por estos textos constituyen pues el patrón al que la legislación comunitaria en materia de asilo tiene que satisfacer.

3. El derecho de asilo en el marco del derecho comunitario

Antes de centrarnos en el análisis del derecho de asilo a la luz de los derechos fundamentales, es preciso explicar brevemente algunos rasgos de la política europea en materia de asilo, empezando por los antecedentes y continuando con la legislación en vigor y las propuestas legislativas que se están debatiendo actualmente. Ello es importante a la hora de analizar las conexiones entre el desarrollo de una política material inscrita en el Título IV de la Tercera Parte del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) "Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas" y la necesidad de ajustar la misma a las exigencias específicas propias de un Derecho Fundamental.

Conviene efectuar una precisión previa. Durante las negociaciones de la Conferencia Intergubernamental de 1996 que dieron origen al Tratado de Ámsterdam de 1997, se llegó a un acuerdo político para efectuar una distinción clara entre las medidas en materia de asilo que podrían ser adoptadas al nivel de la Unión con respecto a nacionales de terceros Estados y cuya base legal se encuentra en el artículo 63 del TCE y la problemática de la posibilidad de conceder el estatuto de refugiado político a un nacional de un Estado Miembro de la Unión.

Con respecto a esta última cuestión el problema de base es de naturaleza política más que jurídica, puesto que sin negar el carácter imperativo de las reglas internacionales fijadas por el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951, la cuestión que se planteó en las negociaciones de 1996, impulsada por el Gobierno de España, era si en un espacio europeo sin fronteras y en el cual los valores en los que se basa, de obligatorio cumplimiento para Estados Miembros e Instituciones, son los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho (artículo 6 TUE), tiene razón de ser que un Estado instruya una petición de asilo de un nacional de otro Estado miembro.

En este sentido el Tratado de Ámsterdam resolvió la cuestión de la conciliación entre un valor jurídico-formal (el derecho de toda persona a presentar una petición de asilo, independientemente de su nacionalidad o pertenencia a un espacio

⁸ Comunicación del 27 de abril de 2008, Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission legislative proposals, methodology for systematic and rigorous monitoring, COM(2005) 172 final.

supranacional de integración) y una realidad política (la presunción de infundada de una petición de asilo entre nacionales de Estados miembros de la Unión), mediante la inserción de un Protocolo anejo al TCE (el nº 29) sobre *asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea*.

Este Protocolo presenta como línea de fuerza que "*deseando evitar que se recurra al procedimiento de asilo para fines ajenos a aquellos para los que está previsto*" y en pleno respeto de "*la finalidad y los objetivos de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados*", toda solicitud de asilo efectuada por un nacional de un Estado miembro sólo "*podrá tomarse en consideración o ser declarada admisible*" en los casos en que el Estado del nacional adopte excepciones en su territorio relativas a sus obligaciones con respecto al CEDH, conforme a su artículo 15, o cuando el Estado esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 7.1 del TUE en materia de sanciones. Naturalmente cabe que un Estado acepte unilateralmente una petición de asilo que no encaje en los supuestos anteriores si ello es exigible conforme a sus propias tradiciones y exigencias constitucionales, pero en dicho caso el Protocolo nº 29 prevé que "*la solicitud se atenderá basándose en la presunción de que es manifiestamente infundada*"⁹.

En las discusiones de la Convención que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión se planteó indirectamente esta cuestión a la hora de debatir si el artículo 18 debiera circunscribirse expresamente al derecho de asilo de nacionales de terceros Estados, como aparecía en los primeros proyectos de redacción. La cuestión quedó zanjada cuando en las explicaciones del Presidium que acompañan a la Carta se dice expresamente "*Este artículo respeta el Protocolo sobre el asilo anejo a los Tratados*"¹⁰.

Evacuada así la cuestión de la inserción de la institución jurídica del asilo entre nacionales de Estados miembros por el Derecho Primario, el Título IV de la Tercera Parte del TCE establece las bases legales para la adopción de medidas en materia de asilo que podrán ser adoptadas al nivel de la Unión con respecto a nacionales de terceros Estados, en particular en su artículo 63, que permite a la Unión Europea adoptar:

- Medidas sobre el estatuto de los refugiados en cuanto a la determinación del Estado que debe instruir una petición de asilo, y en cuanto a normas mínimas: de acogida de los solicitantes de asilo, de concesión del estatuto de refugiado, y sobre los procedimientos de concesión y de retirada de dicho estatuto (artículo 63.1);

⁹ Para un mayor desarrollo de este Protocolo, véase MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando: El régimen de asilo en el Tratado de Ámsterdam en el libro dirigido por OREJA AGUIRRE, Marcelino: El Tratado de Ámsterdam: análisis y comentarios, Mc Graw Hill, Madrid 1998, pp. 286 y ss y CARRERA HERNÁNDEZ, Francisco J.: El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE. Revista de Instituciones Europeas 1995, pp. 837 y ss. También BRIBOSIA, Hervé: Le Protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne en el libro coordinado por LEJEUNE, Yves: Le Traité d'Amsterdam – Espoirs et déceptions, Bruylant, Bruxelles 1998, pp. 189 y ss.

¹⁰ D.O. C 303 del 14.12.2007 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones relativas a la Carta, p. 24.

- Otras medidas relativas a los refugiados y desplazados, en lo que se refiere a la protección temporal en casos de desplazamiento provocados por una crisis y a la protección "subsidiaria", para aquellas personas que por otros motivos que los clásicos reconocidos por el Convenio de Ginebra, necesitan protección internacional (artículo 63.2 a));
- Disposiciones para fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas (burden sharing) (artículo 63.2 b)).

El impulso político necesario para concretar, planificar y traducir en acciones concretas las estipulaciones del artículo 63 TCE se obtuvo en el Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999, en el cual se adoptó el programa plurianual 1999-2004 para la realización de un Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia¹¹. En sus conclusiones se definieron las grandes líneas de la incipiente política de asilo de la Unión abogando por el establecimiento de un Sistema Europeo de Asilo basado en la Convención de Ginebra¹² y el respeto del principio de "*non-refoulement*". Este sistema pretendía alcanzar a medio plazo varios objetivos: criterios claros de cara a determinar el Estado responsable del examen de una demanda de asilo; normas comunes para asentar un procedimiento de asilo justo y eficaz; condiciones mínimas de acogida de los demandantes de asilo y, el acercamiento de las reglas para el reconocimiento y el contenido del estatuto de refugiado. Además, de la adopción de medidas en el ámbito de la protección subsidiaria. Estas grandes líneas de acción se han visto confirmadas en el segundo programa plurianual 2004-2009 de Libertad, Seguridad y Justicia adoptado en el Consejo Europeo de La Haya el 5 de noviembre de 2004¹³.

Sobre esta base, el acervo comunitario en materia de asilo se ha desarrollado a partir de los cuatro siguientes instrumentos legislativos:

- el "Reglamento Dublín" del 18 de febrero de 2003¹⁴, llamado así porque reemplaza a la Convención de Dublín de 15 de junio de 1990 concluida por los entonces 12 Estados Miembros de la Comunidad en cumplimiento de lo acordado en el Consejo Europeo de Estrasburgo de 8 y 9 de diciembre de 1989 en materia de armonización de sus políticas de asilo, y entrada en vigor en 1997¹⁵, que establece las reglas para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo. Este instrumento es importante de cara a evitar las solicitudes múltiples. La adopción de este reglamento ha conllevado la creación del sistema biométrico de-

11 Conclusiones de la Presidencia, SN 200/99

12 Acto final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas relativa al estatus de los refugiados y apátridas, adoptada el 25 de julio de 1951 así como el protocolo de Nueva York de 1967. <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66e2aa10.pdf>

13 Conclusiones de la Presidencia, 14368/08

14 Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo 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 (D.O. L 50 del 25.02.2003, pp. 1 y ss.).

15 Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (D.O. C 254 del 19.08.1997, pp. 1 y ss.)

nominado EURODAC¹⁶, que almacena y compara las huellas dactilares de los demandantes de asilo en los Estados miembros;

- la Directiva sobre normas mínimas de 27 de enero de 2003¹⁷ para la acogida de los solicitantes de asilo, que garantiza unos estándares mínimos para la acogida de los demandantes de asilo, incluido el alojamiento, la educación y la cobertura sanitaria;

- la Directiva "calificación" de 29 de abril de 2004¹⁸, 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 (protección "subsidiaria"), y se acuerda el contenido y el alcance de la protección concedida;

- la Directiva sobre los procedimientos en materia de asilo del 1 de diciembre de 2005, que establece normas mínimas de procedimiento comunes en todos los Estados miembros¹⁹ y con la que se concluye lo que el Programa de Tampere denominaba "primera fase de la armonización del asilo en la Unión Europea"

A estos cuatro instrumentos se suma la Directiva sobre protección temporal de 20 de julio de 2001²⁰, cuyo objetivo es respaldar el sistema de asilo europeo y la integridad de la Convención de Ginebra en caso de flujos masivos de refugiados. Esta Directiva es el complemento de la Decisión del Consejo de 28 de septiembre de 2000 creando el Fondo Europeo para los Refugiados (FER)²¹, adoptada como respuesta solidaria europea a la crisis de los refugiados de Kosovo en 1999.

Este acervo comunitario ha sido evaluado y analizado durante el Programa de La Haya (2004-2009) y ha cristalizado en el Pacto Europeo sobre la inmigración y el asilo que bajo el impulso de la presidencia Francesa fue adoptado en el Consejo Europeo del 15 y 16 de octubre de 2008²² cuyo objetivo es dar una respuesta global y común a escala de la Unión al fenómeno de los flujos de inmigración estructurales, incluyendo en él la dimensión del asilo y cuyos principios serán recogidos en el

16 Reglamento (CE) 2725/2000 del Consejo del 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 (D.O. L 316 de 15.12.2000, pp. 1 y ss.

17 Directiva 2003/9/CE del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo (D.O. L 31 del 06.02.2003, pp. 18 y ss.).

18 Directiva 2004/83/CE del Consejo 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 (D.O. L 304 de 30.09.2004, pp. 12 y ss.).

19 Directiva 2005/85 del Consejo relativa a las normas mínimas que se refieren al procedimiento de atribución y al de retirada del estatuto de refugiado en los Estados miembros (D.O. L 326 del 13.12.2005, pp. 13 y ss.)

20 Directiva del Consejo 2001/55 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 (D.O. L 212 del 07.08.2001, pp. 12 y ss. .

21 Decisión 2000/596 (D.O. L 252 de 06.10.2000, pp. 12 y ss.).

22 Conclusiones de la Presidencia, 14292/1/04 REV 1

III Programa plurianual (2010-2014) de Justicia, Libertad y Seguridad cuya aprobación está prevista por el Consejo Europeo a finales de 2009 bajo Presidencia Sueca, por lo que se le conocerá con el nombre de Programa de Estocolmo.

En concreto, en materia de asilo y bajo el título de **Construir una Europa del asilo**, el Pacto Europeo sobre la inmigración y el asilo, partiendo de la constatación que siguen subsistiendo fuertes disparidades entre Estados miembros en cuanto a las condiciones y formalidades para conceder el estatuto de refugiado y de que ha llegado el momento de adoptar un régimen de asilo europeo común, se fijan los cinco objetivos siguientes:

- La puesta en marcha en el año 2009 de una Oficina Europea de Apoyo al Asilo cuya misión consistirá en facilitar los intercambios de información, de análisis y de experiencias entre Estados y en desarrollar cooperaciones concretas entre las administraciones a cargo del examen de las peticiones de asilo.
- La adopción, á más tardar en el año 2012, de un procedimiento de asilo único con garantías comunes y de estatutos uniformes de la figura de refugiado y de beneficiarios de la protección subsidiaria.
- La puesta en marcha, en caso de crisis en un Estado confrontado a una llegada masiva de peticionarios de asilo, de procedimientos permitiendo poner a disposición de ese Estado de funcionarios de otros Estados Miembros como refuerzo, y asegurando una solidaridad efectiva con el mismo mediante una mejor movilización de los programas comunitarios existentes.
- El refuerzo de la cooperación con el Alto Comisario de las Naciones Unidas para los refugiados para asegurar una protección mejor a las personas que efectúan su petición de asilo en el exterior del territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea.
- La invitación a los Estados Miembros de dispensar al personal encargado de los controles en las fronteras exteriores de la Unión, una formación sobre derechos y obligaciones en materia de protección internacional.

Además, el Tratado de Lisboa permitirá concretar las bases legales para desarrollar una auténtica política común europea en materia de asilo gracias a su artículo 78 que permitirá instaurar un estatuto uniforme de asilo, de protección temporal y subsidiaria; y con un procedimiento común de acogida, concesión y retirada del estatuto de refugiado. En definitiva se podrán traducir en textos normativos los objetivos políticos ya previstos en el Programa de La Haya de "establecer un procedimiento común y un estatuto único en materia de asilo"²³. Las novedades más importantes se encuentran en la inclusión de una base legal explícita, permitiendo la

23 Véase una exégesis de esto en DIAZ BARRADO, Cástor M.: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Lisboa, en el libro dirigido por FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. y DIAZ BARRADO, Cástor M.: El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas. Dykinson, Madrid 2008, pp. 91-93.

asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo u otra forma de protección (artículo 78.2.g) y en la habilitación al Consejo para adoptar medidas provisionales a favor de uno o varios Estados miembros si se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países (artículo 78.3).

En base a todo ello, en el curso de 2009, la Comisión ha adoptado varias propuestas legislativas de cara a reforzar y mejorar el funcionamiento del sistema común de asilo europeo, la última de las cuales propone la modificación del Fondo Europeo de Refugiados para 2008-2013, incluyendo la creación de un programa europeo común de reinstalación, claro anticipo y primer paso hacia la consolidación de una política de asociación y cooperación con terceros países en esta materia prevista explícitamente por el Tratado de Lisboa²⁴.

El proyecto más ambicioso es la creación de una Oficina europea de apoyo en materia de asilo diseñada para reforzar la convergencia de las decisiones tomadas por los Estados miembros y así disminuir las divergencias de criterio que existen actualmente a la hora de otorgar el estatuto de refugiado²⁵. Esta Oficina responderá al esquema clásico de Agencia de regulación comunitaria, esto es, una entidad jurídica autónoma creada por el legislador comunitario para participar en la ejecución de la política comunitaria en materia de asilo, con un mandato en torno a las tres tareas siguientes: el apoyo a la cooperación práctica entre administraciones; el apoyo a los Estados miembros sujetos a presiones especiales; y la contribución a la aplicación del Sistema Europeo Común de Asilo. Además esta Agencia deberá cooperar estrechamente con el ACNUR, previéndose en el artículo 23.3 del proyecto de Reglamento que el ACNUR será miembro de pleno derecho del Consejo de Administración de la Agencia sin derecho de voto.

4. El derecho de asilo como derecho fundamental

4.1. El origen del derecho de asilo y su carta de naturaleza en el espacio europeo

Como es bien sabido, el derecho de asilo tiene su origen en el artículo 14 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que estipula que "*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país*".

La Convención de Ginebra de 1951 y el protocolo de Nueva York de 1967 regulan el régimen jurídico de la figura del refugiado y consolidan instrumentos internacionales previos relativos a refugiados y proporciona la codificación más

24 Propuesta de Decisión modificando la Decisión 573/2007/CE relativa a la creación de un Fondo Europeo de Refugiados para el período 2008-2013 (COM(2009) 456 final) y Comunicación relativa a la creación de un programa europeo común de reinstalación (COM(2009) 447 final), ambas del 2 de septiembre de 2009.

25 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo del 18 de febrero de 2009 (COM(2009) 66 final).

completa a nivel internacional. Según el artículo 1 de dicho convenio, se consideran refugiados a " a quien debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que 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".

A nivel europeo, la CEDH, si bien no reconoce explícitamente el derecho de asilo, sí lo protege de manera efectiva principalmente a través del prisma del Artículo 3 (prohibición de la tortura y otros tratos vejatorios).

Tal y como ha afirmado recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "*the Court reiterates at the outset that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens. The right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols. However, in exercising their right to expel such aliens, Contracting States must have regard to Article 3 of the Convention which enshrines one of the fundamental values of democratic societies and prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct, however undesirable or dangerous. The expulsion of an alien may give rise to an issue under this provision, and hence engage the responsibility of the expelling State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In such circumstances, Article 3 implies an obligation not to expel the individual to that country*"²⁶.

Además, el Tribunal también protege el derecho de asilo bajo el ángulo del derecho a la vida (artículo 2 CEDH), la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 4 CEDH), el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5 CEDH), el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) y el derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).

En cuanto a la Unión Europea, es evidente que, aún no existiendo jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (probablemente por la juventud del acervo comunitario en la materia), el sistema de protección de refugiados forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario en el sentido del artículo 6 del TUE. En este sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE reconoce explícitamente el derecho de asilo en su Artículo 18 según el cual " *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*" , y lo completa con la protección en caso de devolución, expulsión y extradición

26 Asunto 1948/04, Salah Sheek c. Países Bajos, sentencia de 11 de enero de 2007 (aún no publicada). En este mismo sentido, véase también el asunto 45276/99, Kurac & Picka contra Reino Unido, sentencia de 6 de marzo de 2001 (Rec. 2001-II).

ción prevista por su artículo 19: "*Se prohíben las expulsiones colectivas (1) Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o otras penas o tratos inhumanos o degradantes (2)*"²⁷.

Este tratamiento de la problemática del asilo por la Carta de Derechos Fundamentales si, de un lado, establece más que un derecho subjetivo autónomo, la garantía objetiva del respeto por parte del Derecho Comunitario de las condiciones esenciales configurantes de la institución jurídica del asilo, conforme a los parámetros de la Convención de Ginebra y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo; nos indica claramente, por otro lado, que los niveles de protección pueden variar en los diferentes Estados miembros en tanto no exista un estatuto europeo único.

4.2. El derecho de asilo, ¿único derecho fundamental aplicable a los inmigrantes?

El asilo no es el único derecho fundamental aplicable a los inmigrantes. Cualquier política gestión de los flujos migratorios tiene que cumplir con el conjunto de los derechos fundamentales ya que cualquier inmigrante, aunque no tenga la calidad de refugiado, goza de la protección de estos derechos. Esta necesidad está corroborada por los denuncias por malos tratos o detención ilegal en las fronteras de algunos Estados miembros.

El caso del principio de *non-refoulement* (prohibición de expulsión y de devolución) es paradigmático de la protección de todos los inmigrantes, ya sean refugiados o no. La Convención de Ginebra estipula en su artículo 33 que "*Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras del territorio donde su vida o su libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas*". En un principio, el ámbito de aplicación de esta obligación se limita al concepto de refugiado recogido en la Convención. No obstante, la práctica de los Estados y la sucesiva jurisprudencia de los tribunales ha extendido su uso más allá de los refugiados hasta convertirlo en un principio de Derecho Internacional.

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ofrece numerosos y claros ejemplos de la vigencia y del carácter absoluto de este principio. Recientemente, en el espinoso contexto de la lucha contra el terrorismo, el Tribunal confirmó que el riesgo de un detenido en pos de ser extraditado de padecer torturas o tratos vejatorios, a pesar de las garantías diplomáticas ofrecidas por el país que solicitaba la extradición, constituye una infracción al artículo 3 y, por ende, al principio de "non-refoulement". Concretamente, el Tribunal afirma en el caso *Saadi c Italia* que "

27 Como dice el profesor MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES en sus comentarios a los artículos 18 y 19 de la Carta en el libro dirigido por MANGAS MARTÍN, Araceli: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo, Fundación BBVA, Madrid 2008, esta división en dos artículos y el hecho que todos los Estados miembros se han reconocido entre sí como Estados seguros en el sentido de la Convención de Ginebra, confirma la pertinencia de lo estipulado en el Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros al que ya se ha hecho referencia (p. 374)

L'article 3, qui prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n^{os} 1 et 4, et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 même en cas de danger public menaçant la vie de la nation. La prohibition de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants étant absolue, quels que soient les agissements de la personne concernée la nature de l'infraction qui était reprochée au requérant est dépourvue de pertinence pour l'examen sous l'angle de l'article 3ⁿ²⁸.

En definitiva, le derecho de asilo constituye meramente un aspecto de la protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes.

5. Reflexiones finales: la aplicación del derecho de asilo a la luz de los derechos fundamentales en la Unión Europea

En su comentario a los artículos 18 y 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el profesor MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES concluye afirmando que: *"En el fondo, bajo este derecho subyacen en la práctica las tensiones políticas y sociales que el fenómeno de la inmigración ilegal está planteando en los Estados Miembros de la Unión Europea. La lucha contra esta inmigración ilegal es un objetivo lógico de la política de inmigración que desarrolla la Unión, pero en modo alguno debería hacerse a costa de sacrificar los derechos que en los casos de devolución, expulsión o extradición deben ser considerados como irrenunciables en cualquier Estado de Derecho"*ⁿ²⁹.

Compartiendo plenamente esta afirmación, considero que en el estado actual del acervo comunitario en la materia se cumplen estas exigencias y que hay en particular dos cuestiones en las cuales el futuro desarrollo de las políticas en materia de asilo e inmigración deberá hacer del espacio europeo no solamente un modelo de referencia internacional, sino el mantenimiento de su condición de "tierra de acogida". Me refiero en particular a la cuestión de la detención de los demandantes de asilo y a la de la atención particular hacia la situación de las mujeres y de los niños demandantes de asilo o de protección, que me servirán para acabar este trabajo planteando una serie de reflexiones.

- La detención de los demandantes de asilo

Una mayoría de las demandas de asilo son abusivas y este derecho es frecuentemente utilizado como maniobra dilatoria para permanecer en un país de manera ilegal. Además, las autoridades aduaneras están cada vez más confrontadas a la gestión de los llamados "flujos mixtos" en los que se mezclan refugiados potenciales con inmigrantes económicos. Estos factores desembocan con cierta frecuencia en la detención de demandantes de asilo, una práctica que, con contadas excepciones, no

28 Asunto 37201/06, sentencia de 28 de febrero de 2008 (aún no publicada).

29 MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo, op. Cit., pp. 385-386

es conforme con el contenido del derecho de asilo.

El artículo 31 de la Convención de Ginebra establece claramente que "*les Etats contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui [...] entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières*". Por lo tanto, las autoridades públicas solo pueden restringir la libertad de movimientos de los refugiados si dichas restricciones son consideradas como necesarias, es decir, en circunstancias excepcionales claramente definidas. En ningún caso la detención de refugiados puede ser la norma, tal y como lo recoge el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados³⁰.

En 2003, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha apoyado esta misma posición en su Recomendación (2003)5 a los Estados miembros sobre las medidas de detención de los demandantes de asilo y el derecho comunitario también contempla este principio en el artículo 18 de la Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para la acogida de los demandantes de asilo. Tal y como lo resume el Comisario de Derechos del Hombre del Consejo de Europa "*il ressort de ces principes que la détention des demandeurs d'asile à leur arrivée ne doit être autorisée que pour des motifs définis par la loi, pour une durée aussi brève que possible et uniquement à l'une des fins suivantes*:

- *vérifier l'identité des réfugiés*
- *déterminer les éléments de leur demande de statut de réfugié ou d'asile ;*
- *traiter les cas dans lesquels les demandeurs d'asile ont détruit leurs documents de voyage et/ou d'identité ou ont utilisé des documents falsifiés pour tromper les autorités de l'Etat dans lequel ils ont l'intention de demander l'asile*
- *protéger la sécurité nationale ou l'ordre public*³¹.

A pesar de estar sujeta a estrictas condiciones, la detención de refugiados no está *per se* prohibida como queda demostrado en el caso *Saadi c. Reino Unido*³² y el subsecuente fallo de del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece que "*Dès lors, la Cour conclut qu'eu égard aux sérieux problèmes administratifs auxquels était confronté le Royaume-Uni à l'époque pertinente, où le nombre de demandeurs d'asile connaissait une augmentation vertigineuse, il n'était pas incompatible avec l'article 5 § 1 f) de la Convention de détenir le requérant pendant sept jours dans des conditions convenables, afin de permettre un traitement rapide de sa demande d'asile. De plus, il faut garder à l'esprit que la mise en place d'un système devant permettre aux autorités de statuer plus efficacement sur un nombre élevé de demandes d'asile a rendu inutile un recours plus large et plus étendu aux pouvoirs de mise en détention. Partant, il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 5§1*"³³.

30 <http://www.unhcr.org.au/pdfs/detentionguidelines.pdf>

31 Declaración de T. Hammarberg del 17 de marzo del 2008, http://www.coe.int/t/commissioner/viewpoints/080317_FR.asp

32 Asunto 13229/03, sentencia de 29 janvier 2008 (aún no publicada).

33 Asunto 37201/06, sentencia de 28 de febrero de 2008 (aún no publicada).

- La situación de los mujeres y de los niños demandantes de asilo

Como el Comisario de Derechos del Hombre Thomas Hammarberg ha manifestado,

*"Comme toutes les restrictions appliquées aux droits et libertés fondamentaux, ces exceptions devraient être appliquées de façon restrictive. Certaines catégories de personnes vulnérables – comme les enfants non accompagnés –, ne doivent jamais être placées en détention"*³⁴.

Es por ello que en todas las piezas del acervo comunitario adoptadas hasta ahora en el ámbito del derecho de asilo, se otorga una plaza y una protección específicas específicas a la situación de los niños (especialmente los menores no acompañados) y de las mujeres. ¿Cuáles son los elementos que, desde el ángulo de los derechos fundamentales, deberán ser objeto de atención especial y de eventuales mejoras dada su situación de vulnerabilidad?:

- La cuestión de la manera en la que las entrevistas son conducidas y realizadas cuando el peticionario de protección es un menor o una mujer.-
- Las necesidades específicas de los menores en materia de acceso a la educación y a la asistencia médica.
- La atención particular y privilegiada en materia de reagrupamiento familiar de menores y de mujeres con sus hijos (también menores)
- El trato privilegiado a acordar a las mujeres víctimas de discriminación y de cualquier tipo de violencia psicológica, física o sexual

Evidentemente todas estas cuestiones presentan una serie de desafíos frente a los cuales el Derecho Comunitario deberá garantizar respuestas claras y acordes con los parámetros de respeto de los Derechos Fundamentales y el mejor ejemplo de ello es la situación ambigua actual sobre el alcance de la noción de prohibición de detención de menores y su conjugación con el derecho de los menores a vivir con su familia y, en el caso de menores no acompañados o de mujeres objeto de discriminación, de no encontrarse en situaciones en las que bajo eufemismos como "medidas de retención o confinamiento" esas mujeres o menores se vieran abocados a compartir instalaciones con adultos que no son miembros de su familia.

BIBLIOGRAFIA ACONSEJADA

(al margen de la citada)

BATTJES, H. *The Common European Asylum System: The first stage*, en CARLIER y DE BRUYCKER (eds) *Inmigration and Asylum law of the EU: Current Debates*, Bruylant 2005, pp. 27 y ss.

BLOCH, Alice: *Refugees, Citizenship and Social Policy in Europe*, Palgrave Macmillan 1999.

BOCCARDI, Ingrid: *Europe and refugees. Towards and EU asylum policy*, Kluwer Law International 2002.

34 Ídem que la nota 33

- BOSSUYT, Marc: *La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés*, en CHETAI, Vincent (directeur) *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après (bilan et perspectives)*, Bruylant 2001, pp. 257 y ss.
- BOUTELLET-PAQUET, Daphné: *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne: un complément à la Convention de Genève?*, Bruylant 2002.
- CARLEIR, J.Y. *La détention et l'expulsion collective des étrangers*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme 2003, pp. .
- CARRERA NUÑEZ, Sergio: *In Search of the perfect citizen? The intersection between integration, immigration and Nationality in the EU*, Wolf legal publishers 2008
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria: *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Comares 2007
- GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene: *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo*, Dykinson 2006.
- JULIEN-LEFERRIÈRE, François, LABAYLE, Henri, EDSTRÖM, Örjan: *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruylant 2005.
- LEDESMA BARTRET, Fernando: *Libertad de circulación y derecho de asilo en la UE. La doctrina del Consejo de Estado*, Revista Española de Derecho Administrativo n° 89, 1996.
- MUÑOZ AUNION, Antonio: *La política común europea del Derecho de Asilo*, Tirant lo Blanch 2006
- NOLL, Gregor et VEDSTED-HANSEN, Jens: *Non communautaires: politiques relatives aux réfugiés et à l'asile*, en ALSTON, Philip (directeur): *L'union européenne et les droits de l'Homme*, Bruylant 2001, pp. 373 y ss.
- SIDORENKO FERGUSON, Olga *The common European asylum system: background, current state of affaire. Future direction*. T.M.C. Asser 2007
- TRUJILLO HERRERA, Raúl *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*, Dykinson 2003.