

VIOLACIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR ASILO. LA RESPUESTA DE HUNGRÍA A LA CRISIS DE LOS REFUGIADOS

Gloria FERNÁNDEZ ARRIBAS
Ángela HALCÓN LERDO DE TEJADA
Irene SERRANO LÓPEZ
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Resumen: En este trabajo se analiza la existencia de un derecho a solicitar asilo tanto en el territorio del Estado como en frontera. Para ello se toman en consideración la normativa internacional sobre la materia, y la normativa de la Unión Europea, concretamente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva de Procedimiento. El objetivo es determinar si Hungría mediante el rechazo en frontera de los refugiados, así como mediante la imposición de sanciones penales por el cruce ilegal, según la normativa húngara, de frontera, vendría a estar violando dicho de derecho a solicitar asilo. La confirmación de dicha violación, junto con la posible confirmación de las violaciones relativas a los procedimientos de asilo señaladas por la Comisión Europea en la carta de emplazamiento enviada a Hungría en 2015, planteamos podría permitir considerar a Hungría como país “no seguro” siendo de aplicación el artículo 3.2 del Reglamento de Dublín.

Palabras clave: Asilo, Refugiados, Hungría, Carta de Derechos Fundamentales de la UE, Directiva de Procedimiento

Summary: This paper analyzes the existence of a right to seek asylum both, in the territory of the State and in the border of the State. For this purpose the international regulations on the matter, and the regulations of the European Union (namely the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Directive of Procedure) are taken into consideration. The aim is to determine whether Hungary through the border rejection of refugees, as well as by imposing criminal penalties for the illegal crossing, according to the Hungarian legislation, would violate the right to seek asylum. The confirmation of such a violation, along with the possible confirmation of violations concerning asylum procedures outlined by the European Commission in the letter of formal notice sent to Hungary in 2015, could allow considering Hungary as a “non-safe” country and applying article 3.2 of the Dublin Regulation.

Key words: Asylum, Refugees, Hungary, EU Charter of Fundamental Rights, Procedures Directive

1. Introducción

La crisis en Siria ha desbordado el sistema de asilo en Europa, y especialmente se han visto afectados países que tradicionalmente no eran países de destino o tránsito de solicitantes de asilo. Entre ellos posiblemente uno de los mayores afectados debido al escaso número de solicitudes de asilo previo al conflicto, su tamaño y capacidad de acogida haya sido Hungría.

La respuesta de Hungría a esta crisis se encuentra entre las más controvertidas planteadas hasta ahora dentro de la UE. Tal es la situación en Hungría que hoy

día, tomando en consideración la jurisprudencia del TEDH en el asunto MSS contra Bélgica y Grecia¹, planteamos que sería posible considerarla como país no seguro para los solicitantes de asilo, impidiéndose por tanto la devolución en aplicación del artículo 3.2 del Reglamento de Dublín².

Las críticas a la respuesta húngara se han visto confirmadas cuando la Comisión Europea abrió en 2015 un procedimiento por incumplimiento contra Hungría, en cuya carta de emplazamiento señalaba las violaciones de la Directiva sobre los procedimientos comunes para la concesión o retirada de protección internacional³ (en adelante Directiva de Procedimiento), y la Directiva relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales⁴.

Si bien la actuación de Hungría plantea un gran número de cuestiones a analizar, hemos querido centrarnos en este estudio en dos actuaciones concretas que consideramos afectan, entre otras cuestiones, al derecho a solicitar asilo: el rechazo en frontera mediante el uso de la fuerza⁵, impidiendo a los refugiados acceder al territorio o puesto fronterizo y así solicitar asilo; y aunque en menor medida, los cambios introducidos en el código penal húngaro que criminalizan el cruce irregular de frontera estableciendo penas de prisión de hasta tres años, expulsión del territorio o multas⁶.

Para ello estudiaremos la normativa aplicable en estos casos. En primer lugar, señalaremos que vamos a referirnos exclusivamente al derecho a solicitar asilo, por lo que debemos aclarar en qué consiste el mismo. De este modo, debemos tomar en consideración que al tratarse de personas que huyen de una situación de conflicto armado generalizado sin que haya una persecución de carácter personal según los motivos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados⁷, la misma no sería de aplicación al caso, pero sí la normativa consuetudinaria, y concretamente la relativa al derecho a solicitar asilo y no devolución. Para ello tendremos también presente la práctica de los Estados, directrices de ACNUR y los instrumentos internacionales sobre la materia. Por último, recurriremos a la relación existente entre el derecho a solicitar asilo y el principio de *non refoulement*.

Junto con la normativa internacional en la materia, dedicaremos un segundo apartado a analizar la normativa de la Unión Europea aplicable al caso, y para ello

¹ M.S.S v. Belgium and Greece (2011) European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2011

² 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.

³ Directiva 2013/32 del Parlamento y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. DO L 180 de 29.6.2013.

⁴ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. DO L 208, de 26.10.2010

⁵ RTVE, «Hungría lanza gases lacrimógenos contra refugiados que intentan pasar la frontera», en <http://www.rtve.es/alacarta/videos/telediario/td2-repor-refugiados-160915/3286880/> (Consultada el 02 de Mayo de 2016)

⁶ Véase Hungarian Helsinki Committee. «No Country for Refugees – New asylum rules deny protection to refugees and lead to unprecedented human rights violations in Hungary». Information note, 18 September 2015.

⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

nos centraremos concretamente en dos instrumentos: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y la mencionada Directiva de Procedimiento. Tomando en consideración dichos instrumentos determinaremos si existe un derecho a solicitar asilo, el contenido de dicho derecho, el ámbito de aplicación, y si las medidas adoptadas por Hungría supondrían una violación del mismo.

Con este trabajo pretendemos por tanto analizar cómo mediante las señaladas actuaciones llevadas a cabo por Hungría se está afectando al derecho de estas personas a solicitar protección internacional.

2. Medidas adoptadas por Hungría frente a la llegada de refugiados

Antes de iniciar nuestro análisis consideramos necesario hacer una breve referencia al procedimiento por incumplimiento iniciado por la Comisión Europea contra Hungría. Según la Carta de emplazamiento enviada a Hungría, la Comisión considera que la legislación húngara es incompatible con la mencionada Directiva de Procedimiento debido a que, durante la fase de apelación en los procedimientos de asilo, no se permite alegar nuevos hechos o circunstancias⁸; y por otra parte, la interposición del recurso de apelación no conlleva la suspensión de la decisión, siendo finalmente obligados los solicitantes de asilo a abandonar el territorio sin que se hayan resuelto sus recursos de apelación, y sin haber sido oídos en dicha fase⁹.

Junto con esta referencia a la Directiva de Procedimiento, la Comisión además considera que el nuevo procedimiento penal acelerado para los casos cruce irregular de frontera, también violaría los derechos de traducción e interpretación recogidos para los acusados en la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, que establece que en los casos en los que el acusado no conozca la lengua de procedimiento deberán serle traducidos los documentos esenciales del mismo¹⁰.

Por último, y de nuevo en referencia a los procedimientos de solicitud de asilo, la Comisión considera que los procedimientos de asilo desarrollados en Hungría pueden suponer también una violación del artículo 47 de la Carta de Derechos Fun-

8 Artículo 46.3 "Para cumplir el apartado 1, los Estados miembros garantizarán que un recurso efectivo suponga el examen completo y ex nunc tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho (...)",

9 Art. 46.5 Directiva 2013/32 "Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6, los Estados miembros permitirán que los solicitantes permanezcan en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro del plazo, en espera del resultado del recurso". De hecho incluso en los casos en los que en aplicación de las excepciones establecidas en la Directiva se decida negar el derecho de permanencia del solicitante de asilo en el territorio, el mismo tienen derecho a presentar recurso contra dicha decisión y a permanecer en el territorio del Estado durante en el tiempo en que tarda en resolverse dicho recurso. (art. 46.8). La necesidad del efecto suspensivo del recurso viene también confirmada por la propia jurisprudencia del TJUE, ya que según el mismo, "de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que, en cualquier caso, un recurso debe tener necesariamente efecto suspensivo cuando se interpone contra una decisión de retorno cuya ejecución puede exponer al nacional de un tercer país de que se trate a un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes, garantizando así, a dicho nacional de un tercer país, la observancia de las exigencias de los artículos 19, apartado 2, y 47 de la Carta" Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de diciembre de 2015, asunto C-239/14, Abdoulaye Amadou Tall contra Centre public d'action sociale de Huy. Párr. 58

10 Artículo 3. Directiva 2010/64/UE

damentales de la Unión Europea, que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, dado que en los recursos judiciales de la nueva ley de procedimiento de asilo la audiencia personal del solicitante es opcional, y las decisiones pueden ser tomadas por secretarios del tribunal, esto es, órganos no judiciales cuya independencia no está garantizada.

Como puede observarse la Comisión no se pronuncia acerca de si Hungría puede o no estar violando el derecho a solicitar asilo, que es el objeto de nuestro trabajo, sino que se centra en cuestiones de procedimiento aplicables, la mayoría de ellas, una vez que la persona ha solicitado asilo. Por tanto, la carta de emplazamiento de la Comisión no nos ayudará a determinar el objetivo de nuestro trabajo, pero sí podría permitir, si dichas acusaciones fuesen ratificadas, confirmar una de las hipótesis de este trabajo, considerar a Hungría como país “no seguro” conforme al artículo 3.2 del Reglamento de Dublín.

En todo caso, éstas no son las únicas medidas adoptadas por Hungría que podrían considerarse al margen de la normativa internacional y europea.

En primer lugar podemos señalar en rechazo en frontera mediante uso de la fuerza llevado a cabo por Hungría frente a las personas que se encontraban en la frontera entre Hungría y Serbia con intención de entrar en Hungría. Estas imágenes de uso de gases lacrimógenos y cañones de agua ya mencionadas¹¹ son de sobra conocidas y fueron duramente criticadas tanto por Estados como por organizaciones humanitarias.

En segundo lugar también mencionábamos anteriormente los cambios en el código penal, estableciendo penas de prisión de hasta 10 años y órdenes de expulsión por la entrada irregular en Hungría¹². En este sentido Hungría también ha creado “zonas de tránsito”¹³, una ficción jurídica por las que Hungría pretendía que estas zonas fuesen consideradas como tierra de nadie, no siendo de aplicación por tanto la normativa de la UE en materia de asilo.

Junto con este tipo de actuaciones, el gobierno Húngaro también inició una campaña desprestigio contra los refugiados, presentándolos como criminales y promoviendo la intolerancia y el odio. Y con el fin de disuadir a los refugiados respecto de su entrada en Hungría, suspendió algunos de los beneficios reconocidos a los refugiados como la paga para subsistir, subsidios para la educación o las ayudas para acceso a la vivienda¹⁴.

Finalmente, para facilitar la expulsión de los refugiados, Hungría incluyó en la lista de terceros países seguros a Turquía, Serbia, Macedonia o Grecia, a pesar de las dudas sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Directiva de Procedimiento¹⁵ y el Reglamento de Dublín.

11 RTVE, «Hungría lanza gases...», *op. cit.* nota 5.

12 Hungarian Helsinki Committee. «No Country for Refugees...», *op. cit.* nota 6. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. “Hungary as a Country of Asylum”. Mayo 2016.

13 Hungarian Helsinki Committee. «No Country for Refugees...», *op. cit.* nota 6.

14 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. “Hungary as a Country...”, *op. cit.* nota 12.

15 Amnistía Internacional. Informe Anual Hungría. 2015/2016.

Por tanto, la respuesta de Hungría a la crisis de los refugiados se ha ganado su puesto entre las más controvertidas y ajenas a los valores esenciales de la Unión recogidos en el artículo 2 del TUE, como son la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos.

3. Derecho internacional y derecho a solicitar asilo

No se plantean dudas acerca de la inexistencia de un tratado internacional que recoja un derecho de asilo, pero en cuanto a los instrumentos internacionales de carácter universal, sin duda resulta esencial para el análisis de esta materia la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁶, en cuyo artículo 14 se recoge el derecho de asilo.

Respecto de la Declaración Universal, en la misma se reconoce el derecho a buscar asilo y disfrutar de éste, siendo esta disposición el resultado de una modificación de la versión original de este artículo que establecía que “[e]veryone has the right to seek and be granted, in other countries, asylum from persecution”¹⁷. Por lo tanto, no está reconociendo el derecho a la obtención de asilo, sino simplemente a buscarlo, y en ese concepto de búsqueda de asilo consideramos que entraría el derecho a solicitarlo. No tendría sentido el reconocimiento de un derecho a buscar asilo si el mismo no puede solicitarse, buscar asilo no sólo entendemos implica la salida del país en el que se está en riesgo, sino la posibilidad de solicitar a los Estados protección, con independencia de que posteriormente se reconozca o no. De este modo, durante las negociaciones para la adopción de la Declaración, el representante Británico señalaba, tal y como recogen Gammeltoft-Hansen y Gammeltoft-Hansen, que “together with the ‘right to seek’, among other things implied an indication that ‘there was a right of asylum to which persecuted persons could have recourse’”.¹⁸

Respecto de esta posibilidad de solicitar protección internacional, se viene desarrollando desde hace algunos años una práctica por parte de los Estados consistente en el exigencia de visado o imposición de sanciones a transportistas para denegar el acceso a los procedimientos de asilo. En este sentido, consideramos que la exigencia de visados a estas personas, una vez en territorio del Estado, incluyendo las zonas de tránsito que son territorio bajo soberanía del Estado¹⁹, supondría una restricción de ese derecho a buscar asilo. En relación con esta cuestión habría que tomar en consideración también, que los solicitantes de asilo se ven a menudo obli-

16 Declaración Universal de Derechos humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

17 Goodwin-Gill, G. S. y McAdam, J., (2007): *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, p. 359

18 Gammeltoft-Hansen, T. y Gammeltoft-Hansen, H., (2008), “The right to seek- Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, p. 445.

19 Del Valle Gálvez, A.J., (2005): “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10.

gados a llegar o entrar irregularmente en el país de solicitud de asilo debido a las dificultades para conseguir la documentación necesaria.

Cuestión diferente sería la de las sanciones a transportistas, si bien supondrían un obstáculo, parece difícil argumentar que la misma supondría una violación de derecho por parte del Estado, dado que la persona no se encuentra en territorio o frontera del Estado solicitando asilo, simplemente se ha delegado en el transportista una función de control que debería ser propia de las autoridades competentes del Estado. Consideremos que se trata por tanto de una manifestación más de las políticas de “deterritorialización”²⁰, en el ámbito de inmigración y asilo.

Como puede observarse por tanto, parece existir una práctica relativa a limitar el derecho a solicitar asilo, lo que ha llevado a algunos a considerar que dado que la única opción para determinar la existencia de un derecho a solicitar asilo sería considerar el artículo 14 de la Declaración como una norma de derecho consuetudinario, la existencia de estas políticas supondría una práctica contraria a la misma que impediría hablar de una costumbre internacional²¹. En sentido contrario, se ha señalado que la Declaración puede ser considerada como “*an authoritative expression of the customary international law of today in regard to human rights*”.²²

Pero podríamos señalar que la existencia de una práctica en algunos Estados relativa a solicitar visados no vendría a ser determinante frente a una práctica favorable relativa al derecho a solicitar asilo. De hecho podríamos poner de manifiesto el propio caso de la UE, ya que la normativa de la Unión prevé la posibilidad de requerir el pasaporte a los solicitantes de asilo, si bien la ausencia de dicho pasaporte no es elemento suficiente para denegar el inicio del procedimiento²³. Por otra parte, la ausencia de visado tampoco ha sido, hasta ahora, elemento determinante para denegar el inicio de un procedimiento de asilo una vez que la persona se encuentra en territorio europeo.

Consideramos por tanto, que sería posible determinar la existencia de una práctica de reconocimiento de este derecho, principalmente mediante referencia al artículo 14 de la Declaración en diferentes tratados internacionales u otros instrumentos internacionales sobre la materia, lo que podría suponer la cristalización de dicha costumbre. En este sentido podríamos señalar la Proclamación de Teherán de 1968²⁴, Acta Final de Helsinki²⁵, o la Declaración y Programa de Acción de Viena

20 Noll, G., Fagerlund, J. y Liebaut, F. (2004): “Study on the feasibility of processing asylum claims outside the EU against the background on the Common European Asylum system and the goal of a common asylum procedure”, The Danish Center for Human Rights, 2002. BETTS, A., “The International Relations of the “New” Extraterritorial Approaches to Refugee Protection: Explaining the Policy Initiatives of the UK Government and UNHCR”, *Canada Journal on Refugee*, Vol. 22, nº 1, p.63.

21 Goodwin-Gill, G. S. y McAdam, J.: *op. cit.*, nota 17, p. 370 y ss.

22 Boed, R., (1994): “The State of the Right of Asylum in International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 51, nº 1, , p. 6.

23 Artículo 13, 33 y considerando 20 de la Directiva 2013/32 del Parlamento y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. DO L 180 de 29.6.2013.

24 Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968..

25 Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa. Acta Final. Helsinki 1975.

de 1933²⁶, donde en su artículo 23 reitera lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos: “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que toda persona, sin distinción alguna, tiene derecho, en caso de persecución, a buscar asilo y a disfrutar de él en otros países, así como regresar a su propio país”. Sin olvidar la Declaración sobre Asilo Territorial²⁷.

Respecto de los Tratados Internacionales regionales, también encontramos regulado este derecho a solicitar asilo en la Declaración Americana de los Derechos y de Deberes del Hombre²⁸, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹, en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos³⁰, o la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Por otra parte, y a pesar de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos³¹ no recoge el derecho a solicitar asilo, el mismo ha sido reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en forma de un recurso para hacer frente a la violación del artículo 3 del Convenio, al devolver a una persona a un lugar en el que su vida esté en peligro o pueda sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes³².

Pero el derecho de asilo no sólo tiene su reflejo en instrumentos internacionales, sino que también ha sido recogido en las constituciones de numerosos Estados con diferentes tradiciones jurídicas³³.

Por tanto, sería posible hablar de una práctica internacional relativa al derecho a solicitar asilo, derecho que evidentemente tiene una distinta regulación a nivel nacional pero cuya esencia, esto es, la posibilidad de formular una solicitud una vez en el territorio del Estado o en frontera (que es territorio bajo soberanía del Estado y en el que sería de aplicación dicha normativa), podría decirse permitiría hablar de la formación de una costumbre internacional. Por otra parte Gil-Bazo considera que sería posible afirmar la existencia del derecho de asilo, y en nuestro caso evidentemente a solicitar asilo, como principio general del derecho internacional y por tanto

26 Programa de Acción de Viena. Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

27 Declaración de Asilo Territorial. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

28 Declaración Americana de los Derechos y de Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

30 Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya

31 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

32 Entre otros véase *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom* (1991) European Court of Human Rights, Serie A no 215; *Cruz Varas and Others v. Sweden* (1991) European Court of Human Rights, Serie A no 201; *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (2012) European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2012; *Gebremedhin v. France* (2007) European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2007-II; *Jabari v. Turkey* (2000) European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2000-VIII.

33 Gil-Bazo, M.T., (2015): “Asylum as a General Principle of International Law”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, nº 1, pp. 24–25.

*“legally binding when it comes to the interpretation of the nature and scope of states’ obligations towards individuals seeking protection”*³⁴

Partiendo de la existencia de dicha costumbre que vendría ser de carácter universal, o del principio general del derecho internacional, podría considerarse que Hungría, mediante dichas actuaciones de rechazo en frontera, podría estar violando el mencionado derecho a buscar protección internacional, reconocido a aquellas personas cuyas vidas se encuentran en riesgo.

La importancia de reconocer la existencia de dicho derecho a solicitar asilo en el caso de Hungría radica en que dicha solicitud permitiría poner en marcha la normativa sobre procedimiento de asilo, que conllevaría el reconocimiento de las garantías recogidas en la Directiva de Procedimiento, entre las que se encuentra la permanencia en el territorio de la UE hasta que se resuelva la solicitud.

Otra cuestión a tomar en consideración en cuanto al derecho a solicitar asilo es la relación de este último con el principio de *non-refoulement*. Atendiendo al artículo 33 de la Convención de Ginebra que establece que “ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”, podría considerarse que dicho principio sería únicamente de aplicación una vez reconocido el estatuto de refugiado. Esta interpretación restrictiva llevaría a dejar sin valor la aplicación del mismo, ya que si fuese posible denegar la aplicación de dicho principio a los solicitantes de asilo, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “se tornaría este derecho ilusorio y vacío de contenido, sin ningún valor o efecto”³⁵. Esta opinión es también la mantenida por ACNUR³⁶. En todo caso, consideramos por tanto que el concepto de *non refoulement* recogido por el Estatuto resulta demasiado restrictivo si tomamos en consideración la práctica internacional actual. Entendemos que resultaría más acorde con dicha práctica la definición recogida por Lambert que establece que, “*Refoulement refers to expulsion, deportation, removal, extradition, sending back, return or rejection of a person from a country to the frontiers of a territory where there exists a danger of ill-treatment, i.e. persecution, torture or inhuman treatment*”³⁷. O la más escueta pero también precisa de Goodwin-Gill: “*the obligation on states not to send individuals to territories in which they may be persecuted, or in which they are at risk of torture or other serious harm*”³⁸.

34 *Ibid.*, p. 28.

35 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, Párrafo 210.

36 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, No-Devolución, UN Doc. 6 (XXVIII)-1997. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, 2007.

37 Lambert, H., (1999): “Protection against refoulement from Europe: Human Rights Law comes to the rescue”, *International and Comparative Law Quarterly*, n° 48, p. 519.

38 Goodwin-Gill, G. S., (2011), “The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement”, *International Journal of Refugee Law*, n° 23, p. 444.

De esta imposibilidad de retornar a la persona sin que se haya analizado previamente su solicitud de protección internacional, se derivaría por tanto un derecho a presentar una solicitud de asilo³⁹ a fin de determinar si la persona puede o no ser devuelta a su país de origen o a un tercer país por el que haya estado en tránsito. Algunos autores van más allá y consideran que implicaría un derecho al asilo.⁴⁰

Respecto de la obligatoriedad de este principio de *non refoulement* para Hungría, además de haber sido considerado como una costumbre internacional, también es necesario determinar que el mismo ha sido calificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹ -aunque su jurisprudencia no se aplicable al caso- y por algunos especialistas en la materia, como un principio de *ius cogens*⁴², lo que permitiría sin lugar a dudas determinar su aplicación en Hungría y considerar una violación del mismo el rechazo en frontera de estas personas.

4. La regulación de la Unión Europea relativa al derecho a solicitar asilo

A la hora de llevar a cabo un análisis acerca de la compatibilidad del derecho a solicitar asilo con las mencionadas medidas adoptadas por Hungría para hacer frente a la entrada irregular de refugiados, nos centraremos principalmente, tal y como señalamos en la introducción de este trabajo, en dos normas: la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en cuyo artículo 18 se recoge el derecho de asilo, y la Directiva de Procedimiento.

4.1. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Como es de sobra conocido, el Tratado de Lisboa vino finalmente a reconocer a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE el mismo valor jurídico que a los Tratados⁴³, recogiendo el artículo 18, tal y como hemos mencionado, el derecho de asilo. Concretamente el artículo 18 establece que:

“Se garantiza el derecho de asilo dentro del respecto 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 de la Unión Europea y con el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados «los Tratados»)”

Evidentemente la pregunta aquí es si este artículo garantiza el derecho a solicitar asilo, esto es un derecho a requerir que se dé inicio a un procedimiento de reconocimiento de protección internacional y a que se desarrolle dicho procedimiento.

39 Confirmado también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 25 de Noviembre de 2013 en el Caso Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 272.

40 Gil-Bazo, M.T.: *op. cit.*, nota 33, pp. 11-14.

41 OC-21/14, párr. 225.

42 Allain J., (2002): “The jus cogens Nature of non refoulement”, *International Journal of Refugee Law*, nº 13, p.539.

43 Artículo 6.1 TUE.

4.1.1. El concepto de asilo.

La primera cuestión a resolver es la relativa a qué entiende la Unión Europea por derecho de asilo, o simplemente por asilo, y ello debido a que el artículo 18 de la Carta, a pesar de llevar por título derecho de asilo, hace referencia a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. Por otra parte, también mencionaremos que en la propia normativa de desarrollo de la Unión, la Directiva de Reconocimiento, se recoge la protección otorgada mediante el reconocimiento del estatuto de refugiado (reconocidos como refugiados), de protección subsidiaria (reconocidos como beneficiarios de protección subsidiaria)⁴⁴ o la protección temporal (reconocidos como beneficiarios de protección temporal)⁴⁵, en ningún caso se habla de asilados.

Tal y como recoge el artículo 18 de la Carta, el derecho de asilo se reconocerá de conformidad con los Tratados, y si nos acercamos a la regulación que del asilo realiza el TFUE, encontramos que en su artículo 78 se establece que la “Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal”, por lo que parece venir a identificar el estatuto de refugiado recogido en la Directiva de Procedimiento con el estatuto de asilo. Esta identificación se realiza de nuevo en el apartado 2 de dicho artículo, en el que se hace referencia a un estatuto uniforme de asilo y a un estatuto uniforme de protección subsidiaria. Por tanto, y en atención a esta redacción, podría entenderse al realizar el artículo 78 dicha identificación, que el derecho de asilo está previsto para los beneficiarios del estatuto de refugiado. Pero profundizando en el análisis de dicho artículo observamos que en el apartado 2 se establece que el Parlamento y el Consejo adoptarán medidas para el desarrollo de un sistema común de asilo en el que estarán incluidos los estatutos antes mencionados (asilo y protección subsidiaria). Por tanto, de este párrafo puede extraerse una definición más amplia del asilo, que incluiría los tres tipos de protección recogidos en el artículo 78 y en la normativa de desarrollo, esto es, podríamos hablar de un paraguas común que sería el sistema europeo común de asilo bajo el que se encontrarían el estatuto de refugiado (o de asilo según el artículo 78), el estatuto de protección subsidiaria y la protección temporal.

Este concepto amplio de asilo viene también confirmado por los Programas de Tampere⁴⁶, La Haya⁴⁷ y el más reciente programa de Estocolmo⁴⁸, en el que se

44 Los dos supuesto de protección se recogen en la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. DO L 337 de 20.12.2011.

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

46 Consejo Europeo (1999): Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

47 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” DO C 236 de 24.9.2005. Sobre los programas de Tampere y de La Haya vid. Fernández Arribas, G. (2007): *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Comares, pp. 80-83.

recoge el objetivo de establecer un “espacio común de protección y solidaridad que se base en un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme para las personas a las que se concede protección internacional”⁴⁹, por lo que de nuevo bajo el concepto de asilo se incluye los diferentes tipo de protección. Pero lo que finalmente confirma este concepto amplio de asilo es la afirmación recogida en el mencionado Programa de Estocolmo, que establece que:

"es fundamental que las personas, independientemente del Estado miembro en el que se presentó su solicitud de asilo, reciban un nivel de tratamiento equivalente en relación con las condiciones de recepción y el mismo nivel en lo referente a la tramitación del procedimiento y la determinación del estatuto”⁵⁰.

De este modo, se entiende que las personas necesitadas de protección internacional presentarán una solicitud de asilo, esto es, una solicitud de protección internacional, y posteriormente mediante el procedimiento adecuado se determinará el tipo de protección que se le otorga.

Una vez determinado el concepto amplio de asilo que incluye estatuto de refugiado y protección subsidiaria, debemos aclarar el porqué de la necesidad de dicha amplitud. Ello se debe a que si entendiéramos el concepto de asilo establecido en la Carta y la normativa de desarrollo de la UE como únicamente la protección otorgada a aquellos que cumplen los requisitos establecidos en la Convención de Ginebra, la mayoría de los solicitantes de protección internacional procedentes de Siria, y que son principalmente el origen la llamada crisis de los refugiados⁵¹, no podrían optar a dicha protección, puesto que no cumplirían los requisitos establecidos en la Convención y en la normativa de desarrollo de la UE para la obtención del estatuto de refugiado⁵². A estos solicitantes les sería en principio de aplicación la protección subsidiaria establecida en el artículo 15 c)⁵³ de la Directiva 2011/95, en aplicación del conocido pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Meki Elgafaji y Noor Elgafaji⁵⁴, esto es, el estatuto de protección subsidiaria. Es por ello necesario determinar que el derecho recogido en la Carta afecta tanto a los que pue-

48 Como expone el Consejo Europeo en el Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, DOUE C nº 115/1, de 4 de mayo de 2010.

49 Programa de Estocolmo, epígrafe 6.2. *op. cit.*, nota 48, p. 12.

50 *Ibidem*

51 Gilbert, G., (2015): “Why Europe Does Not Have a Refugee Crisis”, *International Journal of Refugee Law*, Reino Unido, Vol. 27, nº 4, pp. 531-535.

52 A pesar de ello, por ejemplo Alemania concede a la mayoría de los solicitantes de protección internacional procedentes de Siria el estatuto de refugiado. Vid. European Asylum Support Office. *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union*, Alemania, 2014. Figure 15 and 25. Annex D5 and Annex D6.

53 Protección establecida para las personas que no cumplen los requisitos exigidos para el estatuto de refugiado pero si regresan a su país de origen corren el riesgo de sufrir daños graves, entre los que se encuentran «las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno».

54 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de Febrero de 2009, asunto C-465/07, Meki Elgafaji and Noor Elgafaji contra Staatssecretaris van Justitie

den ser beneficiarios de estatuto de refugiado como a los posibles beneficiarios de protección subsidiaria.

En todo caso, y dado que no es posible determinar previamente a la solicitud si la persona encajaría en una u otra categoría, la opción que evidentemente permitiría dar cumplimiento pleno al derecho de asilo establecido en la Carta sería la de permitir a cualquier persona que huye la posibilidad de solicitar protección internacional. Esto dejaría fuera de discusión la consideración del estatuto de refugiado para determinar las personas beneficiarias del derecho recogido en el artículo 18 de la Carta.

4.1.2. Contenido del Derecho a solicitar asilo.

Antes de centrarnos en el contenido del derecho a solicitar asilo, la siguiente cuestión a resolver es el ámbito de aplicación territorial, y en este sentido, a pesar de que la Carta únicamente señala que está dirigida a los Estados miembros, la misma es de aplicación en el territorio de éstos, lo que incluye la frontera, espacio en el que tienen lugar las agresiones llevadas a cabo Hungría. Tal y como señala Del Valle Gálvez, “la frontera es también un sitio geográfico en el que los Estados ejercen determinadas competencias territoriales y personales adaptadas a ese sitio o lugar”⁵⁵.

Respecto del contenido del derecho de asilo recogido en el artículo 18 de la Carta, debemos señalar que posiblemente las mayores diferencias de opinión e interpretación de este derecho se han centrado en determinar si conlleva o no un derecho a que se reconozca el asilo⁵⁶, asumiendo por otra parte que el derecho a solicitarlo existe.

En relación con la solicitud, se han analizados los requisitos para que las mismas puedan prosperar o para que se inicie el procedimiento, como por ejemplo la necesidad de presentar visados o pasaportes, pero el primer paso, esto es la posibilidad de solicitarlo una vez en el territorio y especialmente en la frontera del Estado aunque no sea de manera formal, ha quedado en la mayoría de los casos fuera de análisis.

De este modo, en este trabajo nos referimos al rechazo en frontera llevado a cabo por la policía húngara mediante el uso de la fuerza y gases lacrimógenos contra nacionales de terceros Estados, la mayoría sirios, potenciales solicitantes de asilo

55 Del Valle Gálvez, A.J., (2002): «Las fronteras de la Unión: el modelo europeo de fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, p. 306. Respecto del concepto de territorio de la UE, el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón señaló que “El Derecho de la Unión se aplica a los Estados miembros (artículo 52 TUE, apartado 1), cuyo territorio constituye así el «ámbito de aplicación territorial de los Tratados». No existe, por tanto, una definición propia o autónoma del «territorio de la Unión», sino que éste resulta de la suma de los territorios de los Estados miembros, cuya delimitación como espacio físico bajo soberanía estatal sólo puede verificarse en el marco del Derecho internacional mediante tratados de establecimiento de fronteras” Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 8 de septiembre de 2011, Asunto C-347/10 A. Salemink contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.

56 Harvey, C., (2004): “The right to seek asylum in the European Union”, *European Human Rights Law Review*, nº 1, p. 32.

que tenían intención de entrar en territorio húngaro. Dicho rechazo impide que el refugiado pueda formular una solicitud de protección internacional y que se inicie por tanto el procedimiento.

Respecto del derecho a solicitar asilo, tal y como recoge Gil-Bazo⁵⁷, en los trabajos preparatorios de la Convención para la elaboración de la Carta se presentaron diversas propuestas, y respecto de las mismas los redactores consideraron que era necesario dejar fuera la utilización exclusiva del término “*right to seek asylum*” al ser demasiado restrictivo, por lo que el debate se centró en decidir si utilizar el término “*right to asylum*” o “*right to seek and apply for asylum*”. De este modo puede deducirse que la intención de los participantes fue siempre la de reconocer el derecho a solicitar/buscar asilo, la duda se encontraba en si el mismo incluía el derecho a obtenerlo, de hecho como señala Gil-Bazo “*neither the wording of the provision, nor the intention of the drafters as agreed, was to restrict the content of this right to a mere procedural right to apply for asylum*”⁵⁸, por lo tanto entendemos que el mismo estaba plenamente aceptado. Esta idea viene confirmada también por Goodwin-Gill y McAdam al afirmar que en el ámbito internacional “[t]he right is limited to a procedural right to apply for asylum, rather than a substantive right to obtain it”⁵⁹, confirmando la tendencia a reconocer el derecho a solicitar asilo.

Por otra parte, el artículo 18 establece que dicho derecho se garantizará de conformidad con lo establecido en los Tratados, y el artículo 78 TFUE que regula la política común en materia de asilo se remite a lo establecido en los tratados pertinentes en la materia. Si bien es cierto que no existe ningún tratado internacional que reconozca expresamente el derecho de asilo, se ha venido a establecer que el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece el derecho de asilo⁶⁰, tiene su expresión en el artículo 33 de la Convención de Ginebra que recoge el derecho de no devolución⁶¹.

Este derecho de no devolución ha sido reconocido no sólo como no devolución una vez que la persona ha obtenido el estatuto de refugiado, sino también, tal y como señalábamos en el epígrafe relativo al derecho internacional, como un derecho a que la persona no sea devuelta a su país de origen sin que su solicitud haya sido analizada, ya que en caso contrario no tendría sentido el reconocimiento de este derecho, dado que sería posible enviar de vuelta a toda persona necesitada de protección internacional por el simple hecho de no haberse dado comienzo al procedimiento de asilo⁶².

57 Gil-Bazo, M.T., (2008): “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the right to be granted asylum in the Union Law”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 27, nº 3, pp. 42-45.

58 Gil-Bazo, M.T., *op. cit.*, nota 57, p. 46.

59 Goodwin-Gill, G. S. Y McAdam, J., *op. cit.*, nota 17, p. 368.

60 Por otra parte debemos señalar que tal y como recoge Peers el derecho de asilo recogido en la Carta es mucho más amplio que el recogido en la Declaración universal referido al derecho a buscar y disfrutar de asilo. PEERS, S., “Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights”, *European Journal of Migration and Law*, nº 3, 2001, p. 161.

61 Gammeltoft-Hansen, T. y Gammeltoft-Hansen, H., *op. cit.*, nota 18, p. 441.

62 En este sentido ACNUR considera que “*It follows that the principle of non-refoulement applies not only to recognized refugees, but also to those who have not had their status formally declared. The principle of non-refoulement is of*

Por tanto, consideramos que el derecho de asilo recogido en la Carta de Derechos Fundamentales recoge un derecho a solicitar asilo que debe ser respetado por los Estados miembros de la UE⁶³, y que de este modo el rechazo en frontera en las circunstancias que hemos señalado supondría una violación del mismo.

Pero este derecho a solicitar asilo recogido en la Carta no sólo consideramos que ha sido objeto de violación por parte de Hungría mediante el rechazo en frontera, sino también mediante la imposición de sanciones penales por la entrada ilegal en su territorio, sanciones que pueden consistir en la imposición de multas, la encarcelación o la expulsión del territorio⁶⁴.

La primera conclusión que nos puede llevar a considerar estas medidas como contrarias al derecho a buscar asilo es su efecto disuasorio, estos obstáculos tienen, entre otros objetivos, modificar la ruta de entrada en Europa de los solicitantes de asilo sabiendo que los mismos pueden ser objeto de sanciones penales si entran en territorio húngaro.

Pero si bien el efecto disuasorio puede ser un argumento débil para fundamentar la violación del artículo 18 de la Carta, la condena que conlleva la expulsión del territorio sin que se haya analizado su solicitud de asilo o se le haya dado la posibilidad de presentarla, supone sin duda una violación del derecho a solicitar asilo, principalmente en el sentido procedimental del término. De este modo la modificación de la normativa de procedimiento penal establece, tal y como señala el Hungarian Helsinki Committee, que “*In case of crisis situation due to mass immigration, in fact within the unspecified “territory” of such a crisis, criminal procedures related to acts committed in relation to the fence will have priority over all other procedures*”⁶⁵. Si bien es cierto que la persona puede antes, durante o después del procedimiento formular su intención de solicitar asilo, la misma podría no tener eficacia si el resultado del procedimiento penal fuese la expulsión del solicitante sin haberse incluso iniciado el procedimiento, o habiéndose iniciado no se le permita estar en el territorio hasta que concluya.

Por tanto, consideramos posible concluir que tanto los actos violentos de rechazo en frontera así como las sanciones penales impuestas a los solicitantes de asilo por el cruce irregular de frontera suponen una violación del derecho a solicitar asilo, que se desprende del derecho de asilo recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

particular relevance to asylum-seekers. As such persons may be refugees, it is an established principle of international refugee law that they should not be returned or expelled pending a final determination of their status”. Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, pp. 2-3.

63 Cuestión aparte lo constituye el análisis de la situación de Reino Unido y Polonia respecto de la obligatoriedad de la carta como consecuencia del Protocolo nº 30 sobre la aplicación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea a Polonia y a Reino Unido.

64 The Hungarian Helsinki Committee, «Opinion on the Governments amendments to criminal law related to the sealed border», 2015 en línea. En: <<http://helsinki.hu/wp-content/uploads/modification-of-criminal-laws-16092015.pdf>>.

65 *Ibidem*.

4. 2. Directiva de Procedimiento.

La Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional de 2013 es el resultado de la modificación de la Directiva 2005/85/CE⁶⁶, que establecía normas mínimas aplicables en los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado. Por tanto la Directiva actual, mediante su referencia a protección internacional, sería aplicable a potenciales beneficiarios del estatuto de refugiado y de protección subsidiaria.

Del mismo modo que en relación con la Carta de Derechos Fundamentales hemos analizado si las actuaciones llevadas a cabo por Hungría supondría una violación de la misma, en relación con la Directiva de Procedimiento analizaremos si de ésta se puede deducir un derecho a solicitar asilo y si la respuesta de Hungría a la crisis supondría una violación del mismo.

Antes de proceder al análisis del articulado de la Directiva con el fin de determinar la existencia de un derecho a solicitar asilo o una obligación de facilitar dicha solicitud por parte de los Estados miembros analizaremos, del mismo modo que hemos realizado con la Carta de derechos Fundamentales, el ámbito de aplicación territorial de la misma.

En este sentido, la Directiva en su artículo 3.1 establece que ésta será de aplicación en el territorio de los Estados miembros con inclusión de las fronteras. Por lo que no caben dudas acerca de la aplicación de la normativa recogida en la Directiva a aquellas personas que llegan a las fronteras del Estado solicitando asilo, a pesar de que los mismos no hayan podido todavía entrar en el territorio del Estado miembro. Pero en relación con la frontera, el artículo 8 de la Directiva establece que cuando se presuma que nacionales de terceros países que se encuentren en puestos fronterizos desean presentar una solicitud de asilo, el Estado deberá darles la información adecuada para hacerlo.

De la lectura de este artículo consideramos que podría surgir alguna duda respecto de las zonas fronterizas en las que no se han establecido puestos fronterizos habilitados al respecto, de tal modo que cabría preguntarse si en los casos en los que la persona es interceptada durante el cruce irregular de la frontera por lo lugares no habilitados sería de aplicación la Directiva.

En este supuesto consideramos que la interpretación del artículo 3.1 en el que se menciona únicamente la frontera del Estado, y no los puestos fronterizos, permitiría una aplicación de la misma a lo largo de toda la frontera lineal del Estado, aplicándose por tanto a las personas que podrían ser interceptadas cruzando irregularmente por zonas no habilitadas. De este modo, el artículo 8 estaría pensado principalmente para aquellos casos en los que estando en el puesto fronterizo, la persona pudiera estar en riesgo y no conoce la posibilidad de presentar una solicitud de protección internacional.

⁶⁶ Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. DO L 326 de 13.12.2005.

En cuanto al procedimiento, es necesario diferenciar entre la formulación de una solicitud de protección internacional, la presentación de la misma y el registro. Conforme al artículo 6 de la Directiva la formulación de la solicitud consistiría en la expresión del deseo por parte de la persona de acceder a la protección internacional, posteriormente las autoridades debería facilitar los medios necesarios para presentarla, a través de la cumplimentación de un formulario o mediante el medio que establezca la legislación nacional, y por último, dicha solicitud debería ser registrada para dar comienzo al procedimiento de estudio de la misma.

Respecto de las fases mencionadas, el artículo 6 parte del hecho de que la persona ha formulado su solicitud, estableciendo posteriormente las obligaciones para el Estado respecto del registro o presentación, pero el problema que planteamos en el caso del rechazo en la frontera húngara es que dichas personas no tienen acceso a la posibilidad de formular una solicitud de protección internacional, por lo que no cabría la posibilidad de aplicar la normativa referida a la presentación y registro establecida en el artículo 6.

Para determinar si existe o no derecho a formular una solicitud de asilo en la Directiva, nos remitiremos a su artículo 7, que si bien está pensado para solicitudes formuladas por cuenta de personas a cargo o de menores, en su apartado 1 establece que “[l]os Estados miembros garantizarán que toda persona mayor de edad que goce de capacidad jurídica tenga derecho a formular una solicitud de protección internacional por su propia cuenta”⁶⁷.

Junto con este derecho que es posible deducir del articulado de la Directiva, debemos remitirnos a los considerandos, ya que en el considerando 60 se establece que la Directiva busca promover la aplicación del artículo 18, entre otros, de la Carta de Derechos Fundamentales, y que la misma se debe aplicar en consecuencia. Esto nos lleva de nuevo a determinar que los Estados a la hora de aplicar la presente Directiva deberán tomar en consideración y dar cumplimiento al derecho de asilo recogido en el artículo 18 de la Carta, y que como indicamos en el apartado anterior recoge el derecho a solicitar asilo.

Por otra parte, el considerando 8 de la Directiva se remite al ya mencionado Programa de Estocolmo, que establece que “las personas que necesiten protección internacional deben tener acceso garantizado a procedimientos de asilo seguros y eficaces desde el punto de vista jurídico”. De este modo, en la Directiva y en el Programa de Estocolmo se estaría reconociendo también una obligación respecto de los Estados miembros, relativa a permitir el acceso a procedimientos de protección internacional.

Por tanto, de la lectura conjunta de los considerandos y de los artículos 3.1 y 7.1 de la Directiva podría deducirse un derecho a presentar una solicitud de asilo en frontera, derecho que conlleva una obligación para los Estados partes consistente en permitir que estas personas accedan a la formulación de dicha solicitud y que se

⁶⁷ Respecto de los menores se establece el mismo derecho, si bien las solicitudes además de por el mismo menor en caso de que tenga capacidad para hacerlo, podrán ser también presentadas por familiares o representantes.

inicien los trámites pertinente establecidos en la Directiva de procedimiento⁶⁸. A esto debemos añadir que en el caso de que la solicitud no fuese formulada ante las autoridades competentes, y nos estamos refiriendo a los casos de personas detenidas por fuerzas del orden en las fronteras durante la entrada irregular en el territorio, éstas deberían velar para que se lleve a cabo el registro de la misma.⁶⁹ En conclusión, el uso de la fuerza para rechazar en frontera a los potenciales solicitantes de asilo supondría una violación de lo establecido en el articulado de la Directiva respecto del derecho a formular una solicitud de asilo.

En lo relativo al arresto y condena a expulsión del territorio o a pena de prisión por cruce irregular de la frontera⁷⁰, si bien es cierto que este caso la persona sí tiene la posibilidad de formular una solicitud de asilo, el cumplimiento de la pena de expulsión supondría la violación del artículo 9 que establece el derecho a permanecer en el Estado miembro donde se ha realizado la solicitud. En todo caso, podría ser de aplicación el artículo 31 que prevé un examen acelerado en caso de entrada ilegal y de no haber formulado en plazo más breve posible una solicitud de protección internacional. Este procedimiento en todo caso se deberá cumplir con todas las garantías, y conlleva de nuevo que la persona permanezca en el país durante el tiempo de dure el mismo.

5. Conclusiones

1. Del desarrollo de este trabajo podemos concluir en primer lugar acerca de la existencia de un derecho a formular una solicitud de asilo tanto en el territorio de un Estado como en la frontera del mismo.

Si bien es cierto que respecto del contenido de asilo la cuestión problemática ha sido siempre la de si el mismo conlleva un derecho a obtener asilo, consideramos que es posible afirmar que el derecho a solicitarlo o a formular una solicitud de asilo que de inicio a un procedimiento es fácilmente reconocible en dicho derecho de asilo. De otro modo, no tendría sentido establecer una discusión sobre el derecho a obtener asilo si previamente no se ha reconocido un derecho a solicitarlo, el segundo supuesto carecería de efectos prácticos. Este último caso estaría muy relacionado con el principio de no devolución, aplicable a todos los solicitantes de protección internacional con anterioridad a que se le haya reconocido dicha protección.

2. En segundo lugar, se ha puesto de manifiesto en este trabajo que el derecho a solicitar asilo tiene su reflejo tanto en ámbito del derecho internacional, me-

68 Consideramos también oportuno mencionar las conclusiones del Comité Ejecutivo de ACNUR de 10 de Octubre de 2010 sobre Protection Safeguards in Interception Measures que *"Interception measures should not result in asylum-seekers and refugees being denied access to international protection"*

69 Art. 6.2 de la Directiva.

70 Respecto de la pena de prisión por cruce irregular, y a pesar de no ser esta materia objeto de nuestro trabajo, consideramos de interés el pronunciamiento del tribunal en asunto Achughbabian, ya que el encarcelamiento de estas personas podría impedir el retorno de las mismas en aplicación de la normativa europea (Directiva 2008/115), en caso de que no fuese reconocida su solicitud de asilo. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, Alexandre Achughbabian contra Préfet du Val-de-Marne.

diante su consideración como derecho consuetudinario o como principio general de derecho, así como en el ámbito de la Unión Europea, recogido tanto en la Carta de Derechos Fundamentales como en la Directiva de Procedimiento.

3. En base a dicha consideración del derecho de asilo, podemos establecer en tercer lugar que Hungría vendría a estar obligada a permitir formular una solicitud de asilo a aquellas personas que lleguen al territorio de su Estado o se encuentren en la frontera, obligación que vendría impuesta tanto en aplicación de la normativa internacional sobre la materia, como por aplicación de la normativa europea.

4. Una vez establecidas las obligaciones de Hungría, y en base a su actuación durante esta crisis, es posible concluir refiriéndonos en primer lugar al rechazo en frontera mediante el uso de la fuerza llevado a cabo por Hungría, que el mismo, dado que impide a las personas que se encuentra en la frontera formular una solicitud de asilo, supondría una violación del derecho a solicitar asilo recogido tanto en el ámbito internacional como de la Unión Europea.

5. Por otra parte, la imposición de sanciones penales, concretamente la expulsión de territorio por cruce irregular de frontera, supondría también la violación de un derecho procedimental a que se analice una solicitud de asilo. En estos casos consideramos que la persona al ponerse en contacto con las autoridades nacionales que la han detenido ha tenido la posibilidad de formular dicha solicitud de asilo, aunque no haya sido mediante un procedimiento formal o ante la autoridad competente, pero la expulsión del territorio o el no inicio del procedimiento para dar cumplimiento a la orden de expulsión violaría de nuevo el derecho procedimental a solicitar asilo.

6. Por tanto y para finalizar, si a estas violaciones del derecho a solicitar asilo, unimos, una vez sean confirmadas, las recogidas por la Comisión en su carta de emplazamiento, podría considerarse que Hungría estaría dentro del supuesto recogido en el artículo 3.2 del Reglamento de Dublín, que establece que:

“Cuando sea imposible trasladar a un solicitante al Estado miembro que se haya designado en primer lugar como responsable, debido a que hay razones fundadas para temer que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes en ese Estado miembro que implican un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Estado miembro encargado de la determinación seguirá examinando los criterios fijados en el capítulo III para decidir si otro Estado miembro puede ser designado como responsable”.

De este modo, Hungría quedaría fuera de la aplicación del Reglamento de Dublín, no pudiendo ser enviadas de vuelta aquellas personas que entraron por territorio húngaro, y por tanto, y a pesar de que mostró su rechazo, no pudiendo ser

tampoco país de acogida conforme al acuerdo de recolocación adoptado en Septiembre de 2015⁷¹.

Notas bibliográficas

- Allain J. (2002): "The jus cogens Nature of non refoulement", *International Journal of Refugee Law*, nº 13, pp. 533-558.
- Betts, A. (2004): "The International Relations of the "New" Extraterritorial Approaches to Refugee Protection: Explaining the Policy Initiatives of the UK Government and UNHCR", *Canada Journal on Refugee*, Vol. 22, nº 1, pp.58-70.
- Boed, R. (1994): "The State of the Right of Asylum in International Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 51, nº 1, pp. 1-34.
- Costello, C Y Hancox, E. (2015): "The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum Seeker and the Vulnerable Refugee" en Chetail, V, De Bruycker, P Y Maiani, F. (eds.) *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Martinus Nijhoff.
- Del Valle Gálvez, A.J. (2002): "Las fronteras de la Unión: el modelo europeo de fronteras", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, pp. 299-341.
- Del Valle Gálvez, A.J. (2005): "Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 9.
- European Commission, 2015: Press release. "Commission opens infringement procedure against Hungary concerning its asylum law". [en línea]. En: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6228_en.htm>
- Fernández Arribas, G., (2007): *Asilo y Refugio en la Unión Europea*, Comares.
- Gammeltoft-Hansen, T. y Gammeltoft-Hansen, H. (2008), "The right to seek- Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, pp. 439-459.
- Gil-Bazo, M.T. (2008): "The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the right to be granted asylum in the Union Law", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 27, nº 3, pp. 33-52.
- Gil-Bazo, M.T. (2015): "Asylum as a General Principle of International Law", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, nº 1, pp. 3-28.
- Gilbert, G. (2015): "Why Europe Does Not Have a Refugee Crisis", *International Journal of Refugee Law*, Reino Unido, Vol. 27, nº 4, pp. 531-535.
- Goodwin-Gill, G. S. (2011): "The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement", *International Journal of Refugee Law*, nº 23, pp. 443-457.
- Goodwin-Gill, G. S. Y McADAM, J. (2007): *The Refugee in International Law*, Oxford University Press.
- Harvey, C. (2004): "The right to seek asylum in the European Union", *European Human Rights Law Review*, nº 1, pp. 531-535.
- Lambert, H. (1999): "Protection against refoulement from Europe: Human Rights Law comes to the rescue", *International and Comparative Law Quarterly*, nº 48, pp. 515-544.
- Noll, G., Fagerlund, J. y Liebaut, F. (2002): "Study on the feasibility of processing asylum claims outside the EU against the background on the Common European Asylum system and the goal of a common asylum procedure", *The Danish Center for Human Rights*.

71 Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo de 22 de septiembre de 2015 por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia. DO L 248 de 24.9.2015.



- Peers, S. (2001): "Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights", *European Journal of Migration and Law*, nº 3, pp. 141–169.
- The Hungarian Helsinki Committee, "Opinion on the Governments amendments to criminal law related to the sealed border", 2015, (en línea). En: <<http://helsinki.hu/wp-content/uploads/modification-of-criminal-laws-16092015.pdf>>
- The Hungarian Helsinki Committee, "No Country for Refugees – New asylum rules deny protection to refugees and lead to unprecedented human rights violations in Hungary". 2015. [en línea]. En: http://helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC_Hungary_Info_Note_Sept_2015_No_country_for_refugees.pdf

Anexo documental

- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, No-Devolución, UN Doc. 6 (XXVIII)-1997.
- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, 2007.
- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol.
- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Conclusiones del Comité Ejecutivo de ACNUR de 10 de Octubre de 2010 sobre Protection Safeguards in Interception Measures.
- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Hungary as a Country of Asylum. Mato 2016.
- Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, "Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia" DO C 236 de 24.9.2005.
- Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968.
- Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa. Acta Final. Helsinki.
- Consejo Europeo (1999): Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.975.
- Consejo Europeo en el Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, DOUE C nº 115/1, de 4 de mayo de 2010.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Declaración Universal de Derechos humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.
- Declaración de Asilo Territorial. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.
- Declaración Americana de los Derechos y de Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.
- Directiva 2013/32 del Parlamento y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. DO L 180 de 29.6.2013.
- Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. DO L 208, de 26.10.2010.

- Directiva 2013/32 del Parlamento y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. DO L 180 de 29.6.2013.
- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. DO L 337 de 20.12.2011.
- Directiva 2001/55/CE del Consejo, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. DO L 212 de 7.8.2001.
- Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. DO L 326 de 13.12.2005.
- European Asylum Support Office. Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union, Alemania, 2014.
- Programa de Acción de Viena. Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.
- 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.