

VIII

EL DERECHO DE ASILO EN LA CARTA (ART. 18 CDFUE): UN COROLARIO ESENCIAL DEL «SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO»

NURIA ARENAS HIDALGO

Profesora Contratada

Doctora de Derecho Internacional Público, Universidad de Huelva
Centre for Migration Law, Radboud University Nijmegen (Países Bajos)

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. VIRTUALIDAD DEL RECONOCIMIENTO FORMAL DEL DERECHO DE ASILO EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN.—2. DEFINICIÓN DEL DERECHO DE ASILO EN LA UNIÓN EUROPEA: 2.1. *La referencia a la «Convención de Ginebra»: el derecho de asilo como el derecho a una solución duradera unida a derechos secundarios.* 2.2. *La referencia al «Derecho comunitario»: el derecho de asilo como estatuto de los refugiados.*—3. LA PROTECCIÓN EN CASO DE DEVOLUCIÓN, EXPULSIÓN Y EXTRADICIÓN. EL ARTÍCULO 19 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMPLEMENTO IMPRESCINDIBLE DEL DERECHO DE ASILO.—4. OTRAS DISPOSICIONES DE LA CARTA RELEVANTES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE ASILO Y DERECHO MIGRATORIO *LATO SENSU*.—5. EL TRATADO DE LISBOA Y EL FUTURO DEL «SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO».—6. CONCLUSIONES.

1. Introducción. Virtualidad del reconocimiento formal del derecho de asilo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

El reconocimiento del derecho de asilo en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales, más allá de su contenido sustantivo, conserva la especial virtualidad de suponer el primer texto que recoge tal derecho con la fuerza vinculante de un Tratado internacional a escala europea¹. Esta

¹ Véase el artículo 6.1 del Tratado de Lisboa: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre».

disposición no tienen parangón, no existe, efectivamente, ninguna convención de ámbito universal que disponga la garantía de tal derecho. Tras determinar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) que, «en caso de persecución, “toda persona tiene derecho a buscar asilo y disfrutar de él”, en cualquier país», este derecho fue ignorado por los tratados internacionales posteriores a la segunda guerra mundial que conforman el grueso del *corpus iuris* en materia de derechos humanos. La decisión de redactar un instrumento específico, en este caso, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951², considerada *lex specialis*, pretendía salvar esta aparente laguna. No obstante, el derecho de asilo no se contempla como tal en el convenio ginebrino, el cual se limita a definir el concepto de refugiado y a disponer un catálogo de derechos sustantivos que irían aparejados a su reconocimiento como tal. La redacción del Convenio diseñada, al menos en principio, para uso europeo³, puede explicar de igual forma el silencio del Consejo de Europa respecto de su principal instrumento de protección de derechos fundamentales. Tras los infructuosos intentos de incorporar el derecho de asilo al segundo Protocolo adicional⁴, es la jurisprudencia de Estrasburgo la que, a través del

bre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

El derecho de asilo ya había sido recogido en América Latina y África con anterioridad. Véanse los artículos 22.7 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos*, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 y 12.3 de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, aprobada el 27 de julio de 1981 en Nairobi, Kenia.

² Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Serie Tratados de Naciones Unidas, n.º 2545, Vol. 189, pág. 137. La Convención entra en vigor con carácter general el 22 de abril de 1954, para España el 14 de agosto de 1978 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978; corrección de errores en BOE, núm. 272, de 14 de noviembre). Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, entra en vigor con carácter general el 4 de octubre de 1967, para España el 14 de agosto de 1978 (BOE, núm. 252, de 21 de octubre de 1978; corrección de errores en BOE, núm. 272, de 14 de noviembre).

³ En virtud del artículo 1 A B del Convenio ginebrino, cada Estado contratante debía formular una declaración en la que precisara el alcance geográfico de sus obligaciones, circunscribiéndolas a Europa o extendiéndolas fuera de ella. Limitación geográfica que elimina el Protocolo Adicional de 1967.

⁴ CONSEJO DE EUROPA. Asamblea Parlamentaria. *Recomendación 293 (1961) on the right to asylum*. «Recommends to the Committee of Ministers: 1. that it should instruct the Committee of Government Experts which has already been entrusted with the task of studying problems relating to the European Convention on Human Rights to include in the Second Protocol to the Convention an Article on the right of asylum based on the attached draft; 2. that it should submit the draft Protocol prepared by the Committee of Experts to the Assembly for an opinion before signature by member Governments. Draft for an article relating to the right of asylum to be included in the Second Protocol to the

artículo 3 (prohibición contra la tortura), obliga a los Estados miembros, de forma indirecta, a disponer de cierta protección asilar siempre y cuando se viera implicado el principio de no devolución, ahora incorporado a la Carta de Derechos Fundamentales en el artículo 19. El artículo 3 que disponía un tradicional derecho de defensa, se vuelve prestacional al vincular a los Estados que se ven de esta forma compelidos a adoptar medidas específicas de protección con objeto de evitar un retorno prohibido⁵.

Con la redacción de la Carta de Derechos Fundamentales, y especialmente, tras los avances producidos en la última década en el marco del título VI del Tratado CE, con la reciente finalización de la primera etapa de la construcción del «sistema europeo común de asilo», se hace imprescindible un reconocimiento más explícito de un derecho clásico de la tradición constitucional europea.

Tal y como se afirma en el Preámbulo de la Carta, «Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes». De este modo, no podía excluirse el derecho de asilo, que resulta «una parte integral de la herencia común de la tradición europea»⁶. Su inclusión demuestra, en definitiva, que el asilo forma parte de los principios generales del Derecho comunitario⁷.

Bien es sabido que la razón de ser última en la elaboración de la Carta no está la de crear nuevos derechos sino en hacer más visibles los ya reconocidos y recopilar los derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión en la materia⁸. La Carta conserva, así, un claro afán compi-

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Article. 1. Everyone has the right to seek and to enjoy in the territories of High Contracting Parties asylum from persecution. 2. This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political offences. 3. No one seeking or enjoying asylum in accordance with paragraphs 1 and 2 of this Article shall, except for overriding reasons of national security or safeguarding of the population, be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in compelling him to return to or remain in a territory if there is well-founded fear of persecution endangering his life, physical integrity or liberty in that territory. 4. If a High Contracting Party rejects, returns or expels a person seeking or enjoying asylum in accordance with paragraphs 1 and 2 of this Article, it shall allow such person a reasonable period and the necessary facilities to obtain admission into another country».

⁵ Sobre la protección del derecho de asilo a través del CEDH, véase *inter alia*: Pablo SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova., 2001, págs. 133-148.

⁶ «an integral part of the common heritage of European tradition». CONSEJO DE EUROPA, Asamblea Parlamentaria. *Recomendación 434 (1965) on the granting of the right of asylum to European Refugees*.

⁷ Steve PEERS y Nicola ROGERS, *EU Immigration and Asylum Law*. Text and Commentaries, pág. 130.

⁸ En palabras de Lord Goldsmith Q.C. representante británico en la negociación de la Carta de Derechos Fundamentales: «the Charter will not impose new obligations on Member States. It will not create new rights. It will not create a parallel system to the

lador del acervo común en materia de derechos fundamentales —dejando al margen su pretendida vocación de símbolo legitimador del proceso de integración. Ello no resulta óbice de su intención garantista. Según el Preámbulo de la Carta, pretende «(...) reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social, y de los avances científicos y tecnológicos». En relación con el derecho de asilo, de igual forma, su reconocimiento no pretende añadir unas obligaciones jurídicas diferentes de las que a tal efecto ya se habían incorporado a la legislación de los Estados miembros. No obstante, su reconocimiento formal se convierte en el corolario esencial de la creación del «sistema europeo común de asilo». Hasta el momento, se habían adoptado normas sobre el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo, normas sobre el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, se había definido qué personas podían obtener el estatuto de refugiado o qué derechos sustantivos podían reclamar y que venían a definir, a escala europea, un derecho de asilo ausente del discurso y de las disposiciones de Derecho derivado⁹. De alguna manera, se había construido

European convention on Human Rights. But it will reinforce and strengthen a commitment to human rights. In short, for the first time the people of Europe have a clear and valuable statement of the rights, freedoms and principles which the union's institutions should respect (...).» GOLDSMITH, «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *Common Market Law Review*, 38, 2001, pág. 1216.

Véase también el *Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido*. «(...) Considerando que la Carta reafirma los derechos, las libertades y principios reconocidos en la Unión y hace que dichos derechos sean más visibles, pero no crea nuevos derechos ni principios». Tratado de Lisboa: DOUE C 306, 17/12/2007.

Bien es verdad en todo caso, como indica García Roca, que los redactores de la Carta van más allá del mandato en el contenido del texto y, de este modo, no puede considerarse a la Carta una mera recopilación o texto refundido. *Vid.* Javier GARCÍA ROCA, «Originario y derivado en el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los tests de constitucionalidad y convencionalidad», *Revista de Estudios Políticos* n.º 119, 2003, págs. 165-190. También en VVAA, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar*, Alberto Herrero (editor), Tecnos y Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques, Zamora, 2003, págs. 49-70.

⁹ Los pilares del «sistema europeo común de asilo» están representados por estas cuatro normas de Derecho derivado: el Reglamento Dublín II, La Directiva de Cualificación, la Directiva de Recepción y la Directiva de Procedimiento:

Reglamento (CE) 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. DOCE L 50 de 25.2.2003.

Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. DOUE L 304 de 30.9.2004.

el tejado sin apuntalar los cimientos. Con la redacción del artículo 18, y por ende del 19 en relación al principio de *non refoulement*, se llena una laguna insostenible para un derecho clásico que, a la postre, lo refuerza al rodearlo de aquellas garantías propias del Derecho originario.

2. Definición del Derecho de Asilo en la Unión Europea

En virtud del artículo 18 de la Carta:

«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».

Con objeto de analizar el contenido de la citada disposición, es importante detenernos en las «Explicaciones» que, a tal efecto, han sido elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium, como reconocida vía de interpretación de la Carta. Esta fuente nos proporciona información acerca del ámbito de aplicación del derecho de asilo *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione loci*¹⁰.

Efectivamente, según se dispone en las ‘explicaciones’, el texto del artículo 18 se ha basado en el artículo 63 del Tratado CE —artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)—, luego en lo que respecta al ámbito de aplicación *ratione materiae*, dispone la normativa

Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. *DOUE L* 31 de 6.2.2003.

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. *DOUE L* 326 de 13.12.2005.

¹⁰ «El texto de este artículo se ha basado en el artículo 63 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo III-266 de la Constitución, que impone a la Unión el respeto de la Convención de Ginebra sobre los refugiados. Conviene remitirse a las disposiciones de los protocolos relativos al Reino Unido y a Irlanda anejos [al Tratado de Ámsterdam] a la Constitución así como a Dinamarca, para determinar en qué medida estos Estados miembros aplican el Derecho de la Unión en la materia y en qué medida este artículo les es aplicable. Este artículo respeta el Protocolo sobre asilo anejo a la Constitución».

La Conferencia reconoció que las ‘Explicaciones’ no tenían valor jurídico por sí mismas, si bien constituían un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta. No obstante lo anterior, conviene recordar el texto del artículo 112.7 del infructuoso Tratado constitucional según el cual «Las explicaciones elaboradas para guiar la interpretación de la Carta de Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros».

Véase: *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, *DOUE C* 310, 16/12/2004, págs. 424 y 437.

de referencia que impone a la Unión el respeto a la Convención de Ginebra sobre el derecho de los refugiados.

En segundo lugar, subraya las obligaciones que al respecto del ámbito de aplicación *ratione personae* tienen los Estados miembros en virtud del *Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea* —número 25 del Tratado de Lisboa—, según el cual los Estados miembros se consideran recíprocamente países seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con la admisión y examen de las solicitudes de asilo. De esta forma, la demanda de asilo de todo ciudadano comunitario sólo podrá declararse admisible en casos excepcionales. No quiere esto decir que nos hallemos ante una cláusula de exclusión que impida la presentación de una solicitud de asilo de todo nacional de un Estado miembro, pero ésta será analizada a través de un procedimiento excepcional regulado en el Protocolo de referencia.

Por último, las ‘explicaciones’ dan cuenta de la fragmentación espacial derivada de los Protocolos de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca que al respecto del asilo sufren las disposiciones del Título IV del Tratado CE¹¹. Así, el ámbito de aplicación *ratione loci* de las disposiciones relativas a este derecho en territorio comunitario se hace efectivo en veintiséis de los veintisiete Estados miembros tras la negativa de Dinamarca a participar en estas materias; las disposiciones no son de obligado cumplimiento para ella.

En opinión de Battjes, el artículo contiene dos elementos. El primero determina la existencia del «derecho de asilo» y el segundo impone la obligación de «garantizar» este derecho «dentro del respeto» de las normas de la Convención de Ginebra y «de conformidad» con el Tratado constitutivo de la Comunidad europea¹².

La referencia al Convenio de Ginebra y al Derecho comunitario como estándares interpretativos sigue la clásica línea de interpretación de los derechos humanos en sede comunitaria. Ya en *Nold* el Tribunal de Justicia disponía que los tratados internacionales «pueden aportar indicaciones», no obstante, los derechos que derivan de esas fuentes han de interpretarse «within the framework of the structure and objectives of the Community»¹³. De esta forma, la referencia en el artículo 18 a ambas fuentes de Derecho interconectadas cobra todo su significado.

¹¹ *Vid.* Protocolos número 22 y 23, sobre la posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca respectivamente.

¹² Hemme BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Martinus Nijhoff Publisher, 2006, pág. 111.

¹³ «(...) Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the member states have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of community law». *Tribunal de Justicia de la Unión. 14 de mayo de 1974.* - J. Nold, *Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities.* - Case 4-73, para. 13.

Hailbronner va más allá y defiende que las referencias a ambos, el CEDH y el Convenio de Ginebra, implica que los derechos alegados por los individuos de conformidad con estos instrumentos, comparten el rango jerárquico del Derecho originario¹⁴. Suponen, en todo caso, un estándar de mínimos para la actuación comunitaria que se ve compelida de este modo a observar sus disposiciones a modo de mínimo común denominador. Todas las disposiciones que conforman el «sistema europeo común de asilo» (actual artículo 78 1 y 2 TFUE: estatuto uniforme de asilo, estatuto uniforme de protección subsidiaria, sistema común de protección temporal, procedimientos comunes para la determinación del estatuto de refugiado, criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable de examinar la demanda de asilo, normas sobre acogida y las asociación y cooperación con terceros países) se hallan condicionadas por este requisito de compatibilidad con el DIR. En definitiva, dicha exigencia persigue evitar los consabidos conflictos entre diferentes obligaciones de los Estados miembros.

2.1. LA REFERENCIA A LA «CONVENCIÓN DE GINEBRA»: EL DERECHO DE ASILO COMO EL DERECHO A UNA SOLUCIÓN DURADERA UNIDA A DERECHOS SECUNDARIOS

En primer lugar, la Carta se remite a la convención considerada piedra angular del Derecho internacional de los refugiados (DIR). En concreto, el texto utiliza la expresión «dentro del respeto de las normas», en lugar de la más común «de conformidad con». La diferente expresión utilizada no es baladí y se justifica desde el momento en que la Convención de Ginebra, en realidad, no contempla el derecho de asilo y el artículo 18 de la Carta tiene un ámbito mayor que aquel de la DUDH (derecho a buscar y disfrutar de asilo)¹⁵. No se dispone definición alguna del asilo en el Convenio ginebrino que se caracteriza, por el contrario, por contemplar en el artículo 1 A 2), el concepto mundialmente reconocido de refugiado y la «condición jurídica» (capítulo segundo del tratado) que se ha de prestar a éstos en el territorio de los Estados contratantes¹⁶.

¹⁴ Kay HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Kluwer Law International, 2000, pág. 40.

¹⁵ Steve PEERS, «Immigration, Asylum and the European Charter of Fundamental Rights», *European Journal of Migration and Law*, 3, 2001, pág. 161.

¹⁶ Artículo 1 A 2) del Convenio de Ginebra: «A los efectos de la presente Convención, el término «refugiado» se aplicará a toda persona que: (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a el».

Así, y en atención al sentido literal de los términos del artículo 18 y del contexto de la disposición, es posible afirmar que el derecho de asilo implica «el derecho a una solución duradera a través de una protección que ha de ser adecuada y que incluye la solicitud de derechos secundarios», no es otra la principal consecuencia del vínculo ineludible dispuesto con la Convención de Ginebra.

Este reconocimiento del derecho de asilo vinculado a un catálogo de derechos secundarios, saludado por algunos como un gesto valiente y audaz¹⁷, no implica, no obstante, la obligación de garantizar asilo. El artículo 18 obliga meramente a garantizar el ejercicio de este derecho. Se hace necesario distinguir entre la reclamación del asilo por parte de un refugiado que la Carta reconoce y la obligación de garantizar asilo que la Carta no impone. La obligación de garantía ha de ser resuelta conforme al Convenio de Ginebra lo que implica un estándar material. Además, se ha de hallar en consonancia con el Tratado de la Comunidad Europea lo que pretende asegurar que el derecho de asilo no pueda ser invocado contra el Protocolo español que condiciona este derecho.

El derecho de asilo bajo este contexto jurídico llevaría aparejadas dos consecuencias del todo relevantes. En primer lugar, siempre que un Estado miembro proceda a la devolución de un solicitante de asilo a un tercer país —evidentemente se ha de tratar de un tercer país seguro— se ha de garantizar que aquellos que tengan derecho al asilo disfruten de una solución duradera vinculada a derechos secundarios. Y en segundo lugar, siempre y cuando el Estado miembro admita el examen de la demanda de asilo, ello llevará aparejado la garantía de una solicitud duradera. Para los refugiados ésta se materializaría en un permiso de residencia; para aquellos que no sean reconocidos como tales, pero se hallen en disponibilidad de reclamar protección en otro sentido (art. 3 CEDH) se les ha de garantizar un estatuto y derechos apropiados.

En definitiva, el derecho de asilo implica que aquellos que se encuentren en necesidad de protección tendrán derecho a un estatuto adecuado.

2.2. LA REFERENCIA AL «DERECHO COMUNITARIO»: EL DERECHO DE ASILO COMO ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

En cualquier caso, la obligación de garantizar el derecho de asilo «de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea» supone que este derecho ha de ser ejercido bajo las condiciones que ha dispuesto la Comunidad en la regulación llevada a cabo en la última década y que

¹⁷ Hemme BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, *op. cit.*, pág. 111.

viene representada por el Título IV y el artículo 63 TCE —actual artículo 78 TFUE— como disposición de cabecera¹⁸.

La referencia al artículo 63 TCE/78 TFUE reduce el carácter tradicionalmente abierto del derecho de asilo en su concepción clásica. Los Estados miembros están obligados a aplicar las normas de Derecho derivado que conforman el «sistema europeo común de asilo» y, por tanto, a garantizar éste bajo ese paraguas conceptual; en las condiciones y a las personas que ese catálogo normativo dispone. El margen de apreciación del que tradicionalmente han disfrutado los Estados de conformidad con el Convenio de Ginebra de 1951 se ve limitado y con ello las posibilidades de obtener protección internacional fuera de sus estrictos límites; proporciona en cualquier caso mayores garantías, al menos, en lo relativo a la consabida seguridad jurídica. El sistema está conformado en su mayor parte de Directivas, por lo que a este respecto es necesario recordar su carácter de mínimos y las posibilidades que conservan los Estados de disponer en la transposición de las mismas una regulación al alza. Habrá que estar, por tanto también, a las normativas de aplicación de las normas de Derecho derivado que comprenden el «sistema europeo común de asilo» en los Estados miembros con objeto de conocer el alcance en la práctica del derecho de asilo en el sentido más amplio del término. El contenido del derecho de asilo, en definitiva, se nutre de las normas del DIR tal y como son definidas por el Derecho comunitario y aplicadas por los Estados miembros en sus legisla-

¹⁸ Artículo 78 TFUE: «1. La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes.

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo que incluya:

- a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión;
- b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional;
- c) un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva;
- d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria;
- e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria;
- f) normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria;
- g) la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal».

ciones nacionales. Derecho internacional, comunitario y nacional se hallan así necesariamente interconectados.

Desde el momento en que el artículo 18 se basa en el artículo 63 TCE/78 TFUE hay que tomar en consideración que este último parte de una distinción inicial, la diferencia entre el asilo y otros modelos de protección internacional, como son la protección subsidiaria y la temporal. Por un lado se garantiza el derecho de asilo y de forma separada el respeto al principio de *non refoulement* para cuya garantía se arbitran esos otros modelos de protección internacional de carácter temporal. Por un lado se ofrece protección subsidiaria para aquellos nacionales de un tercer país o apátridas que no reúnen los requisitos para ser refugiados, pero respecto de los cuales se den motivos fundados para creer que, si regresasen a sus países de origen o en el caso de apátridas, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir algunos de los daños graves definidos en el artículo 15 de la misma Directiva¹⁹. Y por otro se dispone de protección temporal, un procedimiento de carácter excepcional, por el que en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección²⁰.

Así las cosas, en Derecho comunitario se dispone de tres formas de protección: asilo para refugiados, protección temporal para refugiados y personas desplazadas en condiciones de afluencia masiva y protección subsidiaria para personas necesitadas de protección y que no puedan acogerse a los dos modelos anteriores. El asilo, por tanto, no resulta de naturaleza temporal y se reserva para aquellas personas reconocidas como refugiados, concepto, por otra parte, equiparable al del convenio ginebrino pues dis-

¹⁹ Artículo 2 e) de la *Directiva 2004/83 CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y 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*. DOUE L 304, 29/09/2004 (en adelante Directiva de Cualificación). Según el artículo 15 constituirán danos graves: a) la condena a la pena de muerte o su ejecución; b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen o c) 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.

²⁰ Artículo 2 a) de la *Directiva 2001/55/CE del Consejo de 21 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida*. DOCE L 212, 07/08/2001 (en adelante Directiva de Protección Temporal).

pone también de sus clásicos elementos objetivo y subjetivo: «temor fundado de persecución» por alguna de las «cinco razones tasadas».

Es cierto que el asilo en la acepción «sistema europeo común de asilo» comprende todos estos modelos de acogida; en este sentido, asilo sería equivalente al de 'protección internacional'. Sin embargo, el derecho de asilo como tal regulado por el artículo 18 de la Carta en relación indisoluble con el 63 del TCE conserva un significado más concreto.

Siguiendo la línea del Convenio de 1951, es necesario subrayar que la Directiva de cualificación no define el concepto de asilo, ni siquiera se refiere a él sino al más específico de «estatuto de refugiado». Tal y como avanzó ACNUR en los comentarios a la norma: 'la Directiva de Cualificación parece usar el término «estatuto de los refugiados» en el sentido de catálogo de derechos, beneficios y obligaciones que derivan del reconocimiento de esa persona como refugiado. Este segundo significado se describe mejor, en opinión de ACNUR, con la palabra «asilo»²¹.

Por otro lado, la referencia al artículo 63 TCE debe ser interpretado como una auto impuesta limitación de las competencias comunitarias en relación a la política de asilo, pues lleva aparejada el reconocimiento de la capacidad del Tribunal de Justicia para determinar si las instituciones comunitarias han transgredido las disposiciones de la Convención ginebrina en el tratamiento a los refugiados. Es de sobra conocido que la Convención de Ginebra no dispone de un sistema de supervisión o control del grado de cumplimiento estatal con las obligaciones del convenio a diferencia de otros tratados internacionales en el contexto del Derecho internacional de los derechos humanos. El Tribunal de Justicia en lo relativo a la Europa comunitaria, podrá jugar un importante rol en este sentido.

El primer párrafo del artículo 63 TCE/78 TFUE no sólo se refiere a la necesidad de legislar «con arreglo a la Convención de Ginebra» —«deberá ajustarse» según la nueva redacción del artículo 78 si cabe más imperativa—, sino también a «otros tratados pertinentes». A este respecto, es preciso traer a colación disposiciones de especial relevancia en este área dentro de aquellos tratados de los que los Estados miembros sean signatarios. Así, los artículos 7, 13 y el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Todos ellos tendrían la misma fuerza vinculante que la dispuesta para el CEDH o la Convención de Ginebra²². El DIR tiene efecto en el orden comunitario a través de las

²¹ UNHCR, *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted* (OJ L 304/12 of 30.9.2004). January 2005. Article 2 Definitions: págs. 10-11. Traducción libre de la autora.

²² Kay HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law...*, op. cit., pág. 46.

referencias del art. 63. Las exigencias de compatibilidad con el Convenio ginebrino y otros tratados pertinentes no tienen precedentes en el Tratado de la Comunidad europea o de la Unión —recuérdese que en el caso del artículo 6.2 del TCE/6.3 TFUE el Derecho internacional actúa de forma indirecta, a través de los principios generales del Derecho²³.

Es preciso tomar en consideración también los tratados «en los que han colaborado» los Estados miembros, si bien en este caso, no se trata de fuentes de obligación directa sino que sirven como fuente de inspiración para los principios generales del Derecho comunitario²⁴.

PIDCP: Artículo 7: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

Artículo 13: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

Artículo 17: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Convención contra la Tortura: Artículo 3 «1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos».

Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 22.1: «1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes».

²³ A parte del artículo 6 del TUE y el artículo 63. 1 del TCE, no se hallan referencias al Derecho internacional en los tratados, salvo la relativa al artículo 136 (disposiciones sociales), cuyo estándar obviamente es menos estricto, por lo que no resulta comparable. Artículo 6.3 TFUE: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

²⁴ Véase la sentencia de 22 de octubre de 2002, *Roquette Frères SA and Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la répression des fraudes*, C-94/00 (2002), ECR, pág. 09011, para. 23:

3. La protección en caso de devolución, expulsión y extradición. El artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales complemento imprescindible del derecho de asilo

- «1. Se prohíben las expulsiones colectivas.
2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes»²⁵.

El artículo 19 recopila el conjunto de obligaciones jurídicas de los Estados miembros en relación a la devolución de extranjeros de su territorio y que hasta ahora se hallaban dispersas en algunas disposiciones del CEDH, en Protocolos anejos a éste y en la propia jurisprudencia de Estrasburgo.

No se trata, por tanto, de una disposición tan novedosa en lo formal como el derecho de asilo, pero tampoco se reduce en exclusiva a disponer de un compendio de obligaciones desperdigadas. Véase más detenidamente.

El primer párrafo del artículo 19 incorpora parte del artículo 3.1 del cuarto Protocolo anejo al CEDH, junto con el artículo 4 de ese mismo tratado. Habida cuenta de que no todos los Estados miembros son miembros de este Protocolo, la incorporación de esta obligación a la Carta tiene la virtualidad de despejar todo tipo de dudas acerca del carácter vinculante de la prohibición de expulsiones colectivas, a partir de ahora además como parte del acervo comunitario²⁶.

«A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros *han cooperado o a los que se han adherido*. El CEDH reviste a este respecto un significado particular (véanse, en especial, las sentencias *Hoechst/Comisión*, antes citada, apartado 13, y de 6 de marzo de 2001, *Connolly/Comisión*, C-274/99 P, Rec. pág. I-1611, apartado 37)». La cursiva es de la autora.

²⁵ En virtud de las «Explicaciones» del Praesidium, el apartado 1 de este artículo tiene el mismo significado y alcance que el artículo 4 del Protocolo n 4 al CEDH, en lo referente a las expulsiones colectivas. Su objeto es garantizar que cada decisión se base en un examen concreto y que no se pueda decidir mediante una sola medida la expulsión de todas las personas que tengan la nacionalidad de un Estado determinado (véase también el artículo 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

El apartado 2 incorpora la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 3 del CEDH (véase la sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, Rec. 1996, VI-2206, y la sentencia *Soering* de 7 de Julio de 1989). Vid. *Explicaciones...*, *op. cit.*, pág. 437.

²⁶ Protocolo número 4 al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Artículo 3 «Prohibición de la expulsión de los nacionales. 1. Nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea ciudadano».

El artículo 19.2 incorpora la jurisprudencia de Estrasburgo respecto del artículo 3 CEDH, pues el contenido de este artículo como tal se recoge en una disposición separada, el artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales²⁷.

Se da contenido sustantivo, por tanto, al principio de *non refoulement* que deja de ser una obligación indirecta derivada del derecho a no ser sometido a tortura para tener cuerpo jurídico por sí mismo. Las obligaciones jurídicas que derivan del mismo no cambian, como ya se ha comentado respecto al derecho de asilo, más su formulación jurídica no deja de tener una relevancia incuestionable.

La jurisprudencia de Estrasburgo sobre la materia parte del principio básico de Derecho internacional en virtud del cual, los Estados conservan una competencia soberana con objeto de controlar la entrada y residencia de los nacionales de terceros países en su territorio, al tiempo que advierten del hecho incuestionable de la ausencia del derecho de asilo en el Convenio marco o los Protocolos²⁸. No obstante y en especial en los últimos años, se aprecia una jurisprudencia tendente a considerar la protección de los solicitantes de asilo y refugiados de forma directa, modulando la fundamentación jurídica en beneficio de éstos.

Tras la sentencia *Soering* cuya fundamentación se basó en la interpretación del derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes del artículo 3, consideraba prohibido también el riesgo de ser sometido a tales tratos en un Estado tercero al que pudiera devolverse. La extradición, expulsión, devolución de nacionales de terceros Estados podía

Artículo 4 «Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. 1. Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros».

España, Grecia y Reino Unido no son parte en el citado Protocolo.

Subrayamos la ausencia de toda referencia al artículo 3 del mismo Protocolo y que prohíbe la expulsión de los nacionales, por lo que no se recoge su contenido en la Carta.

²⁷ Artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales: «Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

²⁸ «At the outset, the Court observes that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including Article 3 (art. 3), to control the entry, residence and expulsion of aliens (see the *Moustaquim* judgment of 18 February 1991, Series A no. 193, pág. 19, para. 43, and the authorities cited therein). Moreover, it must be noted that the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols. This is borne out by several recommendations of the Assembly of the Council of Europe on the right of asylum (see Recommendation 293 (1961), Texts Adopted, 30th Ordinary Session, 21-28 September 1961, and Recommendation 434 (1965), Yearbook of the Convention, Vol. 8, págs. 56-57 [1965]) as well as a subsequent resolution and declaration of the Committee of Ministers (see Resolution 67 (14), Yearbook of the Convention, Vol. 10, págs. 104-105 [1967], and Declaration on Territorial Asylum, adopted on 18 November 1977, Collected Texts, 1987 edition, pág. 202)». *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, n 13163/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, para. 102.

considerarse contrario al artículo 3 CEDH, si tras la devolución la persona podía ser sometida a tratos prohibidos, o bien si ese desplazamiento en sí mismo, considerado por las circunstancias en que se produce o las particular vulnerabilidad del desplazado, constituía un trato prohibido²⁹.

En este contexto, ha insistido el Tribunal en la necesaria «gravedad» de los malos tratos, así como en el carácter personal de la persecución³⁰; de esta forma, las situaciones de violencia indiscriminada propias de conflictos armados difícilmente pudieran generar una violación del artículo 3 en caso de expulsión. Es más, en virtud de la Directiva de Cualificación se considera que sólo 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 pueden suponer un «daño grave» que diera lugar, no al asilo, pero sí a la protección subsidiaria³¹.

El comportamiento de la víctima es absolutamente irrelevante, incluso en casos extremos como aquellos contemplados por las cláusulas de exclusión del artículo 1 F) de la Convención de Ginebra —reproducidos en sede comunitaria en el artículo 12 de la Directiva de Cualificación³². En ese sentido, como el propio Tribunal se ha encargado de subrayar, la protección garantizada por el artículo 3 es más amplia que la prevista por el artículo 33 de la Convención de Ginebra³³.

En la jurisprudencia más reciente el TEDH ha dispuesto incluso en cuestiones sustantivas como la posibilidad de que agentes no estatales puedan hallarse en el origen de la persecución o sobre la aplicación del concepto de alternativa de huída interna o sobre los derechos de interprete, asistencia jurídica adecuada y el derecho a un recurso efectivo previo a la devolución y cierta modulación en cuanto a la exigencia en la individualización del riesgo³⁴. No obstante, el artículo 3 conlleva un límite intrínseco

²⁹ Case of *Soering v. United Kingdom*. Application n 14038/88, Judgement, Strasbourg, 07 July 1989.

Véase *inter alia*: Fernando REY MARTÍNEZ, «La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión (art. 2 CEDH y Protocolo 6º y 13º)», (Javier García Roca y Pablo Santolaya editores), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 67-95.

³⁰ *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom* (Application no. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87), Judgment, Strasbourg, 30 October 1991.

³¹ Véase: art. 15 Directiva de Cualificación.

³² *Chahal v. the United Kingdom* (Application no 22414/93), Judgment, Strasbourg, 15 November 1996.

³³ *Ahmed v. Austria* (Application n 25964/94), Judgment, Strasbourg, 17 December 1996.

³⁴ Vid., respectivamente: *N v. Finland* (Application n 38885/02), Judgment, Strasbourg 26 July 2005; *Hilal v. The United Kingdom* (Application no. 45276/99), Judgment, Strasbourg, 6 march 2001; *Conka v. Belgium* (Application no. 51564/99), Judgment, Strasbourg, 5 February 2002; *Chamaiev et 12 autres c. Georgie et Russie* (Application n. 36378/02), Judgment, Strasbourg, 12 April 2005.

en virtud del cual se protege la vida y la libertad física y moral exclusivamente en la medida en que el sujeto esté expuesto a un inmediato *refoulement*. En este sentido, el Tribunal ha quedado por detrás de la jurisprudencia de algunos Estados miembros.

Dejando al margen la virtualidad de su reconocimiento formal, el artículo 19.2 va más allá de la propia jurisprudencia del Alto Tribunal en lo que se refiere a su ámbito de protección material. Efectivamente, el artículo 19.2 no se limita a prohibir toda devolución en que concurra un riesgo de tortura o trato inhumano o degradante sino que añade el riesgo de ser sometido a la «pena de muerte». La prohibición codifica, por tanto he aquí la novedad, la prohibición implícita en el artículo 1 del Sexto Protocolo al CEDH³⁵. El artículo 19.2 supone, por tanto, un notable y bienvenido progreso en relación con el CEDH y otros estándares internacionales³⁶. No cabe duda de que la citada disposición parece avanzar desde la protección ofrecida por el CEDH, en relación con el principio de no devolución del que procede a realizar un notable desarrollo progresivo. Desde el caso *Soering* pueden hallarse una importante jurisprudencia en relación a casos relacionados con el corredor de la muerte, pero no existe hasta la fecha ninguno que prohíba directamente la devolución de un individuo que pudiera ser condenado a la pena de muerte como una violación de derechos fundamentales. Es un avance no obstante, desde el artículo 1 del Protocolo sexto al CEDH, pues no sólo se prohíbe la pena de muerte sino también toda extradición que pueda llevar aparejada el cumplimiento de esta condena fuera de nuestras fronteras. Aunque es previsible que el Tribunal de Estrasburgo aplique en el futuro el artículo 1 del sexto Protocolo con objeto de prevenir toda extradición en contradicción con su literal, el texto de la Carta proporciona una protección clara y actúa a modo de botón de muestra del potencial de la Carta con objeto de avanzar en el progresivo desarrollo de los estándares de derechos humanos en Europa.

Se ha discutido sobre el diferente estándar de exigencia entre el artículo 19.2 y la jurisprudencia de Estrasburgo en atención al tenor literal de la

³⁵ Protocolo Número 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 1. Abolición de la pena de muerte. «Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado».

³⁶ Recuérdese al respecto la primera codificación internacional del principio de *non refoulement*, el artículo 33 del Convenio de Ginebra de 1951: «Artículo 33. – Prohibición de expulsión y de devolución (*refoulement*). 1. 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 peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocarse los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país».

disposición de la Carta. Así, el artículo 19.2 requiere que el riesgo de maltrato sea «serio», mientras que de conformidad con la jurisprudencia de la Alta Autoridad judicial, el artículo 3 prohíbe la expulsión del nacional de un tercer Estado cuando el riesgo de maltrato sea «real». La «seriedad» del maltrato sería una variante que implicaría un mayor grado de previsibilidad que la cualificación de «real».

No obstante y en atención al objeto y fin de la Carta, no parece que fuera la intención del legislador incorporar un estándar diferente. El artículo 52.3 requiere que el significado y alcance de la protección, en caso de expulsión o extradición, sea el mismo que se corresponde con el artículo 3 tal y como esta disposición se define por el TEDH³⁷. Nada, por tanto, debe hacer pensar que el artículo 19.2 tenga la intención de excluir la expulsión del ámbito de aplicación del artículo 4 de la Carta. Más bien al contrario, toda persona que no encaje por completo en el artículo 19 estará en disposición de invocar el artículo 4 como base.

4. Otras disposiciones de la Carta relevantes en el ámbito del derecho de asilo y derecho migratorio *lato sensu*

Con objeto de conocer el contenido exacto del derecho de asilo en Europa no sólo hemos de acudir a la Convención de Ginebra como parámetro externo de control y al Derecho comunitario como compendio de normas que llenan de contenido las obligaciones al respecto adquiridas por los Estados en la esfera internacional, de igual forma, el resto de disposiciones de la Carta puede servir de contraste y vara de medir las obligaciones de los Estados a la hora de proporcionar protección asilar. Una de las disposiciones más importantes al respecto es el artículo primero de la Carta: el respeto a la «dignidad humana» que ha sido reconocido como la base misma del resto de derechos fundamentales y que el Tribunal de Luxemburgo considera forma parte del Derecho de la Unión³⁸. Los desarrollos que

³⁷ Artículo 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

³⁸ Artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida». La Explicaciones del Praesidium disponen que: La dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra la dignidad humana en su Preámbulo: «[...] Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los

en el futuro pueda evidenciar este derecho serán del todo útiles a la hora de construir el ámbito y contenido de los derechos secundarios de las personas necesitadas de protección. No es de extrañar, pues, que las Directivas de Cualificación y Recepción dispongan una referencia explícita a la dignidad humana³⁹. La dignidad humana deviene así parámetro de control y objeto o finalidad misma de las normas que conforman el «sistema europeo común de asilo», no es otro el fin que persiguen dichas normas de Derecho derivado.

La Carta contiene otros derechos de especial importancia para solicitantes de asilo o inmigrantes *lato sensu*. Así, el derecho a la vida, a la seguridad y libertad, a no ser sometido a tortura o a penas inhumanas o degradantes, derechos que si bien no habían sido reconocidos aún por el Tribunal de Justicia como parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, su expresa inclusión en la Carta despeja toda duda al respecto, dejando al margen el reconocimiento en este sentido del artículo 6.3 del Tratado de Lisboa para aquellos derechos, que como los mencionados, se hallan igualmente reconocidos en el CEDH.

Con esto se pretende afirmar el particular valor del que goza la Carta de Derechos Fundamentales en relación con los derechos de los nacionales de terceros países que se encuentran en nuestro territorio. En palabras de Peers «(...) la Carta es, al menos, un modesto paso adelante hacia un Derecho migratorio y de asilo basado en un enfoque garantista de derechos»⁴⁰.

No obstante, tras los avances producidos en el ámbito de la política comunitaria de inmigración, es importante subrayar algunas ausencias no-

miembros de la familia humana». En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, *Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo*, Rec. 2001, pág. 1-7079, apartados 70 a 77, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho».

³⁹ Parágrafos 10 y 5 respectivamente:

«La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. En especial, la presente Directiva tiene por fin garantizar el pleno respeto de la dignidad humana y el derecho al asilo de los solicitantes de asilo y los miembros de su familia acompañantes». Directiva de Cualificación, para. 10.

«La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en especial por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En particular, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto de la dignidad humana, así como promover la aplicación de los artículos 1 y 18 de la mencionada Carta». Directiva de Recepción, para. 5.

⁴⁰ Steve PEERS, «Immigration, Asylum and the European Charter of Fundamental Rights», *op. cit.*, pág. 141. Traducción libre de la autora.

tables del contenido de la Carta. Se echan en falta derechos de especial importancia para inmigrantes como la libertad de circulación y elección de residencia recogida en el artículo 2.1 del cuarto Protocolo al CEDH —recuérdese que la Carta tan sólo dispone la libertad de circulación de ciudadanos y residentes en el artículo 45—, la libertad de abandonar el país garantizada en el 2.2 del mismo Protocolo o las garantías del procedimiento en caso de expulsión de extranjeros del séptimo Protocolo. En estos casos, además, no debía ser en absoluto relevante el hecho de que algunos Estados miembros no sean parte de estos tratados, pues el mismo motivo no ha sido obstáculo para recoger las disposiciones relativas a las expulsiones colectivas de extranjeros⁴¹. Hasta aquí ha llegado el consenso comunitario en la materia superado ampliamente por la normativa interna, incluso en lo que se refiere a las garantías procesales en casos de expulsión o retorno de nacionales de terceros países. No obstante y de esta forma, el Tribunal de Justicia no podrá entrar a valorar la conformidad con la ley de medidas de expulsión o el correcto cumplimiento de derechos de defensa y representación. En realidad, no creemos que se trate de falta de acuerdo sobre la oportunidad y vinculatoriedad de estas normas en sede comunitaria sino más bien que no se ha producido aún la necesaria armonización sobre conceptos clave como decisiones de retorno, órdenes de expulsión, retorno voluntario, prohibiciones de reintegro, internamiento de irregulares o acuerdos de readmisión —si bien el Consejo de Europa dispone de importantes directrices en este sentido⁴²—.

Habrà que estar al contenido de la futura Directiva de Retorno que es previsible que contemple todos estos aspectos, pues no es otra su finalidad sino la de establecer procedimientos y normas comunes que han de aplicarse en los Estados miembros para el retorno de aquellos nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas la protección

⁴¹ Artículo 2, Cuarto Protocolo CEDH: «Libertad de circulación. 1. Toda persona que se encuentre en situación regular sobre el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia. 2. Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera incluso el suyo».

Artículo 1, Séptimo Protocolo CEDH: «Garantías del procedimiento en caso de expulsión de extranjeros. 1. Todo extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado del mismo más que en ejecución de una decisión adoptada conforme a la ley y debe poder a) hacer valer las razones que existan contra su expulsión; b) hacer que su caso sea revisado; c) ser representado para esos fines ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por esta autoridad».

Como se ha indicado anteriormente, España, Grecia y Reino Unido no son parte en el Protocolo número 4. En el caso del Protocolo número siete, no son parte España, Países Bajos y Reino Unido; éste último ni siquiera ha firmado el Protocolo.

⁴² CONSEJO DE EUROPA. *Twenty Guidelines on Forced Return*. September 2005.

de los refugiados y las obligaciones en materia de derechos humanos⁴³. Una vez adoptada y en función de su contenido, el Tribunal de Luxemburgo dispondrá de plena capacidad de control también sobre las decisiones de expulsión y las medidas de retorno.

5. El Tratado de Lisboa y el futuro del «sistema europeo común de asilo»

El proceso de integración ha permitido que nos hallemos a las puertas de la creación de una «jurisdicción exclusiva» sobre el derecho de asilo en una materia que tradicionalmente había pertenecido a la esfera más íntima de la exclusiva competencia soberana. Con la experiencia acumulada desde las iniciales perspectivas intergubernamentales, y aquellas derivadas de la consideración del asilo como área de «interés común» del Tercer Pilar en Maastricht, el Tratado de Amsterdam (Título IV del TCE) procede a la «comunitarización» del derecho de asilo en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado y que con la adopción del Reglamento Dublín II, las Directivas de Cualificación, Recepción y la finalización del plazo de transposición de la Directiva de Procedimiento —en diciembre de 2007— ha logrado la consecución de la primera fase de realización del «sistema europeo común de asilo», cuya hoja de ruta vino definida por el Consejo Europeo de Tampere⁴⁴. La segunda fase, cuya base jurídica se dis-

⁴³ Vid. Artículo 1 de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio*. Bruselas, 01/09/2005, COM (2005) 391 final.

Recuérdese que según la Directiva de Retorno «estancia ilegal» supone la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de estancia o residencia en ese Estado miembro (art. 3 b). Por tanto, tanto aquellos extranjeros que hayan entrado a territorio comunitario de forma ilegal, como aquellos que habiendo dispuesto de un estatus conforme a la ley se les expirase el visado, finalizase su permiso de residencia, obtuviesen una decisión negativa sobre su solicitud de asilo, etc., entrarían dentro del ámbito de aplicación de la citada norma de Derecho derivado.

⁴⁴ «El Consejo Europeo reitera la importancia que la Unión y los Estados miembros conceden al respeto absoluto del derecho a solicitar asilo. El Consejo Europeo ha acordado trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra; de ese modo, se logrará que ninguna persona sea repatriada a un país en que sufre persecución, lo que significa que se observará el principio de no devolución. A corto plazo, dicho sistema debería incluir la determinación clara y viable del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado. Debería también completarse con medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a

pone en el actual título IV «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» (arts. 67-80 del TFUE), según las modificaciones adoptadas tras el fallido intento de adopción de un Tratado constitucional enmendado por el vigente Tratado de Lisboa, pretende arbitrar un «procedimiento común» (no armonizado como el que propone la Directiva de Procedimiento), así como un «estatuto uniforme» para todos aquellos que se hallen en necesidad de protección, dispuesto para el año 2010⁴⁵. Como ha señalado Santolaya, «no es imposible que dentro de unos años (...) haya que explicar que España ha perdido su capacidad para determinar quién tiene derecho de asilo y que es una especie de Oficina de asilo europea la que lo hará, desde la consideración del asilo como un derecho fundamental que se ejerce en la totalidad del espacio de libertades (...)»⁴⁶.

Se produce, así, un importante salto cualitativo desde el Tratado de Ámsterdam a Lisboa. Mientras en el primero se disponían medidas para un desarrollo progresivo del «espacio de libertad, seguridad y justicia» (art. 61 TCE), en Lisboa, ya se afirma que la Unión es un espacio de tales características (art. 67.1 TFUE)⁴⁷; donde el antiguo Título IV se limitaba a establecer «medidas en materia de asilo» (art. 63.1 TCE), en su versión actual se pasa a hablar de una auténtica «política en materia de asilo» (art. 67.2 TFUE)⁴⁸ que ya no se basa en «normas mínimas» (art. 63.1

toda persona que necesite esa protección. Para ello, se insta al Consejo a que adopte, basándose en propuestas de la Comisión, las decisiones necesarias, con arreglo al calendario establecido en el Tratado de Ámsterdam y en el Plan de Acción de Viena. El Consejo Europeo destaca la importancia de consultar al ACNUR y a otras organizaciones internacionales. A largo plazo, las normas comunitarias deberían dar lugar a un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo (...). CONSEJO EUROPEO. Conclusiones de la Presidencia, 15-16 de octubre de 1999, paras. 13-15.

⁴⁵ «Towards a Common European Asylum System», COM (2000) 755 final, 22 November 2000.

⁴⁶ Pablo SANTOLAYA MACHETI, «El sistema europeo común de asilo y su recepción den España», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 12, 2006, pág. 88.

⁴⁷ Artículo 67.1 TFUE: «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros».

⁴⁸ Artículo 67.2 TFUE: «Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre los Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países».

Artículo 78.1 TFUE: «La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes».

TCE) sino que incluye un «estatuto y procedimiento común» (art. 78.2 TFUE)⁴⁹.

La perspectiva del Tratado de Lisboa respecto a la protección internacional es más ambiciosa y comprehensiva que el anterior capítulo IV. De hecho y en virtud del recién publicado «Libro Verde sobre el Futuro del Sistema Europeo de Asilo»⁵⁰, dicha política común se ve informada por tres objetivos: «mayor protección, mayor uniformidad y mayor solidaridad». Efectivamente, se observa una apuesta decidida por una definición más amplia de los derechos de aquellos que pudieran resultar beneficiarios de las medidas en materia de asilo, no obstante al mismo tiempo, las citadas medidas se habrá de hacer compatibles con una inusitada preocupación en materia de «seguridad» que se refleja en un número importante de disposiciones que no tienen precedente directo en las anteriores versiones del título IV, así medidas en materia de «seguridad interior», «seguridad nacional» o en las más amplias relacionadas con la prevención del terrorismo⁵¹.

Los elementos que componen el denominado «sistema europeo común de asilo» siguen siendo los mismos, salvo en lo que respecta a la disposición 78.2.g) «la asociación y cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal», prevista en el anterior Tratado constitucional y que viene a sen-

⁴⁹ Artículo 78.2 TFUE: «A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo que incluya:

- a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión; TL/es 81;
- b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional;
- c) un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva;
- d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria;
- e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria;
- f) normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria;
- g) la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal».

⁵⁰ Con la adopción del «Libro Verde sobre el futuro del sistema europeo común de asilo» ha dado comienzo, en palabras de la Comisión, un «exhaustivo» proceso de consulta con el objeto de identificar las opciones posibles dentro del actual marco legal de la UE para dar forma a la segunda fase de la construcción del SICA. La Comisión subraya a este respecto que los objetivos de la segunda fase deberían ser lograr un nivel de protección más elevado y una mayor uniformidad de la protección en todo el territorio de la UE y garantizar un mayor grado de solidaridad entre los Estados miembros de la UE. *Ver* COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo, COM (2007) 301 final, Bruselas, 06/06/2007.

⁵¹ Véase arts. 67.3, 71, 72, 73 y 75 TFUE.

tar las bases para la futura externalización del asilo en Europa⁵². La dimensión externa del asilo persigue trasladar la responsabilidad en la protección de los derechos humanos de los solicitantes de asilo fuera de la Unión, uno de los aspectos más criticados del actual devenir de la materia, quizá uno de los obstáculos más importantes del derecho de asilo como derecho a conseguir una protección duradera en Europa⁵³.

La dimensión externa del asilo, la aplicación de la «alternativa de huída interna», la utilización de conceptos como «país seguro de origen», «tercer país seguro», solicitudes «manifiestamente infundadas», unidos a política de visados, sanciones a transportistas o el uso arbitrario de los acuerdos de readmisión han convertido la posibilidad de solicitar asilo en Europa una odisea a menudo insalvable, con independencia de que podrían hallarse en abierta contradicción con las obligaciones internacionales —así se ha predicado de la Directiva de Procedimiento que se haya incurso en un procedimiento de anulación⁵⁴—. En definitiva, podría afirmarse que el

⁵² Téngase en cuenta que si bien los términos del artículo 78.2.g) TFUE coinciden con el anterior artículo III.266.2 g) del Tratado constitucional, en este último se regulaba también la posibilidad de firmar acuerdos de readmisión —instrumento fundamental al servicio de esta dimensión exterior del asilo— que finalmente ha desaparecido del Tratado de Lisboa, en su versión definitiva.

En concreto, al artículo III.267.3 estipulaba: «La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros».

⁵³ «El Consejo Europeo ha reiterado su compromiso respecto de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, definido en su sesión de Tampere. En consecuencia: (...) aprueba el informe sobre las prioridades exteriores de la Unión Europea en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior, que deberán integrarse en la estrategia exterior global de la Unión con objeto de contribuir a la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia. Ha solicitado que el informe que se le presentará en diciembre de 2001, en aplicación de las conclusiones de Tampere, contenga un capítulo dedicado al desarrollo de esa dimensión exterior». CONSEJO EUROPEO, Conclusiones de la Presidencia, Feira, 19-20 junio 2000, para. 51.

«Es esencial para la Unión Europea y sus Estados miembros que la gestión de los flujos migratorios se realice dentro del respeto del Derecho, en colaboración con los países de origen y tránsito de los inmigrantes». CONSEJO EUROPEO. Conclusiones de la Presidencia, Sevilla, 21-22 de junio 2002, Bruselas, 24 de octubre de 2002, para. 27.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento. Integración de las cuestiones de migración en las relaciones de la Unión Europea con países terceros, Bruselas, 3.12.2002, COM (2002) 703 final. Sirve de base para lo que sería AENEAS. Reglamento (CE) no 491/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004 por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (Aeneas). *DOUE L* 80/1, 18/03/2004.

⁵⁴ Artículo 8. «Protección interna. 1. Al evaluar la solicitud de protección internacional, los Estados miembros podrán establecer que un solicitante no necesita protección internacional si en una parte de su país de origen no hay fundados temores a ser perseguido o a un riesgo real de sufrir danos graves, y si es razonable esperar que el solicitante se quede en esa parte del país. (...)». Directiva de Cualificación.

desarrollo de la política de asilo en la Europa comunitaria, en los términos expuestos, podría vaciar de contenido el propio derecho de asilo que ahora consagra la Carta de Derechos Fundamentales, siempre y cuando impida su ejercicio efectivo. No es de extrañar, en consecuencia, la disminución en la tasa anual de reconocimiento del estatuto de refugiado que se experimenta en Europa en los últimos años y que lleva a Guild a preguntarse si la responsabilidad que soporta la Unión respecto a los refugiados en relación con la comunidad internacional es, en realidad, proporcional a su riqueza y tamaño. La respuesta, en opinión de la autora, es claramente «no»⁵⁵.

En todo caso, la determinación del estatuto de refugiado o de la protección subsidiaria sigue siendo una cuestión competencia de los Estados no de las instituciones de la Unión, la comunitarización del asilo implica una «ordenación en común» —ahora con la aplicación de la mayoría cualificada y a veintiséis Estados miembros—; no se ha producido una exclusiva cesión de competencias soberanas, de tal forma que los Estados siguen siendo responsables en la esfera internacional en relación a sus obligaciones en materia de derechos humanos y, también por tanto, en relación al DIR.

La política de asilo se haya comprendida en el ámbito de las «competencias compartidas» entre los Estados miembros y la Comunidad. De esta forma, la comunitarización del asilo que llevó a cabo el Tratado de Ámsterdam, y que marca sin lugar a dudas un antes y un después en el desarrollo progresivo de estos temas, no lleva aparejado que la Comunidad por sí misma haya asumido las obligaciones que corresponden a los Estados en relación con el DIR o con el propio CEDH; no al menos en esta fase de la evolución. Sólo bajo el marco conceptual de las competencias compartidas y el sacrosanto principio de subsidiariedad puede entenderse la especial relación que disponen los tratados y en virtud de los cuales la Comunidad adquiere competencia para legislar sobre asilo, sin que esta capacidad conlleve la absolución de los Estados en relación a sus obligaciones para con el DIR o el CEDH.

Tercer país seguro: artículo 27 de la Directiva de Procedimiento.

Tercer país seguro: artículo 27 Directiva de Procedimiento.

Solicitudes infundadas y manifiestamente infundadas: artículo 28 Directiva de Procedimiento.

Respecto a sanciones a transportistas, véase: *Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985*, DOCE L 187, 10/07/2001.

El recurso de anulación de la Directiva de Procedimiento interpuesto por el Parlamento Europeo, en base al artículo 230 TCE, discute la conformidad con Derecho del artículo 29 Directiva de Procedimiento: «Lista mínima común de terceros países considerados de origen seguro».

⁵⁵ Elspeth GUILD, «The Europeanisation of Europe's Asylum Policy», *International Journal of Refugee Law*, 2006, pág. 631.

El artículo 307 TCE brilla aquí con especial intensidad. Esta disposición permite a los Estados miembros cumplir con sus obligaciones en materia de DIR e implica para la Comunidad en sí misma una obligación de no impedir esa realización⁵⁶. Aparece el artículo 307 como medio para resolver los posibles conflictos entre el emergente derecho de asilo europeo y el DIR⁵⁷.

El propio TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en la importante sentencia *T.I. v. the United Kingdom*, en la cual se hayan en contraposición las obligaciones del Reino Unido respecto al Convenio de Dublín y, por tanto, la necesaria transferencia a Alemania de los sujetos implicados y las obligaciones internacionales respecto a un potencial *refoulement* indirecto⁵⁸.

Con objeto de cotejar la compatibilidad de las recientes iniciativas comunitarias, en el filo de legalmente permisible, esta particularidad no deja de ser del todo relevante.

⁵⁶ Artículo 307 TCE: «Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de los convenios celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se han adherido, con posterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una posición común.

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en el presente Tratado por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Comunidad y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados».

⁵⁷ Hemme BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, *op. cit.*, pág. 76.

⁵⁸ Así, el TEDH considera: «The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention. Nor can the United Kingdom rely automatically in that context on the arrangements made in the Dublin Convention concerning the attribution of responsibility between European countries for deciding asylum claims. Where States establish international organisations, or *mutatis mutandis* international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution (see e.g. Waite and Kennedy v. Germany judgment of 18 February 1999, *Reports* 1999, § 67). The Court notes the comments of the UNHCR that, while the Dublin Convention may pursue laudable objectives, its effectiveness may be undermined in practice by the differing approaches adopted by Contracting States to the scope of protection offered. The English courts themselves have shown a similar concern

6. Conclusiones

El reconocimiento formal del derecho de asilo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión adquiere una importancia sobresaliente habida cuenta que sólo algunas Constituciones de los Estados miembros lo contemplan y ningún Tratado internacional vinculante para éstos lo reconoce. Ahora 140 de los 156 Estados parte en la Convención de Ginebra y/o su Protocolo Adicional se hallan vinculados por una obligación de Derecho internacional, si bien de ámbito regional, a garantizar asilo⁵⁹.

El asilo así proclamado viene a beneficiarse de las garantías del Derecho originario, lo que no implica la aparición de nuevas obligaciones para los Estados miembros, pero sí un reforzamiento de su naturaleza vinculante.

Los estándares interpretativos que disponen la Convención de Ginebra y el Derecho comunitario implican que el derecho de asilo en la Europa comunitaria supone el derecho a una solución duradera a través de una protección que ha de ser adecuada y que incluye la solicitud de derechos secundarios. Se trata de un derecho procedimental vinculado a derechos secundarios o derivados más que un derecho de carácter sustantivo. Este derecho se ha de garantizar bajo el paraguas conceptual conformado por el «sistema europeo común de asilo» del que se convierte en su corolario esencial. Esta vinculación ineludible implica, a estos efectos, que el derecho de asilo tiene un significado específico que lo distingue de otras formas de

in reviewing the decisions of the Secretary of State concerning the removal of asylum-seekers to allegedly safe third countries (see Relevant Domestic Law and Practice above, United Kingdom case-law)». TEDH. Third Section. Decision as to the admissibility of Application no. 43844/98 by *T.I. against the United Kingdom*, 07/03/2000. The Court's assessment. *The responsibility of the United Kingdom*.

Con la sentencia *Bosphorus v. Ireland* la Corte considera que, finalmente, la transferencia de poderes afecta a la responsabilidad de los Estados miembros respecto a la Convención. La Corte tiene que reconciliar dos posiciones o más bien, dos intereses en contrapuestos «el interés por la cooperación internacional» y «el papel de la Convención como «constitucional instrument of European public order» en el campo de los derechos humanos». De la sentencia se deduce que, en la medida en que la Comunidad proporciona una protección de derechos humanos equivalente a la de la Convención, los Estados miembros son responsables respecto de ciertas disposiciones del Convenio por actos que apliquen derecho comunitario cuando no les dejan margen de apreciación, solo si en las circunstancias del caso, la protección de los derechos humanos es manifiestamente deficiente. En todo caso, en relación al derecho de asilo europeo, no tiene mucha relevancia porque apenas existen disposiciones que no dejan discrecionalidad a los Estados. Ver: *Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland* (application no. 45036/98), 30/06/2005.

⁵⁹ María Teresa GIL BAZO, «Refugee Status and Subsidiary Protection under EC Law. The EC Qualification Directive and the Right to be Granted Asylum», Revised Version of paper presented at the Conference «How much freedom, security and justice? Developments in EU Asylum and Immigration Law», organised by ILPA, Justice and British Institute for Comparative and International Law, London, May 2005, pág. 9.

protección como la protección subsidiaria o temporal. La garantía del derecho proclamado en el artículo 18 de la Carta se predica en exclusiva de los refugiados y a modo de solución duradera, alejada de modelos de naturaleza temporal.

El actual Título IV tras proclamar que la Unión *constituye* un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, sienta las bases para el desarrollo, por primera vez, de una «política común de asilo» que pudiera desembocar en la creación de una «jurisdicción única» en la materia cuando aún no se ha producido una evaluación seria y exhaustiva del contenido y aplicación de las normas diseñadas en la primera fase del «sistema europeo común de asilo» y mientras nos hallamos pendientes de la decisión del Tribunal de Justicia sobre la legalidad de alguna de ellas.

Habida cuenta de las dificultades observadas en el proceso de adopción de las últimas Directivas, a la hora de obtener el necesario consenso, resultará curioso observar cómo se va a desarrollar la segunda fase, con la aplicación de la mayoría cualificada y negociando a veintiséis Estados.

El «sistema europeo común de asilo» permite definir este derecho fundamental a escala europea. Así, queda asentado que el concepto de refugiado se predica de aquellos que tienen un temor fundado de persecución por alguno de los cinco motivos tasados; del mismo modo y aunque la amonización de la materia ha permitido elevar el nivel de garantía en países que, como por ejemplo Polonia, no disponían siquiera de una regulación del asilo en su normativa interna, ha servido, al mismo tiempo, para instalar definitivamente determinados conceptos que no hallan base jurídica en Ginebra —si bien el DIR tampoco impide— así como prácticas que reducen las posibilidades de solicitud y de disfrute del derecho de asilo y que, a la postre, podrían vaciarlo de contenido al impedir su puesta en práctica en nuestro territorio.