

LAS PRAXIS DE LA PAZ Y LOS DERECHOS HUMANOS
-Joaquín Herrera Flores *In memoriam*-

Jesús Abellán Muñoz, Alfonso Cortés González, Eulogio García Vallinas, Rosa Giles, Carmen González Canalejo, Francisco A. Muñoz, Manuel Torres Aguilar, Miguel Vázquez Liñan(eds.)

Editorial de la Universidad de Granada, Servicio de Publicaciones (o nombre correspondiente) de la Universidad de Almería, Cádiz, Córdoba, Huelva, Málaga, Pablo de Olavide y Sevilla

ÍNDICE

- Prólogo (glosa de Joaquín Herrera Flores)

- Introducción

- Testamento de Joaquín Herrera

1- *Phrónesis y praxis. Teorías y prácticas de la paz.* Francisco A. Muñoz, Juan Manuel Jiménez Arenas y Cándida Martínez López (Universidad de Granada).

2- *¿Qué Desarrollo?* Jesús C. Abellán Muñoz (Universidad Pablo de Olavide)

3- *La guerra es la paz. La propaganda como producto cultural.* Miguel Vázquez Liñán (Universidad de Sevilla).

4- *Cultura de paz y biopolítica. Pensar los Derechos Humanos desde un nuevo pensamiento antagonista de lo procomún.* Francisco Sierra y Lucía del Moral (Universidad de Sevilla).

5- *La reinención de las democracias.* Manuel E. Gándara Carballido (Universidad Pablo de Olavide)

6- *El derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. Hacia una política revolucionaria del deseo.* Octavio Salazar Benítez (Universidad de Córdoba).

7- *La paz perpetua como fin de una democracia constitucional.* José J. Jiménez Sánchez, (Universidad de Granada)

8- *Derecho Internacional: El Polifemo y el ejercicio de humanidad.* Carol Proner (UniBrasil – Curitiba-PR-Brasil.)

9- *En busca de la dignidad de los desarraigados. El Derecho de asilo y su imperfecta consagración jurídica internacional.* Nuria Arenas Hidalgo (Universidad de Huelva)

10- *Reflexiones en torno a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género.* Rosa Giles Carnero (Universidad de Huelva)

11-. *Los desafíos formativos del docente para una cultura de paz en la escuela democrática. Eulogio García Vallinas* (Universidad de Cádiz).

12- *Formando la sociedad del futuro. Los derechos de los estudiantes extranjeros.* Esther Puertas Cristobal y Jose Joaquín Fernández Alle. (Universidad de Cádiz).

13- *Democracia y backlash neocolonialista en el pensamiento político árabe contemporáneo: perspectivas ideológicas y socio-históricas.* Juan Antonio Macías Amoretti (Universidad de Granada).

14- *«Sí pero no aunque sí». Negociaciones de los sefardíes de Salónica con la corte otomana.* María José Cano Pérez (Universidad de Granada).

15- *Orientalismo, xenofobia y racismo: Púnicos y Norte-Africanos ante los clásicos.* Antonio Ruiz Castellanos (Universidad de Cádiz).

16- *El socorro sanitario en la guerra civil española. Ayuda para la Paz (1936-1945)*, Carmen González Canalejo (Universidad de Almería)

17- *Distribución del poder político en Joaquín Herrera. Aportaciones para un proceso democrático en la ciudad de Sevilla*. Vicente Barragán, Rafael Romero y José M. Sanz (Seminario de Derechos Humanos «José Carlos Mariategui»)

EN BUSCA DE LA DIGNIDAD DE LOS DESARRAIGADOS. EL DERECHO DE ASILO Y SU IMPERFECTA CONSAGRACIÓN JURÍDICO INTERNACIONAL

NURIA ARENAS HIDALGO
Área de Derecho Internacional Público
Universidad de Huelva

Nos decía el Profesor Herrera que:

*los derechos humanos, en su integralidad (...) constituyen algo más que el conjunto de normas formales que los reconocen y los garantizan a un nivel nacional o internacional. Los derechos humanos como productos culturales forman parte de la tendencia humana ancestral por construir y asegurar las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales que permiten a los seres humanos perseverar en la lucha por la dignidad, o lo que es lo mismo, el impulso vital que, en términos spinozianos, les posibilita mantenerse en la lucha por seguir siendo lo que son: seres dotados de capacidad y potencia para actuar por sí mismos.*⁴²⁰

En este sentido, si existe un derecho que a pesar de su parco e insuficiente reconocimiento jurídico internacional resulta decisivo para la lucha por la dignidad de todos los que huyen de la persecución, este es, el derecho de asilo. Efectivamente, en una comunidad internacional basada en la forma política estatal, la situación de aquel cuyo Estado no le protege es tan grave que necesita de otra autoridad que le acoja y le proteja jurídica y políticamente.* Por ello, resulta tan determinante disponer de un efectivo derecho subjetivo al asilo. Sin embargo, si bien el poder soberano ha desarrollado la gracia de conceder asilo a los extranjeros que solicitan su amparo desde tiempo inmemorial, las iniciativas para transformar esa prerrogativa del Estado en «derecho subjetivo» del perseguido no han prosperado en Derecho internacional. No se ha adoptado hasta la fecha convención internacional alguna que así lo prescriba. El derecho de asilo sigue siendo esencialmente de titularidad estatal, y su goce por parte del extranjero, generoso fruto de la discrecionalidad de aquel.⁴²¹ El derecho de un Estado a otorgar asilo en su territorio y según su

⁴²⁰ HERRERA FLORES, J. (2005) *Los Derechos Humanos como productos culturales. Crítica del Humanismo Abstracto*. Catarata, p. 244.

El Profesor Herrera consideraba que cada formación social, cada grupo, cada comunidad de individuos ha ido reaccionando culturalmente frente a los entornos de relaciones que se mantenían con los otros, con ellos mismos y con la naturaleza. Todos somos animales culturales que reaccionan frente a su mundo, construyendo sus formas económicas, sus formas religiosas, sus formas políticas, sus formas jurídicas, sus formas estéticas. En otros términos, todos los procesos culturales funcionan instituyendo lo que podríamos llamar sus propios contenidos de la acción social (economía, derecho, literatura...) a partir de los cuales explicar, interpretar e intervenir en los entornos de relaciones dominantes. Por ello, el Profesor dejaba claro que, para él, los derechos humanos no pueden entenderse sino como productos culturales surgidos en un determinado momento histórico como «reacción» funcional o antagonista frente a los entornos de relaciones que predominaban en el mismo. Es decir, los derechos humanos no deben ser vistos como entidades supralunares, o, en otros términos, como artefactos, como instrumentos que desde sus inicios históricos en la modernidad occidental, fueron instituyendo procesos de reacción funcionales o antagonistas, ante los diferentes entornos de relaciones que surgían de las nuevas formas de explicar, interpretar e intervenir en el mundo. Esa forma funcional o antagonista de reacción constituye lo que Herrera denominaba la primera tensión cultural. *Ibidem.*, *op. cit.*, p. 98.

* Nota de los Editores. Sobre cuestiones relacionadas, véase en este mismo volumen SIERRA, Francisco y MORAL, Lucía del. *Cultura de paz y biopolítica. Pensar los Derechos Humanos desde un nuevo pensamiento antagonista de lo procomún*; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José J. *La paz perpetua como fin de una democracia constitucional*; PRONER, Carol. *Derecho Internacional: El Polifemo y el ejercicio de humanidad*.

⁴²¹ TRUJILLO HERRERA, R. (2003) *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*. Madrid, Dykinson, pp. 95-96.

propio criterio constituye una regla consagrada de Derecho internacional consuetudinario, más no se trata, como nos recuerda Gortázar Rotaecche, de un derecho-deber, en el estadio actual de desarrollo del Derecho internacional.⁴²²

Así las cosas, se denuncia en estas páginas el escaso avance producido desde la proclamación de este derecho en la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta su reciente consagración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea donde el derecho de asilo, escasamente, ha dejado de ser el llamado «derecho imperfecto».

1- DERECHO DE ASILO: EL «DERECHO IMPERFECTO»

En la ya tradicional definición del Instituto de Derecho Internacional, el asilo sería:

*(...) the protection which a State grants on its territory or in some other place under the control of his organs to a person who come to seek it.*⁴²³

Como precisa Santolaya, dejando al margen precedentes históricos como el asilo en las ciudades-Estado griegas, el asilo religioso reconocido en Europa en la Edad media, y de la figura del asilo diplomático practicada desde la antigüedad, podemos considerar que la primera afirmación del derecho de asilo en el sentido moderno del término –es decir como protección que un Estado otorga libremente, frente a sus propias autoridades, a un determinado tipo de perseguidos, que podemos calificar como políticos– se contiene en la solemne declaración del artículo 120 de la Constitución *montagnarde* de 24 de junio de 1793:

*La República francesa da asilo a los extranjeros expulsados de su patria por causa de la libertad, lo rehusa a los tiranos.*⁴²⁴

A la luz de dicho texto, puede observarse que el asilo se configura en esta primera aproximación como una institución dependiente en sus condiciones y alcance de la voluntad del Estado y que éste ejerce, en consecuencia, atendiendo a sus propios intereses. En atención a su voluntad soberana podrá conceder permiso de entrada y residencia e incluso negarse a conceder una extradición potencialmente solicitada, pero no parece existir un derecho subjetivo a la obtención de dicha protección, ni siquiera de derecho humanitario. Se trata más bien de una auténtica declaración de soberanía del naciente Estado revolucionario que afirma su voluntad de imponer los principios liberales en los que basa su organización sobre los compromisos internacionales previos.⁴²⁵

Se crea con ello una concepción del asilo, característica del Estado liberal que ha sobrevivido, durante los dos últimos siglos, prácticamente sin alteración alguna. Así, en 1908, Moore señalaba que el derecho a conceder asilo debe ser ejercido por el Gobierno a la vista de su propio interés y de sus obligaciones como representante del orden social. Hackworth señalaba, en el mismo sentido, que era incuestionable la libertad de cada Estado sobreaño por tratar con los refugiados tal y como su política doméstica o sus obligaciones internacionales pudieran aconsejarle.⁴²⁶

Ello no parece cambiar con la consagración de dicho derecho en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Las terribles heridas que produjo la Segunda Guerra Mundial impulsaron a

⁴²² Por otro lado, todo Estado tiene, en ejercicio de su soberanía, derecho a admitir en su territorio a las personas que desee, sin que ello pueda considerarse un acto inamistoso por parte del resto de Estados. A cambio, el Estado que otorga asilo asume una obligación de vigilancia con el fin de que los refugiados no utilicen «la tierra de asilo» para preparar acciones delictivas contra ningún Estado, incluido aquel de cuya persecución han huido. GORTÁZAR ROTAECHE, C. (1997) *Derecho de Asilo y «no rechazo» del refugiado*. Madrid, Dykinson, pp. 76-78.

⁴²³ *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1950) art. 1.

⁴²⁴ SANTOLAYA MACHETTI, P. (2001) *El derecho de asilo en la Constitución Española*. Editorial Lex Nova, p. 18.

⁴²⁵ *Ibidem.*, op. cit, pp. 19-20.

⁴²⁶ GOODWIN-GILL, G.S. (1996) *The Refuge in International Law*, (second edition). Clarendon Press, pp. 172-173.

la comunidad internacional de la postguerra a una «verdadera cruzada por los derechos humanos».⁴²⁷ No obstante, a pesar de dicho impulso y de la huella reciente e imborrable del exterminio, el artículo 14 de dicho instrumento consagra el derecho de asilo como un derecho de la persona sin la correspondiente atribución de un deber para ningún Estado. Según el citado precepto:

En caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Los trabajos preparatorios de dicho articulado son paradigmáticos de la ausencia de voluntad de la comunidad internacional a disponer obligaciones concretas respecto de los perseguidos del mundo.

En la primera redacción del artículo, se ponía más el acento en la potestad soberana a conceder asilo que en la definición de un auténtico derecho individual que era, precisamente, el objeto de la Declaración. La redacción original disponía:

*Every State shall the right to grant asylum to political refugees (AC.1/3).*⁴²⁸

Paul Weis (el representante de la Organización Internacional de los Refugiados) llamó la atención sobre este particular y no dudó en afirmar que consideraba «the rights granted under Article 14 were very imperfect» y esperaba que el Comité «would reconsider the wording with a view to sponsoring more positive action» (SR.5/p.4).⁴²⁹ Easterman, el representante del World Jewish Congress, se unió a la reclamación y recordó que disponer un derecho a escapar, sin el consiguiente corolario a acceder a ningún Estado estuvo, precisamente, en el origen de la muerte de muchos refugiados alemanes. En atención a dichas críticas, el General Romulo de Filipinas propone una segunda redacción con el siguiente literal:

*Everyone shall have the right to seek and be granted asylum from persecution. This right shall not be accorded to criminals nor those acts contrary to the principles and aims of United Nations.*⁴³⁰

Sin embargo, la negativa del Reino Unido que consideraba «be granted» «so strong» o las dudas puestas de manifiesto por Eleanor Roosevelt sobre la intención de Naciones Unidas de «obligar» a los Estados a conceder el asilo, aconsejaron un cambio de contenido y, así, una vuelta a los orígenes de la institución. La propuesta británica, que es la que llega hasta nuestros días, dispuso considerar: «the right to seek and to enjoy asylum from persecution».⁴³¹ El delegado británico quiso dejar claro que «the intention was not to grant to a person fleeing persecution the right to enter any and every country but to ensure for him the enjoyment of the right to asylum once that right had been granted to him». Intentos posteriores de dar un auténtico valor jurídico al derecho fueron desestimados; los desplazados que estaba provocando la guerra árabe-israelí parecían pesar más en el ánimo de los redactores de la Declaración. El delegado del Líbano advirtió que se estaban alejando del objetivo de «adoptar una carta de derechos individuales» independientemente de que, por distintas razones, éstos no pudieran implementarse inmediatamente. Justino Jiménez de Aréchaga, representante de Uruguay, consideraba que se estaban confundiendo inmigración y derecho de asilo. Finalmente, los Estados de Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, India, Estados Unidos, Noruega, China, Grecia, Suecia y Venezuela votaron a favor. Si sólo 3 de estos países hubiera votado de forma distinta, la Declaración habría dispuesto un auténtico derecho a ser garantizado con

⁴²⁷ CASSIN, R. (1950) «La Declaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme», en *Recueils des Cours, Académie de droit international de la Haye*, (II), p. 241.

⁴²⁸ MORSINK, J. (1999) *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and intent*. University of Pennsylvania Press, p. 76.

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ *Ibidem*.

⁴³¹ *Ibidem*.

el asilo.⁴³² El derecho de asilo no variaba su trayectoria anterior.

En definitiva y a pesar de lo absurdo del aserto, el asilo parece configurarse como un derecho de la persona humana, sin la correspondiente atribución de deber alguno para ningún Estado en particular.

Posteriormente, 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 1951,⁴³³ 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 europeo,⁴³⁴ 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 adicional,⁴³⁵ es la jurisprudencia de Estrasburgo la que, a través del 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. 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 prohibido.

A nivel interno, determinados ordenamientos configuraron el derecho de asilo como derecho subjetivo, como un auténtico derecho fundamental (paradigmáticamente Alemania) o como principio constitucional (Francia). En general, en todos los países de nuestro entorno, el asilo ha acabado por disponer una indirecta, pero efectiva protección territorial a todos aquellos que reúnen las condiciones para ser considerados refugiados internacionalmente y lo solicitan en tiempo y forma, habiéndose eliminado gran parte de su carácter de acto graciable. Así, aún reconociendo la pervivencia de cierto grado de discrecionalidad en la apreciación de determinadas circunstancias, los procedimientos deben responder a principios comunes de aplicación a la actividad del conjunto de las Administraciones públicas que garanticen que quien posee el derecho a ser reconocido por

⁴³² *Ibidem.*, *op. cit.*, p.79.

⁴³³ 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° 2545, Vol. 189, p. 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).

⁴³⁴ 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.

⁴³⁵ 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 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».

centrar sobre él una persecución en los términos de la Convención de Ginebra ha de serlo efectivamente en el país firmante en el que solicita la actuación del tratado internacional.⁴³⁶ Así, la recién adoptada *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*⁴³⁷ tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la «protección internacional» constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria. Ya no se garantiza sólo el derecho de asilo, como hacía la anterior ley, sino el más amplio derecho a solicitar «protección internacional» (art. 16). Así, toda demanda presentada por un extranjero con objeto de obtener protección, independientemente de los términos que utilice, se entiende que supone una solicitud de «protección internacional» en cuyo proceso de determinación se dilucidará si se trata de personas con derecho al asilo –opción analizada con carácter prioritario por ser más garantista– o a la protección subsidiaria. El derecho de asilo forma parte, así, del más general referido a la protección internacional y se identifica, en virtud del artículo 2, con la protección dispensada a quienes se reconozca la «condición de refugiado». La clásica potestad soberana a conceder asilo a los perseguidos, en términos generales, queda, así, ampliamente limitada a los estrictos márgenes del concepto de refugiado, si bien este derecho no será nunca más un mero derecho procedimental a solicitar protección sino un derecho individual a ser garantizado con el asilo, siempre y cuando se cumpla con los requisitos ginebrinos. La interdependencia regional –en este caso europea– limita la omnipotencia estatal, pero también las amplias posibilidades de un asilo que queda circunscrito como nunca antes en la historia.

2. EL PRINCIPIO DEL NON REFOULEMENT: LOS LÍMITES A LA OMNIPOTENCIA ESTATAL

Hablar de la institución del asilo supone asumir la clásica tensión dialéctica propia de este área, entre las amplias competencias estatales que las normas generales de Derecho internacional reconocen para la regulación de la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio y la necesidad de establecer límites extrínsecos a esa libertad con objeto de una mejor y mayor protección de las personas en peligro. Por un lado, la necesidad estatal de conservar un amplio margen de apreciación sobre quienes debe admitir en su territorio y en qué condiciones y, por otro, la salvaguarda del derecho del individuo a huir del Estado en el que pudiera sufrir persecución u otros atentados a la supervivencia y obtener en consecuencia acogida protectora. Se trata de la tradicional confrontación entre dos necesidades que han sido reconocidas por los Estados en mayor o menor intensidad en función de cada época histórica, y a la que ha intentado dar respuesta la doctrina desde los albores de nuestra ciencia.⁴³⁸ En 1949, Morgenstern afirmaba la competencia de los Estados para conceder asilo bajo la indiscutible regla del Derecho internacional de que cada Estado tiene el exclusivo control sobre los individuos en su territorio, incluyendo todas las materias relativas a exclusión, admisión, expulsión y protección frente al ejercicio de la jurisdicción por otros Estados.* De los escritos de Grocio y Vattel se deduce que se había de tomar en consideración tanto el derecho de los Estados a garantizar asilo así como el derecho de los individuos a exiliarse y ser garantizados con asilo, con las respectivas limitaciones a ambos derechos. Ambos reconocían que el individuo tenía derecho al asilo pero Vattel reconocía que era un ‘derecho imperfecto’ porque *the*

⁴³⁶ SANTOLAYA MACHETTI, P. (2001), p. 36.

⁴³⁷ BOE núm. 263, de 23 de octubre de 2009. Tal y como reconoce su Preámbulo, la adopción de una nueva ley de asilo pretende servir de respuesta a los nuevos retos que enfrenta la institución asilar en la actualidad y, sobre todo, es el resultado de la transposición española al proceso de armonización europea de asilo iniciado en 1999 y, por tanto, la acogida en España–no sin cierto retraso sancionado por el TJUE– de la llamada primera fase del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

⁴³⁸ Vattel. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* 1758, *Apud.*, GRAHL-MADSEN, A. (1972) *The Status of Refugee in International Law: asylum, entry and sojourn*. A.W.Sijthoff-Leyden, Vol II, pp. 15-16.

* Nota de los Editores. Sobre cuestiones relacionadas, véase en este mismo volumen PUERTAS CRISTOBAL, Esther y FERNÁNDEZ ALLE, José Joaquín. *Formando la sociedad del futuro. Los derechos de los estudiantes extranjeros*.

*corresponding obligations depends upon the judgement of him who owes it.*⁴³⁹

Si bien es verdad que no se trata de una confrontación exclusiva del Derecho Internacional de los Refugiados, sino un reflejo de la tradicional dicotomía entre los dos principios constitucionales del Derecho Internacional: la soberanía de los Estados y el reconocimiento de la protección internacional de los derechos humanos,⁴⁴⁰ pudiera explicarse toda la evolución del Derecho Internacional de los Refugiados a través de esta lucha por excluir parcelas en las que existía un poder omnicompreensivo del Estado territorial y trasladarlas a la comunidad internacional para que a través de una regulación superior pudieran limitarse los extensos poderes soberanos en la materia.⁴⁴¹ Ciertamente, algunas obligaciones que derivan de este ordenamiento jurídico suponen un excepcional triunfo sobre la clásica prerrogativa estatal a decidir quién puede entrar en su territorio y bajo qué circunstancias. Así, los límites al amplio margen de apreciación soberano han venido de la mano tanto del incremento de la *interdependencia estatal*, la cual impone límites a la capacidad del Estado de adoptar decisiones unilaterales en materias que son del interés de la comunidad internacional en su conjunto también en ámbitos regionales sirve de base a la armonización de determinadas materias, entre ellas el asilo, en el seno de la Unión Europea, así como de la creación de un auténtico *corpus iuris* en derechos fundamentales.

Si bien las normas de Derecho Internacional de los Refugiados nacen al amparo de las convulsiones de las dos Guerras Mundiales y las consecuencias devastadoras de las mismas, no es menos cierto que se hallan unidos al desarrollo de un espíritu humanitario en virtud del cual la comunidad se sentiría con menos disposición que antes a aceptar la miseria humana y el sufrimiento con resignación. Por lo tanto, nace y se desarrolla en relación directa con la consolidación de la protección de los derechos humanos y el incremento de la protección del individuo frente a la 'omnipotencia estatal'.⁴⁴² El proceso de humanización de la sociedad internacional del que son estandartes la *Carta de las Naciones Unidas* y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

⁴³⁹ GOODWIN-GILL, G.S. (1996), *op. cit.*, pp. 172-173.

⁴⁴⁰ Probablemente sea el Profesor Carrillo Salcedo quien en mayor medida y con especial brillantez ha profundizado en el estudio de esta dialéctica del orden internacional desde la proclamación de la dignidad intrínseca de todo ser humano en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En su opinión, la soberanía de los Estados sigue siendo un principio constitucional del Derecho internacional, y que no ha sido desplazada de esta posición ni por el fenómeno de Organización Internacional ni por el reconocimiento de la dignidad de la persona, símbolos de los procesos de institucionalización y de humanización experimentados por el Derecho Internacional. Pero sí ha quedado erosionada y relativizada por el desarrollo normativo que ha seguido a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

Sobre esta importante transformación del Derecho internacional pueden consultarse sus obras más emblemáticas:

CARRILLO SALCEDO, J.A. (1984) *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*. Madrid, Tecnos; (1991) *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*. Madrid, Tecnos; (1996) 'Droit international et souveraineté des États', en *R.C.A.D.I.*, (I).

Más recientemente, en resolución de la dialéctica expuesta afirma el Profesor: '(...) por ser soberanos los Estados tiene obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto'. Y así propone '(...) una nueva lectura revalorizadora y funcional de la soberanía sobre la base de dos ideas civilizadoras: de un lado, *el interés público universal*; de otro la afirmación de la *existencia de obligaciones positivas de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto*'. CARRILLO SALCEDO, J.A. (2002) 'Persona Humana, Soberanía de los Estados y Orden Internacional', en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (ed.) *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*. Madrid, Editorial Trotta, pp. 75-84 (cita tomada de la página 80, 83 y 84).

⁴⁴¹ Ejemplos significativos del análisis dialéctico del Derecho Internacional de los Refugiados pueden hallarse en diversos estudios doctrinales. Destacamos los conceptos utilizados por el Profesor Gallager que considera que la materia se presta a dos tipos de enfoque: *people oriented concept* y *state-centered approaches*. BAYEFESKY, A. F. & DOYLE, M. W. (1999) *Emergency Return, Principles and Guidelines*. Center of International Studies, Princeton University, p. 21.

También el Profesor Gibney expresa la consabida tensión a través de su estudio de la Protección Temporal desde la perspectiva del *control objective* y el *humanitarian objective*. GIBNEY, M. (2000) 'Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe', en *GILJ*, vol. 14, nº 3, p. 690.

⁴⁴² Reflexión que sostiene el antiguo Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados Sadruddin Aga Khan en su disertación ofrecida en los Cursos de la Academia de Derecho Internacional de la Haya de 1976. Vid. AGA KHAN, S. (1976) 'Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons', en *R.C.A.D.I.*, (I), vol. 149, p. 311.

nutre las obligaciones estatales de protección de personas en peligro. A mayor conciencia internacional de lo intolerable mayor ámbito de actuación del Derecho Internacional de los Refugiados.

En atención a la evolución de esta concreta parcela del ordenamiento jurídico internacional, urge destacar que desde la segunda mitad del siglo XX, estableciendo límites a esa libertad soberana de admisión de extranjeros, se han formado *normas generales protectoras de derechos humanos fundamentales que obligan a los Estados a permitir que, en ciertas circunstancias, extranjeros entren y/o permanezcan en su territorio.*⁴⁴³ El principio de non refoulement prohíbe cualquier forma de expulsión o entrega de un extranjero a un Estado en el cual su vida o integridad corra peligro de ser lesionada en violación de los correspondientes derechos humanos fundamentales. Con base en la práctica internacional este principio constituye una norma general de Derecho Internacional de ius cogens que forma parte del núcleo duro del orden público de la Comunidad Internacional. Como puede comprobarse, el hecho de no disponer de un tratado internacional que garantice la concesión del asilo como derecho subjetivo no equivale, hoy en día, a una completa discrecionalidad estatal; al mismo tiempo, no obstante, el principio de non refoulement tampoco implica la obligación de asilar de forma definitiva.⁴⁴⁴

En cualquier caso, la tensión dialéctica no es un proceso acabado, sino que se trata de una dinámica innata al sistema con la que ha de convivir necesariamente. La asunción de esta confrontación supone una mayor comprensión de las regulaciones jurídicas. La necesidad estatal por mantener en la mayor medida posible un amplio margen de apreciación en relación con la acogida de poblaciones desplazadas se ha dejado ver en todas las etapas de evolución jurídica, también como veremos en el ámbito europeo. La asunción de esta dialéctica y su carácter de ineludible e inacabada en la medida en que se trata de dos perspectivas obligadas a convivir inexcusablemente, pues la tensión se ha mantenido en toda la evolución jurídica existente, resulta fundamental para la mejor comprensión de los avances y retrocesos en la regulación de la materia a lo largo de los últimos años y, en relación con Europa, *puede explicar los silencios normativos, las aporías del sistema y, por tanto, la mejor ubicación en su auténtico contexto de los recientes avances jurídicos. En todo caso, consideramos que, más allá de estar llamadas a un cierto enfrentamiento o tensión, se hallan abocadas a complementarse en pro de un equilibrio.*⁴⁴⁵ Toda norma es fruto de un delicado equilibrio entre ambos polos y tiene la virtualidad de servir de modelo de reflejo de la más amplia evolución del Derecho Internacional y del papel de la persona humana en dicho ordenamiento así como las particularidades de la solidaridad internacional.

Su estudio (pp. 287-351) refleja el amplio desarrollo de la asistencia internacional a los refugiados experimentado en aquellos años a través de la Oficina de ACNUR y que, en función de las nuevas necesidades ha convertido al sistema en un instrumento omnicompreensivo de carácter universal.

⁴⁴³ Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (2002) 'La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo', en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (ed.) *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*. Madrid, Editorial Trotta, pp. , *op. cit.*, p. 464.

⁴⁴⁴ Sólo en determinados textos de ámbito regional se describe una obligación de asilar para los Estados, tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, en cuyo artículo 22 dispone el derecho de: «buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales». Doc. OEA/Serv.L/V/11.60.

Por su parte la Convención de Addis Abeba de 1969 de la Organización de la Unidad Africana sobre los problemas de los refugiados en África, contiene el compromiso de los Estados miembros de hacer todo lo posible, «use their best endeavours», en el marco de sus legislaciones respectivas, para acoger a los refugiados. (1979) *Collection of International Documents Concerning Refugees*. Ginebra, p. 195

⁴⁴⁵ La Profesora Fitzpatrick observa que habitualmente el Derecho Internacional de los Refugiados ha sido visto como un 'compromiso' entre el exclusivo poder estatal y el impulso humanitario a ayudar a extranjeros en necesidad de protección. Desde esta perspectiva el asilo podría considerarse, simplemente, una pequeña cesión de soberanía. El Profesor Henkin advierte sobre este análisis, pues, no se trata de atender a obligaciones nobles sino obligaciones jurídicas. FITZPATRICK, J. (1994) 'Flight from Asylum: Trends Toward Temporary «refuge» and Local Responses to Forced Migration', en *Val.JIL*, vol. 35, pp. 34-35 (incluida nota número 100).

3- EL DERECHO DE ASILO EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN (ART. 18)

Herrera había llamado la atención sobre cómo:

*(...) los fundamentalismos abstractos a partir de los cuales se redactan incansablemente nuevos textos de derechos y nuevas declaraciones de intenciones (sin condiciones de factibilidad) están cumpliendo una función alimentada por los grandes intereses económicos y políticos del nuevo orden global: eliminar la radicalidad de lo político, como creación continua y permanente de ciudadanía, y alejar lo más posible a los ciudadanos de los espacios de decisión institucional.*⁴⁴⁶

El reconocimiento del derecho de asilo en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, más allá de su contenido sustantivo –sin condición de factibilidad–, conserva la especial virtualidad de suponer el primer texto que recoge tal derecho con la fuerza vinculante de un Tratado internacional a escala europea.⁴⁴⁷ Esta disposición no tienen parangón, no existe, efectivamente, ninguna convención de ámbito universal que disponga la garantía de tal derecho, no obstante, no podemos decir que proclame un derecho a la obtención del asilo.

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 hacía 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 «an integral part of the common heritage of European tradition».⁴⁴⁸ Su inclusión demuestra, en definitiva, que el asilo forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión.⁴⁴⁹

Bien es sabido que la razón de ser última en la elaboración de la Carta no estaba 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 materia.⁴⁵⁰ La Carta conserva, así, un claro afán compilador 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:

⁴⁴⁶ HERRERA FLORES, J. (2005), *op. cit.*, p. 60.

⁴⁴⁷ 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 de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

⁴⁴⁸ CONSEJO DE EUROPA, Asamblea Parlamentaria. *Recomendación 434 (1965) on the granting of the right of asylum to European Refugees.*

⁴⁴⁹ PEERS, S. ROGERS, N. (2006) *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentaries*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publisher, p. 130.

⁴⁵⁰ 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 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. (2001) «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *Common Market Law Review*, 38, p. 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.

(...) 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 derivado.⁴⁵¹ De alguna manera, se había construido 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. 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.

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 europea.⁴⁵²

La referencia al Convenio de Ginebra y al Derecho de la Unión como estándares interpretativos sigue la clásica línea de interpretación de los derechos humanos en sede europea. Ya en Nold el Tribunal de Justicia disponía que los tratados internacionales «can supply guidelines», no obstante, los derechos que derivan de esas fuentes han de interpretarse «within the framework of the structure and objectives of the Community».⁴⁵³ 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 originario.⁴⁵⁴

Suponen, en todo caso, un estándar de mínimos para la actuación de la Unión que se ve compelida de este modo a observar sus disposiciones a modo de mínimo común denominador.

⁴⁵¹ 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

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

⁴⁵² BATTJES, H. (2006) *European Asylum Law and International Law*. Martinus Nijhoff Publisher, p. 111.

⁴⁵³ «(...) 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.

⁴⁵⁴ HAILBRONNER, K. (2000) *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*. Kluwer Law International, p. 40.

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. De esta forma, la referencia en el artículo 18 a ambas fuentes de Derecho interconectadas cobra todo su significado y su conexión con la naturaleza clásica de la institución.

Podemos usar las palabras del Profesor Herrera en este sentido:

*(...) percibimos una conversión de los derechos humanos desde su calificación de normas mínimas o básicas, a partir de las cuales construir universalmente la dignidad, a la forma actual de comprenderlos como normas máximas o techos que no pueden ser sobrepasadas, a menos que nos enfrentemos a todo un orden global que tiene el poder de castigar a los gobiernos de todo el mundo si cometen la atrocidad de ser demasiado fundamentalistas en relación con la propia Declaración (Universal de los Derechos Humanos) por todos ellos firmada.*⁴⁵⁵

Efectivamente, se puede deducir que el artículo 18 tiene un ámbito mayor que el del artículo 14 de la DUDH, no obstante, llega hasta donde lo hace 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.⁴⁵⁶ 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 contratantes.⁴⁵⁷

Por tanto 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 audaz,⁴⁵⁸ *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 Funcionamiento de la Unión Europea lo que pretende asegurar que el derecho de asilo no pueda ser invocado contra el Protocolo español que condiciona este derecho.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ HERRERA FLORES, J. (2005), p. 72

⁴⁵⁶ PEERS, S. (2001) «Immigration, Asylum and the European Charter of Fundamental Rights», *European Journal of Migration and Law*, 3, p. 161.

⁴⁵⁷ 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».

⁴⁵⁸ BATTJES, H. (2006), *op. cit.*, p. 111.

⁴⁵⁹ A favor de la no consideración del derecho de asilo contemplado en el artículo 18 de la Carta como derecho subjetivo: HERRERO DE LA FUENTE, A. (2003) *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Una perspectiva pluridisciplinar*», Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henríquez de Cooperación Transfronteriza, nº 2, pp. 141-143. MANGAS MARÍN, A. (2008) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario*

De cualquier forma, 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. El avance es considerable.

4- EPÍLOGO

La política de asilo europea y en este marco, el diseño del futuro «sistema europeo común de asilo», supone la interpretación europea de las obligaciones derivadas del DIR que, como es sabido, permite en muchos aspectos un amplio margen de apreciación a los Estados. Desde los primeros años ochenta, el objetivo final de la armonización normativa persiguió acabar con una divergencia legislativa y práctica en torno al asilo incongruente con la consecución de un mercado interior único. Sin embargo e irremediamente, todo acuerdo en este marco había de dar respuesta, al mismo tiempo, a las nuevas amenazas que se hallaban en el origen de los desplazamientos de población de las últimas décadas y que en otros continentes había dado lugar a interpretaciones ampliadas del concepto de refugiado. La cuestión era si Europa sería capaz de ir más allá de los niveles mínimos de armonización que preconiza la Convención de Ginebra y superar, así, la tendencia restrictiva característica del inicio de la cooperación estatal. Los resultados parecen dar una respuesta negativa. La tendencia se ha confirmado con la adopción de los últimos instrumentos jurídicos mientras, al mismo tiempo y de forma un tanto contradictoria, las Unión se esfuerza en adquirir mayores compromisos en el reconocimiento de derechos fundamentales, tal y como la Carta de Derechos Fundamentales demuestra. Se asienta, así, una *opinion iuris* en materia de asilo que tendrá una importante repercusión en el resto de la comunidad internacional.

A pesar de que el Tratado de Ámsterdam dispone medidas en materia de asilo con arreglo a la Convención y su Protocolo Adicional (art. 63.1) y la creación del SECA se diseña, de conformidad con las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, «basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra», lo cierto es que muchas de sus disposiciones resuelven hacer inviable el ejercicio el derecho de asilo por parte de aquellos en peligro de persecución. Se trata de un modelo normativo dictado bajo el prisma o al servicio de políticas indiscriminadas de *non entrée* –en particular aquellas relativas a la lucha contra la inmigración irregular– que tiene como consecuencia la anulación del efecto útil del derecho de asilo, seriamente restringido y, por ende, de la efectividad del propio Tratado ginebrino. Las cifras, en este sentido, son especialmente elocuentes. El número de solicitantes de asilo en la UE ha disminuido un 15% en sólo un año y en más de la mitad si tenemos en cuenta los últimos cinco. Si en 1992 se registraban 670.000 solicitudes en una Europa a quince, en 2006 las cifras marcan 192.000 en una Europa a veintisiete.⁴⁶⁰ Si bien la mayor parte de los refugiados se hallan en países empobrecidos o en vías de

artículo por artículo, Fundación BBVA, p. 36.

Por el contrario, la Profesora Gil Bazo sí estima que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión consigue consagrar un derecho individual a ser garantizado con asilo en el marco de la Unión: GIL-BAZO, M.T. (2008) «The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the right to be granted asylum in the Union's Law», *Refugee Survey Quarterly*. Vol. 27.

⁴⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA. Eurostat (2007) *Asylum Application in the European Union, Statistics in focus*. En 2007 se registra un incremento del 14,65% en las solicitudes de asilo como consecuencia, en particular, del conflicto en Iraq. A 31 de diciembre de 2007, según ACNUR, se computan 208.409 solicitudes de asilo en la UE menos Italia, país del que no se disponen datos.

desarrollo,⁴⁶¹ son los países más prósperos los que han desarrollado una política de contención de flujos migratorios con tan evidentes consecuencias. En atención a estos datos, Guild se pregunta si la Unión está respondiendo a sus responsabilidades en materia de protección de forma equivalente a su tamaño y bienestar. La respuesta es claramente «no».⁴⁶²
Decía el Profesor Herrera:

*(...) la efectividad de los mismos (derechos humanos) ya no se considera un deber público con respecto a la sociedad, sino que se considera como un alto coste económico que hay que reducir a toda costa para aumentar la eficiencia de los procesos de acumulación (...) Si antes hablábamos, por ejemplo de derechos sociales, económicos y culturales; ahora se habla de costes y gastos sociales que hay que recortar para poder confluir regionalmente en los llamados déficits cero.*⁴⁶³

Esta reflexión podría explicar, en parte, la tendencia restrictiva en la regulación del asilo, característica de los últimos veinte años de armonización.

Simone Weil, ya a mediados del siglo XX, nos recordaba que el hecho de estar desarraigado era "tal vez la necesidad más importante y menos reconocida del alma humana" y una de las «más difíciles de definir».⁴⁶⁴ En la misma época y línea de pensamiento, Hannah Arendt advertía contra, además, los «padecimientos de los desarraigados (la pérdida del hogar y de la familiaridad de lo cotidiano; la pérdida de la profesión y del sentimiento de utilidad para los demás; la pérdida del idioma materno como expresión espontánea de los sentimientos)" y, asimismo, contra la ilusión de "tratar de olvidar el pasado (dada la influencia que ejercen sobre cada uno de sus antepasados, las generaciones predecesoras)».⁴⁶⁵

Para no olvidar el pasado y seguir luchando en aras de la «dignidad» defendida por el Profesor Herrera, permítasenos terminar citando el último gran desafío que el Profesor consideraba debería constituir el foco que ilumine nuestras prácticas:

*(...) el afirmar que lo que convencionalmente denominamos derechos humanos no son meramente normas jurídicas nacionales o internacionales, ni meras declaraciones idealistas o abstractas, sino procesos de lucha que se dirijan abiertamente contra el orden genocida y antidemocrático del neoliberalismo globalizado.(...) No hay más objetividad que la fuerza de la multitud que, como defendía Deleuze, convierte en común la lucha y dota de realidad a la utopía.*⁴⁶⁶

⁴⁶¹ África, América Latina y Asia acogen al 72,7% de los refugiados del mundo. UNHCR (2006) *The State of World's Refugees. Human Displacement in the New Millennium*. Oxford University Press.

La mayoría de los refugiados permanecen en sus regiones de origen, las cuales suelen acoger entre el 83 y el 90% de sus refugiados. Tan solo 1,6 millones de refugiados viven fuera de sus regiones. Si tenemos en cuenta la renta per capita, Pakistán sería el país que acoge al mayor número de refugiados. (2008) *2007 UNHCR Statistical Yearbook*.

⁴⁶² GUILD, E. (2006) «The Europeanization of Europe's Asylum Policy», *International Journal of Refugee Law*, p.631. El artículo es uno de los mejores y más críticos análisis sobre el desarrollo de la política europea de asilo.

⁴⁶³ HERRERA FLORES, J. (2005), *op. cit.*, pp. 35 y 57.

⁴⁶⁴ WEIL, S. *The Need for Roots [La necesidad de tener raíces]*, Londrés/N.Y., Routledge, 1952 (reimpresión 1995), pág.41.

⁴⁶⁵ ARENDT, H. (1987) *La tradition cachée*. Paris, Ch. Bourgois Éd., pp. 58-59 y 125-127.

⁴⁶⁶ HERRERA FLORES, J. (2005), *op. cit.*, pp. 266-287.