

DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE LAS PERSONAS REFUGIADAS

Nuria Arenas-Hidalgo
Universidad de Huelva

En el marco de las migraciones internacionales, el Derecho Internacional contemporáneo ha desarrollado obligaciones específicas que disponen un estatuto cualificado para un colectivo de personas en particular, dentro del conjunto de individuos que forman parte de los desplazamientos, estas son las *personas refugiadas*. Auspiciados por Naciones Unidas, los Estados han creado un régimen de protección aplicable a una categoría de extranjero cuya situación se concibe como particularmente vulnerable. Estas obligaciones han dado lugar a un régimen internacional de protección calificado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) como *sumamente especializado*, el Derecho Internacional de las Personas Refugiadas, y cuya base jurídica se asienta, fundamentalmente, en la *Convención sobre el estatuto de los refugiados*, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

En nuestro ámbito regional, la UE si bien no tenía como objetivo primigenio desarrollar una política de asilo, la consecución del mercado interior requirió de una ampliación de las responsabilidades de la Unión hacia temas de justicia y asuntos de interior, y por tanto, a una regulación que, en el ámbito del asilo, ha sido exponencial y cuyos hitos principales son la consagración de este derecho al más alto nivel, en el artículo 18 de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE), y el desarrollo de un Sistema Europeo Común de Asilo adoptado de conformidad con las obligaciones derivadas del Convenio de Ginebra, pero que no se limita a definir el estatuto de refugiado, sino que dispone obligaciones respecto de la más amplia «protección internacional». Al estudio de las particularidades de ambos regímenes, el Derecho Internacional de las Personas Refugiadas (DIPR) y el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) dedicaremos los próximos capítulos. No obstante, los términos «asilo», «refugiados» y «protección internacional» merecen una mención previa.

El *asilo*, entendido como el derecho a gozar de la protección territorial en un Estado distinto del Estado de la nacionalidad del individuo o del de su residencia habitual se ha concebido tradicionalmente en el marco del Derecho Internacional general no como un derecho subjetivo, sino como una facultad soberana del Estado. La plasmación de este derecho en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) no cambia este estado de cosas. El artículo 14 de la DUDH establece que «[e]n caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país». El derecho del individuo a solicitar asilo no tiene como corolario el deber de acogida de ningún Estado. Las iniciativas para transformar esa prerrogativa del Estado en «derecho subjetivo» del perseguido no han prosperado en Derecho Internacional. Así las cosas, salvo el principio de que ninguna persona podrá ser rechazada en frontera, expulsada o devuelta al país de que es objeto de persecución (principio de *non refoulement*), no existe ninguna regla convencional en la materia.

Sin embargo, tras la Revolución rusa de 1917, y especialmente tras finalizar la Primera Guerra Mundial, la cuestión de los refugiados adquiere una verdadera dimensión internacional dada la manifestación de los desplazamientos de población en forma de éxodos masivos. Así, la comunidad internacional institucionalizada empieza a ocuparse de la regulación de la situación de las personas refugiadas creando en 1921 la Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados y auspiciando la firma de acuerdos internacionales, de alcance territorial limitado, con objeto de facilitar documentos de identidad y de viaje a los numerosos desplazados. En ninguno de esos tratados se definía quién era refugiado, tan solo se limitaban a proteger a determinados nacionales que no tenían acceso a la protección de sus Estados de origen. Tras la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas prestan atención inmediata a esta cuestión. En 1946 se crea la Organización Internacional de los Refugiados y cinco años más tarde la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), proceso que da lugar, tras la Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en Ginebra del 2 al 25 de julio de 1951, a la Convención marco en la materia.

El Convenio de 1951 no regula el derecho de asilo, pero sí dispone, por primera vez en la historia, las condiciones para que una persona pueda adquirir el estatuto de refugiada. Así, el asilo permanece como competencia soberana, pero la concesión del *estatuto de refugiado* deja de ser un privilegio discrecional o graciable para atenerse a unas categorías objetivas que han sido desarrolladas, a lo largo del tiempo, por organizaciones internacionales de carácter regional y los propios Estados en su derecho interno.

En este contexto, las disposiciones del SECA se adoptan con objeto de guiar a las autoridades competentes de los Estados Miembros en la aplicación de la citada Convención, sobre la base de conceptos y criterios co-

munes y de conformidad con los derechos fundamentales y la observancia de los principios reconocidos, en particular, por la CDFUE. En este marco normativo se regula el más amplio derecho a la *protección internacional* que incluye el derecho de asilo para las personas que obtengan el *estatuto de refugiado* y el derecho a la «protección subsidiaria» para las personas beneficiarias de *protección subsidiaria*, dando así cobertura jurídica a colectivos que no habían sido contemplados en el Convenio ginebrino. A la definición de este concepto han contribuido de manera significativa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por lo que sus decisiones, así como los criterios de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, (Reglamento 439/2010) serán tomados debidamente en cuenta al hilo del discurso. La transposición en España de las normas de Derecho derivado que conforman el SECA se ha realizado a través de la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

1. DERECHO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS

1.1. *La Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*

La *Convención sobre el estatuto de los refugiados* de 1951 y su Protocolo de «enmienda» y actualización aprobado en 1967 constituyen la *pedra angular del régimen jurídico internacional de protección de personas refugiadas*. A la luz del número de Estados Parte (145 en el caso de la Convención y 146 respecto del Protocolo) dispone de un ámbito de aplicación cuasi universal. En un principio, la Convención limitó su alcance a las personas que se convirtieron en refugiadas como resultado de los acontecimientos ocurridos antes de 1951 (límite de carácter temporal), e incluso se permitió a los Estados que restringieran su aplicación a aquellos producidos en Europa (límite geográfico). Sin embargo, pronto resultó evidente que los desplazamientos de población continuaban y no se circunscribían a un solo continente. Así, el Protocolo de 1967 a la Convención de 1951 procede a eliminar esa limitación *temporal* y *geográfica* (en función de que el Estado se adhiera a uno o ambos instrumentos puede dar a lugar a que aún existan Estados que mantengan la limitación geográfica, *inter alia*, Turquía). En el momento de la firma, ratificación o adhesión, los Estados pueden excluir la aplicación de ciertos artículos del tratado o disponer su cumplimiento sometido a ciertas modificaciones. Estas *reservas*, sin embargo, están prohibidas en relación a tres disposiciones clave: el artículo 1 (la definición de refugiado), el artículo 3 (no

discriminación basada en raza, religión o país de origen) y el artículo 33 (principio de *non refoulement* o no devolución).

La trascendencia de la Convención radica precisamente en que consigue el suficiente consenso respecto a estos aspectos, esto es, cuáles han de ser los requisitos objetivos para considerar a una persona refugiada; el estatuto básico de derechos para las mismas; y la codificación del principio de *non refoulement*. El Convenio de 1951 no dispone, en cambio, cómo eliminar o prevenir las causas que se encuentran en el origen de los desplazamientos de población, tampoco obliga a los Estados a conceder asilo, ni se ocupa de la admisión, ni establece un reparto de la responsabilidad en relación a la determinación del estatuto de refugiado entre los Estados Parte. El llamamiento a la *solidaridad internacional* del preámbulo del Convenio de Ginebra (considerando n.º 4) o del acta final de la Conferencia (sec. IV D) resulta inconcluso al no disponer de ninguna previsión normativa para hacerlo efectivo; no dispone, en efecto, qué ha de entenderse por solidaridad internacional o cuáles habrían de ser las fórmulas para que la responsabilidad respecto a las personas refugiadas fuera asumida de forma equitativa por los Estados Parte. El Estado de acogida resulta el único responsable de aquellos que entran en el ámbito de su jurisdicción, en un sistema de aplicación descentralizada como el instituido en Ginebra. En consecuencia, se produce un dispar reparto de la responsabilidad, en función de particularidades geográficas o de proximidad a los países originarios del exilio, cuya falta de equidad sería tolerable siempre que el número de solicitantes de protección fuera moderado, pero con visos de quiebra cuando este superara las posibilidades del Estado de acogida. A lo sumo se ha llegado a un cierto compromiso de asistencia con los países más necesitados, materializado en una cooperación con ACNUR (en base al art. 35 del Convenio de Ginebra) tanto de carácter financiero —gracias a las contribuciones «voluntarias» de los Estados—, como a través de los también «voluntarios» programas de reasentamiento.

En todo caso, y he ahí la grandeza de la Convención, si bien el asilo continúa siendo una facultad soberana, la concesión del estatuto de refugiado deja de ser una decisión discrecional o graciable, de tal forma que toda persona que cumpla con los requisitos estipulados tendría derecho, al menos, a no ser devuelta al país respecto del cual teme sufrir persecución. Eso sí, la determinación de la condición de refugiado/a recae en los Estados; no se dispone de un órgano internacional que lleve a cabo esta labor, por lo que depende de que exista un procedimiento a nivel nacional que permita solicitarlo y que disponga las garantías adecuadas para un examen efectivo. Si a eso le añadimos que la definición de refugiado incorpora conceptos jurídicos indeterminados o esencialmente controvertidos (temor fundado, persecución, grupo social determinado, alternativa de huida interna...) resulta difícil que los órganos administra-

tivos y judiciales de los diferentes Estados lleguen a conclusiones similares, por lo que la aplicación del Derecho Internacional de las Personas Refugiadas (DIPR) es, así, plural y diversa, y ha estado históricamente condicionada por opciones interpretativas y concepciones de la propia cultura jurídica.

Algunas organizaciones internacionales de ámbito regional han contribuido al desarrollo del DIPR, especialmente llamativo en cuanto que amplían su ámbito de aplicación *ratione persona* a otros colectivos en necesidad de protección. Incorporan, así, definiciones de refugiado que responden mejor a las particularidades de los desplazamientos producidos en la región. En 1969, la entonces Organización para la Unidad Africana adoptó la *Convención de Adís Abeba sobre aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África*. Y en el ámbito americano destaca la aprobación, en el marco de la Organización de Estados Americanos, de sucesivas Declaraciones sobre determinadas cuestiones relativas a las personas refugiadas, siendo la primera de ellas la adoptada en *Cartagena de Indias en 1984*. Del mismo modo, en Europa se ha ampliado el ámbito de las personas que pueden ser objeto de amparo con fórmulas de protección complementarias a las instituidas en Ginebra.

En cualquier caso, el concepto de refugiado ginebrino permanece inmutable, por lo que resulta imprescindible que este estudio parta del análisis de la definición. De acuerdo con la clásica interpretación del Alto Comisionado, las disposiciones de la Convención de 1951 por las que se define quién es refugiado se dividen en tres partes: cláusulas de «inclusión»: aquellas que establecen el criterio para determinar si un individuo es considerado refugiado; «exclusión»: los motivos en virtud de los cuales se excluye a una persona del estatuto bien porque no lo necesite o no lo merezca, y «cesación»: aquellas que describen las condiciones por las que el estatuto de persona refugiada llegaría a su fin. A continuación se verán cada una de ellas con más detalle.

1.2. *El concepto de refugiado*

El artículo 1A(2) de la Convención de 1951, leído de conformidad con el Protocolo de 1967, afirma que un refugiado es una 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 del 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 él.

En función de estos términos, la persona refugiada debería cumplir con los siguientes requisitos: ser extranjera (hallarse fuera del país de su nacionalidad o residencia habitual); disponer de un temor fundado; de persecución; por alguna de las cinco razones tasadas y no hallarse inmersa en ninguno de los motivos de exclusión.

1.2.1. Se encuentra fuera del país de su nacionalidad o del país de residencia habitual

La persona que solicita el estatuto de refugiado debe albergar un temor fundado de persecución respecto al país de su nacionalidad. Si no experimenta ningún temor respecto a su país de origen —o en caso de las personas apátridas, el país de su residencia habitual— puede esperarse que se acoja a la protección de tal país. En los casos de personas que dispongan de más de una nacionalidad, solo se considerarán refugiadas si estos Estados se han negado a proporcionarles protección. En todo caso, se exige que se hallen *fuera del país*, por tanto, deben haber cruzado una frontera internacional. Los más de cuarenta millones de personas desplazadas internas que se cuentan en la actualidad quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Convención, aunque muchas de estas personas huyan por los mismos motivos que las personas refugiadas. El hecho de que se hallen bajo la soberanía de un Estado, aunque sea este el agente perseguidor o sea incapaz de evitar las causas de la huida, implica este diferente tratamiento en Derecho Internacional. Si bien en algunos Estados de América Latina se contempla la posibilidad de solicitar protección en las embajadas o legaciones diplomáticas de otros Estados en el territorio, el llamado «asilo diplomático» solo es una norma consuetudinaria en ese ámbito regional.

No es indispensable haber huido debido al temor de persecución, ni tampoco haber sido perseguido efectivamente. Por tanto, se trata de analizar la falta de voluntad del individuo o su incapacidad de regresar debido a fundados temores de persecución. De hecho, el temor de persecución puede deberse a acontecimientos que hayan tenido lugar después de abandonar el país de origen (piénsese en cambios políticos ulteriores o actividades en las que el demandante ha participado desde que dejó su país). Se trata de los denominados «refugiados *sur place*» y que, en el marco de la Unión Europea, se conoce como «necesidades de protección surgidas *in situ*» (art. 5 de la Directiva 2011/95).

1.2.2. Temor fundado

La expresión «fundados temores de ser perseguida» se considera la parte esencial de la definición. Habitualmente se entiende que comprende dos

elementos: un elemento de carácter «subjetivo» (el temor de la persona) y otro de carácter objetivo (la evidencia externa que justifica ese temor y lo convierte en «fundado»). La solicitud del estatuto de refugiado, por tanto, debe estar motivada por una causa subjetiva, el miedo a verse perseguido, acompañado de datos objetivos que puedan acreditar la existencia de ese estado de ánimo. De ahí que en cada caso haya que estar a lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ha denominado «circunstancias personales y sociológicas concurrentes».

Tal y como precisa el Alto Comisionado, la evaluación del elemento subjetivo es inseparable de la apreciación de la personalidad del demandante de protección, ya que las reacciones psicológicas de los individuos pueden no ser las mismas en condiciones idénticas. Será necesario, pues, analizar los antecedentes personales y familiares de la persona, su pertenencia a un determinado grupo social, religioso, nacional o político, su carácter, etc. Los organismos responsables de examinar la solicitud necesitan tener una visión completa de las particularidades personales del solicitante, así como un conocimiento actualizado de todas las circunstancias objetivas relevantes del país de origen. En la determinación del estatuto, la credibilidad del demandante y la información del país de origen son elementos cruciales.

Para justificar de forma objetiva el temor expresado, los órganos de adopción de decisiones suelen recurrir a la «información de país de origen» (COI, *country of origin information*). El ACNUR, la Cruz Roja, la Asociación Internacional de Jueces de Derecho de los Refugiados (IARLJ), el Centro austríaco de investigación y documentación sobre país de origen y asilo (ACCORD) y las autoridades de los Estados Miembros elaboran directrices al respecto. En este sentido, en el ámbito de la UE, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA) tiene como una de sus competencias la recopilación conjunta y suministro de datos en este sentido.

No obstante, las organizaciones de derechos humanos llaman la atención sobre la dificultad para disponer de información fidedigna sobre violaciones de derechos humanos invisibilizadas, de ahí que sea fundamental que el nivel de prueba requerido en estos procesos no sea la prueba plena, sino «indicios suficientes» de que las circunstancias alegadas han ocurrido y que la carga de la prueba se comparta entre la persona y las autoridades decisorias.

En el momento de estudiar los fundados temores de ser perseguido, la legislación de algunos países contempla la posibilidad de rechazar el estatuto de persona refugiada en los casos en que esta pudo haber obtenido *protección en otra región de su propio país*, disposición que no tiene base jurídica en la Convención de Ginebra. El Derecho Internacional no requiere que los individuos amenazados agoten todas las opciones dentro de su propio Estado antes de solicitar asilo; es decir, no se considera que el

asilo deba ser el último recurso. No debería invocarse, pues, en términos generales, sino en atención a un cuidadoso análisis de la situación personal del solicitante y del país de origen. En realidad, solo sería relevante cuando el temor a la persecución se limita a una parte específica del país, lo cual excluye prácticamente todos los casos en que la persecución proviene de agentes estatales, pues suelen ejercer autoridad en todo el territorio del Estado. En virtud de la normativa europea, la aplicación de la llamada «alternativa de huida interna» exige que las autoridades del país de acogida comprueben que en esa parte del país *a)* la persona no tiene fundados temores de persecución ni riesgo de sufrir daño grave; *b)* que tiene acceso efectivo a la protección; *c)* que puede viajar legalmente y en condiciones de seguridad a esa parte del país y que será admitida en ella; *d)* y que sea razonable esperar que se establezca allí (art. 8 de la Directiva 2011/95). En estos casos la carga de la prueba recae en la Administración, la cual es responsable de acreditar la existencia de zonas libres de riesgo en el país de referencia.

1.2.3. Persecución

El concepto de «persecución» no fue definido en la Convención de Ginebra, lo que pudo obedecer al intento de introducir una noción lo suficientemente flexible como para adaptarse a la evolución en el tiempo de las distintas formas de persecución.

Según el Alto Comisionado, del artículo 33 de la Convención ginebrina puede deducirse que toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas es siempre persecución, si bien también constituirían persecución otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones. En este sentido, puede resultar clarificador acudir a la normativa de la UE, en la cual, se define qué pueden ser «actos de persecución». El artículo 9 de la Directiva 2011/95 especifica que los actos pertinentes deben ser *suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado* como para constituir una *violación grave de los derechos humanos fundamentales*, en particular los derechos absolutos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15, apartado 2, del *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*. Por otro lado, la letra *b* del artículo 9, apartado 1, de la Directiva dispone que una *acumulación de varias medidas*, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en el artículo 9, apartado 1, letra *a*, de dicha Directiva, ha de considerarse también una persecución. De estas disposiciones resulta que, para que una violación de los derechos fundamentales cons-

tituya una persecución en el sentido de la Convención de Ginebra, dicha violación debe alcanzar cierta *gravedad* (STJUE de 7 de noviembre de 2013, asunto X y Otros).

De manera indicativa y sin ánimo de resultar exhaustivo, la Directiva dispone que la persecución podrá revestir, entre otras, las siguientes formas: actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria; procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios; denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias; procesamientos o penas por la negativa a prestar servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de dicho servicio conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión; o actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños.

Normalmente la discriminación no equivale a persecución, pero si esta resulta especialmente grave, se podría considerar que alcanza el nivel de severidad de la persecución por efecto acumulativo, por ejemplo si al mismo tiempo se limitara el derecho a ganarse la vida, practicar una determinada religión, tener acceso a los servicios públicos, etcétera.

El acto de persecución con frecuencia se llevará a cabo por funcionarios del Gobierno o controlados por el Gobierno, el llamado *agente estatal* que en el marco del Derecho Europeo de las Personas Refugiadas incluye a las organizaciones internacionales que controlan el Estado o parte del territorio. Sin embargo, se podrá considerar una persecución protegible la llevada a cabo por sectores de la población distintos de las autoridades del país de origen, *agentes no estatales*, cuando estas toleran la persecución o se muestran inactivas o incapaces de proteger a la persona. En los escenarios que involucran a agentes no estatales (grupos armados, bandas, o incluso familiares, cónyuges o parejas de hecho) la protección contra el miedo reclamado debe estar «disponible» y ser «efectiva». En el marco de la UE, se considera que la protección es efectiva si se adoptan medidas razonables para impedir la persecución o el sufrimiento de daños graves, entre otras, poniendo a disposición un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de las acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y siempre que el solicitante tenga acceso a dicha protección (art. 7.2 de la Directiva 2011/95).

1.2.4. Motivos de persecución

Para ser una persona refugiada de conformidad con el Convenio de Ginebra, es preciso que el individuo experimente el temor fundado de ser objeto de persecución por uno, al menos, de los cinco motivos enumerados o una combinación de ellos. Debe darse un «nexo causal» entre la

persecución y esas razones tasadas: *raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.*

Un relato de persecución, por intensa o acusada que sea, que no se base en estos concretos motivos protegibles no puede dar lugar a la protección amparada por la Convención. De esta forma, se excluye a personas como las víctimas del hambre o de los desastres naturales, a no ser que las causas que provocaron la hambruna o el deterioro del hábitat fueran una forma de persecución de un grupo determinado por alguna de las causas tasadas. Así, existen hechos que, en principio, no parecen constitutivos de una persecución protegible, pero que estudiados en profundidad permiten apreciar una auténtica persecución. Por ejemplo, una situación de acoso y hostigamiento laboral que, en principio, podría merecer el calificativo de problemas laborales ajenos al asilo, en la medida que traiga causa de una disidencia política podría dar lugar al estatuto de refugiado.

En todo caso, es irrelevante que la persona realmente tenga o no tales opiniones políticas o forme parte de un grupo determinado sino que el agente de persecución así lo considere (motivos imputados o percibidos).

En todos estos años de vigencia del Convenio, la doctrina ha apelado a la necesidad de modificar el mismo con objeto de ampliar los motivos de persecución, sin embargo no ha habido voluntad política para ello. En todo caso, una interpretación adecuada de la letra y el espíritu de la Convención ha dado lugar a que la persecución a la que son sometidas las mujeres en determinadas sociedades o las personas con una concreta orientación sexual y/o emocional e identidad o expresión de género hayan encontrado un determinado encaje en los términos de un tratado obligado a una constante relectura en función de la evolución de las situaciones de violencia.

Habida cuenta que la Convención de Ginebra no procede a definir cada uno de estos motivos de persecución, nos atenderemos a la definición aportada por la Directiva 2011/95 (art. 10.1) para el ámbito europeo.

Así, «raza» se entiende en su sentido más amplio, como un concepto que abarca todos los grupos étnicos. Según el artículo 10.1.a de la Directiva «el concepto de raza comprenderá, en particular, consideraciones de color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico». Con frecuencia implicará también la pertenencia a un grupo social determinado de ascendencia común que constituye una minoría en el seno de una colectividad más amplia.

El concepto de «religión» comprenderá, en particular, «la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por esta». Las autoridades que evalúan la solicitud de protección no pueden esperar razonablemente

que la persona oculte o renuncie a esos actos religiosos para evitar el riesgo de persecución (véase STJUE de 5 de septiembre de 2012, *asuntos acumulados Y y Z*); en el mismo sentido respecto de la orientación sexual (en STJUE de 7 de noviembre de 2013, *asuntos acumulados X, Y, Z*).

Por lo que se refiere a la nacionalidad, en este contexto no debe entenderse solo como ciudadanía, sino que se refiere también a la pertenencia a cualquier comunidad étnica, religiosa, cultural o lingüística y, a veces, puede coincidir con el concepto de raza. Según el artículo 10.1.c, «el concepto de nacionalidad no se limitará a la ciudadanía o a su falta, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado».

En cuanto a las «opiniones políticas» se entiende que comprenden, en particular, las opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias (art. 10.1.e).

Y, por último, la cláusula residual, la relativa a la pertenencia a «determinado grupo social» y que se trata, sin duda, la que ha experimentado mayor evolución en su interpretación desde los orígenes del Convenio. Según el artículo 10.1.d de la Directiva 2011/95, se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si cumple con dos requisitos: «los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella», y «dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea». Según la doctrina internacional, ambos requisitos no deberían exigirse de forma acumulativa, sino alternativa.

La *persecución por motivos de género* resulta encuadrable sin duda entre las «persecuciones sociales». Si bien las mujeres pueden huir por los mismos motivos que los hombres, a menudo tienen que hacer frente a formas de persecución específicas (como aquellas relativas a la violencia sexual), así como a atentados a su vida y su libertad directamente relacionados con su género. Piénsese en los casos de mujeres que huyen de la violencia machista, mutilación genital femenina, matrimonios forzados, crímenes de honor, etc., es decir, actividades no consideradas políticas, sino castigos por transgredir los valores y costumbres culturales/sociales en contextos de discriminación severa. El recurso al cajón de sastre de «grupo social determinado» no debe, en ningún caso, obviar la naturaleza política o ideológica que, a menudo de manera indirecta, se halla en el fondo de las actividades perseguidas.

De igual modo en los casos de persecución por motivo de la orientación sexual y/o emocional del individuo o su identidad de género. A este respecto, la Directiva 2011/95 incluye una disposición adicional en virtud de la cual, «en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de *orientación sexual*». Los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la *identidad de género*, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo. El TJUE ha tenido la oportunidad de referirse a la situación de las personas homosexuales y si bien ha afirmado que no cabe duda de que las personas homosexuales pueden conformar un grupo social determinado, no considera suficiente que su país de origen penalice las relaciones entre personas del mismo sexo, sino que debe sancionarlas con pena privativa de libertad y que esta se aplique de forma efectiva (STJUE de 7 de noviembre de 2013, *asuntos acumulados X, Y, Z*).

1.2.5. Cláusulas de exclusión

Las secciones D, E y F del artículo 1 de la Convención de 1951 contienen disposiciones en virtud de las cuales personas que cumplen con los requisitos para ser refugiadas, no obstante, quedarían *excluidas* de esta condición. En el primer caso, se trataría de personas que ya reciben protección o asistencia de un órgano u organismo de Naciones Unidas distinto del ACNUR (sec. D del art. 1); el segundo caso comprende a personas que no se consideran necesitadas de protección internacional (sec. E del art. 1); y en el tercer caso, se contempla el caso de personas que no se consideran «merecedoras» de la protección internacional (sec. F del art. 1).

En el primer supuesto suelen hallarse las personas de origen palestino asistidas por la UNWRA (el Organismo de Obras Públicas y Socorro a los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente). A la vista de las dificultades para ejercer su función como consecuencia del conflicto en Siria, la jurisprudencia del TJUE ha especificado que no basta con que estas personas sean asistidas por este organismo, sino que debe comprobarse que obtienen *efectivamente* dicha protección y asistencia (STJUE de 17 de junio de 2010, asunto *Bolbot*). Cuando no se da esta circunstancia, y esa persona se ha visto forzada a huir de la zona, debe ser admitida en Europa y obtener el reconocimiento *ipso facto* —de forma automática— del estatuto de refugiado (STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto *El Kott y Otros*).

En el segundo supuesto, se hallan las personas que no se considera que tengan necesidad de protección internacional porque las autoridades de otro país en el cual han fijado su residencia les han reconocido los mis-

mos derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país (con frecuencia se les denomina «refugiados nacionales»).

Y, por último, el artículo 1F de la Convención está destinado a excluir de la condición de refugiado a aquellas personas que no merecen tal estatuto a causa de su responsabilidad en la comisión de ciertos actos graves e inaceptables. Esta disposición se aplica si hay motivos fundados para considerar que un individuo: ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra, o un delito de lesa humanidad; ha cometido un grave delito común fuera del país de refugio, antes de ser admitido a ese país como refugiado; y/o ha sido culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. En palabras del TS (Sentencia del 30 de junio de 2011, Recurso 1298/2010):

La Convención de Ginebra está pensada para dar amparo y cobijo a las víctimas de estos delitos y no a sus verdugos, quienes deben responder de sus delitos ante los Tribunales competentes y no deben esperar que precisamente a través de la institución del asilo puedan llegar a eludir su rendición de cuentas a la justicia.

No es necesario que se trate de personas imputadas o condenadas por la comisión de estos delitos, sino que basta con que existan «motivos fundados para considerar» que han cometido alguno de los actos descritos. Sin embargo, teniendo en cuenta las graves consecuencias de la exclusión para la persona interesada, la interpretación de estas cláusulas debe ser restrictiva, como corresponde a su naturaleza de normas limitativas de derechos, aplicadas con extrema precaución y a la luz del carácter primordialmente humanitario de la Convención de 1951.

La actual lucha contra el terrorismo ha supuesto un renovado uso de esta cláusula de exclusión con objeto de no menoscabar la institución del asilo haciéndola extensiva a personas que son sospechosas y han cometido delitos terroristas del tal gravedad que se considera que se trata de actividades que atacan los cimientos mismos de la coexistencia de la comunidad internacional. En este sentido, pueden ser considerados tanto «graves delitos comunes» como «actos contrarios a las finalidades y a los principios de Naciones Unidas» (STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto *B y D*). En todo caso, la exclusión del estatuto de refugiado de una persona que haya cometido delitos terroristas, haya pertenecido a una organización que emplee métodos terroristas, o incluso en el caso de que simplemente haya proporcionado apoyo logístico para la comisión de los mismos —STJUE, de 31 de enero de 2017, asunto *Lounani*— está subordinada a un examen *individual* de los hechos concretos, esto es, resulta necesario poder imputar a la persona interesada una parte de la responsabilidad por los actos cometidos por la organización de que se trate durante el periodo en que era miembro de esta (STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto *B y D*).

1.2.6. Cláusulas de cesación del estatuto de refugiado

De conformidad con el artículo 1, sección C, números 1 a 6, de la Convención de 1951, la persona puede perder la condición de refugiado cuando la protección internacional ya no es necesaria (n.ºs 1 a 4), o bien no está justificada (n.ºs 5 y 6). Se trata de una relación exhaustiva, por lo que no se puede alegar ningún otro motivo para dar por cesado el estatuto de refugiado.

Se entiende que la protección ya no es necesaria cuando la persona se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad (para lo que debe existir una auténtica intención de acogerse a la protección de tal país y que pueda obtener esa protección de forma efectiva); si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad (circunstancia aplicable tanto a las personas refugiadas como apátridas); o si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor a ser perseguida. Se trata, por tanto, de circunstancias creadas voluntariamente por parte de la persona refugiada.

En cambio, se entiende que la protección ya no está justificada cuando la persona ya no pueda negarse a aceptar la protección de su país de origen (en el caso de las personas refugiadas) o de residencia habitual (en el caso de las personas apátridas) porque las circunstancias que llevaron a su reconocimiento como persona refugiada han desaparecido (n.ºs 5 y 6). Estas dos últimas circunstancias son las más delicadas, pues ante ese cambio en la situación del país de origen, que debe ser *fundamental, duradero y efectivo*, las autoridades podrían iniciar un procedimiento de cesación del estatuto incluso en contra de la voluntad de la persona refugiada.

En aplicación de la normativa europea, a efectos de determinar si existe un cambio de circunstancias, las autoridades competentes del Estado Miembro deberán verificar que se han tomado medidas razonables para impedir la persecución, lo que implicaría que disponen, en particular, de un sistema judicial eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución, y que el nacional interesado tendrá acceso a dicha protección en caso de que cese su estatuto de refugiado (STJUE de 2 de marzo de 2010, asunto *Aydin Salaha-din Abdulla y Otros*). Según el ACNUR, debe tomarse en consideración no solo que el cambio en el país de origen haya hecho desaparecer el temor fundado de persecución, sino también que la persona se halle en condiciones de regresar a ese país.

1.3. *El principio de no devolución*

Con independencia de que la Convención asocia la condición de refugiado a un importante *catálogo de derechos* (capítulos II al V del Tratado), la esencia del amparo a la que tienen derecho es la protección contra la devolución a un territorio donde su vida o libertad estén amenazadas por uno de los motivos de la Convención, principio de *non refoulement* recogido en el artículo 33 (1) de la Convención de 1951. Esta disposición se aplica también a las personas solicitantes de protección que se encuentran a la espera de una decisión definitiva sobre su estatuto. Tal y como está diseñado en el tratado ginebrino, se admiten excepciones en los casos en que una persona refugiada constituya un *peligro para la seguridad del país donde se encuentra*, o habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una *amenaza para la comunidad de tal país*.

Hoy día se considera que el principio de no devolución es parte del Derecho Internacional consuetudinario. Así, *todos* los países están vinculados por la prohibición, con independencia de que sean Parte o no del *corpus iuris* básico en materia de protección de personas refugiadas. Con base en la práctica internacional, se puede afirmar incluso que este principio constituye una norma general de Derecho Internacional de *ius cogens*, parte integrante del núcleo duro del orden público de la comunidad internacional.

La Convención de Ginebra fue el primer tratado internacional que, en este sentido, impuso restricciones a la facultad de los Estados Parte de devolver a extranjeros, marcando así los contornos del principio en el ámbito del DIPR. Sin embargo, el principio de *non refoulement* desborda este ámbito para incorporarse al Derecho Internacional de los Derechos Humanos —y a un nutrido grupo de tratados en ese ámbito— y condicionar el derecho del Estado de devolver a cualquier extranjero, con independencia de que quepa considerarlo o no refugiado en virtud de la Convención de Ginebra. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos amplía, así, su ámbito de aplicación no circunscribiéndolo en exclusiva a las personas solicitantes de asilo o refugiadas, pues *cualquier persona*, independientemente de que haya podido o no ser perseguida por alguno de los cinco motivos de la Convención de Ginebra, sería titular del principio si corriera peligro de verse sometida a *tortura o tratos inhumanos o degradantes*. Además, a diferencia del principio consagrado en el convenio ginebrino, esta versión ampliada no admite motivo de exclusión, sino que tiene *carácter absoluto*, por lo que resulta aplicable con independencia de que la persona pueda resultar un peligro para la seguridad o una amenaza a la comunidad de tal país. Además, según la definición contenida en la CDFUE (art. 19), la jurisprudencia del TJUE y del TEDH in-

cluye que *ninguna persona puede ser desembarcada en un país, forzada a entrar, conducida o entregada de algún otro modo a sus autoridades* cuando, entre otros supuestos, exista un riesgo grave de que se vea expuesta a sufrir pena de muerte, tortura, persecución o cualquier otra pena o trato inhumano o degradante, o cuando su vida o su libertad estén amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o cuando exista un riesgo grave de que sea expulsada, trasladada o extraditada a otro país incumpliendo este principio (*devolución indirecta o en cadena*). No exime de su cumplimiento el hecho de que nos enfrentemos a afluencias masivas (caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, § 122).

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.

2. DERECHO EUROPEO DE LAS PERSONAS REFUGIADAS. EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

El proceso de integración europeo ha permitido que nos hallems a las puertas de una «jurisdicción exclusiva» en materia de asilo, evolución especialmente importante pues se trata de un área que ha pertenecido tradicionalmente a la esfera más íntima de la soberanía estatal. Con la experiencia acumulada desde la inicial aproximación intergubernamental y aquella derivada de la consideración del asilo como área de «interés común» del Tercer Pilar en Maastricht, el Tratado de Ámsterdam procede a la «comunitarización» del sector y con ello se disponen las bases del denominado «Sistema Europeo Común de Asilo» (SECA), cuya hoja de ruta vino definida por el Consejo Europeo de Tampere (1999). Su desarrollo normativo se ha producido en dos fases: la primera (1999-2005) dio lugar a la adopción de una serie de «normas mínimas» en diferentes ámbitos del sector y la segunda, completada en 2013, ha supuesto la refundición de estas normas de Derecho derivado, cuya base jurídica se dispone en el actual título V («Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia [ELSJ]»), arts. 67-80 del TFUE). La conformación del sistema persigue arbitrar un «procedimiento común», así como un «estatuto uniforme» para todos aquellos que se hallen en necesidad de protección, con objeto de evitar los «movimientos secundarios» de solicitantes de asilo y refugiados(as) entre Estados, auténtico *leitmotiv* y obsesión recurrente.

El SECA supone un sistema normativo que define las obligaciones de los Estados Miembros en materia de asilo y que básicamente comprende:

un mecanismo para la distribución de la responsabilidad entre los Estados Miembros en relación al examen de una demanda de protección internacional (Reglamento Dublín III y Reglamento EURODAC); normas comunes en materia de procedimientos como paso previo al establecimiento de un procedimiento común de asilo en la Unión (Directiva 2013/32), normas para la acogida de solicitantes de protección internacional (Directiva 2013/33), normas relativas a los requisitos para la identificación de las personas necesitadas de protección internacional, así como un estatuto uniforme para las mismas (Directiva 2011/95) y un procedimiento especial para los casos de afluencia masiva de personas desplazadas (Directiva 2001/55).

Al hallarnos en el ámbito de aplicación del ELSJ, la Política europea de asilo se ve afectada por la llamada «geometría variable», en virtud de la cual, tanto Reino Unido como Irlanda y Dinamarca pueden elegir quedar vinculados o no por las normas que conforman el SECA (Protocolos 21 y 22 anejos al TUE y TFUE). Asimismo, algunos otros instrumentos del Derecho Europeo de las Personas Refugiadas se aplican también a ciertos Estados que no son miembros de la UE, a saber, Islandia, Liechtenstein, Noruega y/o Suiza.

Si bien el sistema debe ajustarse a la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo adicional (art. 78 del TFUE) ello no implica que el SECA sea la traducción europea de todas las obligaciones incorporadas en el Convenio ni que aborde de forma integral todos los aspectos relacionados con el derecho de asilo. Los Estados conservan determinadas competencias como las relacionadas con la sanción a las personas refugiadas por su entrada o presencia ilegal (prohibidas por el art. 31 de la Convención de Ginebra: STJUE de 17 de junio de 2014, asunto *Mohammad Ferooz Qurban*), solicitud de asilo diplomático o territorial presentada en las embajadas o legaciones diplomáticas de los Estados Miembros en el exterior, concesión de visado por razones humanitarias (STJUE de 7 de marzo de 2017, *asunto X y X*) u otras vías de acceso seguro a la protección o cuestiones tan relevantes en el ámbito de la solidaridad internacional como la figura del reasentamiento. Todas ellas quedan a instancias de la normativa nacional.

2.1. *El sistema de asignación de la responsabilidad en materia de protección internacional. El «sistema Dublín»*

El llamado «sistema Dublín» es el primer mecanismo del que se dotaron los Estados Miembros de la actual UE para gestionar en común aspectos relativos al asilo. Se trata de un procedimiento para la *determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional*.

Pensado para dar solución al fenómeno de los «refugiados en órbita» (solicitantes de protección que iban de un Estado a otro sin que ninguno

se hiciera responsable del estudio de su caso) y las «solicitudes múltiples» (aquellas presentadas en más de un Estado) garantiza que siempre haya un Estado que proceda al estudio de la demanda de protección, pero será solo uno (*one-chance only*) y su decisión será vinculante para todos los demás. En el momento en el que las personas son interceptadas tratando de acceder de forma irregular a territorio europeo o cuando presentan su solicitud de protección, son tomados sus datos dactiloscópicos y enviados a una base informática a la que tienen acceso las autoridades de los Estados (sistema regulado por el Reglamento EURODAC). Cualquier intento de presentar la solicitud en otro Estado Miembro sería detectado con la mera comprobación del registro de sus huellas dactilares y sería devuelto al país responsable de su solicitud. El mecanismo supone el *reconocimiento mutuo* de las decisiones en materia de asilo y se fundamenta en la presunción de que todos los Estados participantes comparten estándares equivalentes en materia de protección y son países *seguros*. Sin embargo, se ha observado una importante diferencia de criterio en el reconocimiento de personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria procedentes de las mismas regiones o países de origen y en cuanto al tipo de protección concedida. A falta de una auténtica armonización, todo sistema distribuidor de la responsabilidad carece de legitimidad, pues convierte la suerte de obtener el estatuto de refugiado en una auténtica lotería (*asylum lottery*).

Los criterios del sistema de Dublín son *objetivos* y están *jerarquizados* y, según ellos, no se toma en consideración la voluntad del demandante de protección, es decir, el *solicitante no podrá elegir el país de acogida*. El mutuo reconocimiento de actos de Estado se privilegia por encima del derecho a la protección del individuo. Al menos, una vez aplicado Dublín, el refugiado o beneficiario de protección subsidiaria debiera poder disfrutar de los beneficios de la libertad de circulación, sin embargo, se produce una exclusión de estos de la libertad de circulación garantizada a los nacionales de terceros países. Así, las decisiones de rechazo de las solicitudes de protección, válidas en todo el territorio de la Unión gozan de efecto extraterritorial, mientras que las bondades de la admisión siguen limitadas al Estado que las otorga.

El sistema *no establece un reparto equitativo entre los Estados Parte de las solicitudes de protección internacional* que se presenten en la Unión, en función de la capacidad de acogida del Estado o de otras variables. Se trata, en cambio, de un sistema de *asignación de la responsabilidad*, en función de unos criterios que denominan «criterios de determinación del Estado Miembro responsable» (capítulo III), directamente vinculados con el control de la frontera exterior común, de manera que se prevé una mayor responsabilidad para aquellos que permitan el acceso del extranjero al territorio. Así, salvo que la persona tenga algún miembro de su fami-

lia nuclear residiendo en un Estado Miembro «en calidad de solicitante de protección o como beneficiario de la misma», el Estado responsable será aquel que haya otorgado un visado o documento de residencia al demandante o aquel que haya permitido su entrada irregular. Tras la adopción de la STJUE de 6 de junio de 2013 (*asuntos acumulados MA.BT.DA.*) se disponen reglas especiales para el caso de los menores no acompañados. El sistema se completa con unos elementos de flexibilidad, como son la cláusula humanitaria (que permite a un Estado Miembro no responsable asumir una demanda de asilo para la preservación de la unidad familiar más allá de lo que establecen los criterios del sistema), o la cláusula de soberanía (que permite a un Estado Miembro examinar cualquier demanda de asilo que le sea presentada), ambas escasamente utilizadas.

Se trata, por tanto, de un sistema al servicio de un efectivo control de la frontera exterior común, de tal forma que la determinación de la protección internacional se convierte en una especie de «sanción» para aquellos Estados que «permitieron» la entrada en el territorio del nacional del tercer país, en lugar de establecer criterios de reparto equitativos basados en las mejores opciones de integración del nacional del tercer país en alguno de los Estados de la Unión o Estados asociados al sistema. Así las cosas, los Estados de la UE con fronteras exteriores terrestres tendrían una probabilidad más alta que los demás de convertirse en Estados responsables de examinar demandas de asilo presentadas en otros Estados Miembros. Esta circunstancia unida al incremento de los flujos migratorios en los últimos años ha supuesto el colapso de las estructuras de asilo para algunos Estados Miembros —como Grecia—, y con ello el cuestionamiento de las bases del sistema.

Así, tras la STEDH en el caso *M.S.S. c. Belgique et Grèce* de 21 de enero de 2011 y la STJUE, en el asunto *N.S y M.E y otros* de 21 de diciembre de 2011 resulta contrario a Derecho que un Estado Miembro pueda aplicar *automáticamente* las reglas del sistema Dublín cuando el Estado responsable padece *deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida*. El artículo 4 de la CDFUE debe interpretarse en el sentido que incumbe a los Estados Miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, de no trasladar a un solicitante de asilo al Estado Miembro responsable en el sentido del Reglamento Dublín, cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo en ese Estado Miembro constituyan motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición (fallo incorporado al actual artículo 3 del Reglamento Dublín). (La reciente STJUE de 16 de febrero de 2017, en el asunto *C.K., H.F., A.S. contra República de Eslovenia* abre la puerta a la paralización de traslados también en caso de enfermedad mental o física especialmente grave).

Ante la evidencia de que el sistema adolecía de medidas de solidaridad para con los Estados en primera línea y a la vista de las consecuencias de la crisis migratoria sin precedentes que está afectando especialmente a Grecia e Italia, se ha puesto en marcha un *sistema de reubicación de emergencia*, sin precedentes en la historia de la Unión. Aunque el SECA dispone de una norma adoptada específicamente para hacer frente a situaciones de afluencia masiva de personas desplazadas (Directiva 2001/55) no se ha aplicado nunca. En su lugar, se ha decidido activar el artículo 78.3 del TFUE que permite adoptar medidas provisionales en beneficio de determinados Estados que se enfrentan a una *situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países*. Con base en el mismo, así como en el artículo 80 del TFUE (principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados Miembros) se han adoptado dos Decisiones: Decisión 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, y Decisión 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, en virtud de las cuales se establece la reubicación de 160 000 solicitantes de protección internacional, procedentes de determinados países de origen y que se hallan actualmente en Grecia e Italia, al resto de Estados Miembros, en el plazo de dos años desde su entrada en vigor. El sistema de reubicación de emergencia no ha logrado cumplir su objetivo, pues a escasos meses de la finalización de su fecha de ejecución apenas ha logrado reubicar un 10% de los compromisos asumidos, pero sí ha creado un precedente que se pretende forme parte de la reforma del SECA. Dublín IV contendrá, con toda probabilidad, un mecanismo de equidad en función del cual el sistema determinará automáticamente cuándo un país esté gestionando un número desproporcionado de solicitudes de protección internacional, en cuyo caso, todas las personas solicitantes de protección serán reubicadas en el resto de países, tras comprobar la admisibilidad de su solicitud.

En todo caso y a pesar de las nefastas consecuencias de la aplicación del sistema Dublín, la reforma planteada por la Comisión en abril de 2016 confirma que seguirá siendo *la piedra angular* del SECA. La sentencia del TJUE en el reciente *asunto X e Y contra el Estado de Bélgica*, de 7 de marzo de 2017 aprovecha para reiterar la ausencia de un derecho a elegir el país de acogida en el marco del sistema europeo común de asilo, al negar que se pueda solicitar un visado de corta duración en la embajada de un Estado Miembro en un tercer país con objeto de solicitar protección internacional. Con este caso no solo se afirma que el sistema no regula la posibilidad de solicitar protección en una embajada, excluyendo las legaciones diplomáticas y consulados de los lugares donde se puede presentar una solicitud de protección, al tiempo que niega la posibilidad de convertir los visados humanitarios en una vía de acceso seguro a territorio europeo, sino que además confirma uno de los pilares básicos

del sistema, este es, que el sistema de asignación de la responsabilidad del Reglamento Dublín es el que dispone el Estado Miembro responsable de examinar una solicitud de asilo y no hay «atajos» que puedan evitar que sean estos criterios jerárquicamente determinados los que actúen.

2.2. *Garantías procedimentales y derecho a la «protección internacional»*

El acervo de la UE en materia de asilo solo se aplica desde el momento en que el individuo ha llegado a la frontera, incluyendo las aguas territoriales y las zonas de tránsito (art. 3.1 de la Directiva 2013/32/EU). En particular, el artículo 6.1 obliga a los Estados a registrar las solicitudes de protección internacional en un plazo de tres días laborables o de seis días si la solicitud se presenta ante otras autoridades distintas de las responsables de tal registro.

El procedimiento por el cual se examina una solicitud de protección internacional se basa en una *entrevista* que será realizada por una persona responsable que le informará de cómo efectuarla y la ayudará a cumplimentarla para establecer los hechos relevantes. En el curso del procedimiento, la persona tiene derecho a los servicios de interprete, la posibilidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR u otras organizaciones que prestan asesoramiento a las personas solicitantes de protección internacional, derecho a que se le comunique en debida forma la decisión junto con su motivación de hecho y de derecho, la oportunidad de consultar a asesores jurídicos, derecho a ser informada de su situación en los momentos decisivos del procedimiento en una lengua que entienda o razonablemente se pueda suponer que entiende y, en caso de decisión negativa, el derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional. Durante la deliberación de la autoridad decisoria, la persona tiene garantizado el derecho de estancia y, por ende, el principio de *non refoulement*.

Desde el momento en que se presenta la solicitud, la persona es considerada «solicitante de protección internacional» y le resulta aplicable la Directiva 2013/33 que le garantizará un nivel de vida digno durante todo el proceso de determinación de su estatuto, incluida la fase previa en que se procede al establecimiento del Estado responsable de examinar la solicitud (STJUE de 27 de septiembre de 2012, asunto *CIMADE* y *GISTI*). El alojamiento, alimentación y vestido se puede proporcionar en especie o a través de asignaciones, las cuales en todo caso, deben ser suficientes para garantizar atención sanitaria y un nivel de vida digno y adecuado que asegure la subsistencia de las personas solicitantes (STJUE de 27 de febrero de 2014, asunto *Saciri*).

Se establecen tres tipos de procedimientos: «en primera instancia», «de recurso» y «para la retirada de la protección internacional». De igual

modo, se prevén tres procedimientos especiales: para las solicitudes presentadas en frontera, el procedimiento de admisibilidad y un procedimiento acelerado. De esta forma, los Estados pueden disponer una fase de admisión a trámite en la cual se puede inadmitir una solicitud cuando otro Estado Miembro ha concedido protección internacional, cuando un tercer Estado es «primer país de asilo» (un país donde el solicitante ha sido reconocido como refugiado o goza de protección suficiente), o por la aplicación de conceptos tan controvertidos como el de «tercer país seguro» (cuando proceda de un país en el que su vida y su libertad no están amenazadas por algunos de los motivos contemplados en la Convención de Ginebra, donde no existe riesgo de daño grave, se respeta el principio de no devolución y la prohibición de expulsión de conformidad con el Derecho europeo y existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado). Si la solicitud es admitida a trámite, pasa a ser analizada en profundidad para lo cual disponen de seis meses, salvo que las autoridades apliquen el procedimiento acelerado, cuyos plazos se reducen a la mitad. Son igualmente controvertidos los motivos que pueden dar lugar a la aplicación de un procedimiento acelerado o de urgencia: cuando sea probable que la solicitud sea infundada (porque plantee cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para ser beneficiario de protección internacional; porque la persona proceda de un «país seguro de origen»...) o por motivos graves de seguridad nacional u orden público. Se trata de conceptos que permiten un amplio margen de discrecionalidad al Estado y aunque se trata de presunciones que pueden ser refutadas, la inclusión en la Directiva de la posibilidad de enviar al solicitante a un tercer país seguro (art. 27) y de establecer listas de países de origen seguro a los efectos del examen de la solicitud (definido en el anexo II de la Directiva) han sido ampliamente denunciadas por la doctrina, pues predisponen a cierto automatismo en la respuesta del Estado, aumentan la carga de la prueba en el demandante y, sobre todo, ponen en riesgo el principio de no devolución.

Como contrapartida, el SECA no solo garantiza el asilo, sino el concepto más amplio de «protección internacional», que incluye el estatuto de refugiado y el estatuto de protección subsidiaria (art. 2 de la Directiva 2011/95). Con independencia de lo que haya alegado la persona, se trata de un *sistema descendente* en virtud del cual primero se ha de analizar si la persona reúne los requisitos para ser refugiada de conformidad con la Convención de 1951 y, de no ser así, se determinará si tiene derecho a la protección subsidiaria. Se concibe, pues, la protección subsidiaria como una protección *complementaria y adicional* a la consagrada en la Convención de Ginebra (STJUE, de 8 de mayo de 2014, asunto *H.N.*).

La Directiva 2011/95 configura los contornos de la *protección subsidiaria* cuya base jurídica deriva de las obligaciones internacionales y

las prácticas existentes en los Estados Miembros sobre derechos humanos. Estas obligaciones disponen que si un nacional de un tercer país o un apátrida, que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se dan motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o residencia, se enfrentaría a un *riesgo real* de sufrir alguno de los tres *daños graves* establecidos tendría derecho al estatuto de beneficiario de protección subsidiaria. El nivel de exigencia probatoria es el de riesgo real, por solo alguno/s de los tres daños graves consensuados: la condena a la *pena de muerte* o su ejecución; la *tortura* o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen; o 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.

El daño grave relacionado con la situación de conflicto armado resulta una aportación genuina del Derecho de la Unión, por lo que se ha de atender a la jurisprudencia del TJUE dictada en aras de su interpretación uniforme (asunto *Elgafagi*, sentencia TJ [Gran Sala] de 17 de febrero de 2009 y asunto *Diakité*, Sentencia TJ de 30 de enero de 2014), así como a las directrices elaboradas por la OEAA para deducir sus particularidades.

Lo primero que llama la atención es que los conceptos de «conflicto armado internacional o interno» no son equiparables a los dispuestos en el Derecho Internacional Humanitario, sino que tienen un significado propio. Según el Tribunal de Justicia en el asunto *Diakité*, basta que las tropas regulares de un Estado se enfrenten a uno o varios grupos armados o cuando dos o más grupos armados se enfrenten entre sí.

En términos generales, se trata de un daño grave que abarca un riesgo «más general» que los relativos a la pena de muerte o al riesgo de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes. No se ha de probar que se han sufrido, o se pueden llegar a sufrir, actos concretos de violencia, sino que el conflicto armado se caracterice por una violencia indiscriminada de un nivel tan intenso que los *civiles* corran un riesgo real de sufrir daños graves *por el mero hecho de su presencia en el territorio de estos*. De esta forma, la capacidad de obtención de protección subsidiaria es inversamente proporcional a la individualización del daño. Para valorar la gravedad del conflicto armado, la OEAA considera que se podrían tomar en consideración variables como: las partes en el conflicto y su fuerza militar relativa; el uso de métodos y tácticas bélicas (riesgo de víctimas civiles); el tipo de armamento utilizado; el ámbito geográfico de los combates (localizado o generalizado); o el número de civiles muertos, heridos y desplazados como consecuencia de los combates. Los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros también han tomado en consideración: la capacidad o incapacidad del Estado para proteger a sus ciudadanos de la violencia; las condiciones socioeconómicas (que deben incluir una valo-

ración de las formas de asistencia económica y de otra índole de las organizaciones internacionales y ONG); o los efectos acumulados de los conflictos armados de larga duración.

2.3. *Crisis del SECA y proceso de reforma*

La demora en los plazos de transposición de las directivas que conforman el SECA, la calidad de dichas transposiciones, llegando en algunos casos incluso a bajar los estándares de exigencia marcados, las diferencias que se observan en los porcentajes de concesión y denegación del estatuto, en el tratamiento jurídico de las solicitudes, así como en el reconocimiento de determinados derechos o las desiguales condiciones de acogida y prestaciones sociales ponen en evidencia la dificultad de alcanzar un sistema de protección común. Así las cosas, no sorprende que las consecuencias de la actual crisis humanitaria de carácter migratorio haya agudizado las deficiencias del sistema hasta el punto de hallarse en pleno proceso de reforma.

En palabras de la Comisión Europea, la crisis humanitaria ha puesto de manifiesto que existen *carencias estructurales y deficiencias importantes en el diseño y la aplicación de la política europea de asilo y migración*, por lo que ya ha propuesto una reforma global del sistema en aras a obtener una «política de asilo humana y eficiente», así como «un sistema europeo común de asilo más equitativo, eficiente y sostenible». El 6 de mayo de 2016 se presentó el primer paquete de medidas que abordaban la reforma del sistema Dublín, EURODAC y la transformación de la actual Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) en una auténtica Agencia Europea para el Asilo. El 13 de julio de 2016 se presentó el segundo paquete de medidas con la creación de un procedimiento común de protección internacional, unas normas uniformes para la protección y los derechos concedidos a los beneficiarios de protección internacional, y una mayor armonización de las condiciones de acogida (la acogida sería el único ámbito de aplicación que no estaría regulado por un reglamento).

3. CONCLUSIONES

El DIPR es uno de los regímenes de protección más importantes dentro del sistema de protección internacional los de derechos humanos. Mientras se sigan produciendo graves violaciones de los derechos fundamentales que adquieran el nivel de severidad de la persecución y conflictos armados con tal grado de violencia indiscriminada, disponer de la acogida y protección en otro Estado de la comunidad internacional resultará imprescindible. El reto actual de este régimen no se cifra solo en la necesaria

adecuación del mismo a la evolución de las causas que se encuentran en el origen de los nuevos desplazamientos de población, sino también —y ello es especialmente importante para el desarrollo del sistema en el marco de la UE— que las políticas contra el terrorismo, contra la delincuencia internacional, control de la inmigración irregular y control de las fronteras no impidan el ejercicio efectivo del derecho a la protección internacional. De poco sirve consagrar el derecho al asilo al máximo nivel si el derecho a huir se ve tan condicionado, si no existen vías de acceso seguro a la protección, problemas que, a la postre vacían de contenido un derecho esencial para la supervivencia.

CUESTIONES PARA DEBATIR

Derecho Internacional de las Personas Refugiadas. Se propondrá al alumnado que reflexione sobre las nuevas necesidades de protección. Entre ellas, las que plantean los casos de trata de personas y los desplazamientos de población por causas relacionadas con el deterioro del medio ambiente y el cambio climático.

El Sistema Europeo Común de Asilo. Se propondrá al alumnado reflexionar sobre la tensión existente entre las políticas de la UE de control migratorio, en particular aquellas dirigidas a evitar la inmigración irregular, y las obligaciones de protección consagradas en los instrumentos estudiados.

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA Y DOCUMENTACIÓN

- ACNUR, Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.
- ACNUR, Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 1992.
- ACNUR, Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 2011.
- Fernández Arribas, G., *Asilo y Refugio en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007.
- FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Manual de Derecho Europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, 2014.
- Goodwin, G. S. y J. McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Oxford, ³2007.
- Gortázar Rotaache, M.^a T., *Derecho de Asilo y «no rechazo» del refugiado*, Universidad Pontificia de Comillas/Dykinson, Madrid, 1997.
- Hailbronner, K., *EU immigration and asylum law: commentary on EU regulations and directives*, Beck, Múnich, 2010.

- Hathaway, J. C., *The Law of Refugee Status*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Mariño Menéndez, F., *La protección de las personas y grupos vulnerable en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- Martín y Pérez de Nanclares, J., *La Inmigración y el Asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002.
- Morgades Gil, S., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos - El sistema Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua. Comentario a la Sentencia de TEDH de 4 de noviembre de 2014 (Gran Sala), Tarakhel c. Suiza, 29217/12»: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 51 (2015), pp. 749-768.
- Pérez González, C., *Migraciones irregulares y Derecho Internacional. Gestión de flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- Santolaya Machetti, P., *El Derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- Solanes Corella, Á., «Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 32 (2016), pp. 145-184.

PÁGINAS WEB

Naciones Unidas:

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados: <http://www.unhcr.org>.
www.refworld.org.

Unión Europea:

Agencia Europea de Derechos Fundamentales: <http://fra.europa.eu/es>.
Comisión Europea: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum_en.
Jurisprudencia del TJUE: <http://curia.europa.eu>.
Oficina Europea de Apoyo al Asilo: <http://www.easo.europa.eu/>.

Sociedad Civil:

AIDA, Asylum Information Database: <http://www.asylumineurope.org/>.
CEAR, Comisión Española de Ayuda al Refugiado: <http://www.cear.es>.
CEAR-Euskadi: <http://cear-euskadi.org/diccionario/>.
ECRE, European Council of Refugees and Exile: <https://www.ecre.org/>.
The Refugee Law Reader: <http://www.refugeelawreader.org>.