

Otra política de asilo es posible en Europa. Una breve comparación entre la UE y Canadá

Another Asylum Policy is Possible in Europe.
A Brief Comparative Approach Between EU and Canada

Ángeles Solanes Corella
IDH. Universitat de València (España)¹
angeles.solanes@uv.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-1-2016pp39-75>

Fecha de recepción: 25/07/2016
Fecha de aceptación: 30/11/2016

Sumario: 1. Introducción. 2. Movilidad humana, migración y asilo. 3. El sistema Dublín. 3.1. Protección de fronteras exteriores y asilo. 3.2. La imprescindible función garantista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 4. La política de asilo canadiense. 4.1. Vías de acceso al asilo en Canadá. 4.2. La supervisión desde el ámbito internacional. 5. Entre el marco de respuesta integral para los refugiados y la política común de asilo que garantice un sistema humano, justo y eficiente. Referencias bibliográficas

Resumen: La situación que ha generado en la Unión Europea la mal denominada «crisis de los refugiados», pone en evidencia hasta qué punto ha fracasado el denominado Sistema Común de Asilo. Múltiples factores han concurrido, durante dos décadas, hasta llegar a lo que puede considerarse una desnaturalización del asilo. Para reivindicar la necesidad de protección internacional como un derecho en el contexto europeo, es interesante analizar, como propone este trabajo, los múltiples factores que han concurrido para que el sistema Dublín no llegue a implementarse. Dicho estudio, además, puede completarse desde una perspectiva comparada atendiendo al caso canadiense. La confrontación entre algunas de las medidas articuladas en relación a los refugiados desde la Unión Europea y las que se han adoptado en

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+I DER2015-65840-R (MINECO/FEDER) «Diversidad y Convivencia: los derechos humanos como guía de acción», del Ministerio de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional; y el proyecto del programa de investigación de excelencia PROMETEO/2014/078 «Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración», de la Generalitat Valenciana. Agradezco a los profesores Pierre Bosset (Université de Montréal) y Fannie Lafontaine (Université Laval) su amabilidad y ayuda durante mi estancia de investigación en Canadá.

Canadá, permite trazar algunas líneas directrices futuras. Lo que se pretende, en definitiva, es reivindicar el asilo como un derecho dentro de un sistema europeo humano, justo y eficiente.

Palabras claves: Asilo, Refugiados, Unión Europea, SECA, Canadá, Derechos Humanos

Abstract: The situation generated in the European Union by the misnamed «refugee crisis», reveals the degree to which the so-called Common European Asylum System has failed. Many factors have combined, over two decades, with the ultimate result that the right to asylum has been rendered meaningless. To declare the necessity of international protection as a right in the European context, it is interesting to analyse, as this paper proposes, the multiple factors that have come together to prevent the implementation of the Dublin System. The study applies a comparative perspective, using an analysis of the Canadian asylum system. The contrast between certain measures applied to refugees in the European Union and those employed by Canada permits the delineation of future guidelines. The clear objective is to restore a meaningful right to asylum in a humane, just, and efficient European system.

Keywords: Asylum, Refugees, European Union, CEAS, Canada, Human Rights

1. Introducción

La configuración en el Derecho Internacional de un régimen específico de asilo y refugio compuesto de normas convencionales, consuetudinarias, principios y estándares, se incluye dentro del ámbito normativo de la protección de los Derechos Humanos. Hablar de asilo y refugio, por tanto, supone apelar a una deontología de protección del género humano en la que encontramos una estricta vinculación entre los derechos humanos y la dignidad humana (De Lucas 1995 y 1996), entendiendo esta como «el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa el derecho» (Habermas 2010: 111). A partir de ahí, es posible analizar cómo los derechos humanos, entre ellos el asilo, son concretados, interpretados y realizados a través de diferentes instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, para evidenciar las agresiones de que son objeto.

Este corpus destinado al amparo de aquellos que, en uno u otro sentido, necesitan protección internacional, se desarrolla especialmente como respuesta a las atrocidades de la II Guerra Mundial evidenciando, como recoge el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que «en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país» sin que este derecho se pueda invocar contra una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. En esa línea la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, constituyen las dos disposiciones de referencia a nivel internacional respecto al derecho de asilo. Todas estas previsiones tienen un punto en común: proteger al perseguido dotándole de instrumentos jurídicos que le amparen.

Sin embargo, el reconocimiento de la condición de refugiado y la concesión de asilo territorial, es decir, de una autorización de residencia que permita el refugiado quedarse en el país que se la ha reconocido como tal, (y posteriormente, en su caso trabajar), depende de la normativa interna. En esa línea, el asilo se ha defendido en su configuración como un principio general del Derecho Internacional y ha sido reconocido como derecho subjetivo individual en algunas constituciones estatales (Gil-Bazo 2015: 23-27).

En la Unión Europea, ante la variedad de las legislaciones, se ha intentado articular un sistema común que acercara la regulación de las distintas regulaciones nacionales. Si se analiza en retrospectiva

el derecho de asilo en la Unión, desde el impulso del denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) se intentaba combatir los problemas que hasta el momento había generado el denominado *asylum shopping*, puesto que, los potenciales beneficiarios presentaban su solicitud en varios países o en un Estado concreto después de haber transitado por otros. En sus inicios, parecía acertado optar por un mecanismo conjunto para armonizar los procedimientos de asilo de los Estados miembros mediante la instauración de un sistema común, con miras a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesitase protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Sin embargo, el denominado sistema Dublín (atendiendo a la Convención de Dublín (1990), que posteriormente se sustituyó por la regulación de Dublín II (2003) y Dublín III (2013)) no ha obtenido los resultados esperados.

Más bien al contrario, una de las circunstancias, conjugada con otros múltiples aspectos, que ha llevado a la mal denominada «crisis de los refugiados», que en realidad es una situación de emergencia fruto de una nefasta gestión política, ha sido la precaria articulación del SECA y lo que puede considerarse la «desnaturalización del derecho de asilo, en la medida en que este derecho ha sufrido también el proceso de mercantilización de los derechos, pese a ser un derecho humano fundamental y universal» (De Lucas 2016: 23). Sin obviar múltiples factores que han conducido al desastre y asumiendo la responsabilidad multidimensional europea del mismo, es necesario insistir en que dicho sistema está llamado a reformularse para evitar en el futuro la quiebra absoluta del asilo como derecho.

Para buscar otras alternativas, es interesante recurrir al derecho comparado, asumiendo que aunque las pautas en diferentes casos no son fácilmente extrapolables, las posibilidades de gestión admiten prácticas más o menos acordes con el respeto y garantía de los derechos humanos. En ese sentido, la experiencia acumulada en Canadá resulta interesante por contar con un sistema de selección, ayudas y servicios a los refugiados diferente al articulado en los diversos Estados de la Unión Europea. Y, sobre todo, dicha opción llama la atención por optar por una política de asilo distinta que puede tomarse, con sus deficiencias, como otra posibilidad de gestión de las solicitudes de asilo frente a la exiguas cuotas europeas, ancladas en un visión básicamente temerosa y defensiva más propia de lo que podría considerarse «una sinistrosis de inseguridad vinculada al cierre de las fronteras para proteger un mercado de trabajo siempre en crisis» (Nair 2016: 28), que de las exigencias de las demandas de protección internacional.

2. Movilidad humana, migración y asilo

La movilidad humana como proceso complejo que aúna diversas causas (voluntarias o involuntarias), para producirse, es (debería ser) la expresión del ejercicio del derecho a la libre circulación. Sin embargo, los múltiples fenómenos que en ella convergen han generado desarrollos jurídico-normativos diferentes pensados, al menos en su concepción teórica, para ofrecer respuestas distintas a circunstancias que son diversas.

La movilidad humana, a falta de un concepto unánimemente aceptado, hace referencia a la noción de flujos mixtos que proporciona la Organización Internacional para las Migraciones (OIM/IOM) que considera tales «los movimientos de población complejos incluidos los refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes». Sin embargo, a efectos del acceso a un estatuto jurídico diferente, conviene distinguir entre inmigración, cuando se hace referencia al proceso por el cual los no nacionales de un Estado entran en él con el propósito de instalarse, y asilo entendiendo por tal la protección concedida por un Estado a un extranjero en su territorio contra el ejercicio de la jurisdicción por el Estado de origen. Como señala Morgades «el refugio y el asilo son dos institutos de protección internacional aplicables a personas que han huido de sus países de origen (...) Se entiende que son demandantes de asilo todas las personas que se encuentran fuera del país de su nacionalidad (o residencia habitual en el caso de los apátridas) y están en situación de necesidad de protección» (Morgades 2016: 233-234). Se trata de situaciones jurídicamente distintas que exigen políticas y normativas diferentes, por una parte las de inmigración (concretadas en las normativas de extranjería) y por otra la de asilo. Ambas obedecen a realidades diferenciales en las cuales no debe rivalizarse por importancia, ni priorizar una en detrimento de la otra².

En la Unión Europea asistimos a lo que puede considerarse una crisis del asilo como derecho, por eso reivindicarlo como tal es la piedra angular para mantener que en el futuro la política de asilo tiene que ser europea pero con otra orientación. En este punto, el caso canadiense, no tanto como ejemplo paradigmático si no como muestra

² IOM, *Glossary on Migration. International Migration Law*, IOM, Geneva, 2004, pp. 8, 31 y 42, y ACNUDH, *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales* (en línea), 2014.

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines_SP.pdf, acceso 7 de septiembre de 2016.

de otra forma posible de gestión, resulta interesante. Es inaplazable afrontar los importantes retos que comporta la necesidad de protección internacional y al mismo tiempo mantener otros logros, como el espacio Schengen, que se encuentran en sus cimientos (Carrera 2011; Olesti 2012). La insistencia en la Unión Europea en presentar de forma conjunta su política común de inmigración y asilo, ha repercutido, a largo plazo, en una progresiva degradación del estatuto de refugiado, que ha culminado en una situación insostenible en la que se evidencia el fracaso de buena parte de los ideales que están en el origen del proyecto europeo (De Lucas 2015: 21).

En cambio, en la larga tradición canadiense de recepción de flujos migratorios y solicitantes de asilo, la política de inmigración de las últimas décadas ha venido marcada por el denominado sistema de puntos, fruto de una gestión que aúna una tradición difícil de simplificar en la que se ha compaginado una política planificada y proactiva que promoviese la inmigración permanente, con un claro protagonismo de las provincias que han ido adquiriendo progresivamente mayores competencias, atendiendo especialmente a la cualificación (Valeriano y López-Sala 2010: 662-664). En paralelo, la política de asilo ha mantenido en el tiempo significativas cuotas a través de los denominados programas de reasentamiento humanitario y refugio. Con ellos se ha intentado buscar soluciones a través de un sofisticado sistema de ayudas y servicios básicos para los refugiados reasentados con una red de servicios de reasentamiento y programas obligatorios federales y provinciales, y un significativo sistema de garantías. Tanto en el caso del asilo como en el de la inmigración, las reformas y la evolución han sido constantes, con altibajos como los de la época Harper, que se intenta superar con el gobierno Trudeau, pero que en todo caso marcan un especial compromiso con el derecho de asilo (García Mahamut 2010: 48).

En el contexto europeo, las progresivas dificultades introducidas a través del SECA para solicitar el asilo desde los países de origen, haciendo que este necesariamente deba pedirse en el primer Estado al que llega el potencial solicitante, ha potenciado que en las fronteras se aglutinen tanto extranjeros en situación irregular cuanto potenciales solicitantes de asilo (Vidal 2010; Pérez 2011; Solanes 2015). La consideración, a priori, de todos ellos como pertenecientes a la primera categoría dificulta la mera presentación de la solicitud de asilo. La ausencia de un procedimiento de identificación de perfiles de personas que puedan requerir una determinada protección es una carencia acuciante. No puede negarse que identificar a los refugiados que van en los flujos mixtos irregulares puede ser extremadamente

complejo, en especial cuando los mismos individuos no tienen un único motivo para su movilidad. Existen, en todo caso, supuestos claros en los que la huida es consecuencia directa de una guerra y, por lo tanto, la posibilidad de vuelta al país de origen no es factible³.

Los programas canadienses que permiten acceder al estatuto de refugiado cuentan con una larga y asentada trayectoria marcada por la posibilidad de solicitar asilo estando en Canadá y por una política de reasentamiento que ha sabido combinar, como se indicará más adelante, la financiación pública y privada para permitir sostener en el tiempo significativas cuotas. Para ello, se ha distinguido en la identificación entre tres categorías para el reasentamiento: los refugiados según la Convención de Ginebra que se encuentran fuera de su país de origen, las personas que se encuentran fuera de su país de nacionalidad y/o de residencia, que no serían refugiados según la Convención pero que se han visto afectados por graves conflictos o son víctimas de violaciones masivas de los derechos humanos, y las personas que viven en determinados países que se encuentran en situación asimilable a la de un refugiado como consecuencia de una guerra civil o un conflicto armado y donde no se respetan los derechos humanos fundamentales (García Mahamut 2010: 62).

Sin duda uno de los aspectos fundamentales dentro las políticas de asilo es el relativo a la identificación de los potenciales solicitantes, tanto en el caso canadiense como debería serlo en el europeo, para protegerles contra la devolución y ofrecerles soluciones duraderas. Con la finalidad de ayudar a los gobiernos y a otras partes interesadas a incorporar las consideraciones de protección de los refugiados en las políticas migratorias, ACNUR comenzó a desarrollar el denominado plan de los 10 Puntos. Dicho plan consta de diez puntos de acción en los que se propone herramientas prácticas, sensibles a la protección y las estrategias que se podría adoptar como parte de respuestas coherentes y eficaces para los movimientos mixtos⁴.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos en el ámbito internacional, en los últimos años ha persistido la confusión y la consideración prioritaria de que los flujos mixtos están integrados mayoritariamente

³ Basta consultar las estadísticas que proporciona ACNUR para ver la diversidad de Estados de los que proceden los refugiados,

http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Estadisticas/2015/Tendencias_de_asilo_2015, acceso 8 de septiembre de 2016.

⁴ ACNUR, *La protección de los refugiados y la migración mixta: el Plan de los 10 puntos en acción*. Las referencias a España pueden encontrarse en las pp. 41, 67, 101, 144, 169 y 298, 2011, (en línea). http://www.acnur.es/PDF/7526_20120511131557.pdf, acceso 8 de septiembre de 2016.

por inmigrantes irregulares. Esta relación casi automática ha tenido importantes consecuencias, por una parte, en colectivos especialmente vulnerables, y por otra en la extensión de previsiones propias de una política de inmigración en cuanto control de fronteras al asilo⁵.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, existen colectivos que requieren una especial mención por su dificultad para acceder al estatuto de refugiado como consecuencia de su consideración como inmigrantes: las víctimas de trata de seres humanos, los menores no acompañados y los polizones. Desde distintos organismos se ha prestado una atención constante a la necesidad de identificar los potenciales solicitantes de asilo y de víctima de trata, realizando recomendaciones para revisar los criterios de actuación⁶. ACNUR señala la conexión que puede darse entre asilo y trata, y la posibilidad de concebir este como una forma de protección si bien hay obstáculos difíciles de salvar unidos especialmente a las cuestiones probatorias propias del procedimiento de asilo (Christensen, 2011).

La ausencia de una correcta identificación es asimismo preocupante en el caso de los menores. ACNUR recuerda algunos aspectos básicos en el caso de menores potenciales solicitantes de asilo, entre ellos es de vital importancia detectar de inmediato la presencia de posibles menores no acompañados (MENA) entre los extranjeros que llegan al país, poniendo sus casos en conocimiento de las autoridades

⁵ El Parlamento europeo en su sesión plenaria de 25 de octubre de 2016 aprobó, entre otras Resoluciones, la relativa a los «Derechos humanos y migración en terceros países» en la que se insiste en del principio general de que los derechos humanos «son inherentes a todos los seres humanos, sin distinciones», mientras paradójicamente en las conclusiones del Consejo Europeo de 21 y 21 de octubre de 2016 las cuestiones de seguridad y control siguen siendo las fundamentales (en línea)

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0404+0+DOC+PDF+V0//ES>

<http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/10/21-european-council-conclusions/>, acceso ambas 27 de octubre de 2016.

⁶ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006, en párrafo 4, 2006, (en línea).

<http://www.unhcr.org/refworld/type,THEMGUIDE,,,47dfaf0,0.html>, acceso 8 de septiembre de 2016, y ACNUR, *Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas*, 2010 (en línea). http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf, acceso 8 de septiembre de 2016.

competentes en protección de menores, o enfatizar que las pruebas de determinación de la edad que generalmente se vienen realizando a los menores no acompañados no son precisas⁷. La situación de los MENA potenciales solicitantes de asilo es dramática y extrema, como han denunciado diversas organizaciones ante la pasividad de las autoridades⁸.

En cuanto a los polizones, ha existido una gran opacidad acerca del número de solicitudes de asilo presentadas por personas que llegaban a las costas de la Unión Europea. Con la crisis es aún más difícil cuantificarlos, seguramente es uno de los casos en los que de forma más flagrante se les considera inmigrantes económicos.

En segundo lugar, como se ha apuntaba, se produce una extensión, al ámbito del asilo, de medidas propias de una política de inmigración en cuanto control de fronteras. La ausencia de distinción hace que prácticas tan controvertidas como las devoluciones en caliente acaben afectando también a quienes podrían ser demandantes de asilo si hubieran tenido la oportunidad de solicitarlo. Esta práctica, legalizada con la L. O. 4/2015, es solo uno de los ejemplos a los que sistemáticamente tienen que enfrentarse los potenciales demandantes de asilo que no pueden presentar sus solicitudes (Martínez y Sánchez 2015) La política agresiva en la frontera, que se repite en contextos que van más allá de Europa, tiene múltiples efectos colaterales. Así, por ejemplo, provoca la proliferación de un sistema profesional de contrabando, una mayor corrupción y más muertes en la zona fronteriza (Guo 2015)⁹.

Además, los instrumentos a nivel europeo pensados para articular la política de inmigración son los mismos que contemplan las medidas necesarias en el ámbito del asilo. En ese sentido, la emergencia en el Mediterráneo desde el año 2015 como consecuencia de la no-política común de asilo y el recurso a la denominada Agenda Europea de Migración, así como el seguimiento del estado de ejecución de las

⁷ ACNUR, *Los menores no acompañados y la protección del asilo*, 2012, (en línea).

<http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/ninos/los-menores-no-acompanados-y-la-proteccion-del-asilo/>, acceso 9 de septiembre de 2106.

⁸ EUROSTAT, *Casi 90 000 menores no acompañados se han computado entre los solicitantes de asilo registrados en la UE en 2015, 2016* (en línea).

<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7244677/3-02052016-AP-EN.pdf>, acceso 9 de septiembre de 2016.

⁹ EUROPOL-INTERPOL, *Migrant smuggling networks*, 2016, (en línea).

<http://www.interpol.int/es/Crime-areas/Trafficking-in-human-beings/People-smuggling>, acceso 9 de septiembre de 2016.

acciones prioritarias de la misma¹⁰, los sucesivos Consejos Europeos, y la estrategia de crecimiento Europa 2020, aúnan dentro de lo que se considera un planteamiento global para mejorar la gestión de la migración en todos sus aspectos, propuestas tan dispares como garantizar la solidez de las fronteras (política de inmigración) y la reubicación (política de asilo) en un mismo contexto que se centra en la situación de emergencia y no ahonda en lo que ha hecho que el SECA sea un sistema poco eficaz.

3. El sistema Dublín

El SECA fue ideado para desarrollar una política en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Dicha política debía ajustarse a la mencionada Convención de Ginebra de 1951 y a su Protocolo de 31 de enero de 1967. Estos continúan siendo los dos textos de referencia en el ámbito internacional, a pesar de que se critique el hecho de que muchas situaciones actuales de persecución no pueden incluirse directamente entre las causas que en ellos se contempla (Meyer 2008), por eso en algunos sistemas regionales se han adoptado instrumentos jurídicos que han ampliado la definición de refugiado de la Convención de Ginebra (Fiddian-Gasmiyeh *et al.* 2014). A partir de las mencionadas disposiciones internacionales se ha desarrollado un entramado normativo, con sucesivas modificaciones, pensado para la progresiva puesta en marcha en diferentes fases del SECA (Solanes 2014). Sin embargo, este sistema surgió desde la base de la progresiva colaboración, cooperación y armonización de las legislaciones nacionales, que no se han aplicado con las dosis de solidaridad que se les exigía a los Estados.

¹⁰ Vid. COM (2016) 700 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, *Primer informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración*, de 18 de octubre de 2016, (en línea). http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5b5656e2-9517-11e6-8e27-01aa75ed71a1.0012.02/DOC_1&format=PDF, acceso 22 de octubre de 2016.

3.1. *Protección de fronteras exteriores y asilo*

Desde septiembre de 2015, ocho Estados del espacio Schengen han restaurado los controles en sus fronteras interiores ante lo que consideraban una amenaza grave para su seguridad interna y el orden público provocada por los movimientos de personas inmigrantes irregulares. Entre ellos Bélgica, Dinamarca, Alemania, Hungría, Austria, Eslovenia, Suecia y Noruega. Las decisiones unilaterales notificadas por los Estados miembros hacen referencia a la afluencia masiva de personas indocumentadas o mal documentadas, incluso menores, que no fueron registradas en el momento de su primera entrada en la Unión Europea, así como al hecho de que estos movimientos masivos llevan al límite las capacidades de acogida de las respectivas autoridades nacionales y suponen una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior. Aunque posteriormente se han suprimido los controles en las fronteras interiores de Eslovenia, Hungría y Malta, el resto de países los han prorrogado en varias ocasiones, atendiendo a lo establecido en el Código de fronteras de Schengen¹¹. Desde la aprobación de dicho Código, se han ido modulando las condiciones que permiten invocar el restablecimiento de las fronteras comunes, puesto que, en el fondo dicha alternativa siempre había estado presente en la configuración del espacio común. La posibilidad de restablecer las fronteras interiores constituye una medida excepcional de carácter temporal que exceptúa el normal funcionamiento del sistema y, como tal, no es deseable, además afecta de forma especialmente significativa a la solidaridad que lleva implícita el SECA.

Tanto la Comisión como el Consejo Europeo insisten, con todas las críticas que se le pueda hacer al espacio Schengen, en que no es posible prescindir del mismo si se quiere apostar por una verdadera

¹¹ Vid. el resumen de las notificaciones relativas al restablecimiento de los controles en las fronteras interiores como consecuencia de la crisis migratoria, de septiembre de 2015 a febrero de 2016 (Anexo I) y el apoyo adicional a Grecia que deberán prestar la Comisión y las Agencias de la UE, Anexo I y II de la COM (2016), 120 final (en línea).

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6798-2016-ADD-1/es/pdf>, acceso 11 de septiembre de 2016. Vid. Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016), publicado en el DOUE el 16 de dicho mes, y que procede a modificar el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (en línea).

<https://www.boe.es/boe.es/boe/2016/251/L00001-00076.pdf>, acceso 17 de octubre de 2016.

política común de inmigración y asilo. Por eso, es necesario restablecer su normal funcionamiento, procediendo para ello de forma concertada y apoyando especialmente a los Estados miembros que deben hacer frente a circunstancias difíciles. En esta línea se presenta la hoja de ruta pensada para restablecer dicho espacio¹².

Es reseñable que en la hoja de ruta se señale que la crisis actual ha puesto de relieve la estrecha relación estructural entre la gestión de fronteras y otros ámbitos conexos, entre ellos claramente, la política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que debe estar basada en la solidaridad entre Estados miembros y se ha de articular de forma equitativa respecto de los nacionales de terceros países. La Unión no puede permitir que desaparezca el espacio Schengen por los importantes costes, que la Comisión cuantifica básicamente en términos económicos, que ello supondría. Los puntos de actuación imprescindibles pasan por reforzar las fronteras exteriores (con una alusión directa a la necesaria ayuda a Grecia), aplicar las normas y acabar con la denominada «política de paso». Esta última llamada de atención alude al hecho de que se considera inaceptable política y jurídicamente el facilitar la entrada de refugiados a través de determinadas decisiones unilaterales que algunos Estados adopten, puesto que, en el marco común es imprescindible llevar a la práctica la política basada en una mejor cooperación y coordinación entre los países situados a lo largo de la ruta de los Balcanes Occidentales¹³. Ello supone reivindicar una vuelta al sistema Dublín, a su plena aplicación e ir más allá, puesto que en cumplimiento de la legalidad vigente los Estados miembros tienen que denegar la entrada a los nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones para la misma, según el artículo 5 del Código de fronteras de Schengen.

Sin embargo, puesto que el SECA no ha llegado a implementarse plenamente y las cuotas de reubicación y reasentamiento que se han pactado para la situación de emergencia además de manifiestamente

¹² COM (2016) 120 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, *Restablecer Schengen-Hoja de Ruta*, 4 de marzo de 2016 (en línea).

http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/docs/communication-back-to-schengen-roadmap_es.pdf, acceso 12 de septiembre de 2016.

¹³ Especialmente se llama al cumplimiento de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DO L 180 de 29.6.2013, p. 249), pero también al respecto generalizado del complejo entramado normativo del SECA.

insuficientes (con una cantidad total de 22.504 personas) han sido sistemáticamente incumplidas por los Estados¹⁴, es necesario analizar sus deficiencias.

Uno de los principales objetivos del sistema Dublín es evitar que una persona solicite asilo en el Estado que elija o que se encuentre en Europa sin que ningún país tome la responsabilidad de examinar su solicitud. Para ello se establecen tres principios básicos: 1) los solicitantes de asilo tienen solo una oportunidad en la Unión Europea debiendo realizar su demanda en el primer Estado al que lleguen; 2) son los criterios de distribución establecidos por Dublín, que hacen caso omiso de las preferencias de los solicitantes, los que concretan qué Estado miembro se hará responsable de examinar cada solicitud; y 3) los solicitantes de asilo pueden ser «transferidos» al Estado miembro que les haya sido asignado (Morgades 2012; Garcés 2015)¹⁵.

Estas medidas han evidenciado diversas debilidades y problemas en su aplicación práctica, que la propia Comisión Europea ha catalogado como «flaquezas inherentes al sistema» que deben identificarse y afrontarse para intentar, de nuevo, pero con otra perspectiva, reforzar el SECA¹⁶. La concepción inicial del sistema Dublín coloca a los Estados fronterizos como Grecia, Italia y España en un situación de responsabilidad desproporcionada frente a sus socios europeos, puesto que les lleva a ser, en principio, los iniciales receptores de demandas de asilo (que no pueden presentarse en embajadas ni consulados) en cuanto países fronterizos¹⁷. La situación actual solo ha puesto de manifiesto una deficiencia que ya estaba en el origen.

¹⁴ COM (2016) 636 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, *Sexto informe sobre reubicación y reasentamiento*, 28 de septiembre de 2016 (en línea):

http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160928/sixth_report_on_relocation_and_resettlement_annex_3_en.pdf, acceso 3 de octubre de 2016.

¹⁵ Dentro de Dublín, en 2003 se articuló el Sistema de Información EURODAC (European Dactyloscopy, Dactiloscopia Europea), que ha ido adquiriendo una importancia cada vez mayor.

¹⁶ COM (2016) 197 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, 6 de abril de 2016 (en línea).

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-197-ES-F1-1.PDF>, acceso 13 de septiembre de 2016.

¹⁷ Vid. Evaluación externa de la aplicación del Reglamento (UE) n.º 604/2013 (Reglamento Dublín III) y un informe de evaluación, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants/index_en.htm, acceso 13 de septiembre de 2016.

La ausencia de equidad se une a la falta de eficiencia, puesto que el tercer principio en el que se asienta el SECA ha resultado ser un escollo difícil de salvar en la práctica. En efecto, si para intentar paliar mínimamente la carga asumida por los Estados fronterizos se establecía la posibilidad de traslado entre diferentes países, lo cierto es las deficiencias sistemáticas en aspectos esenciales de los procedimientos de asilo o sus condiciones de acogida hizo que el sistema primero se resistiera y, luego, se concluyera con la suspensión de los traslados del sistema Dublín a Grecia¹⁸. Si Dublín no es eficiente en evitar las peticiones de asilo en un país distinto al asignado, ni en cumplir las peticiones de transferencia entre Estados miembros, las razones, además de las apuntadas, son múltiples. La decisión es recurrida por los solicitantes, estos no cooperan en su devolución a otros países europeos, los Estados receptores no aceptan la petición por falta de evidencias o, en la práctica, no responden (Fraztke 2015). Además, en el sistema de transferencias como en la presentación de la solicitud, no se toma en consideración en ningún momento las preferencias personales de los demandantes, por ejemplo, en relación al hecho de que determinados miembros de su familia ya se encuentren en algún Estado de la Unión Europea.

Con todo, una de las principales deficiencias del SECA, en mi opinión esencial en el fortalecimiento del mismo, es el diferente trato respecto de los solicitantes de asilo, que obviamente es determinante¹⁹. No es casual que exista una marcada preferencia por solicitar asilo en Estados como Alemania, si se parte del hecho de que tiene un procedimiento más garantista que el de alguno de sus socios, aunque

¹⁸ Vid. COM (2016) 871 final, *Recomendación de la Comisión de 10.2.2016 dirigida a la República Helénica sobre las medidas urgentes que Grecia debe adoptar con vistas a la reanudación de los traslados en virtud del Reglamento (UE) n.º 604/2013* (en línea).

http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/commission_recommendation_addressed_to_the_hellenic_republic_20160210_es.pdf, acceso 15 de septiembre de 2016.

¹⁹ No puede olvidarse que ello se debe, en buena medida, al carácter discrecional de las disposiciones aplicables en este caso, vid. la ya mencionada Directiva 2013/32/UE; la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DO L 180 de 29.6.2013, p. 96); y la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DO L 337 de 20.12.2011, p. 9).

en la teoría del sistema Dublín no debería ser así. Como se ha venido denunciando desde diferentes ámbitos, el examen justo y eficiente de las solicitudes de asilo no está garantizado en todos los Estados miembros. Además, los criterios de asignación de responsabilidad se aplican de forma muy dispar. Por otra parte, se ha constatado que cuando se cumplen todos los plazos, los solicitantes de asilo que son devueltos a otro país deben esperar un año o más antes de que su caso sea examinado. En muchos supuestos, se produce la detención de los demandantes antes de ser transferidos, como una práctica habitual dentro de un sistema de transferencias que se hacen en contra de la voluntad de los implicados (Guild *et al.* 2015)²⁰.

La propia Comisión ha reconocido que esta diferencia de trato constituye «un incentivo de los movimientos secundarios». Además, existe una disparidad entre Estados en la concesión del estatuto de refugiado y el de protección subsidiaria a los solicitantes que proceden de un determinado país. Junto a ello, las diferencias en la duración de las autorizaciones de residencia, en el acceso a la asistencia social y a la reagrupación familiar, alientan dichos movimientos. La alternativa que, en principio, propone la Comisión, para evitar dicha situación es, desde mi punto de vista, preocupante en la medida que plantea reforzar el mencionado sistema Eurodac, entendida no solo como la base de datos centralizada para el tratamiento y almacenamiento de huellas dactilares para supervisar los movimientos de los solicitantes de asilo (como había ocurrido hasta ahora), sino también como un mecanismo para «seguir la pista de los migrantes irregulares en la UE, conservando datos relativos a las impresiones dactilares de todas las categorías y permitiendo efectuar comparaciones con todos los datos almacenados». Se completa así la perversa confusión entre la inmigración y el asilo a la que nos venimos refiriendo, en detrimento del segundo. Las medidas que se propone para evitar los denominados movimientos secundarios irregulares tienen un carácter sancionador que toma en consideración el movimiento irregular como criterio a la hora de valorar la solicitud, el examen acelerado de la misma, la detención de quienes se hayan fugado o puedan hacerlo, o la reconsideración del estatuto de protección para aquellos que abandonen el Estado sin autorización²¹.

²⁰ ECRE (European Council on Refugees and Exiles), *Dublin II Regulation: Lives on Hold*, 2013, (en línea).

<http://www.ecre.org/component/content/article/56-ecreactions/317-dublin-ii-regulation-lives-on-hold.html>, acceso 17 de septiembre de 2016.

²¹ COM (2016) 197 final, *op. cit.*, pp. 5 y 10.

Se trata de una propuesta cuya eficiencia es, al menos, dudosa en la medida en que establece un sistema de control, dentro del ya casi indubitado modelo policial asociado a la inmigración y el asilo, mucho más riguroso que el existente, sin afrontar algunos de los desafíos que más han debilitado al SECA en su aplicación hasta el momento. Asimismo se obvia otro de los aspectos básicos que ha supuesto un verdadero problema en la implementación del sistema Dublín: su coste económico. Este incluye, entre otros, el mantenimiento de Eurodac, los procedimientos relacionados con las peticiones de transferencia y los gastos asociados con la detención y retorno de aquellos que son reconocidos como refugiados, que deben asumirse solidariamente por el conjunto de Estados.

3.2. *La imprescindible función garantista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Los múltiples problemas en la gestión de las solicitudes de asilo, con una marcada ausencia de solidaridad, han hecho que el SECA no haya conseguido implementarse plenamente y ha obligado a la intervención de los tribunales en especial, aunque no solo²², del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aplicación del Convenio europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) (Morte Gómez 2005; Ippolito e Iglesias 2015). Aunque dicho convenio no garantiza propiamente el derecho de asilo, ni impide la posibilidad de expulsión de acuerdo con el derecho vigente, sí asegura los derechos y libertades de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluyendo por tanto a los extranjeros y los solicitantes de asilo²³.

Atendiendo al artículo 3 CEDH, que establece la prohibición de la tortura, toda expulsión que lleven a acabo los Estados parte debe garantizar que no existe un riesgo real de ser sometido a tortura o tratos inhumanos y degradantes. A ello hay que añadir la garantía

²² La ausencia de dicha solidaridad ha suscitado diferentes tipos de problemas que se han reflejado también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia (TJUE). Resultan interesantes resoluciones como TJUE, de 21 de noviembre de 2011, *N.S y M.E y otros*, C-411/10 y C-493/10; TJUE, de 6 de noviembre de 2012, *K y Bundesasylamt*, C-245/11; TJUE de 6 de junio de 2013, *MA, BT, DA y Secretary of State Home Department*, C-648/11; TJUE, de 10 de diciembre de 2013, *Shamso Abdullahi*, C-394/12.

²³ TEDH, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, n.º 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, de 30 de octubre de 1991; y *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81, de 28 de mayo de 1985.

que contempla el artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH en virtud del cual quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros. Ello supone la necesidad de un examen individualizado en el que debe incluirse, en su caso, los motivos por los que solicita asilo²⁴. Ese examen individualizado es precisamente el que permitirá distinguir entre una expulsión colectiva, no admisible, y una expulsión simultánea que será posible, puesto que, se mantiene el conjunto de las garantías previstas²⁵.

Uno de los precedentes más importantes para el respeto de los derechos de los solicitantes de asilo, antes, durante y después de su detención, fue el que estableció el caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*. En este asunto el TEDH entendió que Grecia había violado el artículo 3 CEDH por las condiciones degradantes de la detención del solicitante y la liberación para que viviera en condiciones de extrema pobreza mientras esperaba que se resolviese su solicitud sin perspectiva de que mejorase su situación. Asimismo concluyó que Grecia había violado el artículo 13, relacionado con el artículo 3, por las deficiencias que presentó la evaluación de las autoridades griegas de la solicitud de asilo y el riesgo que enfrentaba el solicitante de ser devuelto a su país de origen sin que se evaluara su solicitud de asilo y sin tener acceso a un recurso efectivo.

En cuanto a Bélgica, el Tribunal mantuvo que había violado el artículo 3 CEDH al trasladar al solicitante a Grecia sin verificar previamente el cumplimiento por parte de éste Estado de sus procedimientos en materia de asilo y de los estándares establecidos por la UE, exponiéndolo a condiciones de detención y de vida contrarias al artículo 3. Consideró también la violación del artículo 13 CEDH al impedir, en el procedimiento existente, que se estableciera el potencial riesgo de violación del artículo 3 CEDH, puesto que el cumplimiento del artículo 13 CEDH requiere que un órgano competente pueda examinar la reclamación y otorgar una reparación adecuada (Morgades 2012)²⁶.

Junto con otros asuntos posteriores, como *Tarakhel c. Suiza y A.M.E. c. Países Bajos*, en los que igualmente se analiza la responsabilidad estatal en la gestión de las solicitudes de asilo colectiva, estos supuestos reflejan las deficiencias estructurales de los procedimientos de asilo y las circunstancias bajo las que un solicitante, de manera personal, se enfrenta al riesgo concreto de recibir un trato inadecuado contrario

²⁴ TEDH, *Soering c. Reino Unido*, n.º 14028/88, de 7 de julio de 1989.

²⁵ TEDEH, *Conka c. Bélgica*, n.º 51564/99, de 5 de febrero de 2002.

²⁶ TEDH, *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, n.º 30696/09, de 21 de enero de 2011.

al artículo 3, también en lo relativo a las condiciones en que se realiza la detención y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el solicitante²⁷.

En el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*²⁸, el Tribunal reconoció que los Estados que forman la frontera exterior de la Unión Europea se enfrentan a dificultades considerables a la hora de hacer frente a la creciente llegada de inmigrantes y solicitantes de asilo y tomó en cuenta la carga y la presión que esta situación supone para los Estados, agravadas por un contexto marcado por la crisis. Sin embargo, como mantiene el Tribunal, tomando en consideración el carácter absoluto de los derechos protegidos por el artículo 3, no es posible eximir a un Estado de sus obligaciones derivadas de esta disposición. En este caso cuando los demandantes fueron trasladados a Libia, las autoridades italianas deberían de haber sabido que eran insuficientes las garantías que debían proteger a los demandantes del riesgo de ser devueltos arbitrariamente a sus países de origen. El TEDH insiste en que el CEDH se aplica a toda persona que dependa de la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, ello supone que las personas pueden depender de la jurisdicción de un Estado si este ejerce su control sobre ellas incluso fuera del territorio nacional, en este caso en alta mar. Además, en este asunto el Tribunal enunció los derechos de los inmigrantes que intentan acceder al territorio europeo y las obligaciones de los Estados en tales circunstancias, en la línea que han seguido después casos como, por ejemplo, *Georgia c. Rusia y Sharifi y otros c. Italia y Grecia*²⁹.

Por otra parte, la exigencia de un recurso de carácter suspensivo es una cuestión reincidente en la jurisprudencia del TEDH para asegurar los derechos de los potenciales solicitantes de asilo. Así en el caso *Khlaifia y otros c. Italia*³⁰, el Tribunal confirma la jurisprudencia del asunto *De Souza Ribeiro c. Francia*³¹ en el que ya había señalado que el recurso al que alude el artículo 13 CEDH debe estar disponible en la legislación y en la práctica. El Convenio exige que el Estado proporcione al afectado una oportunidad efectiva de impugnar la expulsión o la denegación de una autorización de residencia, obtener

²⁷ TEDH, *Tarakhel c. Suiza*, n.º 29217/12, de 4 de noviembre de 2014 y *A.M.E. c. Países Bajos*, n.º 51428/10, decisión de inadmisibilidad, de 13 de enero de 2015.

²⁸ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, n.º 27765/09, de 23 de febrero de 2012.

²⁹ TEDH, *Georgia c. Rusia*, n.º 13.255/07, de 3 de Julio de 2014 y TEDH, *Sharifi y otros contra Italia y Grecia*, n.º 16643/09, de 21 de octubre de 2014

³⁰ TEDH, *Khlaifia y otros contra Italia*, n.º 16483/12, de 1 de octubre de 2015.

³¹ TEDH, *De Souza Ribeiro c. Francia*, n.º 22689/07, de 13 de diciembre 2012.

un examen suficientemente exhaustivo y proporcionar las garantías procesales adecuadas por un órgano interno competente que garantice la independencia e imparcialidad. En ambos casos de 2015 y 2012, respectivamente, el TEDH entiende que la exigencia de un recurso de carácter suspensivo se aplica no solo a las expulsiones que planteen quejas defendibles relativas a los artículos 2 y 3 del Convenio, sino también a aquellas relativas al artículo 4 del Protocolo n.º 4, sin que las personas afectadas tengan que probar que su devolución forzosa a un tercer Estado les expondría a un riesgo real de sufrir tratos contrarios a los mencionados preceptos del Convenio. En el caso *Khlaifia y otros c. Italia*, el TEDH concluye que el mero hecho de que el recurso interno carezca de efecto suspensivo es suficiente para constituir una vulneración del artículo 13 del Convenio combinado con el artículo 4 del Protocolo n.º 4.

En este sentido fue condenada *España en el caso A.C. y otros c. España*³², por vulneración del artículo 13 CEDH al no respetar el derecho a un recurso efectivo combinado con los artículos 2 y 3 CEDH. Las demandas ante el Tribunal fueron presentadas por treinta personas de origen saharauí que llegaron a Canarias en patera entre enero de 2011 y agosto de 2012, huyendo del campamento de Gdeim Izik en el Sáhara Occidental, tras la intervención de la policía marroquí y el desmantelamiento del mismo. Las personas saharauis alegaban un temor de persecución por parte de las autoridades marroquíes. España debía garantizar la permanencia de los solicitantes de protección internacional en territorio español durante la tramitación del recurso. El Tribunal reconoce un margen de apreciación a los Estados contratantes, puesto que el artículo 13 obviamente no puede suponer un resultado favorable para el solicitante, del mismo modo, la «autoridad» a que se refiere dicha disposición no tiene porqué ser una autoridad judicial. Ahora bien, las exigencias de accesibilidad y de realidad hacen que para que el recurso que exige el artículo 13 esté disponible, tanto en la legislación como en la práctica, sea imprescindible que su ejercicio no se obstaculice injustificadamente por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado³³.

Asimismo el TEDH recuerda que no puede convertirse en un tribunal supranacional de asilo, de tal forma que para que el sistema del CEDH funcione correctamente, es imprescindible que los Estados miembros

³² TEDH, *A. C. y otros c. España*, nº 6528/11, de 22 de abril de 2014.

³³ En la misma línea señalada por el TEDH en el caso *Cakici c. Turquía*, n.º 23657/94, de 8 de julio de 1999, y en el mencionado caso *MSS c. Bélgica y Grecia*.

acaten el principio de subsidiariedad y las obligaciones que impone el artículo 13 CEDH en esta materia. Cuando los procedimientos internos no se adecúen plenamente a los estándares del artículo 13 CEDH en materia de expulsiones (en concreto, en este caso en lo que se refiere al carácter suspensivo de los recursos), el TEDH puede intervenir paralizando cautelarmente la expulsión y supliendo así de forma puntual los defectos de los sistemas internos.

El hecho de que el SECA no haya podido consolidarse hasta el momento, por los inconvenientes señalados, ha potenciado la necesidad de actuación del TEDH. Ahora además, la mal denominada «crisis de los refugiados» ha supuesto la articulación en la práctica de mecanismos difícilmente compatibles con las garantías que le son exigibles al sistema común de asilo. Así ha ocurrido con el acuerdo UE-Turquía en el que serían discutibles asuntos de gran calado, que superan las posibilidades de este estudio, como el hecho de que Turquía pueda ser considerado un tercer país seguro y que su sistema de asilo sea comparable al de la Unión³⁴. Este acuerdo viola el derecho proclamado por la Declaración Universal a buscar asilo, la prohibición de deportaciones masivas que recoge la Convención de Ginebra, los artículos 1 y 13 CEDH, los artículos 2 y 4 del Protocolo número 4, y los artículos 18 y 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Naïr 2016, 111-112). Es por tanto un ejemplo de «la banalización del derecho de asilo... con argumentos nada desdeñables, se puede considerar no solo una expulsión ilegal, sino una auténtica deportación» (De Lucas 1995, 25).

Por su parte, la declaración de Bratislava, de 16 de septiembre de 2016, en la misma línea que el acuerdo, insiste en plantear la movilidad, en su conjunto, como un problema de seguridad interior y exterior. Desde esa perspectiva, entre las medidas concretas que plantea se hace referencia al compromiso pleno de aplicar la declaración UE-Turquía y de seguir apoyando a los países de los Balcanes Occidentales; así como a la declaración conjunta con la OTAN. Queda patente, por tanto, que el eje de seguridad y defensa es el esencial en este contexto.

³⁴ Consejo Europeo, *Declaración UE-Turquía*, 18 de marzo de 2016 (en línea). <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>, acceso 18 de septiembre de 2016. Un buena crítica al acuerdo puede encontrarse en UNHCR, *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the safe third country and first country of asylum concept*, 23 de marzo de 2016 (en línea) <http://www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf>, acceso 20 de septiembre de 2016.

4. La política de asilo canadiense

La Carta canadiense de Derechos y Libertades (incorporada a la Constitución en 1982), constituye un referente de gran relevancia en la protección de los refugiados, ya que, incorpora alusiones a éstos en diferentes secciones al regular el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal y a no ser privado de ella excepto de conformidad con los principios de justicia, el de las personas detenidas o en prisión, el derecho a no ser sometido a tratos crueles o castigo y a la igualdad. En las últimas décadas un punto de inflexión en la regulación del asilo en Canadá ha sido el marco normativo establecido por la *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) 2002 y por la *Immigration and Refugee Protection Regulations*, S.O.R./2002-227, (IRPA Regulations) que han afectado especialmente al sistema de determinación de la condición de refugiado y a los diferentes actores que intervienen en la misma. Con anterioridad a la entrada en vigor de la IRPA a la condición de refugiado se accedía atendiendo a lo establecido en la Convención de Ginebra de 1951 y dentro de las disposiciones del derecho internacional (Crépeau 1995). Tras la IRPA (2002) dicha protección se incluye literalmente en su sección 96, y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la sección 97 IRPA. Esta legislación detalla el procedimiento a seguir por los solicitantes de refugio y también la posibilidad de revocar dicha condición (García Mahamut 2010: 54-61).

Se intentaba con estas modificaciones hacer frente, aunque no se haya conseguido superar, al problema de la determinación de los refugiados que es, como se señalaba anteriormente, una de las cuestiones más complejas en torno al asilo. En Canadá, a pesar de una tasa de reconocimiento relativamente amplia y una interpretación teleológica de la definición internacional de la noción de refugiado, desde distintas perspectivas en los años 90 se expresó la insatisfacción con el proceso de toma de decisiones por parte del *Immigration and Refugee Board* (IRB). Ciertamente, en la determinación de la condición de refugiado influyen factores de diferente índole desde los legales hasta los psicológicos y culturales. Algunos estudios de casos realizados en el ámbito canadiense han evidenciado que los problemas que pueden darse afectan a la función y el comportamiento de todos los actores, siendo muy variados. Así, puede destacarse las dificultades en la evaluación de las pruebas, la de la credibilidad, y la realización de las audiencias; los problemas para hacer frente a la traumatización y reacciones emocionales incontrolados; el escaso conocimiento del contexto político, las falsas representaciones de la guerra, y los

malentendidos culturales o la falta de sensibilidad. En la mayoría de los supuestos, dichas dimensiones legales, psicológicas y culturales interactúan conjuntamente teniendo, a menudo, un impacto negativo sobre la capacidad de los miembros del IRB para evaluar la credibilidad de la solicitud. Todo ello, sugiere la necesidad de revisar los criterios de selección de quienes integran dicho organismo y, al mismo tiempo, la formación y el apoyo de todos los actores (Rousseau *et al.* 2002).

4.1. *Vías de acceso al asilo en Canadá*

En el sistema canadiense de concesión de asilo, como se indicaba anteriormente hay dos posibilidades: el programa de reasentamiento de refugiados y de personas protegidas a título humanitario, destinado a las personas que se encuentran en el extranjero y que necesitan protección; y el programa de concesión de asilo en Canadá, para las personas que presentan su demanda de asilo una vez que se encuentran en territorio canadiense. En este segundo caso, se reciben solicitudes de diferentes nacionalidades, variando cada año el número de refugiados que llegan al país. Por ejemplo, según los datos oficiales, en 2014, más de 13.500 personas llegaron a Canadá para presentar su solicitud de asilo. En este programa, tampoco se permite presentar la solicitud a los que ya lo hicieron y fue denegada, o a quienes hayan sido condenados por un delito grave, con las salvedades establecidas³⁵.

Además, en el marco de la IRPA, se han desarrollado los denominados programas de reasentamiento en Canadá que han permitido mantener unas cuotas bastante más elevadas que las establecidas, y al mismo tiempo incumplidas, por parte de los Estados de la Unión Europea, para quienes solicitan protección desde el exterior.

La posibilidad de financiación pública, privada o conjunta es la característica fundamental del programa que permite acceder a la condición de refugiado. La posibilidad de reasentamiento en el caso canadiense puede sintetizarse en dos procesos temporales: un proceso inicial que se desarrolla en Canadá, en el que una solicitud de refugio se hace a través de un posible patrocinador privado, siendo revisada y, en su caso aprobada, por la oficina local del *Citizenship and Immigration Canada* (CIC); y un proceso de monitorización y selección de refugiados

³⁵ <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/canada.asp>, acceso 22 de septiembre de 2016

patrocinados en el extranjero, que determinará el cumplimiento de los requisitos del individuo o de su familia para su reasentamiento en Canadá. Cuando ambos pasos se completen, encajando el refugiado y la entidad patrocinadora, el refugiado puede reasentarse en Canadá (Jones y Baglay 2007: 185-186).

En esta línea, Canadá ha puesto en marcha uno de los programas más conocidos en los últimos años denominado #WelcomeRefugees #Bienvenueauxréfugiés, destinado eminentemente a los solicitantes sirios. En la presentación del mismo se señala, atendiendo a la solidaridad internacional, que ante la acogida de los refugiados «hay muchas razones para estar orgullosos. Refleja nuestro compromiso y demuestra al mundo que compartimos la responsabilidad de ayudar a los desplazados y los perseguidos»³⁶. Esta opción, sin embargo, no ha sido unánimemente aceptada, y en la línea de la politización a la que se someten también en la Unión Europea las diferentes medidas que se arbitran en el ámbito de la inmigración y el asilo, la propuesta de este programa fue atacada durante la campaña electoral de finales de 2015.

Este programa se articula, en síntesis, en cinco fases que encajan en los dos procesos mencionados. La primera consiste en identificar a los solicitantes sirios que pueden llegar a Canadá. Para ello el Estado canadiense colabora con ACNUR en la identificación de personas en Jordania, el Líbano y Turquía. Para el estudio de las diferentes demandas, los refugiados interesados obtienen una cita en una de las dos oficinas establecidas al efecto, por ejemplo, en Amman y Beirut. Comienza así una segunda fase que comprende una entrevista individual, un examen médico completo y la comprobación de determinados datos biográficos y biométricos que son verificados en las bases de datos de inmigración para la protección de la seguridad, que como en el caso europeo está presente en todo el procedimiento. Aquellos que superan estas dos primeras fases son trasladados en aviones privados con la posibilidad de acudir al apoyo de aviones militares si es necesario, a Montreal y Toronto. Antes de la partida, la *Canada Border Services Agency* (CBSA) verifica los datos de cada refugiado. Esta misma Agencia, en la cuarta fase, es la encargada de acogerlos a su llegada a Canadá para tramitar la entrada. Tras este último control en el que de nuevo se verifica la identidad y el estado de salud, comienza la quinta y última fase de instalación e integración

³⁶ <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/welcome/index.asp>, acceso 22 de septiembre de 2016

en la comunidad que permite que el refugiado tenga la residencia permanente³⁷.

La posibilidad de participación en el plan para la ciudadanía canadiense se concreta en el patrocinio privado o apadrinamiento de un refugiado, con una guía para hacerlo efectivo, de tal manera, tanto grupos de cinco o más personas cuanto organizaciones pueden implicarse en esta iniciativa como esponsor³⁸.

Con todo, este programa, tiene algunas matizaciones. Se trata de un plan cuyo objetivo principal, en este momento, es la población siria, y entre ésta hay determinados grupos que forman parte de las preferencias establecidas por el gobierno canadiense. En ese sentido, en la primera fase del programa literalmente se afirma «con el fin de minimizar los riesgos de seguridad y para proporcionar a los refugiados vulnerables un nuevo lugar para vivir, Canadá pidió a ACNUR establecer una lista de prioridades de los refugiados vulnerables que representen un bajo riesgo para la seguridad, incluyendo a las mujeres en situación de riesgo y a familias completas. Esta forma de proceder es conforme a la que ha seguido Canadá en el reasentamiento de los refugiados»³⁹. En su política, tradicionalmente colectivos como el LGBTI también han sido considerados como grupos vulnerables.

Aunque las cuotas de personas que han accedido al estatuto de refugiado son muy superiores a las de la Unión Europea, persiste un cierto rechazo común basado en el miedo al otro. Además Canadá no ha contado con el apoyo de Estados Unidos en la articulación de este plan. A las críticas de una parte de la ciudadanía que ponen en tela de juicio la integración de los refugiados, se suma la inquietud por la seguridad en la frontera⁴⁰.

Otro aspecto que se debe tomar consideración hace referencia a la idea de que el acceso al estatuto de refugiado en Canadá no es lineal, es decir, junto a quienes no forman parte de los grupos vulnerables de refugiados sirios, hay otros solicitantes cuyas demandas se demoran y/o se conceden en menor medida. Se trata de una opción que tiene que ver con la necesidad imperante de organizar la llegada, y de hacerlo atendiendo a un reparto numérico. Entre quienes se han sumado a

³⁷ <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/welcome/overview.asp>, acceso 5 de octubre de 2016.

³⁸ <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/sponsor/private-rstp.asp>, acceso 5 de octubre de 2016.

³⁹ <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/welcome/phase1.asp>, acceso 22 de octubre de 2016.

⁴⁰ https://dandurand.uqam.ca/wpcontent/uploads/sites/3/2016/04/2016_Boucher_refugies_syriens.pdf, acceso 22 de octubre de 2016.

las críticas al plan para la acogida de los refugiados sirios, también se ha puesto en evidencia el descenso de otros colectivos, como puede verse en la evolución desde 2005 atendiendo a los diferentes países de procedencia de los demandantes⁴¹.

A pesar de las críticas, no puede obviarse el esfuerzo canadiense frente a la insolidaridad europea que no ha cumplido ni siquiera con las cuotas pactadas inicialmente. En cambio Canadá, de las 25.000 personas de origen sirio que se comprometió a reubicar, entre el 4 de noviembre de 2015 y el 16 de octubre de 2016 han llegado a territorio canadiense 32.737 refugiados sirios⁴².

Con todo, siguen pendientes cuestiones de gran calado como el acabar o minimizar las detenciones de los solicitantes de asilo y refugiados dentro de la estrategia global articulada por ACNUR para el período 2014-2019⁴³.

Las más recientes modificaciones que se han realizado en el complejo entramado normativo aplicable al asilo en Canadá (Henry *et al.* 2015) inciden en cuestiones fundamentales como la posibilidad de dispensa ministerial o el fin del control de los solicitantes. Respecto a ambas cuestiones se han introducido modificaciones en el *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR)⁴⁴.

Respecto a la posibilidad de exención ministerial para quienes a priori sean considerados inadmisibles en virtud de la IRPA, por razones de seguridad, violaciones de los derechos humanos o crimen organizado⁴⁵, existe la posibilidad de obtener una declaración de exención ministerial por el ministro de Seguridad Pública y Protección en aplicación del apartado 42.1 (1) de la IRPA, siempre que se demuestre que dicha solicitud no es contraria al interés nacional. Ante los rechazos por cuestiones de inadmisibilidad, puesto que no existía una solicitud normalizada (de tal forma que un solicitante podía simplemente indicar

⁴¹ (http://open.canada.ca/data/en/dataset/052642bb-3fd9-4828-b608-c81dff7e539c?_ga=1.187902570.334770230.1461935241), acceso 7 de octubre de 2016.

⁴² <http://www.cic.gc.ca/francais/refugies/bienvenue/jalons.asp>, acceso 7 de octubre de 2016.

⁴³ <http://www.unhcr.org/53aa929f6.pdf>, acceso 7 de octubre de 2016.

⁴⁴ <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2015/2015-06-20/pdf/g1-14925.pdf>, acceso 23 de octubre de 2016.

⁴⁵ La IRPA hace referencia a distintos grupos no admisibles entre ellos: «security grounds, human or international rights violations, criminality, organized criminality, health grounds, financial reasons, misrepresentations, non-compliance with Canadian immigration laws, and inadmissible family members» para cada uno de ellos se establecen diferentes excepciones <http://www.americanlaw.com/cdninadmissible.html>, acceso 10 de octubre de 2013.

que deseaba obtener una exención ministerial proporcionando poca o ninguna explicación o documentación de apoyo) la modificación reglamentaria se centra, por ejemplo, en establecer en qué momento un extranjero puede presentar la solicitud. El reglamento propone que se presente cuándo se ha determinado la prohibición de entrada en el territorio por los motivos establecidos en la IRPA y los derechos de control judicial han terminado. Asimismo, se prevé el uso de un formulario de solicitud particular y se especifica la información que debe incluirse en la misma. Con ello, se pretende mejorar el tiempo de espera en las solicitudes de exención.

Otro aspecto de la reforma reglamentaria ha sido el relativo a la posibilidad de control sobre los solicitantes de asilo, puesto que, el reglamento permitía diferentes interpretaciones que generaban una cierta ambigüedad sobre el momento en el que el solicitante de asilo deja de estar bajo el control de los agentes de CIC y de la BCSA. En la modificación se concreta que dicho control cede cuando se toma una decisión definitiva sobre la solicitud de asilo; o si la decisión se toma bajo el apartado 44 (2) de la IRPA respecto a una determinada persona, y la solicitud de asilo se ha hecho en el punto de entrada, si esta lo abandona⁴⁶.

4.2. *La supervisión desde el ámbito internacional*

Como se señalaba, con anterioridad a la entrada en vigor de la IRPA la condición de refugiado en el ámbito canadiense se concedía de acuerdo con lo estrictamente dispuesto en la Convención de Ginebra. Esta se incorporó a la IRPA, junto a la definición de tortura que establece la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por ello, las personas que en caso de ser devueltas a su país de origen, se enfrenten a un peligro de sufrir tortura, peligro para su vida o a un riesgo de sufrir castigo o trato cruel o inusual, se consideran personas necesitadas de protección. Como tales pueden solicitar la residencia permanente y tienen derecho a que se les conceda los mismos beneficios que a aquellas personas que se consideran refugiadas según la Convención de Ginebra. García Mahamut, además, recuerda que en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo de Canadá ha definido las obligaciones del Estado en el

⁴⁶ <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2015/2015-06-20/html/reg1-eng.php>, acceso 22 de octubre de 2016.

cumplimiento de los compromisos derivados de la Convención contra la Tortura. Así, aunque reconoce que se puede expulsar incluso a los refugiados que representen un riesgo para la sociedad, y siempre a través de un procedimiento administrativo que tome en consideración la gravedad de los actos y los riesgos a los que se enfrentan si se les devuelve a su país, el límite para la devolución es que la persona no corra el riesgo de sufrir tortura, como se evidencia por ejemplo en el caso *Suresh v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration, 2002, 1 SCC; García Mahamut 2010: 55).

Persiste en el ámbito canadiense, como en el europeo, la necesidad de reforzar el principio de no devolución y la consideración de los solicitantes de asilo como grupo vulnerable. Respecto a esta cuestión el Comité de Derechos Humanos, en aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) y en la línea del artículo 33 de la Convención de Ginebra, ha insistido en la especial protección que debe darse a los solicitantes de asilo. Por ejemplo, en el caso *Kindler c. Canadá*, el Comité señaló que un Estado parte incurrirá en violación del Pacto si entrega a una persona a otro Estado en circunstancias en que es previsible que la persona sea sometida a torturas. Dicho carácter previsible de la consecuencia significa que existió una violación cometida por el Estado Parte, aún cuando la consecuencia tuviera lugar más tarde. A lo que se alude es al hecho de que con el alejamiento se expone a una persona a un riesgo efectivo de violación de sus derechos conforme al Pacto⁴⁷. Aún así, el Comité entendió que la extradición del demandante no violaba, entre otros, el artículo 7 a causa de su previsible sometimiento al corredor de la muerte. En alguna de las opiniones disidentes, como la de Rajsoomer Lallah, se argumentó que Canadá sí había violado los artículos 6 y 7, al no asegurarse de que no se produciría la ejecución.

En el caso *Roger Judge c. Canadá*⁴⁸, el Comité recordaba que «los países que han abolido la pena capital, tienen la obligación de no exponer a una persona al riesgo real de su aplicación. Así pues, no pueden devolver, por expulsión o por extradición, a las personas de su jurisdicción si se puede prever razonablemente que serán condenadas a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutará».

La especial situación de vulnerabilidad de una persona por el hecho de ser o haber sido demandante de asilo ha sido tomada también en

⁴⁷ Comunicación N.º 470/1991, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 30 de julio de 1993, CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), § 6.2.

⁴⁸ Comunicación N.º 829/1998, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2003, CCPR/C/78/D/829/1998, §10.4.

consideración por el Comité. En el supuesto *Diene Kaba c. Canadá*⁴⁹, se consideró que la solicitante no tenía derecho a asilo atendiendo a la Convención de Ginebra. El peligro que se alegaba, en esta ocasión, afectaba a Fatoumata, la hija de Diene Kaba, que había huido de Guinea hacia Canadá con su madre a los seis años, y que podía, en caso de tener que abandonar territorio canadiense, ser sometida a ablación genital en su país de origen a instancias de su padre y la familia de este. El Comité entendió que el sometimiento de una mujer a mutilación genital constituía trato prohibido en virtud del artículo 7 del Pacto y tuvo en cuenta que tradicionalmente en Guinea las mujeres eran sometidas a esa práctica. En ese sentido, el Comité valoró el riesgo real y personal de ser mutilada, atendiendo al hecho de que la mutilación genital femenina era una práctica generalizada y extendida en Guinea.

En el asunto *Mehrez Ben Abde Hamida c. Canadá*⁵⁰, el Comité reconoció expresamente la vulnerabilidad de un ciudadano tunecino que por sus opiniones políticas solicitó asilo en Canadá. Aunque alegó que había trabajado en diversos puestos del Ministerio del Interior, donde tuvo problemas por no compartir algunas estrategias sobre el uso de la fuerza en investigaciones policiales, fue sometido a vigilancia administrativa, detenido durante seis meses y se dictó en su contra una orden de busca y captura, la solicitud de asilo fue denegada por Canadá por falta de credibilidad y por considerar que, por su trabajo, incurría en causas de exclusión del estatuto de refugiado. El Comité entendió que los hechos sobre su disidencia y detención no habían sido impugnados por Canadá y que la sanción y detención avalaban la tesis de ser un opositor político de tal manera que podía considerarse real el riesgo de ser sometido a tortura. Es más, entendió que dicho riesgo había aumentado al presentar la solicitud de asilo en Canadá.

El Comité contra la Tortura, por su parte, ha interpretado que el derecho derivado de la obligación que tienen los Estados de no expulsar, rechazar o extraditar a personas hacia otros donde pudiesen ser sometidas a tortura es un derecho de carácter absoluto (Mariño 2015)⁵¹. Así, por ejemplo, en *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c.*

⁴⁹ *Diene Kaba c. Canadá*, Comunicación n.º 1465/2006, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 25 de marzo de 2010, CCPR/C/98/D/1465/2006, §10.1-2.

⁵⁰ *Mehrez Ben Abde Hamida c. Canadá*, Comunicación n.º 1544/2007, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2010, CCPR/C/98/D/1544/2007, § 8.7.

⁵¹ Así se ha determinado en supuestos como, por ejemplo, *Seid Mortesa Aemei c. Suiza*, Comunicación n.º 34/1995, decisión del Comité contra la tortura de 29 de mayo de 1997, CAT/C/18/D/34/1995, §9.8; y *M.B.B. c. Suecia*, Comunicación n.º 104/1998, decisión del Comité contra la tortura de 5 de mayo de 1999, CAT/C/22/D/104/1998, § 6.4.

*Suecia*⁵², el Comité entendió que el Estado Parte ofrecía la posibilidad, ante la Junta de Inmigración o la Junta de Apelación de Extranjería, de revisar una decisión de expulsión de conformidad con la exigencia del artículo 3 de una investigación efectiva, independiente e imparcial. Sin embargo, debido a razones de seguridad nacional, dichos tribunales remitieron la comunicación al Gobierno, el cual adoptó la primera y definitiva decisión de expulsar a la parte interesada. El Comité subraya que no hubo ninguna posibilidad de revisión de la decisión y recuerda que las medidas de protección previstas en la Convención tienen un carácter absoluto, incluso en el contexto de la seguridad nacional, y que esas consideraciones ponen de manifiesto la importancia de mecanismos de revisión apropiados. Aunque razones de seguridad nacional podrían exigir que se hicieran ajustes en el proceso de revisión de que se trate, el mecanismo que se adopte debe seguir satisfaciendo la exigencia del artículo 3 de una investigación efectiva, independiente e imparcial. Por consiguiente, en este el caso, el Comité llega a la conclusión de que la falta de toda posible revisión judicial o administrativa, independiente de la decisión del Gobierno de expulsar al autor, incumple la obligación procedimental que le impone el artículo 3 de la Convención para efectuar un examen eficaz, independiente e imparcial.

En el caso *R. S. M. c. Canadá*⁵³, respecto a la protección contra la devolución en virtud del Convenio contra la tortura, el Comité señala que los procedimientos internos que deben ser agotados antes de presentar una denuncia ante la Comisión se refieren exclusivamente a los directamente relacionados con el riesgo de tortura, no se aplicará esta regla si se ha determinado que la tramitación de los mencionados recursos se ha prolongado injustificadamente o no es probable que, tras celebrarse un juicio imparcial, mejore realmente la situación de la presunta víctima. El Comité recuerda que el derecho a recibir asistencia por motivos humanitarios puede ser la base de un recurso previsto

⁵² *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suecia*, Comunicación n.º 233/2003, decisión del Comité contra la tortura de 20 de mayo de 2005, CAT/C/34/D/233/ 2003, §13.8.

⁵³ *R.S.M. c. Canadá*, Comunicación n.º 392/2009, decisión del Comité contra la tortura de 24 de mayo 2013, CAT/C/50/D/392/2009, § 6.3. Este caso se refería a un ciudadano del Togo que había solicitado asilo en Canadá. En su queja sostenía que la expulsión al Togo constituiría una violación por Canadá del artículo 3 de la Convención. Afirmaba que había sido miembro de la *Union des Forces de Changement* (Unión de las Fuerzas del Cambio) y que había tenido un papel activo en el partido, especialmente durante la campaña electoral de 2005. Tras las elecciones había sido arrestado hasta que había logrado huir en mayo de 2006.

por la ley, esa asistencia es otorgada por un ministro sobre la base de criterios puramente humanitarios, y no jurídicos, y por lo tanto constituye más bien un acto graciable. El Comité considera que en este caso la no presentación de una petición de exención de los requisitos de visado y de residencia permanente por motivos humanitarios no constituye un obstáculo a la admisibilidad por no agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, al entrar a valorar el caso entiende que los argumentos relativos a la situación de los derechos humanos en Togo, después de la llegada del solicitante a Canadá, no son suficientes para establecer la existencia de un riesgo personal. Con ello, concluye que no se ha demostrado que exista un riesgo previsible, real y personal de ser sometido a tortura si se le devuelve a Togo en este momento de tal manera que no puede entenderse que el Estado parte haya vulnerado el artículo 3 de la Convención.

5. Entre el marco de respuesta integral para los refugiados y la política común de asilo que garantice un sistema humano, justo y eficiente

Desde Naciones Unidas, en la denominada Declaración de Nueva York, se insiste en la necesidad de una respuesta integral a la cuestión de los refugiados basada en los principios de la cooperación internacional y la distribución de la carga y la responsabilidad. Esta propuesta debería articularse desde ACNUR e incluir la participación de múltiples interesados, como las autoridades nacionales y locales, las organizaciones internacionales, las instituciones financieras internacionales, las organizaciones regionales, los mecanismos regionales de coordinación y asociación, los asociados de la sociedad civil, incluidas las organizaciones confesionales y el mundo académico, el sector privado, los medios de comunicación y los propios refugiados. Se proponen así una serie de elementos que proporcionan un marco para dicha respuesta a los refugiados, integral y centrada en las personas, atendiendo al derecho internacional, a las mejores prácticas internacionales y al contexto específico. Entre dichos elementos se alude a la recepción y admisión, al apoyo a las necesidades inmediatas y persistentes, y al apoyo a los países y las comunidades de acogida. Dicho pacto se prevé para 2018, de tal forma que la Oficina de ACNUR podrá colaborar con los Estados y celebrar consultas con todos los interesados durante los próximos dos años para evaluar su aplicación práctica detallada. El objetivo que se persigue es aliviar las presiones sobre los países de acogida afectados, mejorar la autosuficiencia de los

refugiados, ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países y apoyar las condiciones existentes en los países de origen para el regreso en condiciones de seguridad y dignidad⁵⁴.

Esta declaración de buena voluntad, mientras no se concrete en medidas específicas, no supone ninguna modificación sustancial en la situación actual en la que los Estados, de forma individual como Canadá o conjunta como en el caso de la Unión Europea, tiene que afrontar la gestión de las solicitudes de asilo. Tampoco ahonda la Declaración de Nueva York, en la necesidad y oportunidad de una hipotética modificación de la normativa internacional básica en materia de asilo, quizás porque abordar una reforma de la Convención de Ginebra y su protocolo puede ser un arma de doble filo. Por una parte, es posible mantener las reiteradas acusaciones de que la Convención está desfasada para abordar las múltiples realidades que cabría ahora incluir dentro del término «refugiado» (por ejemplo, los denominados refugiados medioambientales). No es fácilmente rebatible la idea de que «el imperativo moral de resignificar el concepto de refugiado ya no tiene excusas de dilación», mientras los acuerdos internacionales protegen el derecho de movilidad de las mercancías y el capital, dificultando el de las personas (Naïr 2016: 30). Sin embargo, desde otra perspectiva, también puede cuestionarse que sea el mejor momento para abordar una modificación de dicha normativa, tomando en consideración el significativo retroceso que está sufriendo el derecho de asilo y la posibilidad, nada desdeñable, de que la reforma de los actuales textos internacionales se concretara en un retroceso de los derechos y garantías que tanto ha costado conseguir. Aún cuando conservar sin modificaciones la Convención y su Protocolo permite que los Estados recalcitrantes incumplan sus obligaciones internacionales, puede entenderse como un compás de espera en aras de esa respuesta integral auspiciada por Naciones Unidas.

Mientras tanto, serán los Estados los encargados de continuar con la gestión del asilo en el marco del vigente derecho internacional que para los dos casos analizados supondrá, respectivamente, el mantenimiento y potenciación de los programas de reasentamiento

⁵⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, *Proyecto de resolución remitido a la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General sobre la respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes en su septuagésimo período de sesiones Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, 13 de septiembre de 2016, pp. 19-25, (en línea): <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10793.pdf>, acceso 15 de octubre de 2016.

en Canadá, y la necesidad de una nueva política de asilo, que en mi opinión ha de ser necesariamente europea, en la Unión.

El punto de partida de una nueva política común de asilo exige volver sobre los fundamentos del derecho de asilo. Cuando el asilo como institución se tambalea por las constantes vulneraciones de que es objeto, conviene volver al estudio acerca de su origen para «empoderar» los valores y principios que lo sustentan, que están en la base del derecho internacional vigente que lo regula. En ese recorrido Arendt constituye el referente para llegar a entender porqué el asilo debe ser concebido como una concreción de la universalidad propia de los derechos humanos (Arendt 1982). La institución del asilo, en sus orígenes, va indisolublemente unida al principio de *humanitas*, de dignidad humana. Subyace, además, en la consideración del asilo como un derecho la idea de afrontar la dicotomía amigo-enemigo, ciudadano/nacional-extranjero, nosotros-los otros, que dota de especial relevancia al principio de solidaridad. Este valor evidencia la existencia de una corresponsabilidad común en casos de dificultad, una responsabilidad compartida en la dimensión internacional frente a la necesidad de refugio, que debe concretarse en deberes que adquirirán forma jurídica con los instrumentos internacionales. Junto a la *humanitas* y a la solidaridad, la supervivencia sería un valor fundamental para consagrar el asilo (De Lucas 1995). Las importantes raíces históricas del asilo arraigan en el derecho internacional y son las que sustentan los modernos sistemas de asilo (Gil-Bazo 2015: 3-7). Es en esta concepción en la que debe asentarse el sistema humano y justo para consolidar la estabilidad y el orden en el funcionamiento del SECA.

En la reformulación de la política común de asilo el caso canadiense puede aportar ideas, especialmente en lo relacionado con los programas de reasentamiento y uno de sus elementos característicos mencionados como es la necesidad de un patrocinador público o privado para hacerlo efectivo. Como se evidencia en la política de gestión canadiense el proceso de selección de las personas que podrán acceder al estatuto exige criterios claros y definidos previamente según los principios y valores del Estado Democrático de Derecho. Ello no tiene que ser incompatible con los programas de reasentamiento, basados en un procedimiento que otorgue certeza y seguridad jurídica al proceso de selección como ocurre en el caso canadiense (García Mahamut 2010: 90). El establecimiento y cumplimiento de cuotas preestablecidas debe relacionarse con la efectiva determinación del estatuto de refugiado de las personas que cumplan los criterios de admisibilidad en colaboración con ACNUR y con sedes cercanas a los países de origen como ocurre en el caso canadiense.

Para articular otra política en el ámbito de la UE, las últimas propuestas que intentan abordar las deficiencias que se han señalado a lo largo de este trabajo, manteniendo tanto el sistema Schengen como el de Dublín, aunque con reformas de gran calado en éste, se concretan en cinco prioridades para introducir mejoras estructurales estableciendo tanto objetivos como acciones.

Es necesario, sin embargo, ir más allá de una nueva revisión de la normativa (tras Dublín II y III) y repensar cómo construir una verdadera política común de asilo que no esté basada en el miedo al otro y en la consideración del solicitante como un sujeto que, a priori, abusará del derecho de asilo. Esto implica volver sobre dos cuestiones fundamentales: la distribución de la responsabilidad entre los Estados y la unificación de estándares tanto en los procedimientos de asilo como en las condiciones de recepción y en el estatuto jurídico al que accede el refugiado. Ambas líneas de acción deben estar atravesadas por la lógica de los derechos humanos.

La primera necesidad hace referencia al establecimiento de una adecuada distribución de la responsabilidad entre los Estados, que concrete ese sistema justo en una doble dirección: equitativo para todos los Estados y justo para los solicitantes de asilo. La distribución de la responsabilidad apela a la urgencia de respetar la soberanía de los Estados asumiendo la armonización de sus normativas, pero también a tomar en consideración las preferencias de los solicitantes de asilo (entre ellas, cuestiones tanto personales como familiares, y algunas especialmente relevantes como el interés superior del menor) para que el sistema sea viable. La Comisión Europea en la primera prioridad llama a crear un sistema sostenible y justo para determinar el Estado miembro responsable de la tramitación de los solicitantes de asilo, proponiendo la modificación del Reglamento de Dublín para racionalizarlo y completarlo con un mecanismo de equidad corrector o pasar a un nuevo sistema basado en una clave de distribución. Es indudable el nexo de conexión entre esta propuesta y la de insistir en que, para el correcto funcionamiento del sistema Dublín, es imprescindible impedir los movimientos secundarios dentro de la Unión Europea, evitando los abusos y las solicitudes múltiples.

La cuestión básica que subyace en la distribución de la responsabilidad es cómo hacerla posible cuando los mecanismos que apelaban a la solidaridad han fallado en el pasado. Las propuestas que realiza la Comisión giran en torno a la asignación de solicitudes de asilo en la UE sobre la base de una clave de distribución. La responsabilidad podría asignarse atendiendo a una clave que refleje el tamaño relativo, la riqueza y la capacidad de absorción de los Estados miembros, de tal

forma que la responsabilidad no recayera sobre el Estado miembro de primera solicitud o entrada irregular. Se seguiría así un planteamiento semejante al de los actuales planes de reubicación, tomándose en cuenta criterios familiares y de dependencia. Dicho Estado sería el único responsable de examinar la pretensión, desincentivando así los movimientos secundarios. Otras propuestas en el ámbito doctrinal plantean acudir a un sistema de cuotas negociables que tenga en cuenta tanto las preferencias de los refugiados como las de los países, o incluso abogan por la libre circulación de refugiados dentro de la Unión Europea, lo que permitiría minimizar la importancia del país donde se presentara formalmente la petición (Rapoport y Fernández-Huertas 2014; Guild *et al.* 2015). Es más, en el contexto actual de emergencia humanitaria podría optarse por un «pasaporte de tránsito» basado en la declaración de la ONU que se refiere a los principios Nansen (Nair 2016: 154-155). En todo caso, un punto común subyace en las diferentes propuestas, y es el mismo que estaba en el origen del SECA: la necesaria solidaridad, en un sentido fuerte, y la armonización entre los diferentes Estados para conseguir este objetivo.

Con esa finalidad de armonización conecta la segunda cuestión fundamental en una nueva política común de asilo que tiene que ver con la unificación de estándares en los procedimientos de asilo, las condiciones de recepción y el estatuto jurídico al que accede el refugiado. Este era uno de los objetivos de las mencionadas Directivas sobre el procedimiento de asilo en la Unión Europea y las condiciones de recepción, que no llegaron a ser implementadas por todos los Estados, evidenciando, por tanto, su poca efectividad. Sin esas reglas y estándares, dentro del SECA han fallado los cimientos de Dublín. Para conseguir una armonización total la Comisión plantea, por ejemplo, sustituir la Directiva sobre procedimientos de asilo por un nuevo Reglamento que establezca un procedimiento común de asilo único en la UE. Asimismo, se propone la sustitución de la actual Directiva sobre los criterios para el reconocimiento por un Reglamento que concrete normas uniformes sobre los procedimientos y los derechos que se deben ofrecer a los beneficiarios de protección internacional⁵⁵. Como propuesta teórica, puede completarse con otras, por ejemplo, aquellas que plantean establecer mecanismos independientes de control tanto a nivel nacional como internacional.

De nuevo esta segunda cuestión nos reconduce al impedimento anterior, la necesidad de solidaridad entre los Estados. Las propuestas

⁵⁵ COM (2016) 197 final, *op. cit.*, pp. 8 y 11.

nacionales a corto plazo basadas en la reducción del estándar jurídico reconocible al refugiado no pueden tener cabida en una futura armonización. No se trata de definir un mínimo común denominador a partir del cual los respectivos Estados, en sus normativas, puedan establecer diferentes derechos para los refugiados. Eso es precisamente lo que ha ocurrido hasta el momento, la insistencia en una política más bien «simbólica», que ha predicado unos objetivos comunes al tiempo que mantenía intactas o incluso reforzaba las prerrogativas nacionales, ha provocado que el SECA no pudiera implementarse. En efecto, no solo no se ha podido culminar, antes de la situación actual, las distintas fases que se habían programando del sistema común de asilo sino que además, indirectamente, esas políticas ancladas a las bases nacionales también han contribuido en buena medida a alentar las posiciones más ultranacionalistas y xenófobas que pueden tener resultados devastadores.

La armonización para conseguir una política común de asilo, exige una solidaridad fuerte entre los Estados miembros que pueda hacer que el asilo sea realmente un derecho, no un objeto de la política de turno. Para ello hay que sustentarlo en el único pilar que puede hacer que esa política sea justa, el imperativo humanitario. Ese imperativo que está en la misma base de la Convención de Ginebra y su protocolo, y que con su inspiración kantiana refleja el imperativo ético del deber absoluto, ese que sitúa a los diferentes actores bajo la obligación de responder a las necesidades de los perseguidos.

Referencias bibliográficas

- Arendt, Hannah. 1982. *Los orígenes del totalitarismo*, Volumen II. Madrid: Alianza Editorial.
- Carrera, Sergio et al. 2011. *A race against solidarity: The Schengen regime and the Franco-Italian affair*, (en línea). http://aei.pitt.edu/31639/1/The_Franco-Italian_Affair.pdf, acceso 6 de septiembre de 2016.
- Christensen, Tyler Marie. 2011. *Trata con fines de explotación sexual: protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*, (en línea). <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4de3b72a2>, acceso 9 de septiembre de 2016.
- Crépeau, François. 1995. *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*. Bruxelles: Établissements Emile Bruylant/ Éditions de l'Université de Bruxelles.
- De Lucas, Javier. 1995. "Fundamentos filosóficos del derecho de asilo". *Derechos y libertades*, n.º 4: 23-56.

- De Lucas, Javier. 1996. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Barcelona: Icaria.
- De Lucas, Javier. 2015. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Lucas, Javier. 2016. "Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE". *Ars Iuris Salmanticensis Tribuna de Actualidad*, vol. 4, Junio: 21-27.
- Fiddian-Qasbiyeh, Elena et al. (ed.) 2014. *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford: Oxford University Press.
- Fratzke, Susan. 2015. *Not adding up: the fading promise of Europe's Dublin System*. Brussels: Migration Policy Institute Europe.
- Garcés, Blanca. 2015. "Porqué Dublín «no funciona»". CIDOB, n.º 135.
- García Mahamut, Rosario. 2010. "Reflexiones constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y en España a la luz de la nueva ley de asilo y de la protección subsidiaria". *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 78, mayo-diciembre: 43-93.
- Gil-Bazo, María Teresa. 2015. "Asylum as a General Principle of International Law", *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, n.º 1: 3-28.
- Guild, Elspeth et al. 2015. *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, (en línea). [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU\(2015\)519234_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU(2015)519234_EN.pdf), acceso 17 de septiembre de 2016.
- Goslett, Henry M. y Barbara J. Caruso, 2015. *The 2016 Annotated Immigration and Refugee Protection Act of Canada*, Carswell.
- Guo, Rongxing. 2015. *Cross-Border Management: Theory, Method and Application*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Habermas, Jürgen. 2010. "La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44: 105-121.
- Ippolito, Francesca y Sara Iglesias. 2015. *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*. Oregon: Hart Publishing.
- Jones, Martin y Sasha Baglay. 2007. *Refugee Law*, Canada: Irwin Law.
- Mariño, Fernando M. 2015. "Recent Jurisprudence of the United Nations Committee against Torture and the International Protection of Refugees". *Refugee Survey Quarterly*, n.º 34: 61-78.
- Martínez, Margarita y José Miguel Sánchez. 2015. *Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas "devoluciones en caliente"*, (en línea). <http://eprints.sim.ucm.es/28256/1/E%20print.%20DEVOLUCIONES%20ILEGALES%20EN%20LA%20FRONTERA%20SUR..pdf>, acceso 12 de mayo de 2016.
- Meyer, Antoine. (ed.). 2008. *People on the Move. Handbook of selected terms and concepts. Version 1.0*, The Hague Process on Refugees and Migration (THP Foundation), The Hague/ Paris: UNESCO Section on International Migration and Multicultural Policies.

- Morgades, Silvia. 2012. "La responsabilidad de examinar las demandas de asilo presentadas en la Unión Europea: revisión del sistema de Dublín basada en los estándares europeos de protección de los derechos humanos". En *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea*, coordinado por Ángeles Solanes y Encarnación La Spina, 187-210. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Morgades, Silvia. 2016. "Refugiado". *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 10: 231-249.
- Morte Gómez, Carmen. 2005. "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extranjeros". En *Estudios sobre Derecho de extranjería*, dirigido por Enrique Álvarez y Elena Pérez Martín, 191-207. Madrid: Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos.
- Naïr, Sami. 2016. *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*. Barcelona: Planeta.
- Olesti, Andreu. 2012. "El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea". *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n.º 15: 44-84.
- Rapoport, Hillel y José Fernández-Huertas. 2014. *Tradable Refugee-admission Quota: a Policy Proposal to Reform the EU Asylum Policy* (en línea). http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33097/RSCAS_2014_101.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acceso 17 de octubre de 2016.
- Rousseau, Cécile; François Crépeau ; Patricia Foxen y France Houle. 2002. "The Complexity of Determining Refugeehood: A Multidisciplinary Analysis of the Decision-making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board", *Journal of Refugee Studies*, n.º 15 (1): 43-70.
- Solanes, Ángeles. 2014. "Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española". *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá, n.º 7:181-210.
- Solanes, Ángeles. 2015. "Asilo y refugio". En *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, dirigido por Fernando Rey, 781-815. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valeriano Esteban y Ana López-Sala. 2010. "En torno al mosaico canadiense. Una reflexión sobre la gestión política de la inmigración en Canadá". *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI n.º 744, julio-agosto: 657-669.

Copyright

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos is an Open Access journal; which means that it is free for full and immediate access, reading, search, download, distribution, and reuse in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author; provided the original work and publication source are properly cited (Issue number, year, pages and DOI if applicable) and any changes to the original are clearly indicated. Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.

Derechos de autoría

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos es una revista de Acceso Abierto; lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o la persona autora, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año, páginas y DOI si procede) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito de la persona titular de los derechos de autoría.