

INTRODUCCIÓN

El derecho de asilo constituye una cuestión de especial importancia entre las incluidas actualmente en la agenda de la Unión, tanto es así, que durante la preparación del fallido Tratado Constitucional se creó, entre otros, un Grupo de Trabajo para que estudiara el modo en que debería realizarse la incorporación y regulación de esta materia al Tratado.

Ha sido el aumento del número de personas que llegan a nuestras fronteras en busca de protección, así como la manifiesta incapacidad de los Estados para ofrecer soluciones, lo que ha llevado a plantearse la necesidad de buscar fórmulas alternativas a la respuesta nacional ofrecida por los Estados de manera individual: ha surgido la necesidad de una regulación supranacional, que conlleve una mayor capacidad de acción, combinada con una mejor coordinación entre todos los Estados afectados.

Es por tanto esta necesidad de actuación supranacional, lo que ha otorgado un mayor papel a la Unión Europea en este campo, un papel que no acaba de asumir completamente debido, principalmente, a la reticencia de los Estados a otorgar una mayor capacidad de actuación a la Unión en una materia estrechamente conectada con un aspecto de especial importancia para la soberanía del Estado: el control sobre las fronteras y la entrada de nacionales de terceros Estados.

Los primeros pasos en la regulación de estas figuras han venido dados por el Derecho Internacional, y en relación con el estatuto de refugiado, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1969, suponen la principal base legal, aunque no así la primera, ya que dicha Convención nace con la intención «de revisar y codificar los acuerdos internacionales anteriores referentes al estatuto de refugiado», entre los que se encontrarían la Convención de la Sociedad de Naciones de 1933 relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados y la Convención de 1938 relativa al Estatuto de los Refugiados procedentes de Alemania.

Por otra parte, hasta la fecha no se ha realizado ninguna regulación similar respecto del derecho de asilo, por lo que esta escasa normativa dificultará la determinación y diferenciación del asilo y refugio que pretendemos llevar a cabo en el segundo capítulo de este trabajo, y que será realizada junto con el análisis de situaciones especiales relacionadas con las mismas, regulaciones específicas de determinadas regiones y el estudio del principio de *non refoulement*, elemento principal de la protección de los refugiados. La necesidad de realizar dicho análisis se encuentra en que es esta regulación internacional la que ha influido en la reglamentación de las figuras del asilo y refugio que han llevado a cabo los Estados, constituyendo ésta a su vez, la base de la regulación realizada por la Unión.

Dicha regulación que del asilo y refugio se ha realizado en la Unión, está actualmente incluida dentro del conocido como espacio de libertad, seguridad y justicia. Es debido a esto, por lo que consideramos de especial interés el análisis de este concepto, tanto de sus orígenes como de su estructura y funcionamiento. Será por tanto en el capítulo tercero de este trabajo donde realizaremos dicho estudio, partiendo de los primeros intentos por establecer la Unión como un espacio sin fronteras interiores, lo cual necesitaría como contrapartida un mayor control de fronteras exteriores, y pasando por la inclusión en el TUE de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior, hasta llegar a Ámsterdam, donde por vez primera se incluye en el Tratado el espacio de libertad, seguridad y justicia como objetivo de la Unión. Es finalmente el Tratado de Ámsterdam el que recogerá en el capítulo IV del TCE el derecho de asilo y la condición de refugiado, derechos estos tan relacionados con la libre circulación de personas y con el objetivo de establecer un espacio sin fronteras interiores.

En relación con este intento de establecer la libre circulación de personas dentro de la Unión, es de especial importancia el establecimiento del sistema Schengen. Este sistema, creado en principio de manera autónoma y separada de la Unión, fue posteriormente incluido en la misma como derecho propio, con los consecuentes problemas de adaptación de un sistema del que formaban parte Estados no miembros de la Unión, y en el que, de otro modo, no todos los Estados miembros de la Unión participaban. Dicho sistema, debido a su relación con la materia anterior, será también estudiado en el capítulo tercero de este trabajo.

Por otro lado, la regulación que del asilo y refugio se ha realizado en el TCE consiste esencialmente en establecer las bases para el desarrollo de una normativa específica sobre la materia, con el principal problema de que únicamente aboga por el desarrollo de una normativa de mínimos, lo que permitiría el mantenimiento de diferencias entre los Estados miembros. Es el estudio de esta regulación originaria y el desarrollo que de la misma se ha llevado a cabo, lo que analizaremos en los capítulos cuarto y quinto, así como las dificultades y deficiencias que conllevan, entre las que cabría destacar la exigencia de la unanimidad, la escasa participación del

Parlamento, la especial regulación del asilo para los nacionales de los Estados miembros, o como ya señalamos anteriormente, la reticencia de los Estados a otorgar mayores competencias a la Unión en esta materia.

En último lugar, estudiaremos la regulación que se ha realizado del asilo y refugio en el ya abandonado Tratado Constitucional, y en el proyecto de mandato para la CIG de 2007 que pretende la modificación de los Tratados y que prácticamente recoge lo establecido en el Tratado Constitucional, donde esta materia ha quedado incluida dentro del capítulo dedicado al espacio de libertad, seguridad y justicia. En este Tratado se ha intentado clarificar la regulación de estas figuras, junto con todos aquellos aspectos relacionados con las mismas, incorporando novedades importantes como la mayoría cualificada o la mayor participación del Parlamento Europeo, y todo esto con la intención de crear una verdadera «política común en materia de asilo y protección temporal».

La finalidad de este trabajo es por tanto, la de colaborar para ofrecer una imagen clara de la Unión en una materia posiblemente tan complicada como es la que nos ocupa, en la que entran en juego numerosos factores e intereses que llevan a buscar en algunos casos fórmulas excesivamente complejas a fin de lograr su regulación. De este modo, realizaremos un análisis detallado de toda la normativa, en el que estudiaremos tanto los avances que se han realizado como los fallos que presenta el sistema, intentando aportar alternativas o soluciones a los aspectos más controvertidos.

ASILO Y REFUGIO: LA REGULACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Establecer una diferencia entre estas dos figuras resulta harto complicado debido a que existen diferentes regulaciones sobre las mismas en el ámbito internacional, además de que, a pesar de encontrarnos con un instrumento internacional como es la Convención de Ginebra, que nos pudiera servir para dar una definición generalmente aceptada por los Estados sobre lo que es el estatuto de refugiado, no existe por otro lado, un instrumento que del mismo modo nos ofrezca una definición generalmente aceptada sobre lo que es el asilo, y que nos permita de este modo distinguir ambas instituciones.

Parece ser, que la diferencia principal consiste en el grado de protección que otorgan cada una de las instituciones, así como en el hecho de que el otorgamiento del estatuto de refugiado puede considerarse una obligación para aquellos Estados firmantes de la Convención, mientras que el otorgamiento de asilo consiste en un derecho del Estado que será acordado de forma discrecional.

DIEZ DE VELASCO y LÓPEZ GARRIDO ¹ apuestan por estas diferencias y señalan que, mientras que el derecho de asilo supone una efectiva protección territorial del Estado que consistiría en el permiso de trabajo y residencia, y que podría ser definitiva, el reconocimiento del estatuto de refugiado simplemente conllevaría el derecho de no devolución. Por otro lado, DIEZ DE VELASCO recoge aquellos elementos comunes a ambas categorías consistentes en la «existencia de unas condiciones de persecución previas basadas en razones de conciencia, ideológicas y políticas», además de tratarse en ambos casos de una «persecución individualizada» ².

¹ DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2003, pp.559-562. LÓPEZ GARRIDO, D., *El Derecho de Asilo*, Madrid, Trotta, 1991, pp.17-19.

² DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho...*, op. cit. p. 562.

Estos elementos que los unen, además de la práctica de los Estados, han llevado a LÓPEZ GARRIDO a considerar estas dos figuras como manifestaciones de un único concepto, que es el derecho de asilo entendido como «el derecho de toda persona que huye de la persecución a ser acogida y protegida por autoridades y sociedades diferentes de aquellas de las que huye»³. Así, considera que estas figuras son distintos grados de la protección dispensada por el derecho de asilo, consistiendo el estatuto de refugiado en el primer grado de dicha protección.

De otro modo, DEL VALLE GÁLVEZ⁴ considera que el asilo se da en dos momentos distintos de la protección del individuo. En primer lugar, son las garantías provisionales de acogida y previas al reconocimiento del estatuto de refugiado, y en segundo lugar, sería también la posterior protección territorial del Estado, consecuencia de la determinación de la condición de refugiado.

Esta afirmación tiene por otra parte su reflejo en la legislación española, en la que el derecho de asilo y la condición de refugiado se confunden, llegando a convertirse esta última en la manifestación de la protección dispensada por el asilo. Esta confusión de figuras se debe a que esta normativa está basada, como establece la exposición de motivos de la Ley de 1994⁵, en la intención de adaptarse a la armonización de legislaciones nacionales en la materia que viene siendo propuesta por la Unión Europea y que, como estudiaremos, apuesta por este tipo de regulación de las figuras del asilo y refugio.

Finalmente, será de interés referirnos a la posible responsabilidad internacional del Estado del cual, debido a sus acciones u omisiones, huyen los refugiados. Si bien es cierto que no existe una norma en Derecho Internacional que obligue a los Estados a no crear refugiados⁶ y cuyo incumplimiento genere responsabilidad internacional, GOODWIN-GILL⁷ ha basado, por analogía, esta posible responsabili-

³ LÓPEZ GARRIDO, D., *El Derecho...*, op. cit. p.18.

⁴ DEL VALLE GÁLVEZ, A.: «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario material*, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 57.

⁵ Ley 5/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y condición de refugiado, modificada posteriormente por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. BOE 23 mayo 1994, núm. 122.

⁶ RUIZ RUIZ considera que si bien no existe un norma que prohíba al Estado la creación de flujos de refugiados, sería posible establecer la responsabilidad del Estado de origen basándonos en normas de derechos humanos y Derecho Humanitario, y específicamente en la norma Internacional general que establece «el derecho de toda persona a vivir en su país». RUIZ RUIZ, F., «Creación de flujos masivos de refugiados y la responsabilidad del Estado de origen», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p. 302-303.

⁷ GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1985, pp. 227-228.

dad en las reglas enunciadas en el asunto del Estrecho de Corfú⁸. Según este autor, y en líneas generales, todo Estado es responsable del daño producido en su territorio con efectos transfronterizos cuando hubiera conocido dicha situación y no hubiera actuado, daños que como señala GALISONGA JORDÁ podrán afectar a la «estructura política, social y económica»⁹ de otro Estado; por otra parte los Estados están obligados a proporcionar a sus nacionales unos estándares mínimos de protección de los derechos humanos, así como a readmitir a sus nacionales, además de estar obligados también por el principio de cooperación. De este modo, GOODWIN-GILL considera que la norma que establece que los Estados no deben crear refugiados es demasiado general e incompleta, pero que puede afirmarse la existencia de un principio que obliga a los Estados a actuar cuidadosamente en sus asuntos internos a la luz de los intereses legales de otros Estados, y a cooperar en la búsqueda de soluciones al problema de los refugiados.

1. EL ESTATUTO DE REFUGIADO

En el ámbito internacional no existe un concepto uniforme de refugiado, debido a que cada Estado regula dicha condición de manera diferente en sus legislaciones nacionales¹⁰. De todos modos, el concepto de refugiado entendido como aquella persona que, encontrándose fuera del país de su nacionalidad o del país donde tenga establecida su residencia habitual, no quiera o no pueda volver a él debido a fundados temores a ser perseguida¹¹ por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas¹², constituye la base de su regula-

⁸ CIJ. Rec. 1949.

⁹ GALISONGA JORDÁ, A., «La Afluencia Masiva De Refugiados Ante El Derecho Internacional: La Prevención Del Desarraigo Y La Protección De Las Víctimas», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p. 147.

¹⁰ Las diferentes regulaciones del concepto de refugiado en distintos países vienen recogidas por PLENDER, R., «The Right of Asylum», en *Le droit d'asile / Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales Centre d'étude et recherche de Droit International et de Relations Internationales*, Dordrecht, Martinus Nijhoff 1990, pp. 64-71; LÓPEZ GARRIDO, D., *El Derecho...*, op. cit., pp. 27-37 y GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee...* op. cit., pp. 165-211.

¹¹ Un análisis sobre este requisito es realizado por PÉREZ BARAHONA, S., «El estatuto de «refugiado» en la Convención de Ginebra de 1951», *REDUR*, n.º 1, 2003, p. 12 y ss. En el mismo el autor señala la combinación de un elemento subjetivo, «temores», con uno objetivo, «fundados».

¹² GOODWIN-GILL realiza una definición mas general del concepto de refugiado, «*someone in flight, who seeks to escape conditions or personal circumstances found to be intolerable (...) the person concerned is worthy of being, and ought to be, assisted, and, if necessary, protected from the causes of flight*». GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee...*, op. cit. p.1.

ción para la mayoría de países, y esto como consecuencia de que dicha definición se corresponde con la establecida por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados firmada en Ginebra en 1951 y la del Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. Ambos instrumentos constituyen hoy la regulación básica sobre la materia en Derecho Internacional y son de obligado cumplimiento para sus firmantes.

La definición establecida en la Convención de Ginebra imponía unos límites temporales a la hora del reconocimiento de la condición de refugiado, ya que sólo podrían ser reconocidas como tales, aquellas personas que fueran consideradas refugiadas según lo establecido en los instrumentos internacionales sobre la materia anteriores a 1951, son los denominados «*statutory refugees*» (artículo 1.A.1), y aquellas en las que se dieran las circunstancias establecidas en la Convención debido a situaciones ocurridas con anterioridad al 1 de enero de 1951 (artículo 1.A.2). Además de este límite, se establecía también una limitación geográfica consistente en la posibilidad de que los Estados decidieran si se entenderían por dichos acontecimientos los ocurridos solamente en Europa o también aquellos ocurridos en Europa o en otro lugar (artículo 1.B.1). Estos límites fueron suprimidos con posterioridad por el Protocolo de Nueva Cork de 1967¹³.

Es importante señalar por otra parte, que el otorgamiento del estatuto de refugiado no es un acto constitutivo, sino declarativo, ya que la persona a la que se le concede es un refugiado desde el momento en el que se dan en ella los elementos definidores de dicha condición, y por lo tanto, cuando el Estado otorga dicho estatuto, lo que realiza es un reconocimiento formal de la condición de refugiado.

En cuanto a los derechos que lleva aparejado este reconocimiento, es necesario mencionar que el principal de ellos consiste en la aplicación del principio de *non refoulement*. Este principio viene recogido por la Convención de Ginebra en su artículo 33.1, y consiste en la prohibición de devolución o expulsión del refugiado a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro debido a motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. Dicho principio encuentra también su límite en el apartado segundo del artículo 33, en el que se establece que no podrán beneficiarse del mismo principio aquellas personas que supongan un grave peligro para la seguridad del país o una amenaza para la comunidad. Sobre este principio de *non refoulement* y las cuestiones que plantea nos ocuparemos más adelante.

De otro modo, la Convención de Ginebra establece también una serie de motivos que darán lugar a la cesación de la condición de refugiado y que vienen reco-

¹³ Artículo 1.3 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.

gidos en seis cláusulas por el artículo 1.C, cuatro de ellas debido a un cambio producido en la situación del refugiado provocado por él mismo, y el resto debido a cambios en la situación del país de su nacionalidad o residencia habitual ¹⁴.

La primera de las causas que dan lugar a la cesación consiste en que el refugiado se haya acogido de nuevo a la nacionalidad de su país, entendiéndose por dicha acción el establecimiento de relaciones normales con el país de origen ¹⁵. En estos casos habrá que diferenciar entre el verdadero acogimiento a dicha protección y los simples contactos con el país (por ejemplo para solicitar determinados documentos como certificados de nacimiento). En todo caso el acogimiento a dicha protección deberá ser voluntario, intencional y efectivo ¹⁶.

La recuperación de la nacionalidad es otra de las causas de cesación, y ésta, como la anterior, debe ser voluntaria, por lo que el otorgamiento de la nacionalidad mediante Ley o Decreto por el país de origen necesita de la aceptación expresa o tácita del refugiado.

La siguiente causa hace referencia a la naturalización del refugiado y por lo tanto, al otorgamiento de protección por el país de nueva nacionalidad.

El regreso voluntario al país de origen constituye también una causa que dará lugar a la cesación del estatuto. Por regreso no se entiende la mera visita al país, sino que será necesario el establecimiento en el mismo con el objeto de residir permanentemente.

Para finalizar, los dos últimos supuestos se refieren a un cambio en las circunstancias del país de nacionalidad o de residencia. En este caso, deberá tratarse de cambios fundamentales que hayan dado lugar a la desaparición de los motivos de persecución, dichos cambios tendrán su reflejo en reformas legales y un mejoramiento de la protección de los derechos humanos ¹⁷.

De otro modo y junto con las causas de cesación, la Convención establece también tres causas que excluirán la aplicación del estatuto de refugiado, y que se dan en aquellas personas que ya disfruten de la protección o asistencia de Naciones Unidas, en las que no se consideren necesitadas de dicha protección (ya reciben pro-

¹⁴ Estos Principios han sido desarrollados por El Manual Procedimientos y Criterios para determinar de condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Dicho manual fue elaborado por ACNUR con la finalidad de «servir de guía a los funcionarios estatales encargados de determinar la condición de refugiado en los distintos Estados contratantes».

¹⁵ GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee...*, op. cit. pp. 48-49

¹⁶ El Manual de procedimientos señala en su párrafo 113, que el refugiado debe actuar voluntariamente, que debe tener el propósito, con su comportamiento, de acogerse de nuevo a la protección del país de su nacionalidad, y que debe obtener efectivamente esa protección.

¹⁷ GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee...*, op. cit. pp. 51-52.

tección del Estado donde han fijado su residencia al reconocerles éste los derechos y obligaciones inherentes a la nacionalidad de tal país), y por último en aquellos a los que no se les considera merecedores de esta protección. Por estos últimos se entenderán las personas que hayan cometido un crimen internacional consistente en acciones contrarias a los principios y fines de Naciones Unidas, y en crímenes contra la paz, crímenes de guerra y contra la humanidad. En todos los casos los crímenes deberán ser precisados ¹⁸. También se incluirán entre dichas personas aquellas que hayan cometido un delito común grave antes de ser admitidos en un país como refugiados. En este supuesto será difícil determinar que concreto delito dará lugar a la aplicación de la exclusión, y en todo caso será necesario realizar un balance entre la naturaleza de la ofensa y el grado de persecución.

Una vez comprobado que se dan todos los elementos requeridos para la concesión del estatuto de refugiado, éste deberá ser otorgado y conllevará facilidades en determinados ámbitos en los que, en algunos casos, a los refugiados se les otorgará el mismo trato que a los nacionales del país donde estén y en otros casos, se encontrarán en las mismas condiciones que el resto de nacionales de terceros países ¹⁹. Por último, el estatuto personal del refugiado vendrá determinado por la ley del país de residencia o domicilio habitual.

A pesar de que la Convención de Ginebra parece establecer una definición clara del estatuto de refugiado y de los casos en los que los Estados firmantes estarán obligados a otorgarlo, la misma deja en realidad un amplio margen de actuación a los mismos, especialmente en cuanto al procedimiento de elegibilidad, en el que los Estados interpretarán según convenga los términos que recoge la Convención ²⁰.

¹⁸ En relación con las acciones contrarias a los principios y fines de Naciones Unidas se atenderá a lo establecido en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta. Los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y contra la humanidad se precisarán según lo establecido en los instrumentos internacionales que regulen la materia, en especial los acuerdos de Londres de 1954 y la Carta del Tribunal Penal Internacional. ZOLLER, E., «Le droit d'Asile», en *Le droit d'asile / Centre d'étude et recherche de Droit International et de Relations Internationales*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, pp. 44-45. GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee...*, op. cit. pp. 59-60.

¹⁹ Estas facilidades se otorgaran en relación con la residencia, libertad de circulación, empleo, actividades políticas y naturalización, entre otras.

²⁰ El Manual de ACNUR, a pesar de aclarar como deben ser interpretados los términos de la carta, no es de obligado cumplimiento para los Estados, por lo únicamente les servirá de guía. En este sentido, MARIÑO MENÉNDEZ recoge cuales son los fallos fundamentales de la Convención de Ginebra: falta de claridad en el concepto de « fundados temores a ser perseguido », el término persecución es inapropiado, la Convención no contiene referencias a las cuestiones de primer asilo y no hace referencia al establecimiento y funcionamiento de los procedimientos internos de selección de refugiados. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «El concepto de Refugiado en un contexto de Derecho Internacional General», *R.E.D.I.*, vol. XXV, 1983, pp. 348-349.

En cuanto al procedimiento de elegibilidad, PLENDER²¹ considera que existe una obligación para los Estados de establecerlo, y que deriva del principio de *non refoulement*, ya que para la aplicación del mismo es necesario la identificación de las personas que podrán ser beneficiarias, y para realizar dicha identificación será necesario establecer un procedimiento efectivo. En todo caso, el Estado tendrá libertad para establecer la clase de procedimiento, con el único límite del respeto a los principios generales del derecho, que serán aquellos que surjan de la Convención y de la práctica de los Estados.

Esta discrecionalidad en el procedimiento de elegibilidad y la ausencia de un control internacional, llevan a MARIÑO MENÉNDEZ²² a afirmar la inexistencia de un derecho personal subjetivo a obtener el estatuto de refugiado. Por tanto, si bien es cierto que si se cumplen los requisitos establecidos en la Convención de Ginebra existe una obligación para el Estado de conceder dicho estatuto, y por lo tanto un correlativo derecho para el individuo de obtenerlo, por otra parte, la discrecionalidad mencionada anteriormente difumina y hace difícil el efectivo ejercicio de ese derecho por el particular.

2. EL DERECHO DE ASILO

A. La regulación internacional del asilo

En relación con el derecho de asilo, no existe ningún instrumento internacional de carácter general que reconozca dicho derecho. Los únicos instrumentos internacionales que hacen referencia a la institución del asilo son la Declaración Universal de Derechos Humanos²³ y la Declaración sobre Asilo Territorial de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada mediante la Resolución 2312 (XXII) el 14 de diciembre de 1967.

En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 14 el derecho a *buscar* asilo y a disfrutar del mismo. Este artículo, a pesar de su apariencia, no está reconociendo el derecho de asilo de los individuos como derecho humano, se reconoce el derecho a buscar asilo pero no el derecho a obte-

²¹ PLENDER, R., «*The Right...*», op. cit. pp.82-84.

²² MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «El Asilo y sus modalidades en Derecho Internacional», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995, pp. 515-516.

²³ Adoptada mediante Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) de 10 de Diciembre de 1948.

nerlo ²⁴, del mismo modo que se reconoce el derecho a disfrutar ²⁵ del asilo una vez que ha sido otorgado, pero no el derecho a que se le otorgue ²⁶. En atención por tanto a este derecho establecido por la Declaración Universal, la obligación de los Estados consistirá en una obligación de no hacer, de no impedir que dichas personas busquen asilo ²⁷. De otro modo, sí puede considerarse que existe para el individuo el derecho a presentar una demanda de asilo ²⁸.

El asilo es por tanto un derecho del Estado, consistente en una concesión graciosa del mismo ligada al principio de soberanía territorial, en el que entra en juego la potestad del Estado para permitir o no la entrada de nacionales extranjeros en su territorio, ya que en este sentido, el Estado sólo estará obligado a admitir la entrada de sus propios nacionales, tal y como establece la Declaración Universal de Derechos del Hombre en su artículo 13 ²⁹. Debido por tanto a esta conexión existente entre el asilo y la entrada de extranjeros, puede decirse que no existe obligatoriedad para el Estado de conceder el asilo, ni derecho para el individuo a que se le otorgue.

Esta concepción del derecho de asilo como derecho del Estado, ha sido también confirmada por la Declaración sobre Asilo Territorial al comenzar su artículo 1º con la siguiente afirmación: «El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía...». Esta misma Declaración, hace también referencia al artículo 14

²⁴ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw Hill, 2007. p.1303.

²⁵ En relación con el derecho a disfrutar de asilo, éste incluye una serie de derechos económicos, sociales y culturales, y entre ellos, especialmente el derecho recogido en el artículo 28 de la Convención, consistente en documentos de viaje. Con referencia a la posesión de este documento, surge la cuestión de si el portador del mismo goza de protección diplomática por parte del Estado que otorga dicho documento. Esta posibilidad fue afirmada por la jurisprudencia alemana que consideró que, la relación que en circunstancias ordinarias se da entre el individuo y el Estado, es sustituida en estos casos por la relación entre el Estado asilante y el individuo. Esto mismo puede serles de aplicación a los firmantes de la Convención y del Protocolo, que al hacerse cargo de la protección de los refugiados, aceptarían también la función de protección diplomática.

²⁶ ZOLLER se basa en el derecho a la seguridad, que es un derecho humano, para considerar también el derecho de asilo como derecho humano: «*C'est pourtant le droit à la sûreté (...) qui oblige à reconnaître le droit d'asile comme droit de l'homme, étant ici rappelé que le droit à la sûreté de la personne est l'un des tout premiers droits reconnus dans la Déclaration universelle de droits de l'homme (...). Comme les droits de l'homme (...) ne sont protégés sur le plan universel que par l'Etat national de la victime (...) un demandeur d'asile est une personne qui ne peut pas ou ne veut pas se réclamer de la protection du pays dont elle a la nationalité, les garanties de protection du droit d'asile sont quasi nulles*». ZOLLER, E., «*Le Droit...*», op.cit. pp. 22-23.

²⁷ Ibid. p. 23

²⁸ PLENDER, R., «*The Right...*», op. cit. p. 82

²⁹ Artículo 13.2 «Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país». Por tanto es obligatorio para el Estado el aceptar a los nacionales que quieran regresar a su país.

de la Declaración de Derechos Humanos³⁰, lo que ha llevado a algunos a considerar que la Declaración sobre Asilo Territorial «ha puesto de relieve que el asilo debe ser considerado como un derecho de la persona humana, y no como una simple concesión graciosa de los Estados»³¹. Sin embargo dicha referencia a la Declaración de Derechos Humanos no supone el reconocimiento del derecho de asilo como un derecho humano, ya que, como hemos señalado anteriormente, de la Declaración misma no puede desprenderse dicha afirmación.

La Declaración sobre Asilo recoge de este modo, lo que sería en líneas generales el contenido del derecho de asilo, pero sin dar una definición concreta del mismo. Por tanto lo establecido en ésta deberá inspirar la actuación de los Estados, no siendo sin embargo de obligado cumplimiento para los mismos, a pesar de la importancia que pueda tener su aprobación unánime y su carácter solemne. Como muestra de dicha afirmación, nos encontramos con la postura de los Estados manifestada durante las negociaciones de la Declaración, según la cual la finalidad de esta Declaración «*was not intended to propound norms or to change existing rules of international law*». Además, se establecía que dicha Declaración sería considerada como un paso hacia la creación de una convención internacional sobre la materia³².

De entre los elementos definidores del asilo recogidos en la Declaración sobre el Asilo, el único que es de obligado cumplimiento para los Estados es el principio de *non refoulement* recogido en el artículo 3. Pero la obligatoriedad de dicho principio no viene impuesta porque el mismo haya sido recogido en esta Declaración, sino porque constituye una obligación de Derecho Internacional consuetudinario, creada por la práctica de los Estados y cristalizada a través de esta Declaración y de la Convención de Ginebra³³.

Por tanto y según lo establecido hasta ahora, no es posible dar una definición común para todos los Estados sobre el derecho de asilo y mucho menos sobre el contenido del mismo, ya que la práctica de los Estados es diferente y no existe ningún instrumento de Derecho Internacional que otorgue una definición exacta. Las

³⁰ Las referencias al artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se contienen tanto en el Preámbulo como en el artículo 1.

³¹ DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho...*, op. cit. p. 561.

³² The Yearbook of the United Nations, 1967, p. 759. En 1977 fue convocada en Ginebra, por Naciones Unidas, una conferencia internacional para la adopción de una Convención sobre Asilo Territorial, cuyo fracaso puso de manifiesto las divisiones de opinión entre los distintos Estados, así como el rechazo de los mismos al establecimiento de límites a su soberanía territorial en relación con esta materia.

³³ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, op. cit. pp. 1305. ZOLLER, E., «*Le Droit...*», op. cit. pp. 26-27.

opiniones de la doctrina, como la de los Estados, son también de lo más variadas, desde la definición amplia otorgada por LÓPEZ GARRIDO y tomada del Instituto de Derecho Internacional que considera el asilo como «la protección que un Estado en su territorio, o en cualquier otro lugar bajo la jurisdicción de sus autoridades, da a una persona que viene a buscarlo»³⁴, pasando por la definición mas concreta dada por PASTOR RIDRUEJO, que contempla el asilo como la «protección que dispensa un Estado a una persona no nacional que es objeto de persecución en virtud de motivos políticos o ideológicos por las autoridades de otro Estado»³⁵, hasta llegar a la estricta definición otorgada por DIEZ DE VELASCO según la cual el asilo es «la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las Autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas Autoridades»³⁶.

Si bien es cierto que cuanto mayor concreción mayor claridad y seguridad, también es cierto que las causas que provocan la huida de las personas de sus países, así como los modos de otorgar protección por los Estados, pueden ser muy variados, por lo que restringir el asilo a unos determinados motivos y a una determinada forma podría provocar la exclusión de personas necesitadas también de protección. Por otro lado, y podría ser esta la opción más factible, si lo que se pretende es establecer algún tipo de obligación para los Estados, ésta debería ser en principio clara y concreta, dejando abierta la posibilidad a una futura ampliación provocada por la práctica de los mismos.

B. La institución latinoamericana del asilo diplomático

El asilo diplomático³⁷ es una institución característica de latinoamérica, no reconocida por ninguna norma de Derecho Internacional general y consistente en otorgar asilo en las legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares³⁸, a aquellas personas perseguidas por motivos políticos.

³⁴ LÓPEZ GARRIDO, D., *El Derecho...*, op. cit. p.7.

³⁵ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 236.

³⁶ DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho...*, op. cit. p. 559.

³⁷ Sobre Asilo Diplomático vid. GREÑO VELASCO, J. E., «La calificación unilateral en material de asilo diplomático», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 3, 1951, pp. 989-1011; MARTINEZ MORENO, A., «Fortaleciendo el Asilo Diplomático», *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, n.º 9, 1991, pp. 323-332.

³⁸ Artículo 1 de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954.

En estos casos, corresponde al Estado asilante la calificación de los motivos que justifican el otorgamiento de dicha protección, así como en el caso de que el asilado sea reclamado en el país de origen por la comisión de un delito, siendo también al Estado asilante al que le corresponderá la calificación del delito como político o común, teniendo en cuenta las aportaciones del Estado territorial, y según lo establecido en la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático.

La protección otorgada por el Estado consistirá en la petición de un salvoconducto al Estado territorial para poder sacar al asilado del lugar de protección y llevarlo al territorio del Estado asilante. Esta clase de asilo deberá ser otorgada en casos de urgencia, cuya apreciación también corresponde al Estado asilante. Por otro lado, el asilo finalizará cuando el asilado haya abandonado, bajo una serie de garantías, el país en el que sufre peligro de persecución, ya que esta protección sólo se otorgará durante el tiempo necesario para sacar al perseguido de dicho país.

En cuanto a las garantías mencionadas, éstas vienen recogidas en el artículo 5 de la Convención de Caracas, estableciendo que se deberán garantizar la vida, libertad e integridad personal del asilado. En relación con las mismas, el Estado asilante podrá solicitarlas por escrito, y se tendrán en cuenta la rapidez del viaje así como la posible situación de peligro que pudiera suponer dicha salida. Por otra parte, el Estado territorial deberá señalar cual es la ruta más apropiada para la salida y otorgar los oportunos salvoconductos mencionados anteriormente.

La consideración de esta institución como una costumbre internacional de carácter general ha sido discutida por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia. Así, mientras que PASTOR RIDRUEJO³⁹ considera que nos encontramos ante una costumbre internacional de ámbito regional codificada mediante instrumentos internacionales regionales, el TIJ declaró en su sentencia de 20 de noviembre de 1950 en el asunto del derecho de asilo⁴⁰, que no existían datos concluyentes para afirmar la existencia de una práctica internacional latinoamericana en relación con este derecho, y como declaró posteriormente en la sentencia de 3 de enero de 1951 en el asunto Haya de la Torre⁴¹, la terminación del asilo debería solucionarse mediante un acuerdo entre las partes.

Por último, señalar que la institución del asilo diplomático está relacionada con el concepto de refugio temporal, consistente en el resguardo ofrecido por los Estados en sus locales diplomáticos, por razones humanitarias, en los casos en los que la vida o integridad de la persona se encuentre en peligro. Esta protección prestada por los Estados encuentra su base en una norma de derecho consuetudinario como

³⁹ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional...*, op. cit. p. 238.

⁴⁰ CIJ. Rec. 1950, pp. 227 y ss.

⁴¹ CIJ. Rec. 1951, pp. 71 y ss.

es la inviolabilidad de las misiones diplomáticas, la cual garantiza a cualquier persona, y en cualquier Estado, que mientras se encuentre en el interior de una misión diplomática estará a salvo de actos de fuerza ⁴². En este sentido hay que decir que es esta la clase de protección practicada por España en estos casos, ya que nuestro país no reconoce la figura del asilo diplomático.

3. SITUACIONES ATÍPICAS

Así denominadas por LÓPEZ GARRIDO debido a que se trata de «situaciones que se salen de la norma jurídica y que entran en lo que podríamos llamar situaciones ajurídicas o de no derecho» ⁴³.

En relación con estas situaciones, nos referiremos en primer lugar a los refugiados en órbita. Esta realidad tiene su origen en la falta de cooperación entre los Estados a la hora de determinar cual de ellos es el responsable de examinar una solicitud de asilo, y se da en aquellas personas a las que no se les ha reconocido definitivamente la condición de refugiados, normalmente debido a que el Estado, ante el cual solicita refugio, considera que no debe hacerse responsable de dicha solicitud, basándose principalmente en que la responsabilidad corresponde al primer Estado por el que el refugiado ha estado en tránsito. Por tanto, estas personas serán enviadas a otro Estado, que no podrá ser el de origen por aplicación del principio de *non refoulement*, y en el que se puede dar el caso de que sean de nuevo rechazadas y enviadas a un nuevo Estado, y así, en sucesivas ocasiones.

Relacionados con los anteriores se encuentran los denominados refugiados *de facto*. En este caso nos encontramos ante personas que han sido refugiados en órbita pero que llegan a establecerse en un Estado sin el reconocimiento definitivo del estatuto de refugiado, o bien ante personas que habiendo sido sometidas a un procedimiento de elegibilidad no se les ha concedido el estatuto, y no pueden o no quieren por razones válidas, volver a su país de origen. Para estas situaciones han sido establecidos en algunos Estados lo que se conoce como estatuto B, con un derecho de residencia temporal y permiso de trabajo, y que es otorgado, normalmente no porque los Estados consideren que están obligados a ello, sino debido a presiones sociales ⁴⁴. Por otra parte, este estatuto resulta más ventajoso para los Estados, ya que el mismo reconoce menos derechos que los establecidos en el estatuto original, existiendo actualmente una tendencia a otorgar con más frecuencia este estatuto B, justificando de esta manera el no otorgamiento del estatuto principal.

⁴² DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho...*, op. cit. p. 571

⁴³ LÓPEZ GARRIDO, D., *El Derecho...*, op. cit. p. 121.

⁴⁴ ZOLLER, E., *Le Droit...*, op. cit. p. 25.

Otra situación atípica aparece en el caso de los refugiados en masa ⁴⁵. Su origen lo encontramos en causas humanitarias, «por conflictos armados internacionales o internos y otras situaciones graves de alteración de la convivencia» ⁴⁶. Esta situación no viene recogida en la Convención de Ginebra, por lo que es difícil determinar caso por caso si se dan o no las circunstancias para el reconocimiento de la condición de refugiado. Por otro lado, en este supuesto es también de aplicación el principio de *non refoulement*, por tanto dichas personas no podrán ser devueltas al país de origen ⁴⁷, debiendo buscarse para las mismas, soluciones alternativas.

Según establece MARIÑO MENÉNDEZ ⁴⁸, en relación con esta materia parece estar formándose una costumbre de Derecho Internacional consistente en dar refugio temporal a dichas personas, considerando que los Estados, sobre todo los más próximos, están convencidos de la obligación de otorgar dicha ayuda. De otro modo, ZOLLER afirma que ni si quiera la aplicación del principio de *non refoulement* puede considerarse como una costumbre internacional en el caso de afluencia masiva, ya que no existe una *opinio iuris* ni positiva ni negativa en este sentido. ZOLLER, asegura que en los casos en que los Estados han otorgado protección a estos grupos, lo han hecho basándose en consideraciones humanitarias, así como que en los casos en que dicha protección ha sido denegada se ha justificado en razones de oportunidad, y no jurídicas ⁴⁹.

Sin llegar a afirmar la inexistencia de una obligación consuetudinaria de carácter internacional respecto del principio de *non refoulement*, sí parece lógico que no exista entre los Estados una *opinio iuris* relativa a la obligación de dar protección a un gran número de personas, ya que la tendencia actual de los Estados está dirigida a disminuir el número de casos en los que individualmente se concede el estatuto de refugiado, por lo que no sería acorde con dicho interés la creación de una norma que tuviera consecuencias contrarias.

⁴⁵ Para un estudio ampliado sobre esta materia vid. GALISONGA JORDÁ, A., «La Afluencia Masiva De Refugiados...», op. cit.

⁴⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, M., «El concepto de refugiado...», op. cit. p. 345. RUIZ RUIZ considera por otra parte que no es posible otorgar una definición sobre flujo masivo de refugiados, debiendo acudir a los elementos establecidos por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, uno cuantitativo referido aun número elevado de personas en relación con la población del país de origen o acogida, y un segundo elemento cualitativo, el que se trate de personas pertenecientes a un determinado grupo étnico religioso o cultural. RUIZ RUIZ, F., «Creación de flujos masivos de refugiados...», op. cit. p. 300.

⁴⁷ En relación con el principio de *non refoulement* y los refugiados en masa GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee...*, op. cit. pp. 70 y ss.

⁴⁸ MARIÑO MENÉNDEZ, F., «El Asilo y sus modalidades...», op. cit. pp. 512- 513.

⁴⁹ ZOLLER, E.: «*Le Droit...*», op. cit. p. 27.

Por último, es necesario advertir que para hacer frente a esta afluencia masiva de refugiados será necesario recurrir a la solidaridad internacional y al reparto de la carga entre los Estados, como también será necesario la búsqueda de soluciones duraderas, ya sean el reasentamiento de los refugiados o la repatriación voluntaria, que será la más deseable.

Para terminar nos referiremos a los «desplazados», que son aquellas personas que como consecuencias de conflictos armados, luchas internas, violación de derechos humanos o desastres naturales o provocados por el hombre⁵⁰, se ven obligados a abandonar su lugar de residencia y a desplazarse a otro lugar dentro del mismo país⁵¹. Este tipo de personas no entra en la definición de refugiado dada por los instrumentos internacionales, ya que éstos establecen la necesidad de encontrarse fuera del país de origen o de aquel donde se tenga la residencia habitual, si bien no cabe duda, de que se trata de personas necesitadas de protección. Nos encontramos por tanto ante casos en los que el Estado no puede garantizar la seguridad de dichas personas, debiéndose tomar como base la protección humanitaria. En sentido, como señala FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, ACNUR ha recurrido a la analogía fundamentada en «el carácter estrictamente humanitario de la acción de ACNUR y el carácter estrictamente civil de las personas que componen este contingente de «desplazados internos»⁵², para hacerse cargo de estas personas. Por tanto, habrá que acudir al derecho humanitario que regula los niveles mínimos de existencia y dignidad humana que serán de aplicación en estas situaciones, junto con las obligaciones que ello conlleve para los Estados, y contando siempre con la participación de las ONG⁵³.

⁵⁰ FORGET, J.C., «Régimen Jurídico Internacional del asilo y refugio», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, 1995, p. 541. Respecto de los desplazados por motivos naturales o «desplazados ambientales» ARENAS HIDALGO se muestra partidaria de una interpretación amplia del concepto de refugiado de la Convención de Ginebra que permita asimilar los desplazados ambientales con los refugiados mediante la unión de la degradación ambiental con el término de persecución interpretado en «un concepto de violencia generalizada». ARENAS HIDALGO, N., «El fenómeno de los llamados refugiados medioambientales: ¿un nuevo desafío para el derecho internacional de los refugiados?», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p. 271.

⁵¹ Sobre los desplazados internos vid. CIRERA PORTEA, M. T., *Los desplazados internos. Un problema internacional*, Barcelona, Asociación para las Naciones Unidas en España, 2006.

⁵² FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., «El carácter civil del asilo», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p. 49.

⁵³ Estas situaciones podrán dar pie, como señala REMIRO BROTONS, al debate entre la asistencia humanitaria e injerencia humanitaria. REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, op. cit. pp. 1308.

4. PRINCIPIO DE *NON REFOULEMENT*

El principio de *non refoulement* se encuentra recogido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra. Éste establece la prohibición de devolución o expulsión de una persona a un país donde su vida o libertad corran peligro debido a motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas; prohibición que no impide el envío a otros países en los que no sufra ningún tipo de riesgo. Por tanto, según lo establecido en este artículo, el principio de *non refoulement* no incluye el derecho a la obtención del estatuto de refugiado o el asilo, como tampoco incluye un derecho de estancia en el país.

La Convención ha plasmado una norma de derecho consuetudinario de ámbito universal, obligatoria para todos los Estados con independencia de hayan firmado o no la Convención. Según MARIÑO MENÉNDEZ, nos encontramos ante una obligación *erga omnes*, cuya violación continuada por parte de un Estado podría dar lugar a la imputación de un crimen de Derecho Internacional. Del mismo modo, este autor considera que esta obligación del Estado entraña también un derecho subjetivo para el particular, ejercitable frente al Estado sobre la base de una norma de Derecho Internacional general⁵⁴.

Este principio también fue recogido por la Declaración sobre Asilo Territorial en su artículo 3.1, en el que se establece que el mismo será de aplicación a aquellos solicitantes de asilo que se encuentren en situación de persecución según establece el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. A pesar de que, como hemos señalado anteriormente, este instrumento no genera ningún tipo de obligación para los Estados, lo que sí hace es recoger la práctica internacional existente en la materia, que por otro lado, es de obligado cumplimiento para todos los Estados.

El apartado 2 del artículo 33 recoge una serie de excepciones, casos en los que la norma no podrá ser invocada por un refugiado. Estas excepciones se aplicarán en los supuestos en los que los refugiados sean considerados como un peligro para la seguridad del país, o constituyan una amenaza para la comunidad del mismo por haber sido objeto de una condena debido a la comisión de un delito grave. Por otra parte, dichas excepciones suponen un riesgo, ya que al tratarse de términos poco precisos dejan un amplio margen de interpretación y aplicación a los Estados, estableciéndose en todo caso, ciertas garantías como en la expulsión, que por el he-

⁵⁴ MARIÑO MENÉNDEZ considera que se trata de una «norma consuetudinaria autoejecutiva, es decir, completa y susceptible de producir efecto directo en el ordenamiento interno de todo Estado sin necesidad de que éste haya procedido a su incorporación o aplicación por vía de normas internas». MARIÑO MENÉNDEZ, F., «El Asilo y sus modalidades...», op. cit. pp.514-515.

cho de haber cometido un delito grave no puede ser automática, esto es, se debe comprobar que el individuo constituye verdaderamente un peligro para la comunidad. Por otro lado, se trata también de una cuestión de proporcionalidad, y que se deberán tener en cuenta las consecuencias para el refugiado si regresa al país, en relación con el delito que cometió⁵⁵ y con la amenaza que suponga para el país en el que se encuentre.

Junto con lo anterior, la Declaración sobre Asilo Territorial recoge también excepciones a este principio, basadas principalmente en la seguridad nacional o en la salvaguarda de la población. Sin embargo, en esta Declaración se establece una especie de garantía para aquellas personas a las que no les sea de aplicación dicho principio, en el sentido de que considerará conveniente el otorgamiento de la oportunidad de que puedan dirigirse a otro Estado distinto de aquel en el que existe el riesgo de persecución. Esta garantía podría ser otorgada en forma de asilo provisional, es decir, permitir su estancia hasta que sean admitidos en otro país, hecho por otro lado, bastante difícil si el sujeto en cuestión constituye un riesgo para la seguridad nacional o de la población.

Dejando a un lado el contenido de dicho principio, el primer problema que nos encontramos a la hora de su puesta en práctica, es el de si se aplica únicamente a los refugiados formalmente reconocidos. En principio, y según lo establecido en la Convención de Ginebra, podría entenderse que la norma se aplica únicamente a los reconocidos como refugiados según dicha Convención, aunque la práctica de los Estados y la propia lógica del principio llevan su aplicación también a aquellos que no han sido reconocidos todavía como tales, ya que, como señala GOODWIN-GILL⁵⁶, sería imposible su aplicación en los casos en los que no existiera un procedimiento efectivo para el reconocimiento de la condición de refugiado y en los casos de afluencia masiva, pudiendo darse la situación de devolución de estas personas a sus países de origen con anterioridad al examen de la solicitud de refugio o asilo, ya que al no ser considerados todavía como refugiados no les es de aplicación el principio de *non refoulement*. La aplicación de este principio, con independencia de que los refugiados hayan sido formalmente reconocidos como tales, fue recogida por el Comité Ejecutivo de ACNUR en su conclusión núm. 6 sobre no devolución en 1977⁵⁷.

El siguiente problema surge en relación con la aplicación del principio únicamente a los que se encuentran en el territorio del Estado o también a aquellos que

⁵⁵ GOODWIN-GILL considera que «*The offence in question and the perceived threat to the community would need to be extremely grave if danger to the life of the refugee were to be disregarded, although a less serious offence and a lesser threat might justify the return of an individual likely to face only some harassment or discrimination*». GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee...*, op. cit. p. 96.

⁵⁶ Ibid. p.73.

⁵⁷ FORGET, G. C., «Régimen Jurídico internacional...», op. cit. p. 539.

se encuentran en la frontera. La opinión de la doctrina coincide con la práctica internacional, la cual ha confirmado la aplicación de este principio también a aquellos que se encuentren en la frontera, como establece GOODWIN-GILL⁵⁸, el principio será de aplicación desde el momento en que las personas que buscan asilo se presenten en la frontera para entrar.

A pesar de esta práctica de los Estados, actualmente la situación está cambiando debido a que cada vez es mayor el número de refugiados que se dirigen a las fronteras de los Estados en busca de protección. Para hacer frente a este elevado número de demandas, los Estados han elaborado elementos que les permiten rechazar a estas personas en las fronteras, ahorrándose así, el largo mecanismo de determinación de la condición de refugiado y recuperando la soberanía sobre la materia. De este modo, los Estados han recurrido a exigencias tales como el visado, eliminando mediante este requisito a un gran número de personas, ya que éstas cuando abandonan su país lo hacen habitualmente de manera urgente debido al peligro que corren, por lo que la posibilidad de obtener un visado parece casi imposible. También se ha recurrido a la cuestión de las demandas manifiestamente infundadas, realizándose el rechazo en frontera, y por tanto sin procedimiento de examen, de aquellas personas cuyas demandas carezcan a primera vista de los requisitos para obtener la condición de refugiado. Por último, los Estados han tomado como base para la limitación de entrada la aplicación del principio del país de primer asilo, según el cual, el Estado puede considerar que es responsable para examinar la solicitud de asilo otro Estado en el que el refugiado se hubiera encontrado con anterioridad.

Es necesario señalar que en aplicación de lo anterior puede ocurrir que el envío a otro Estado, donde posiblemente no sufra ningún riesgo, pueda conllevar que éste mismo sí reenvíe a estas personas al Estado de origen en el cual su vida o libertad corren peligro, con lo que nos encontraríamos ante un *refoulement* indirecto. Para evitar este tipo de *refoulement* y así enviar lícitamente a una persona a otro Estado se deben tener en cuenta cinco condiciones: que se garantice una protección básica que conlleve la aplicación del principio de *non refoulement*, que el refugiado tenga acceso a los procedimientos internos para la determinación de la condición de refugiado; que existan posibilidades de asentamiento, y que se otorguen facilidades para una estancia temporal en el país y para el retorno voluntario al país de origen⁵⁹.

⁵⁸ De todos modos, GOODWIN-GILL considera que «*certain factual elements may be necessary (such as human rights violations in the country of origin) before the principle of non refoulement is triggered, but the concept now encompasses both non-return and non-rejection*». GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee...*, op. cit. pp. 77-78.

⁵⁹ LÓPEZ GARRIDO, D., «*El Derecho...*», op. cit. pp. 54-55.

5. INSTRUMENTOS DE ÁMBITO REGIONAL

Junto con el análisis de la normativa de ámbito universal, es necesario realizar una breve referencia a la regulación de esta materia en ámbitos regionales con el fin de obtener así una visión más completa de la misma. De entre los instrumentos internacionales de ámbito regional que regulan esta materia o parte de la misma, me referiré en primer lugar –debido a los avances que introduce– a la Convención sobre el Problema de los Refugiados en África, firmada por la OUA en Addis Abeba en septiembre de 1969.

La primera especialidad de esta Convención es la amplitud del término refugiado, ya que no sólo incluye a aquellos que reconoce la Convención de Ginebra, sino que también incluye a aquella persona que sufriendo «una agresión, ocupación exterior, dominación extranjera o acontecimientos que lesionaran gravemente el orden público, en una parte o en la totalidad del país de origen o del país cuya nacionalidad ostente, se vea obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro país, fuera del país de origen o del país cuya nacionalidad tiene». Por tanto, nos encontramos con que mediante esta definición se están incluyendo también a los refugiados en masa, que son los producidos por este tipo conflictos, tan habituales por otra parte en el continente africano.

La Convención de la OUA recoge también en su artículo 2 el principio de *non refoulement*, pero con una innovación importante y consistente en no incluir excepciones a la aplicación del mismo. De este modo, el apartado 4 de dicho artículo, establece que en el caso de que un Estado no pueda continuar garantizando el asilo, éste deberá solicitar ayuda a través de la OUA al resto de Estados, para que, según establece el Convenio, y basándose en un espíritu de solidaridad y cooperación internacional, aligeren la carga del Estado en cuestión.

Por último, otro elemento característico que lo diferencia de lo establecido en la Convención de Ginebra es el apartado 6 del artículo 1, en el que se recoge que los refugiados, por razones de seguridad, deberán instalarse a una cierta distancia de la frontera del país de origen, al contrario de lo establecido en la Convención de Ginebra, que recoge en su artículo 26 la libertad de circulación. Esta precisión del artículo 1 parece necesaria debido a la ampliación del término refugiado en la Convención de la OUA y a la necesidad de proteger a los Estados partes, además de ser complementaria de la obligación de impedir que los refugiados instalados en el territorio de un Estado ataquen a cualquier otro Estado miembro de la OUA ⁶⁰.

Dejando a un lado el continente africano y en relación con América Latina, el derecho de asilo fue reconocido en esta región en la Convención Americana sobre

⁶⁰ PLENDER, R., *The Right...*, op. cit. pp. 76-79.

Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en 1969, en cuyo artículo 22, dedicado al derecho de circulación y residencia, se recoge el derecho de asilo para los perseguidos por delitos políticos o comunes conexos con los políticos, así como el principio de *non refoulement*. Este derecho de asilo será regulado, según establece la Convención, conforme a la normativa internacional existente en la materia, pudiéndose citar varios instrumentos en el ámbito regional de América Latina, entre los que se encuentran el Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); el Acuerdo sobre Extradición, (Caracas, 1911); la Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); la Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); la Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954); y la Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954)⁶¹.

En relación con la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial, que constituye el instrumento más reciente hasta la fecha, podemos decir que reconoce el derecho de los Estados a admitir y a proteger en su territorio a aquellas personas que huyan de otros Estados a causa de persecuciones por sus creencias, opiniones o filiaciones políticas, así como por hechos que puedan considerarse como delitos políticos. Por otro lado, según lo establecido en el artículo 6 de esta Convención, no se creará ningún estatuto especial para los asilados o refugiados, sino que les será de aplicación la normativa establecida para los extranjeros en general. Por último, esta Convención, al igual que la de la OUA, recoge la necesidad de mantener lejos de las fronteras a determinados grupos de refugiados, refiriéndose, específicamente en este caso, a los líderes de los movimientos subversivos así como a aquellos sobre los que haya pruebas de que se disponen a incorporarse a alguno de estos movimientos.

En el ámbito Europeo por otra parte, además de la regulación realizada por la Unión Europea que estudiaremos más adelante, es necesario señalar qué otras manifestaciones de la protección del derecho de asilo y refugio se brindan en el continente.

En primer lugar, y tomando como referencia el Convenio Europeo de Derechos Humanos, podemos decir que éste no recoge expresamente entre su articulado el derecho de asilo, pero que el mismo ha sido reconocido de manera indirecta mediante una interpretación amplia del artículo 3, que prohíbe la tortura y las penas y los

⁶¹ Punto F. 21 de la Introducción del Manual de Procedimientos y Criterios para determinar de la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Junto con toda esta normativa se han adoptado también en América Latina determinadas declaraciones sobre la materia, entre otras la *Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (2004)*; la *Declaración de Río de Janeiro sobre la institución del Refugio (2000)*; o la *Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el derecho de los refugiados en América Latina y el Caribe (1999)*.

tratos inhumanos o degradantes. Así, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha aceptado una interpretación del artículo 3 según la cual supone una violación de este artículo el devolver al refugiado al país donde su vida o libertad estén amenazadas ⁶². La protección en este caso será por tanto mayor, ya que los particulares podrán dirigirse para la defensa de su derecho ante instancias supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos creado expresamente para la protección de los derechos reconocidos en el Convenio, protección que sin embargo, no se brinda del mismo modo en la Convención de Ginebra, ya que en este caso los particulares únicamente podrán invocar dicha Convención ante las jurisdicciones nacionales.

Por otro lado, también será necesario mencionar la adopción por parte del Consejo de Europa de una serie de instrumentos relativos al derecho de asilo, especialmente la Recomendación 81/16 del Comité de Ministros de 5 de Noviembre, que contiene previsiones encaminadas a la armonización de la práctica de los Estados partes a la hora de tratar una demanda de asilo ⁶³.

En último lugar, señalar la existencia de otros instrumentos de ámbito regional europeo como son el Acuerdo Europeo relativo a la supresión de visados para los refugiados, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, o el Acuerdo Europeo sobre transferencia de la responsabilidad respecto de los refugiados, firmado en Estrasburgo el 16 de octubre de 1980, que según LÓPEZ GARRIDO no llega a resolver el problema sobre que Estado tiene la responsabilidad de tramitar la solicitud de asilo ⁶⁴.

6. BREVE REFERENCIA AL ASILO Y REFUGIO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La primera norma de referencia que debemos analizar para el estudio del derecho de asilo en España es la Constitución Española, que recoge el derecho de asilo

⁶² PLENDER analiza diversos casos en los que se recurre al artículo 3 del Convenio para establecer el derecho de asilo. PLENDER, R., *The Right...*, op. cit. pp. 80 y ss. Entre las más representativas en esta materia podríamos mencionar la Sentencia de 20 de Marzo en el Asunto Cruz Varas y otros c. Suecia; la Sentencia de 30 de Octubre de 1991 en el Asunto Vilvarajah y otros c. Reino Unido; y más recientemente la Sentencia de 11 de Julio de 2000 en el caso Jabari c. Turquía; o la Sentencia de 6 de Marzo de 2001, en el Asunto Hilal c. Reino Unido.

⁶³ LÓPEZ GARRIDO resume en diez puntos los aspectos que en la práctica administrativa se consideraban de urgencia adoptar, y que recogían materias tales como el carácter objetivo e imparcial en el tratamiento de la demanda, la autoridad competente, como deben actuar la policía de fronteras o autoridades públicas, o los derechos de los demandantes de asilo. LÓPEZ GARRIDO, D., *El Derecho...*, op. cit., pp.59-60.

⁶⁴ *Ibid.* p. 54.

en el artículo 14.3, si bien, el mismo viene establecido como un derecho de configuración legal.

El artículo 14.3 de la Constitución realiza una remisión al legislador para que configure este derecho de asilo, por lo tanto las causas de reconocimiento –elemento fundamental–, el procedimiento o las condiciones de disfrute serán reguladas mediante Ley, teniendo siempre presentes, como recoge el artículo 10.2 los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia, en este caso, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados estudiada con anterioridad.

En cumplimiento de esta remisión que realiza la Constitución a la Ley se adoptó la Ley 5/1984, de 26 de marzo ⁶⁵ reguladora del derecho de asilo y condición de refugiado, modificada posteriormente por la Ley 9/1994, de 19 de mayo ⁶⁶ y desarrollada por el Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero ⁶⁷.

Una de las principales características que contenía la Ley de 1984 era la distinción entre la figura del asilo y la condición de refugiado, estableciendo una protección y unos requisitos diferentes para su obtención según se tratara de una u otra, lo que como señala ESPADA RAMOS ⁶⁸, podría dar lugar a la calificación de esta Ley como progresista, ya que otorgaba una protección más amplia que la de muchos países europeos ⁶⁹.

Según recogía el artículo 3 de la Ley de 1984, el asilo sería concedido a aquellas personas perseguidas por motivos políticos, de raza, etnia, religión, pertenencia a un determinado grupo social, o por la comisión de delitos para «el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales protegidos en el ordenamiento español» y lucha contra sistemas no democráticos, así como por razones humanitarias. De este modo dentro de esta categoría podían incluirse casi todos los motivos por los que una persona puede encontrarse necesitada de protección internacional, especialmente debido a la inclusión del asilo por cuestiones humanitarias, que dejaba abierta la puerta a situaciones no recogidas en los apartados anteriores.

Junto con este número de causas para el otorgamiento de asilo, nos encontramos también con la amplia protección otorgada a aquellos a los que les era reco-

⁶⁵ BOE 27 marzo 1984, núm. 74.

⁶⁶ BOE 23 mayo 1994, núm. 122.

⁶⁷ BOE 2 marzo 1995, núm. 52.

⁶⁸ ESPADA RAMOS, M. L., «El derecho de asilo a revisión: los costes de la coherencia con Europa», *Derechos y Libertades*, n.º 3, 1994. p. 158.

⁶⁹ Para un estudio comparado sobre la materia vid. JEANNIN, L., MENEGHINI, M., PAUTI, C. y POUPEL, R., *Le Droit d'Asile en Europe. Étude comparée*, Paris/Montreal, L'Harmattan, 1999; VAN KESSEL, G. C. J., «The Evolution of Asylum Application in EU member States», en DIAS URBANO DE SOUSA, C. y DE BRUYCKER, P. (dir.), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, Bruylant, 2004. pp. 23-32.

nocida dicha condición, en la que se incluía permisos de residencia indefinidos o temporales, permisos de viajes, autorización para realizar actividades laborales, mercantiles o profesionales, además de asistencia social y económica.

Pero como hemos mencionado, la Ley de 1984 recogía también la posibilidad de reconocimiento de la condición de refugiado si se cumplían los requisitos de la Convención de Ginebra ⁷⁰, y con una ayuda consistente en el otorgamiento de permisos de trabajo y residencia. Se trataba de un estatuto de mínimos que se limitaba a cumplir las obligaciones de España en relación con la Convención de Ginebra de la era parte.

En relación con las principales causas que se adujeron para la reforma de la Ley de 1984, podemos señalar que éstas fueron en primer lugar las deficiencias en la aplicación práctica de la misma, problemas que por otra parte, comenzaron desde muy temprano ⁷¹.

Otra de las causas alegadas fue la adaptación de la legislación española a los dos nuevos tratados internacionales de los que España era parte: los Acuerdos de Schengen y el Convenio de Dublín. Tratados que entre otros aspectos, únicamente recogían una figura de protección, la del asilo, y que en el caso del Convenio de Dublín establecía cual era el Estado responsable de las solicitudes de asilo.

Como tercera causa para la modificación de esta Ley, también se mencionó la necesidad de aligerar los procedimientos de reconocimiento del asilo, aceleración que en todo caso debería realizarse siempre otorgando las máximas garantías, y respecto de lo cual existen dudas en la nueva Ley ⁷². Para ello, además de acelerar los trámites, se consideraba necesario eliminar los inconvenientes y el retraso que suponía la presentación de solicitudes de asilo por inmigrantes que no cumplían los requisitos y que retrasaban mediante el examen de sus solicitudes, el examen de las de aquellos que sí podían recibir asilo.

Situación, la anterior, que nos lleva a la última causa aducida para la modificación, y que consistía en evitar la utilización fraudulenta del asilo o la condición de refugiado por los inmigrantes a través de una interpretación abusiva de la Ley ⁷³.

⁷⁰ De la que España es parte desde 1978, fecha en la que se entregó el instrumento de Adhesión, que incluía además una serie de reservas respecto de determinados artículos de dicha Convención, concretamente los artículos 8, 21(1) y (2), y 26.

⁷¹ ESPADA RAMOS considera que los fallos de la Ley se debieron principalmente a una mala aplicación policial y administrativa. Ibid. p. 159 y 165.

⁷² Ibid. p. p. 173 y ss.

⁷³ PÉREZ SOLA, N., *La regulación del Derecho de Asilo y Refugio en España*, Jaén, Adhara; Universidad de Jaén, 1997. p. 101. En este sentido SANTOLAYA MACHETTI señala el problema que suponía el hecho de que solicitud de asilo conllevara la entrada automática en nuestro país y un periodo de residencia legal mientras se resolvía su solicitud, sin que fuese posible su salida por muy infunda-

De entre las principales modificaciones que trajo la Ley de 1994 podemos señalar principalmente la eliminación de la doble figura del asilo y refugio, de este modo, como establece la exposición de motivos, el asilo consiste en «la protección dispensada por España a aquel extranjero a quien se reconozca la condición de refugiado», por lo que las causas que podrían dar lugar a la obtención del asilo quedan reducidas a las mismas que para la obtención de la condición de refugiado. Se limita de este modo enormemente la posibilidad de obtener protección, y por lo tanto el número de asilados, siendo está la intención de la Ley ⁷⁴ y no la eliminación de la confusión que el reconocimiento de estas dos figuras podía crear, ya que si así fuese podría haberse establecido una única figura, la del asilo, pero manteniendo todas las causas que en la Ley anterior justificaban su otorgamiento.

Además, junto que esta reducción de las causas que dan lugar a la concesión de protección, la Ley de 1994 elimina también la figura del asilo por razones humanitarias, que es reconducido a la legislación general de extranjería ⁷⁵. Por otra parte el hecho de que se mencione esta cuestión en la legislación de extranjería no implica ni mucho menos una protección comparable a la que podían obtener las personas acogidas a estos motivos en la legislación anterior, ya que la Ley de extranjería únicamente exime por motivos humanitarios de la necesidad de obtener visado ⁷⁶, otorgándose en todo caso un permiso de residencia temporal ⁷⁷.

da que fuese la solicitud. SANTOLAYA MACHETTI, P., *El Derecho de asilo en la Constitución Española*, Valladolid, Lex Nova, 2001. p. 58. Cuestión que no hubiese planteado problemas estableciendo un procedimiento rápido –siempre con garantías–, y con las oportunas medidas administrativas y de control que hubieran permitido la salida o expulsión de los mismos en caso de denegación el asilo.

⁷⁴ Prueba de ello es el Informe de CEAR de 2007 sobre la situación de los refugiados en España, en el que se recoge que en 2006 sólo se concedieron 168 estatutos de refugiado, el 3.72% de las solicitudes presentadas. Vid. http://www.pear.es/upload/informe_2007.pdf

⁷⁵ LEY ORGÁNICA 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE 23 diciembre 2000, núm. 307.

⁷⁶ En relación con la entrada o llegada a la frontera de los asilados es necesario mencionar las dificultades añadidas con las que se pueden encontrar debido a las consecuencias de su posible irregularidad para el transportista, ya que la Ley de extranjería, en su artículo 54, establece en su como infracción muy grave el transporte de extranjero sin la correspondiente documentación para entrar en el país. RUEDA FERNÁNDEZ, C., «La aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados en el ordenamiento jurídico español: aspectos fundamentales», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p. 335.

⁷⁷ Artículo 31.4 de la Ley. El artículo 34 de esta Ley hace referencia a la residencia de los refugiados en España, remitiendo su regulación a lo establecido en la Ley que regula el derecho de asilo.

Un cambio importante dado por la ley de 1994 en la concepción del asilo, consiste en la eliminación de la consideración del asilo como la «protección graciable dispensada por el Estado, en el ejercicio de su soberanía»⁷⁸. En esta Ley de 1994 el asilo es considerado como un derecho, sin referencia alguna al poder soberano del Estado para su concesión⁷⁹. Esta regulación del asilo confirma la existencia de un derecho individual a exigir el otorgamiento del mismo si se cumplen los requisitos establecidos en la Ley, derecho que podríamos afirmar, existía ya en la ley anterior, a pesar de la ausencia de su reconocimiento expreso, debido a que desde el momento en el que se establecían procedimientos para recurrir la resolución denegatoria de asilo, se podría afirmar que existía un derecho a que se actuara conforme a la Ley, y ésta establecía que el cumplimiento de unos requisitos determinados permitía la obtención del asilo o la condición de refugiado.

En lo que se refiere a los derechos y ayudas otorgados por la Ley de 1984 a los asilados, dichos derechos se mantienen en la actual y, debido a la unión de las dos figuras, se extienden por tanto a los refugiados. De tal modo que, mientras que en la Ley anterior a los beneficiarios de la condición de refugiado únicamente se les reconocía la posibilidad de obtener permisos de trabajo y residencia, en la nueva Ley gozarán de todos los derechos que en la ley anterior se reconocían a los asilados, aunque eso sí, serán a los únicos a los que se les reconozcan estos derechos⁸⁰.

Respecto de las causas dan lugar a la exclusión de la obtención del asilo, éstas son en principio las mismas establecidas en la Convención de Ginebra en los artículos 32 y 33, si bien nuestra legislación específica y amplía algunas de estas causas. De este modo la Ley hace especial referencia de entre los delitos contra la paz, la humanidad y delitos de guerra, al de la participación en la persecución de personas por los mismos motivos que establece la Convención de Ginebra en su artículo 1; y también se incluyen entre estas causas de exclusión, la realización de actos contrarios a los principios y fines, no sólo de Naciones Unidas, sino también de nuestra Constitución. En lo que se refiere la no obtención de protección debido a con-

⁷⁸ Artículo 2.1 de la Ley de 1984.

⁷⁹ ESPADA RAMOS considera de otro modo que «en la legislación española de asilo se parte de una calificación del derecho de asilo ajena a la cualidad de derecho subjetivo y fundamental. Por el contrario se reglamenta como una prerrogativa estatal, mínimamente corregida por criterios internacionales». ESPADA RAMOS, M. L., «El derecho de asilo a revisión...», op. cit. p. 181-182.

⁸⁰ Junto con los derechos también se recogen en el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, una serie de obligaciones para esta personas, entre las que se encuentran la obligación de acreditar su identidad y proporcionar un relato verosímil de la persecución o indicar un domicilio e informar a la autoridad competente sobre cualquier cambio (art. 9). BOE 2 de marzo 1995, núm. 52.

denas por delitos particularmente graves recogidos en el artículo 33 de la Convención, en la Ley Española podemos distinguir dos tipos: el delito común grave ⁸¹ y los delitos contra la seguridad de la navegación aérea o marítima, o de los transportes terrestres, además de los delitos de terrorismo y cualquier otro punible según los tratados internacionales de los que España sea parte ⁸².

Junto con la no obtención del asilo por las causas mencionadas, nos encontramos también con la posibilidad de revocación del asilo, recogiendo el artículo 20 las causas de la misma: que el asilo se haya obtenido mediante la presentación de datos, documentos o declaraciones falsos, o que incurra en alguna de las causas establecidas en convenios Internacionales sobre la materia ratificados por España.

En lo relativo a la expulsión o rechazo en frontera de estas personas, hay que decir que la Ley establece su prohibición como efecto de la solicitud de asilo, ya que como recoge el artículo 5, «solicitado el asilo por cualquier extranjero, no podrá ser rechazado en frontera o expulsado hasta tanto no se haya inadmitido a trámite su petición o resuelto sobre la misma». Sin embargo esta prohibición ha sufrido cambios respecto de la Ley anterior, ya que en ésta, dicha prohibición era de aplicación hasta que no se resolviera sobre su solicitud, mientras que en la nueva Ley es posible el rechazo o la expulsión una vez inadmitida a trámite su solicitud. A pesar de ello, en todo caso será de aplicación el principio de *non refoulement*, recogido en el artículo 17, y en el que se hace mención expresa de la prohibición de *refoulement* indirecto ⁸³ que no se recogía en la Ley de 1984.

Una vez señalados los aspectos generales más característicos de la legislación española sobre asilo, creemos necesario centrarnos en la novedad introducida por la Ley de 1994 que ha planteado mayores discusiones, el procedimiento de admisión a trámite, ya que como mencionamos, los Estados han elaborado mecanismos que les permiten rechazar a estas personas sin necesidad de seguir el procedimiento general para el reconocimiento del asilo, y entre los que podríamos introducir este procedimiento.

El procedimiento de admisión a trámite encuentra su justificación en la Conclusión 30 adoptada por el Comité Ejecutivo de ACNUR, que consideró que «sería útil que los procedimientos nacionales para determinar la condición de refugiado incluyesen una disposición especial para tramitar de manera expedita aquellas solitu-

⁸¹ Se entenderá por delito común grave aquel que esté sancionado en el Código Penal Español con una pena igual o superior a la de prisión mayor. Artículo 3.4 b).

⁸² Artículo 3.4 c).

⁸³ El rechazo o la expulsión no podrá «suponer el envío a un tercer Estado que carezca de protección efectiva contra la devolución al país perseguidor...».

des que a todas luces carezcan de fundamentos como para justificar un examen completo en todas las etapas del procedimiento»⁸⁴.

En cuanto a la aplicación del procedimiento, a pesar de que la Ley no lo establezca expresamente, la doctrina⁸⁵ considera que éste será de aplicación tanto a las solicitudes presentadas en fronteras como a las presentadas en territorio nacional, si bien es cierto que sí se plantean dudas acerca de si debe aplicarse en todo caso o únicamente en situaciones excepcionales⁸⁶.

El plazo de presentación de las solicitudes de asilo será de un mes desde la entrada en territorio nacional o de veinticuatro horas en caso de solicitudes presentadas en la frontera⁸⁷, momento en el que comienza el trámite de admisión y dará lugar a la suspensión de los procedimientos de extradición o rechazo en frontera. Durante ese trámite de admisión se notificará a ACNUR la presentación de la solicitud, el cual emitirá un informe acerca de la misma que acompañará a la propuesta de inadmisión a trámite que la Oficina de Asilo y Refugio eleva al Ministro de Interior para que decida, produciéndose en caso contrario la admisión a trámite si en el plazo de sesenta días desde la presentación de la solicitud no ha habido pronunciamiento. Estos plazos se acortan para el caso de solicitudes presentadas en frontera, informándose inmediatamente a ACNUR y estableciéndose un plazo de cuatro días para la notificación de la misma al solicitante, produciéndose en este caso también la admisión a trámite como consecuencia del incumplimiento de plazos.

La reforma de 1994 también introdujo las causas de inadmisión a trámite de las solicitudes en el artículo 5.6, consistentes en: a) que se den las causas previstas en los artículos 1.F y 33.2 de la Convención de Ginebra; b) que no se alegue ninguna de las causas requeridas para el reconocimiento de la condición de refugiado; c) que se trate de la reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que no concurren circunstancias nuevas; d) que se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles, o no actuales; e) que no corresponda a España el examen; y

⁸⁴ De otro modo ESPADA RAMOS señala que no se actúa de manera tan diligente en cumplimiento de lo recogido en esta conclusión en lo que se refiere a que el procedimiento transcurra «con todas las garantías procesales adecuadas» ESPADA RAMOS, M. L., «El derecho de asilo a revisión...», op. cit. p. 172.

⁸⁵ PALOMAR OLMEDA, A., «El derecho de asilo», en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Cizu Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2004. p.562 y 563; PÉREZ SOLA, N., *La regulación del Derecho de Asilo...*, op. cit. p. 107 y ss.; SANTOLAYA MACHETTI, P., *El Derecho de asilo...*, op. cit. p. 62 y ss.

⁸⁶ PÉREZ SOLA, N., *La regulación del Derecho de Asilo...*, op. cit. p. 113.

⁸⁷ En el caso de las solicitudes presentadas en frontera, el solicitante debe permanecer en la misma hasta que se decida sobre su admisión a trámite, situación que plantea para algunos problemas de privación de libertad. SANTOLAYA MACHETTI, P., *El Derecho de asilo...*, op. cit. p. 69 y ss. ESPADA RAMOS, M. L., «El derecho de asilo a revisión...», op. cit. p. 175.

f) cuando tenga derecho a residir o solicitar asilo en un tercer país. El apartado d) de este artículo también se considerará de aplicación en el caso de solicitudes presentadas por un extranjero que haya permanecido de manera ilegal en el territorio por un periodo de tiempo superior al mes, o haya presentado la solicitud con posterioridad a la incoación de un procedimiento de extradición.

Frente a la resolución de inadmisión a trámite cabe la petición de reexamen en el plazo de veinticuatro horas, la cual tendrá efectos suspensivos respecto de dicha resolución, debiendo ser resuelta esta petición por el Ministro del Interior, en el plazo de dos días. Durante este procedimiento también se informará a ACNUR y se le dará audiencia. Por último, frente a esta resolución únicamente queda abierta la vía contencioso-administrativa que estudiaremos más adelante.

Una vez firme la resolución de inadmisión a trámite la consecuencia principal será, del mismo modo que para el caso de denegación de asilo mediante el procedimiento ordinario, el rechazo en frontera o la salida obligatoria o expulsión. En todo caso se podrá permitir la estancia de estas personas en territorio español si cumplen los requisitos establecidos en la legislación de extranjería para la entrada y residencia en España, o por motivos de carácter humanitario⁸⁸, respetándose siempre en caso contrario el principio de *non refoulement*.

De forma diferente, la admisión a trámite de la solicitud de asilo conlleva como beneficio principal para aquel que la presentó en frontera, la autorización de entrada en territorio español, a lo que se le añadirá la posibilidad de permanencia provisional, como al resto de solicitantes de asilo, comenzando entonces el procedimiento ordinario para determinar el otorgamiento o no de la protección. Esta decisión corresponderá al Ministerio del Interior, el cual ha tramitado el expediente, previa propuesta de la Comisión Interministerial –compuesta por un representante de cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia y Asuntos Sociales–, dictándose en caso de que haya coincidencia de opiniones la oportuna resolución, o elevándose el expediente en caso contrario, al Consejo de Ministros para que decida. Este procedimiento sí gozará de las garantías necesarias ya que, entre otras, en las sesiones estará convocado un representante en España de ACNUR, se dará audiencia al interesado, o se recavará toda información y documentos necesarios para analizar su situación, estableciéndose por otra parte un plazo mayor para resolver –seis meses⁸⁹–, lo que permitirá el análisis de las solicitudes de manera exhaustiva⁹⁰.

⁸⁸ Vid. supra. p. 37.

⁸⁹ Siendo en este caso el silencio negativo, a diferencia de lo que ocurría con la admisión a trámite.

⁹⁰ Sobre el procedimiento de solicitud de asilo en territorio nacional y en frontera vid. GALPARSORO GARCÍA, J., «Solicitud de asilo en territorio nacional» y «Solicitud de asilo en frontera», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995, pp. 581-613.

Para finalizar señalaremos que la Ley de 1994 dispone en su artículo 21, que las resoluciones adoptadas conforme a la misma pondrán fin a la vía administrativa, siendo recurribles en vía contencioso-administrativa. En relación con este recurso es necesario tener en cuenta que no se recoge la suspensión con carácter general de las resoluciones, por lo que podría producirse la expulsión o salida de estas personas mientras se resuelve el recurso interpuesto, con los efectos negativos que ello puede suponer para el interesado y el daño que se le puede ocasionar⁹¹. Sí tendrán efectos suspensivos por otra parte, los recursos presentados contra las resoluciones dictadas en relación con una petición de reexamen de una resolución de inadmisión a trámite.

Respecto de este recurso se plantea también un debate relativo a la utilización o no del procedimiento jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales recogido en la Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales⁹², y hoy en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁹³, o la aplicación el procedimiento ordinario, con una tramitación preferente tal y como recoge la Ley de 1994.

En relación con este asunto nos encontramos con PAREJO ALFONSO⁹⁴ y PÉREZ SOLA⁹⁵, que se muestran partidarios de la aplicación del procedimiento especial para la protección de los Derechos Fundamentales, debido principalmente a la no derogación por la Ley de 1994 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de 1984, que remitía al procedimiento especial en tanto no fuesen promulgadas las normas reguladoras del amparo judicial, además de considerarlo esencial debido al carácter urgente que se les reconoce, evitándose la situación de precariedad en la que se encuentran estas personas así como obteniendo la posibilidad, que recoge el artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de paralización de la ejecución de la resolución recurrida⁹⁶.

Enfrentada a esta opinión se encuentra SANTOLAYA MACHETTI⁹⁷, para quien la nueva Ley ha supuesto el abandono de este procedimiento especial, mencionando como muestra de ello tres razones: a) el derecho de asilo no se encuentra dentro del

⁹¹ Es posible incluso que en el caso de que el recurso fuese admitido este careciera ya de valor puesto que al ser devuelto el interesado al país de origen, el solicitante se encontrara ya sufriendo las persecuciones o amenazas de las que huía y le fuese imposible regresar de nuevo a nuestro país para obtener protección.

⁹² BOE 3 enero 1979, núm. 3.

⁹³ BOE 14 julio 1998, núm. 167.

⁹⁴ PAREJO ALFONSO, L., «La vigente Ley reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado», *Derechos y Libertades*, n.º 4, 1995. p.108.

⁹⁵ PÉREZ SOLA, N., *La regulación del Derecho de Asilo...*, op. cit. p. 135.

⁹⁶ *Íbidem*.

⁹⁷ SANTOLAYA MACHETTI, P., *El Derecho de asilo...*, op. cit. p. 61.

artículo 53.2 de la Constitución a los que se extiende esta vía según lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ⁹⁸; b) se establece en el artículo 21 de la nueva Ley la regulación expresa de una vía judicial con tramitación preferente, lo que conlleva la supresión de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de 1984; y c) la propia razón de ser de la Ley que pretendía evitar la utilización fraudulenta del asilo, lo que venía favorecido por el carácter suspensivo del recurso.

En conclusión, es posible afirmar que la Ley de 1994 ha supuesto un agravio importante a la protección que del asilo y refugio existía en España. Esto se debe especialmente a la suspensión de las dos figuras de asilo y refugio, pero sobretodo se debe a la reducción del número de causas que permiten a una persona acogerse a esta protección, lo que unido al establecimiento del procedimiento de admisión a trámite y la posibilidad de expulsión, si así fuese, en caso de presentación de recurso contencioso-administrativo, nos presenta un sistema que parece estar centrado en la lucha contra la inmigración ilegal más que en el auxilio de las personas necesitadas de protección internacional.

⁹⁸ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE 5 octubre 1979, núm. 239.

ASILO Y REFUGIO EN LA UNIÓN EUROPEA: EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

La regulación que del asilo se ha realizado en la Unión Europea ha evolucionado a lo largo de su historia, pasando de ser una competencia exclusiva de los Estados miembros en sus orígenes, hasta llegar al sistema común de asilo que se recogió en el Tratado Constitucional. Ha sido el establecimiento de las libertades comunitarias y muy especialmente la eliminación de fronteras interiores para llevarlas a cabo, lo que ha provocado que esta materia pase a ser cada vez más competencia de la Unión, y por tanto debido a que esta eliminación de fronteras interiores permitirá el cruce de las mismas por los extranjeros que se encuentren en la Unión, será necesario armonizar las políticas nacionales relacionadas con los extranjeros, entre las que se encuentra la política de asilo.

Esta eliminación de fronteras conllevaba por tanto la libre circulación de personas, pero no entendida en el sentido clásico recogido en el Tratado como derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, sino como «libre circulación de personas *lato sensu*, esto es, el cruce de fronteras interiores y exteriores de ciudadanos comunitarios y no comunitarios»⁹⁹, y que será a la que nos estaremos refiriendo cada vez que hagamos mención a la libre circulación de personas.

Para hacer frente a las consecuencias que conlleva la eliminación de fronteras interiores, no sólo en el ámbito de extranjería sino también en el ámbito de seguridad, se consideró necesario establecer una serie de medidas compensatorias o complementarias, las cuales se han articulado a través del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Por tanto, estudiaremos en que consiste este espacio de libertad, seguridad y justicia (en adelante ELSJ), que viene recogido en el TCE y en el Tratado Consti-

⁹⁹ DEL VALLE GÁLVEZ ha recogido la diferencia sobre esta libertad. DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La libre circulación...», op. cit. p. 42.

tucional como uno de los objetivos de la Unión, y así como el lugar que ocupa el asilo dentro del mismo.

1. ANTECEDENTES

Los intentos en la Unión Europea por crear un espacio sin fronteras interiores se han venido desarrollando a lo largo de su historia mediante diferentes mecanismos. Los primeros de ellos, en su mayoría de carácter intergubernamental, fueron desarrollados o bien en el ámbito de la Cooperación Política Europea o bien mediante la elaboración de Tratados Internacionales¹⁰⁰ en ámbitos propiamente intergubernamentales y ajenos al Derecho Comunitario. Durante esta primera etapa los avances fueron escasos, y esto, como señala la doctrina, debido a la falta de voluntad política de los Estados, los cuales se mostraban reticentes a causa de la estrecha relación entre estas materias y la soberanía nacional de los mismos¹⁰¹. De otro modo, sí es necesario mencionar el éxito que supuso Schengen, y que analizaremos más adelante.

Pero es con Maastricht cuando se comienzan a incluir algunas de estas materias en el ámbito comunitario y cuando se crea el Tercer Pilar de la Unión, que se encargará de los asuntos de justicia e interior, recogiendo la mayoría de las materias relacionadas con la libre circulación de personas.

Así, en el pilar comunitario, y basándose en la creación de un mercado interior recogido en el Acta Única como espacio sin fronteras interiores, se introdujeron las materias de visados para los no comunitarios y los derechos de ciudadanía recogidos en el antiguo artículo 8.a), hoy artículo 18 TCE. Entre estos derechos de ciudadanía se encuentra el derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros, derecho que era, como bien dice la redacción del artículo, exclusivamente para los ciudadanos de la Unión, por lo que no fue tomado como base jurídica para

¹⁰⁰ LIROLA DELGADO recoge la evolución histórica de la libre circulación de personas de manera detallada, partiendo del primer intento que se realizó mediante la creación de la Unión de pasaportes hasta Maastricht, analizando los distintos ensayos que se dieron tanto en el ámbito comunitario con los distintos actos del Consejo y de la Comisión, así como con los acuerdos celebrados por los entonces doce Estados miembros y fuera completamente del ámbito comunitario, aunque siempre con la intención de conseguir el objetivo del TCE de la libre circulación de personas; además de los acuerdos celebrados en los ámbitos intergubernamentales de la Unión. LIROLA DELGADO, M. I., *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, 1994.

¹⁰¹ CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «El Tratado de Ámsterdam y el libre cruce de fronteras en la Unión Europea: perspectivas de realización del espacio de libertad, seguridad y justicia», en GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Madrid, 1999, p.158.

la creación del ELSJ, ya que éste, junto con la libre circulación que aseguran, son de aplicación tanto a nacionales de Estados miembros como a nacionales de terceros Estados.

Se introduce también con el TUE el objetivo de una cooperación más estrecha en los «ámbitos de justicia y de los asuntos de interior», creándose, como hemos mencionado, un tercer pilar mediante el Título VI, denominado Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI), y que supone la mayor regulación de la materia relacionada con la libre circulación de personas que se había realizado hasta el momento, a pesar de que ésta se dé en un ámbito intergubernamental. Estos instrumentos recogidos en el Título VI constituían una serie de medidas compensatorias a la libre circulación de personas, y su regulación se llevó a cabo mediante la identificación de una serie de intereses comunes que venían establecidos en el artículo K.1. y que eran: 1. La política de asilo; 2. Las normas que rigen el cruce de personas en las fronteras interiores; 3. La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de los terceros Estados; 4. La lucha contra la toxicomanía; 5. Lucha contra la defraudación a escala internacional; 6. La cooperación judicial en materia civil; 7. La cooperación judicial en materia penal; 8. La cooperación aduanera; y 9. La cooperación judicial. Se trataba en todo caso, como señala LIÑÁN NOGUERAS ¹⁰², de una difícil zona fronteriza entre los ámbitos competenciales comunitarios y los estatales.

Por otra parte, la idea de la comunitarización de muchas de estas materias, como ocurriría posteriormente, ya estaba presente en el TUE mediante la inclusión de un mecanismo conocido como pasarela ¹⁰³. Este elemento permitía el tránsito de estas materias al pilar comunitario, requiriéndose para ello la unanimidad del Consejo y la ratificación por parte de los Estados miembros conforme a sus normas constitucionales.

Continuando con la cooperación en este ámbito, hay que decir que la misma era, como ya hemos señalado, de carácter intergubernamental y, en atención al principio de unidad institucional del sistema, las distintas instituciones participaban en el mismo pero mediante procedimientos distintos. Así, mientras que el Consejo decidía por unanimidad sobre la adopción de las disposiciones relativas a esta materia, en relación con la Comisión sólo se establecía la asociación plena de ésta a los trabajos, compartiendo su derecho de iniciativa con los Estados miembros, y otorgándosele por otro lado, algunas funciones al Parlamento Europeo, como el derecho de ser informado y consultado y el derecho a formular preguntas y recomen-

¹⁰² LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2005, p. 721.

¹⁰³ Antiguo artículo K.14, hoy artículo 42 TUE.

daciones. En relación con el Tribunal de Justicia, se establecía la exclusión de su competencia sobre esta materia, teniendo como consecuencias que la uniformidad en la interpretación y aplicación en este ámbito quedaran comprometidas, lo que conllevaba la imposibilidad de garantizar la protección eficaz de los derechos de los particulares y la dificultad para llevar a cabo un arreglo jurisdiccional de las controversias que pudieran surgir entre los Estados miembros ¹⁰⁴.

Para llevar a cabo este tipo de cooperación se establece una serie de instrumentos de ambiguo valor jurídico ¹⁰⁵. De este modo, se crean por un lado las posiciones comunes que tendrán simplemente valor recomendatorio, y de otro lado se crean las acciones comunes, no directamente aplicables y cuya obligatoriedad depende del tipo de acción de que se trate y de la intención de los Estados miembros a la hora de adoptarla, existiendo entre los mismos, según establece LEPOIVRE ¹⁰⁶, un consenso sobre tres clases de acciones comunes que sí imponen obligaciones, y que serían aquellas que no exigen medidas internas salvo de financiación, las que imponen una modificación de las prácticas administrativas nacionales y las que implican una modificación de las normas reglamentarias internas. Por último, también se establece la celebración de convenios internacionales, que únicamente obligaran a los Estados miembros si manifiestan su consentimiento con arreglo a sus normas constitucionales, pudiendo el Consejo solamente recomendar su adopción por los Estados.

A pesar de este avance en la regulación de las materias, es necesario señalar que la actividad en este ámbito fue de escasa operatividad, y ello debido a los numerosos fallos del sistema. Así, DEL VALLE GÁLVEZ señala como fallos la «pluralidad de instancias y la deficiente división de competencias», que originaban entre otros «el solapamiento entre el Primer y el Tercer Pilar comunitario de objetivos y ámbitos materiales de regulación (...); la complicación y superposición de la normativa de Schengen con la libre circulación de personas del Primer Pilar y de determinados

¹⁰⁴ GONZÁLEZ ALONSO también considera que debido a esta ausencia de control, además quedaba cuestionada la «legitimidad democrática del conjunto, al quedar en entredicho, al menos por lo que se refiere a uno de los pilares básicos, su concepción como Unión de Derecho». GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia». *Revista de Derecho Comunitario*, 1998, n.º 4, pp. 502-503.

¹⁰⁵ OREJA AGUIRRE, M., «Una Unión al servicio del ciudadano: un espacio de libertad, seguridad y justicia», en OREJA AGUIRRE, M (dir.), *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y Comentarios*, Madrid, 1998.

¹⁰⁶ LEPOIVRE, M., «Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la Conférence Intergouvernementale de 1996». *CDE*, 1995, p.334. También hace referencia a un tipo de acción común que supone la modificación de las legislaciones nacionales, creándose en este caso para los Gobiernos la única obligación de pedir a los parlamentos nacionales las adaptaciones necesarias, y normalmente dentro de un plazo.

aspectos del Tercer Pilar; la falta de transparencia y control jurisdiccional; y la vulneración de los principios esenciales del Estado de Derecho»¹⁰⁷. También LIÑÁN NOGUERAS señala como fallos del sistema, la «debilidad de las posiciones y acciones comunes y el lento y dificultoso camino de los Convenios entre los Estados miembros»¹⁰⁸. Junto a estos fallos es también de interés recoger las críticas que establece CARRERA HERNÁNDEZ de «ineficacia, falta de transparencia, insuficiencia, confusión o complejidad»¹⁰⁹.

2. EL TRATADO DE ÁMSTERDAM Y EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Es el Tratado de Ámsterdam el que introduce el concepto de espacio de libertad, seguridad y justicia entre los objetivos de la Unión, de este modo se hace mención del mismo tanto en el preámbulo, como en el artículo 2 TUE que recoge dichos objetivos¹¹⁰. La conexión existente entre estos tres conceptos podría entenderse, como recoge el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión para la aplicación del Tratado de Amsterdam, en el sentido de que la «libertad pierde su valor sino puede ejercerse en un medio seguro y con el respaldo del sistema de justicia en el que puedan confiar todos los ciudadanos y residentes de la Unión»¹¹¹.

Esta nueva regulación de las materias ha supuesto en palabras de DEL VALLE GÁLVEZ una «verdadera refundación jurídica, institucional y política de los ámbi-

¹⁰⁷ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La libre circulación de personas...», op. cit., p.43.

¹⁰⁸ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El espacio de libertad...» op. cit. p. 723.

¹⁰⁹ CARRERA HERNÁNDEZ considera que los principales problemas consisten en la propia importancia de las materias objeto de cooperación intergubernamental, la imprecisión e indefinición de los instrumentos jurídicos previstos para su realización, la complejidad y multiplicidad de las estructuras de trabajo, el papel preponderante del Consejo en los procedimientos de tomas de decisiones, el recurso abusivo a la unanimidad como regla de votación, la ausencia de control jurisdiccional, y la dificultad para la entrada en vigor de los Convenios finalmente adoptados». CARRERA HERNÁNDEZ, F., «El Tratado de Ámsterdam...» op. cit. pp. 160-161.

¹¹⁰ El Preámbulo establece que «resueltos a facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado». Así el artículo 2 TUE considera que uno de los objetivos de la Unión será el «mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que este garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con las medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención de la lucha contra la delincuencia».

¹¹¹ Plan de Acción del Consejo y la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del tratado de Ámsterdam relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. DO C 19 de 23/01/1999.

tos afectados por la libre circulación de personas»¹¹². De este modo, todos los instrumentos que anteriormente regulaban esta materia pasan a estar dentro de la Unión Europea. Esta «refundación» consiste principalmente en la comunitarización de algunas materias, la redefinición del tercer pilar, la extensión de competencias del Tribunal de Justicia y la integración normativa de Schengen¹¹³.

Por último, la base jurídica de la creación del ELSJ se encuentra en el artículo 14 TCE, que establece que la creación del mercado interior conllevará un espacio sin fronteras en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada. Por tanto, el ELSJ elaborará una serie de medidas que garanticen esta libertad de circulación en el territorio de la Unión, con la correspondiente supresión de fronteras interiores así como con las oportunas medidas compensatorias de los riesgos que puede suponer la eliminación de controles en dichas fronteras¹¹⁴.

A. El Título IV TCE

a. *Materias reguladas*

El Título IV del TCE ha venido a recoger la mayoría de las materias que con anterioridad se regulaban en la CAJI, por lo que se ha producido en palabras de LABAYLE una «vuelta a la lógica comunitaria»¹¹⁵. Este título regula por tanto, las materias relacionadas con visados, asilo, inmigración, cooperación administrativa y judicial civil y la cooperación aduanera, además de las medidas relacionadas con el cruce de fronteras exteriores e interiores.

La base jurídica de esta regulación consiste, como hemos señalado anteriormente, en el artículo 14 TCE que recoge la libertad de circulación en el ámbito del mercado común. Esta libertad venía estableciéndose con anterioridad desde el punto de vista económico, es decir, para los trabajadores, siendo este Título el que venga a

¹¹² DEL VALLE GÁLVEZ, A. J., «La libre circulación de personas...», op. cit. p. 54. Sobre la refundación DEL VALLE GÁLVEZ, A. J., «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia». *RCDE.*, n.º 3, 1998, pp. 41-78.

¹¹³ DEL VALLE GÁLVEZ, A. J., «La refundación...», op. cit. p. 47.

¹¹⁴ Según LIROLA podría entenderse como fronteras interiores las fronteras comunes, entendiéndose por común como adyacente a dos o más Estados. Los puertos o aeropuertos funcionarán como fronteras exteriores junto con las que no son adyacentes a dos más Estados miembros. LIROLA DELGADO, M. I., *La libre circulación...* op. cit. p. 224.

¹¹⁵ LABAYLE, H., «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, p. 121.

desarrollarla y establecerla para todo tipo de personas, incluyendo a los nacionales de terceros Estados.

Es esta inclusión de los nacionales de terceros Estados como beneficiarios de dicha libertad, lo que ha llevado a la utilización del artículo 14 TCE como base jurídica y no el artículo 18.1 TCE, que establece entre los derechos de ciudadanía el de la libre circulación, pero sólo referido a los nacionales de Estados miembros, a los ciudadanos de la Unión. Por tanto es posible afirmar que resultaría especialmente difícil llevar a cabo una verdadera libertad de circulación mediante la supresión de controles en la frontera, distinguiendo entre tipos de personas beneficiarias, ya que esto conllevaría realizar una serie de controles para ver si se es o no nacional de un Estado miembro y por tanto beneficiario de este derecho, desvirtuando de esta manera dicha libertad. De todos modos DEL VALLE GÁLVEZ ¹¹⁶ lamenta la no mención de este artículo como base jurídica «conjunta o complementaria» del artículo 14 TCE.

De entre las materias reguladas por el Título IV TCE, nos referiremos en primer lugar a las medidas de garantía, que como establece el artículo 61.a. TCE están directamente relacionadas con el artículo 14 TCE, y que consistirán en la eliminación de controles en las fronteras interiores, tanto para nacionales de Estados miembros como para nacionales de terceros Estados, lo que excluye la verificación de la nacionalidad (artículo 62.1).

Junto a estas medidas de garantía, el artículo 61.a establece unas medidas de acompañamiento también directamente vinculadas al artículo 14 y que regularán el cruce de fronteras exteriores. Esta regulación se llevará a cabo, como recoge el artículo 62.2, mediante el establecimiento de las normas y los procedimientos por los que se realizaran los controles de las personas en las fronteras exteriores ¹¹⁷. El mismo artículo hace también referencia a aquellas medidas relacionadas con la entrada y estancia breve de extranjeros, y que se llevarán a cabo mediante la normativa de visados para estancias no superiores a tres meses, incluyendo las normas para el establecimiento de un modelo uniforme de visado, los procedimientos y condicio-

¹¹⁶ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La libre circulación de personas...» op. cit. p. 48. Contraria esta opinión se muestra MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES ya que considera que el «espacio de libertad no se fundamenta en el concepto de ciudadanía sino en el de residencia (legal) en territorio comunitario», considerando por tanto que su mención sería innecesaria. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, 2002. p. 70.

¹¹⁷ Controles en relación con los que, como recoge MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado señalando que su ausencia permitirá que los Estados puedan realizar controles de identidad en las fronteras interiores, sin que se produzca violación alguna del artículo 18 TCE. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p. 83.

nes de expedición, la creación de un visado uniforme y la lista de terceros países cuyos nacionales necesitaran visados para cruzar la frontera, así como la lista de aquellos países cuyos nacionales estarán exentos de dicho requisito. Como ya hemos señalado, se regula la estancia breve de los nacionales de terceros Estados, y esta regulación deberá incluir las medidas necesarias para que éstos puedan viajar libremente por el territorio del país. Todas estas medidas traerán consigo el establecimiento de una verdadera política común de visados y la eliminación de lo que se ha venido en llamar el «*visa-shopping*»¹¹⁸.

De todos modos, a pesar de las enormes ventajas que supone el establecimiento de una política común de visados, ésta conlleva el riesgo, como señala LIROLA DELGADO, de que «la armonización de políticas nacionales lleve aparejada la renuncia a lazos históricos y políticos que justifican normalmente los acuerdos de exención de visados en el plano bilateral»¹¹⁹.

El Título IV TCE ha recogido también una serie de medidas que podrían denominarse como complementarias, y que están indirectamente relacionadas con el artículo 14 TCE. Estas medidas se refieren a las materias de asilo, inmigración, cooperación judicial en materia civil y cooperación administrativa, establecidas en el artículo 61. b), c) y d) TCE, y que se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los artículos 63, 65 y 66 TCE.

A pesar de que posteriormente lo trataremos con detenimiento, me referiré aquí a los aspectos básicos de la regulación del asilo y de las personas desplazadas.

En primer lugar, el asilo aparece recogido en el artículo 63. 1 y 2 TCE y en el mismo, además de una referencia a normas internacionales para la determinación de la condición de refugiado, se establece que se deberán fijar los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable del estudio de una solicitud de asilo, además de las normas mínimas de acogida de los solicitantes de asilo. En relación con las personas desplazadas y los refugiados, señala que se establecerán las normas mínimas para la protección temporal de estas personas, así como la colaboración de los Estados en la asunción de las consecuencias de la acogida de las mismas.

Por otra parte, la política de inmigración se contiene en el artículo 63.3 TCE, en el que se hace referencia a dos aspectos distintos de la misma, a la inmigración legal y la inmigración ilegal. Las medidas de inmigración legal recogen las condiciones de entrada y residencia, así como la regulación de procedimientos comunes para el otorgamiento de visados de larga duración y permisos de residencia, y una vez que,

¹¹⁸ LABAYLE, H., «Un espace de liberté...» op. cit. p. 141. El «*visa-shopping*» consiste en la solicitud sucesiva de visado en distintos países según las facilidades que en cada uno de ellos se den para su obtención.

¹¹⁹ LIROLA DELGADO, M. I., *La libre circulación...* op. cit. p. 223.

mediante estos mecanismos los nacionales de terceros Estados residan legalmente en algún país miembro, se deberán regular también las condiciones en que éstos podrán residir en otro Estado miembro. Por otro lado, la prevención y lucha contra la inmigración ilegal se realizará mediante normas que recojan la situación de los inmigrantes y residentes ilegales, así como sobre la repatriación de estos últimos ¹²⁰. Es necesario señalar que esta materia no será de competencia exclusiva de la Unión, ya que el párrafo 2 del artículo 63.4 TCE permite a los Estados mantener o introducir disposiciones sobre la misma, siempre que sean compatibles con las disposiciones del Tratado y los acuerdos internacionales.

Por lo que se refiere a la cooperación judicial civil, recogida en el artículo 65 TCE, ésta se llevará a cabo únicamente en la medida en que resulte necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, y consistirá en la mejora y simplificación en la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas, así como en la mejora y simplificación del reconocimiento de resoluciones judiciales y extrajudiciales. Por otro lado, también se fomentará la compatibilidad de las normas aplicables en cada uno de los Estados miembros en relación con los conflictos de leyes y de jurisdicción, y por último se eliminarán los obstáculos permitiendo el buen funcionamiento de los procesos civiles. Esta enumeración de medidas no constituye un *numerus clausus*, sino que se permite la elaboración de todas aquellas medidas que dentro de este ámbito sean necesarias para el desarrollo del mercado interior ¹²¹.

¹²⁰ El Consejo Europeo de Tampere de 1999 dedica el apartado tercero de sus conclusiones al trato que deberían recibir los nacionales de terceros Estados, considerando que se les deberían otorgar derechos y obligaciones «comparables» a las de los ciudadanos de la Unión, también se debería aproximar el estatuto de los nacionales de terceros Estados con el de los nacionales de los Estados miembros, o aproximar en este caso las legislaciones sobre las condiciones de admisión y residencia. En relación con la materia de inmigración, las conclusiones del Consejo también hacen referencia a la gestión eficaz de flujos migratorios (apartado IV). Por otra parte, también el Programa de la Haya de 2004, que estudiaremos más adelante, hace referencia a la inmigración, recogiendo entre otros objetivos, la integración de los ciudadanos de terceros países para lo que se necesitará, según el programa, un «planteamiento integral» además de «bases comunes que sirvan de fundamento para un marco europeo coherente de integración», y cuyos aspectos básicos son establecidos por el Plan.

¹²¹ Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, recogen los avances que se deberán realizar en esta materia para establecer un mejor acceso a la justicia, facilitar el reconocimiento de resoluciones judiciales mediante la reducción de medidas intermedias, o el estudio de la posible aproximación de legislaciones en materia civil. También el Programa de la Haya presta atención a esta materia, centrándose principalmente en el fomento de la confianza mutua, necesaria para avanzar en los distintos proyectos, entre los que se encuentra el reconocimiento mutuo de resoluciones, como en el programa anterior, así como la coherencia de la legislación de la Unión Europea en materia de contratos, entre otros.

Relacionada con la anterior, se encuentra la cooperación administrativa del artículo 66 TCE, que se realizará entre los servicios administrativos de los Estados miembros o entre los de los Estados miembros y la Comisión, siendo el Consejo, como recoge LABAYLE ¹²², el que determine las medidas necesarias para su funcionamiento.

Por último, el Título IV TCE hace referencia a las medidas en materia de cooperación policial y judicial en materia penal, pero remitiendo su desarrollo a lo establecido en el Título VI TUE. Como señala DEL VALLE GÁLVEZ ¹²³, esta referencia al pilar comunitario puede considerarse como el lugar de acogida de las materias que estando actualmente recogidas en el artículo VI TUE pasen, mediante el mecanismo desarrollado en el artículo 42 TUE ¹²⁴, a ser propias del ámbito comunitario. Así, en caso de utilización de la pasarela no sería necesaria la modificación del Tratado, estando ya previsto el mecanismo de acogida.

Para todas estas medidas mencionadas, se han establecidos unos plazos que tienen como límite máximo un periodo de cinco años. A pesar de estos plazos genéricos establecidos en el propio articulado del Título IV, el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión para la aplicación del Tratado de Amsterdam ¹²⁵, en los artículos 36 y ss., establecía qué medidas deberían adoptarse dentro de ese plazo de cinco años, además de aquellas que debido a su importancia se adoptarían en un periodo de dos años o lo antes posible, debiéndose tener en cuenta para su realización una serie de principios enumerados en el mismo plan ¹²⁶.

En relación con estos plazos se plantea la duda de si su incumplimiento, no adoptando las medidas establecidas, podría dar lugar a la interposición del recurso por inactividad previsto en el artículo 232 TCE. Esta posibilidad ha sido aceptada por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES ¹²⁷, que considera que existe la obligatoriedad de adoptar dichas medidas, y en el plazo previsto en el Tratado –no así en relación con los plazos impuestos por el Plan de Acción que ya mencionamos debido a que se trata de un acto sin fuerza obligatoria–.

¹²² LABAYLE, H., «Un espace de liberté...» op. cit. p. 149.

¹²³ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La libre circulación...», op. cit. p. 63.

¹²⁴ El artículo 42 TUE permite, mediante un procedimiento mixto, el traslado de materias del ámbito intergubernamental al pilar comunitario.

¹²⁵ Vid. supra. nota. 111.

¹²⁶ El Plan recoge en el artículo 24 los siguientes principios: el respeto a lo establecido en el Tratado de Amsterdam, el principio de subsidiariedad, el principio de solidaridad, la eficacia operativa y la responsabilidad de la salvaguarda de la seguridad interior de los Estados miembros.

¹²⁷ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p. 108.

b. *Límites*

La competencia comunitaria encuentra sus límites en esta materia en las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior. Esta cláusula conocida como de salvaguarda, es también de aplicación al Título VI TUE y a Schengen, tratándose por tanto de una limitación de carácter horizontal.

En atención a lo establecido en el artículo 68.2, el Tribunal de Justicia no tendrá competencias sobre las materias mencionadas en el párrafo anterior (el mantenimiento del orden público y salvaguarda de la seguridad interior) en lo que se refiere a la ausencia de controles en las fronteras interiores del artículo 62.1. Para el resto de materias, el Tribunal sí dispone de competencias para realizar el control oportuno conforme a las normas que regulan la actividad del mismo en este ámbito.

Esta ausencia de competencias del Tribunal en la materia ha sido criticada por la doctrina. De este modo, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES¹²⁸ considera indefendible la reserva realizada a favor de los Estados sin ningún tipo de control jurisdiccional, como indefendible considera que en caso de violación manifiesta del Tratado el Tribunal de Justicia no pueda intervenir.

Otro límite lo encontramos en el artículo 64.2 TCE que contiene la denominada cláusula de emergencia, prevista para que en casos de llegada masiva de nacionales de terceros países se puedan adoptar medidas provisionales. A diferencia de lo establecido anteriormente, estas medidas serán tomadas por el Consejo a propuesta de la Comisión y por un periodo máximo de seis meses, existiendo por lo tanto un control por las instituciones comunitarias, incluido el control que realizará el Tribunal de Justicia. El problema surge con la mención que se hace en dicho artículo a la excepción anterior, «sin perjuicio del apartado 1», ya que esto podría dar lugar, como señala de nuevo MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES¹²⁹, a que los Estados se ampararan en la «mucho más cómoda», debido a la ausencia de control, fórmula de la salvaguarda del orden público y seguridad interior, ya que dada la amplia facultad de interpretación que tienen los Estados sobre la misma, estas situaciones

¹²⁸ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES también hace referencia a como debería estar regulada esta excepción, considerando que debería estar sometida a control jurisdiccional, y a un control por parte de las instituciones, debiendo ser interpretada de forma restrictiva y cumpliendo los Estados, en su margen de apreciación, los límites impuestos por el tratado. Además debería aplicarse sólo en caso de una amenaza real y grave en la que estuvieran afectados intereses fundamentales de la sociedad, y respetando en todo caso los derechos fundamentales. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p. 102-104.

¹²⁹ *Ibid.* p. 105-106.

de afluencia masiva podrían entrar entre sus causas de aplicación. De este modo, los Estados podrían reservarse el uso de la cláusula de emergencia sólo para aquellos casos en los que se persiguiera un fin complementario, como podría ser algún tipo de ayuda económica por parte de la Comunidad.

c. Procedimientos para la toma de decisiones

Es en los tipos de procedimientos establecidos para la toma de decisiones donde se pone de manifiesto la especialidad de este sistema, ya que a pesar de estar incluido en el pilar comunitario, utiliza procedimientos distintos a los establecidos para el resto de materias y con elementos característicos de la intergubernamentalidad, especialmente el recurso a la unanimidad. Es necesario señalar que la utilización de estos procedimientos estaba sujeta a un periodo de cinco años desde la entrada en vigor de Ámsterdam, tras el cual el Consejo podría decidir la modificación de los mismos, y que cumplió el 2 de mayo de 2004, adoptándose ciertas modificaciones.

El artículo 67 TCE establece un procedimiento especial que sería de aplicación durante el periodo de cinco años, y que consistía en la toma de decisiones por el Consejo mediante unanimidad y a propuesta de la Comisión o de los Estados miembros, lo que suponía una excepción a la regla general según la cual la Comisión poseía exclusivamente el derecho de iniciativa. Para estos casos sólo se establecía una consulta al Parlamento. La excepción a este procedimiento la encontramos en el apartado 3 de dicho artículo, según el cual los incisos i) y iii) de la letra b) del punto 2 del artículo 62 TCE ¹³⁰ serán decididos por el Consejo, pero mediante mayoría cualificada y únicamente a propuesta de la Comisión, y como en el caso anterior, previa consulta al Parlamento.

Transcurrido el periodo de cinco años, situación en la que nos encontramos actualmente, la Comisión vuelve a retomar la competencia exclusiva del derecho de iniciativa, si bien deberá estudiar aquellas peticiones que sean presentadas por los Estados. Para este periodo se establece también la posibilidad de un cambio en el mecanismo de adopción de decisiones. Así el apartado 2 del artículo 67 TCE, establece que el Consejo podrá decidir por unanimidad y previa consulta al Parlamento, que las decisiones sobre las materias de este Título sean adoptadas mediante el procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 TCE, siendo en todo caso de obligada aplicación este procedimiento, una vez transcurrido los cinco años, para aquellas medidas mencionadas en los incisos ii) y iv) de la letra b) del artículo 62

¹³⁰ Se refiere al establecimiento de una lista de terceros Estados cuyos nacionales estén obligados a tener visados para el cruce de las fronteras exteriores, así como los que estén exentos; además del establecimiento de un modelo uniforme de visado.

TCE ¹³¹, además de las incorporadas por Niza, como son la cooperación judicial civil del artículo 65 TCE y las medidas relacionadas con el asilo, refugio y personas desplazadas del artículo 63.1 y 2 a) TCE ¹³².

En relación con la posibilidad recogida en el artículo 67.2 TCE de aplicación del procedimiento del artículo 251 TCE a todos los ámbitos, el Consejo mediante Decisión de 22 de diciembre de 2004 ¹³³ estableció el sistema de la codecisión para el resto de materias incluidas en el artículo 62 TCE y para aquellas recogidas en la letra b) del apartado 2 y 3 del artículo 63 TCE, quedando sin embargo las restantes materias sometidas al sistema de la unanimidad, con la consiguiente complejidad que ello supone en una Europa de veintisiete Estados y los retrasos que ya conllevaba anteriormente este sistema de decisión. En todo caso debemos señalar que el Programa de La Haya ¹³⁴ pedía al Consejo que adoptase una decisión para aplicar el procedimiento previsto en el artículo 251 TCE a todas las medidas del Título IV TCE.

d. *Competencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

En primer lugar, es necesario señalar que el TJCE tendrá competencias para interpretar el concepto de «Derecho de la Unión de espacio de libertad, seguridad y justicia» debido a que constituye un objetivo de la Unión Europea ¹³⁵.

En relación con el Título IV TCE se establecen en el artículo 68 TCE dos mecanismos de control. El primero de ellos es el planteamiento de la cuestión prejudicial, pero que como excepción a la norma general sólo será planteada en caso de problemas de interpretación sobre el presente Título o dudas acerca de la validez de actos adoptados de conformidad con el mismo Título, y siempre que se plan-

¹³¹ Estos apartados recogen aquellas medidas relacionadas con los procedimientos y condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros, así como las normas para un visado uniforme.

¹³² A pesar de incorporarse esta posibilidad de adopción de decisiones mediante codecisión, el propio Tratado establece que será necesario que previamente y mediante unanimidad se adopte una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan esta materia. Incluido como apartado 5 en el artículo 67, por el Tratado de Niza.

¹³³ Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 2004 por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado. DO L 396 de 31.12.2004. p. 45.

¹³⁴ Programa plurianual aprobado en el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de Noviembre de 2004, que recoge unos nuevos objetivos a lograr en relación con el ELSJ, y que como el mismo establece, vienen expresados en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que estudiaremos más adelante.

¹³⁵ DEL VALLE GÁLVEZ, A. J., «La refundación...», op. cit. p. 63.

teen ante un órgano nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso. En este caso, surgen dudas acerca de la obligatoriedad del planteamiento del recurso por parte del Tribunal nacional, ya que el artículo 68 TCE considera que el órgano nacional solicitará el fallo del Tribunal de Justicia si lo estimara necesario para la emisión de su propio fallo, mostrándose la doctrina ¹³⁶ por otra parte, contraria a esta ausencia de obligatoriedad, ya que considera que no viene establecida expresamente en el artículo y por tanto, para aquello que no está prohibido expresamente debe ser de aplicación la regla general del artículo 234 TCE ¹³⁷.

También, como señalamos anteriormente, se excluye la competencia del Tribunal de Justicia de aquellas medidas recogidas en el artículo 62.1 que estén relacionadas con el mantenimiento del orden público y salvaguarda de la seguridad interior.

Por otra parte, el artículo 68.3 TCE recoge un procedimiento especial –el segundo de los medios de control– mediante el cual, tanto el Consejo como la Comisión o un Estado miembro, podrán solicitar al Tribunal que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Título IV o sobre los actos de las instituciones de la comunidad para el desarrollo de este Título. El objetivo de este recurso, en interés del Derecho Comunitario o en interés de ley, será el establecimiento de una «interpretación uniforme del Derecho Comunitario en todo el territorio europeo» ¹³⁸, no gozando de otro modo el fallo del Tribunal, de efectos sobre las sentencias firmes de órganos nacionales que tengan fuerza de cosa juzgada. Mencionar también, que como parte activa de este procedimiento ha quedado excluido el Parlamento, al que en todo caso se le debería reconocer la capacidad de participar mediante la «presentación de alegaciones u observaciones escritas» ¹³⁹. Y por último, en relación con este recurso será necesario señalar que se trata de un recurso de interpretación y no de anulación, existiendo la posibilidad en todo caso, del posterior planteamiento del recurso de anulación en un plazo de dos meses ¹⁴⁰.

¹³⁶ GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria...», op. cit. p.518; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op.cit. pp. 124-125; PELÁEZ MARÓN, J. M., «La Unión Europea, ¿freno o impulso para la protección de los refugiados?», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 33-34.

¹³⁷ El artículo 234 en su último párrafo establece que «cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia».

¹³⁸ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre...», op. cit. p.66.

¹³⁹ GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria...».op. cit. p. 525.

¹⁴⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo ...*, op. cit. p. 126.

Esta especial regulación de la competencia del Tribunal de Justicia que hemos recogido, obedece a la intención de garantizar una evolución uniforme del Derecho Comunitario en esta materia mediante una interpretación uniforme de la misma. Otro de los motivos para dicha regulación lo encontramos en el intento de evitar una avalancha de recursos ante el Tribunal de Justicia que pudiera además, provocar la paralización de los mismos en el ámbito nacional, lo cual sería en todo caso perjudicial para aquellos procedimientos que exigen una mayor celeridad, como pueden ser las materias relacionadas con el asilo o visados ¹⁴¹.

B. El Título VI TUE

El ELSJ está complementado con una serie de medidas compensatorias recogidas en el Tercer Pilar del TUE, destinado a la Cooperación Policial y Judicial en materia penal (CPJP). Estas medidas se establecen también para hacer frente a los posibles riesgos que suponen la eliminación de controles en las fronteras interiores, y están destinadas principalmente a garantizar la seguridad mediante la prevención y lucha contra la delincuencia ¹⁴², además de la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia. Esta clase de cooperación establecida por el Título VI supone un híbrido en entre lo comunitario y lo intergubernamental ya que, como veremos más adelante, se dan elementos que caracterizan a ambos sistemas.

La actividad en este ámbito se llevará a cabo elaborando una acción común entre los Estados miembros que se centrará en los tres aspectos recogidos en el artículo 29 TUE, y que consisten en la cooperación de las fuerzas policiales, aduaneras y de otras autoridades; la cooperación entre las autoridades judiciales; y la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia penal.

La cooperación policial se llevará a cabo en el plano operativo mediante la cooperación de las distintas autoridades competentes para la prevención e investigación de hechos delictivos, así como en el campo del intercambio de información y de medios para llevar cabo la investigación. En este sentido, y como establece el

¹⁴¹ Ibid. p. 65; y GONZÁLEZ ALONSO que además considera que a la modulación de la competencia del Tribunal no ha sido ajeno «el animo de los Estados miembros de preservar un control lo más estrecho posible sobre el futuro de este ámbito normativo». GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria...», op. cit. p.515-516.

¹⁴² Sobre esta materia vid. MARGUE, T-L., La coopération européenne en matière de lutte contre la criminalité organisée dans le contexte du traité d'Amsterdam, *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 3, 1997, pp.91-117; LONGO, F. y STRANO, A., *Criminalità senza frontiere*, Roma, Bonano Editore, 1999.

artículo 30 TUE, el Consejo promoverá la participación de Europol ¹⁴³ en estos asuntos aumentando sus atribuciones, las cuales le llevarán a facilitar la coordinación entre las autoridades de los Estados miembros competentes en estas materias, además de crear una red de investigación, documentación y estadística sobre delincuencia transfronteriza.

Desde el punto de vista operacional, los fines de la cooperación judicial en materia penal consistirán en facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales en lo relativo a la ejecución de las resoluciones, facilitar los procedimientos de extradición y prevenir los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros.

El apartado e) del artículo 31 TUE hace referencia a la adopción de medidas que establezcan las normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y las penas en la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. A este precepto se refiere el artículo 63 a) TCE, estableciendo que se adoptaran medidas de esta clase en el ámbito comunitario cuando exista una relación entre la cooperación penal y la libre circulación de personas, creándose así una interconexión entre el Título IV TCE y el Título VI TUE ¹⁴⁴. En este sentido, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES considera que a pesar de que el artículo 63 a) TCE haga referencia exclusivamente a las materias mencionadas en el artículo 31 e) TUE, nada impide que las materias a las que nos referimos anteriormente, y que están recogidas en los demás apartados del artículo 31 TUE, entren dentro de «esta misma dimensión de seguridad exigida por la desaparición de fronteras interiores» ¹⁴⁵.

Esta fórmula de adopción de normas mínimas del artículo 31 e), es considerada por LABAYLE ¹⁴⁶ como una medida prudente que nada tiene que ver con la unificación de los sistemas penales nacionales y que responde a la intención de preservar la independencia de los sistemas legislativos y judiciales nacionales.

En 2002 el Consejo crea la «Unidad Europea de Cooperación Judicial» (Eurojust) ¹⁴⁷ que Niza introducirá en el artículo 31 TUE, y que tendrá atribuida la coordinación entre las autoridades de los Estados miembros encargadas de la persecución de los delitos, además de participar en las investigaciones relacionadas con la delincuencia transfronteriza y facilitar la cooperación con la Red Judicial Europea ¹⁴⁸.

¹⁴³ Sobre esta materia vid. CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., *La cooperación policial en la Unión Europea: acervo Schengen y Europol*, Madrid, COLEX, 2003.

¹⁴⁴ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El espacio de libertad...», op.cit. p. 733.

¹⁴⁵ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. pp. 86-87.

¹⁴⁶ LABAYLE, H., «Un espace de liberté...», op.cit. p. 160.

¹⁴⁷ Creado mediante la Decisión del Consejo 2002/187/JAI.

¹⁴⁸ Letras a), b) y c) del apartado segundo del artículo 31 TUE, introducidas por el Tratado de Niza.

En este Título VI TUE como en el IV TCE, se establece un límite a la actividad de la Unión en este campo, que consistirá también en las responsabilidades que incumban a los Estados miembros en relación con el orden público y la salvaguarda de la seguridad interior, pero a diferencia de lo establecido para el Título IV TCE, el Tribunal no tendrá competencia alguna sobre de sus manifestaciones, según recoge el artículo 35. 5 TUE.

Por tanto, y según lo anterior, podemos decir, en palabras de LIÑÁN NOGUERAS, que el Título VI mediante toda la regulación que recoge «*establece y encauza la producción de normas sustantivas, establece un marco operativo de actuación y un cuadro técnico-jurídico que organiza la convivencia entre los objetivos y medios de la Unión y las competencias y medios de los Estados en estas materias*»¹⁴⁹.

En relación con el artículo 42 TUE conocido, como dijimos anteriormente, como pasarela, éste prevé la posibilidad del trasvase de estas materias al Título IV TCE mediante un procedimiento de carácter mixto, en el que participan tanto los Estados miembros como las instituciones comunitarias. Así, se establece que sea el Consejo el que decida por unanimidad, y a propuesta de la Comisión o de un Estado miembro, el trasvase de alguna materia del artículo 29 TUE al Título IV TCE, decisión que el Consejo recomendará para su adopción por parte de los Estados miembros conforme a sus respectivas normas constitucionales, con lo que se pone de manifiesto la necesaria ratificación de los mismo. Para evitar que el paso de materias del Título VI TUE al Título IV TCE conlleve una modificación de los Tratados para su adaptación a este cambio, se establece la letra e) del artículo 61 TCE, que hace referencia a las medidas que podrán ser adoptadas por el Consejo en el ámbito de la cooperación judicial y policial penal de conformidad con lo dispuesto en el TUE¹⁵⁰.

El artículo 3 TUE establece un marco institucional único para toda la Unión, por lo que las instituciones del Primer Pilar y las del Tercero serán las mismas, no así sus competencias. De este modo, el Consejo es el órgano principal de este sistema debido al carácter intergubernamental del mismo, y es el que se encarga de la adopción de decisiones. Por otra parte la Comisión en este ámbito comparte su poder de iniciativa con los Estados miembros, estando plenamente asociada a los trabajos del Título VI, como establece el artículo 36.2 TUE. En relación con el Parla-

¹⁴⁹ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El espacio de libertad...», op.cit. p.731.

¹⁵⁰ En relación con el paso de materias del Tercer Pilar al Pilar Comunitario es interesante señalar la teoría de la cuarentena, elaborada por DEL VALLE GÁLVEZ, según la cual «la espiral integradora económica va atrayendo progresivamente hacia el núcleo regulador del TCE a ámbitos competenciales de los Estados, que van pasando en primer lugar al Tercer Pilar y luego al Primer Pilar». DEL VALLE GÁLVEZ, A. J., «El reparto de competencias...», op. cit. p. 169.

mento, su papel ha perdido importancia, ya que sólo tiene el derecho de dirigir preguntas y recomendaciones al Consejo y a realizar un debate anual sobre los avances que se han producido en la materia, de todos modos, el Parlamento deberá ser informado tanto por la Comisión como por la Presidencia, y será consultado en los principales aspectos de la materia en los que emitirá su opinión, que será simplemente tomada en consideración por el Consejo ¹⁵¹. Por último, las funciones y competencias del Tribunal de Justicia serán analizadas más adelante de manera detallada.

Finalmente, señalar que un avance importante en este ámbito se da en la asunción de los gastos, ya que como establece el artículo 41 TUE, tanto los gastos administrativos como los operativos se incluirán en el presupuesto de la Comunidad, salvo que para los últimos el Consejo decida por unanimidad otra cosa.

a. *Actos jurídicos*

Para llevar a cabo los fines recogidos en el artículo 29 TUE se establecen una serie de actos jurídicos propios para este Pilar, que contienen características tanto del Primer Pilar como del Tercero, este último eminentemente intergubernamental.

El primero de los actos jurídicos recogido en el artículo 34 TUE es la posición común, que se encargará de definir el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto y en ocasiones, la aplicación de textos normativos de carácter internacional ¹⁵². Las posiciones comunes son actos jurídicos propios de la cooperación y deben ser entendidos como declaraciones o recomendaciones sin efecto obligatorio. Éstas serán adoptadas por el Consejo mediante unanimidad, a iniciativa de un Estado miembro o de la Comisión.

Las decisiones marco, que serán adoptadas mediante el mismo procedimiento que las anteriores, son utilizadas para la aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros. Se asemejan a las directivas en el sentido de que obligarán a los Estados en cuanto al resultado que deba obtenerse, dejando a la voluntad de los mismos la elección de los medios y mecanismos para llevarlas a cabo ¹⁵³. Como señala LIÑÁN NOGUERAS esta similitud con las directivas

¹⁵¹ Un análisis detallado de las funciones de cada una de las instituciones es llevado a cabo por MULLER-GRAFF. MULLER-GRAFF, P.C., «The legal bases of the third pillar and its position in the framework of the Union Treaty». *Common Market Law Review*, 31, 1994, pp.493-510.

¹⁵² LABAYLE, H.: «Un espace de liberté...», op.cit. p.871.

¹⁵³ CARRERA HERNÁNDEZ las considera «auténticas directivas desnaturalizadas». CARRERA HERNÁNDEZ, J. F., *El Tratado de Ámsterdam...*, op. cit. p. 172.

llevó a negarles el efecto directo para evitar que adquirieran «la intensidad normativa que han logrado las directivas»¹⁵⁴.

En relación con las decisiones, éstas serán utilizadas para desarrollar cualquiera de los objetivos de la CPJP, y siempre que no sean empleadas para llevar a cabo las funciones asignadas a las decisiones marco. Estas decisiones también serán obligatorias, y como a las anteriores se les niega el efecto directo, siendo la principal diferencia, en cuanto al procedimiento de adopción, la utilización de la mayoría cualificada por el Consejo.

Por último, los convenios serán celebrados por el Consejo mediante unanimidad, y en principio no serán obligatorios, ya que el Consejo sólo puede recomendar a los Estados miembros su adopción de acuerdo con sus normas constitucionales, existiendo por tanto en este caso, un mayor control por parte de los Estados miembros. Estos convenios entrarán en vigor una vez que hayan sido adoptados por la mitad de los Estados miembros, y para llevar a cabo su aplicación, el Consejo adoptará mediante mayoría cualificada las medidas necesarias. También podrán llevarse a cabo acuerdos con Estados u organizaciones internacionales adoptados conforme al artículo 24 TUE, que serán negociados por la Presidencia asistida por la Comisión, y adoptados por el Consejo decidiendo por unanimidad, si se trata de una cuestión que requiera unanimidad para la adopción de decisiones internas, o por mayoría cualificada si tiene por finalidad aplicar una acción o posición común.

Por tanto, la regla general será la de la unanimidad, propia del sistema intergubernamental, pero estableciéndose excepciones a la misma que acercarán el sistema al ámbito comunitario, y que consisten en la utilización de la mayoría cualificada tanto para las decisiones como para las medidas de aplicación de los convenios y las cuestiones de procedimiento.

b. *Competencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

El TUE crea en el artículo 35 un sistema propio para el Tribunal de Justicia en el ámbito del Tercer Pilar, debido a las características intergubernamentales del mismo, y estableciendo por primera vez la obligatoriedad del sometimiento a la jurisdicción del Tribunal en relación con estas materias, pero con determinadas excepciones. La jurisdicción comunitaria tendrá como finalidad principal facilitar una interpretación uniforme de los actos emanados por las instituciones y la resolución de controversias en la aplicación de los mismos¹⁵⁵.

¹⁵⁴ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El sistema de normas y actos de la Unión Europea II», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid 2005, p. 386.

¹⁵⁵ GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria...», op.cit. p.258.

Se establecen tres tipos de recursos, siendo únicamente uno de ellos de nueva creación, y adaptando los otros dos a las especificidades del sistema intergubernamental.

En relación con la cuestión prejudicial, ésta solamente podrá plantearse sobre la interpretación de los convenios celebrados conforme a este Título, y sobre interpretación y validez de los actos de aplicación de dichos convenios, de las decisiones marco y de las decisiones. La característica principal de este recurso consiste en el carácter facultativo del mismo, ya que serán los Estados los que decidan mediante una declaración, si aceptan o no la competencia del Tribunal para pronunciarse con carácter prejudicial. En dicha declaración los Estados deberán determinar que órganos podrán plantear dicho recurso ante el Tribunal, esto es, si estarán capacitados para ello únicamente los órganos cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en la jurisdicción nacional, o si por el contrario, el recurso podrá ser planteado por cualquier órgano judicial. De todos modos, los Estados podrán establecer en sus legislaciones nacionales la obligatoriedad, para los órganos cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso, de presentar esta cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cada vez que surjan dudas acerca de las materias que entran dentro de su ámbito de actuación ¹⁵⁶, ya que en principio, a pesar de la aceptación general por los Estados, los Tribunales gozarían de la capacidad de decidir si es o no necesario plantear la cuestión ¹⁵⁷.

Las decisiones que adopte el Tribunal de Justicia en relación con cuestiones de interpretación serán obligatorias para todos los Estados miembros, con independencia de que hayan aceptado o no la competencia del Tribunal, y esto debido a las exigencias de «uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión» y a la «sumisión del Tercer Pilar al objetivo de la UE» ¹⁵⁸.

Por otro lado, el recurso de anulación que se establece para el ámbito del Tercer Pilar tendrá como finalidad controlar la legalidad de las decisiones marco y de las decisiones, por lo que quedan excluidos los convenios y sus actos de aplicación. La legitimación activa para la interposición de este recurso es otorgada únicamente a los Estados miembros y la Comisión, a diferencia de lo establecido en el artículo 230 TCE, el cual también otorga capacidad para la interposición del recurso al Consejo y a los particulares. Los motivos en los que estará basado el recurso son los mismos que los establecidos para artículo 230 TCE y consisten en incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier otra norma

¹⁵⁶ Declaración n.º 10 aneja al Acta Final de la CIG del 96.

¹⁵⁷ Las letras a) y b) del artículo 35.3 establecen que se realizará dicha remisión al Tribunal de Justicia «si dicho órgano jurisdiccional estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

¹⁵⁸ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre...», op. cit. p.69.

jurídica y desviación de poder. Y el plazo para el establecimiento del recurso será también, como en su regulación comunitaria, de dos meses desde la publicación del acto en cuestión.

En este caso como en el siguiente, sí nos encontramos ante procedimientos de jurisdicción obligatoria.

El último de los recursos establecidos en el artículo 35 TUE, hace referencia a la solución de diferencias entre los Estados miembros a la hora de interpretación y aplicación de los actos jurídicos de este Título, o entre los Estados y la Comisión como consecuencia de la interpretación o aplicación de los convenios recogidos en la letra d) del artículo 35 TUE. En este recurso se establece una fase precontenciosa previa en relación con los litigios surgidos entre Estados miembros, ya que el asunto deberá ser remitido previamente al Consejo para que decida sobre el mismo en un plazo de seis meses, cumplido éste y sin solución, se acudiría al Tribunal de Justicia ¹⁵⁹.

Por último, los límites establecidos en este Título en relación con la competencia del Tribunal son más amplios que los establecidos en el Título IV TCE, ya que además de la falta de competencia sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en el mantenimiento del orden público y salvaguarda de la seguridad interior, se le niega también la competencia para controlar la validez o proporcionalidad de las operaciones realizadas por la policía u otros cuerpos de seguridad de los Estados miembros.

C. La cooperación reforzada

La cooperación reforzada en el ELSJ viene regulada de forma diferente según nos encontremos en el Título IV TCE o en el Título VI TUE, y modificada en este último caso por Niza ¹⁶⁰.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ ALONSO recoge el problema que se plantearía en el caso de que los Estados miembros acordaran una solución al conflicto contraria a la interpretación que de la norma en cuestión hubiera dado el Tribunal de Justicia, considerando que a pesar de que la solución lógica para este caso sería la preeminencia de la interpretación del Tribunal «lo cierto es que el sistema jurisdiccional previsto por el artículo 35 TUE fuerza en la práctica la convivencia de dos instancias investidas de la autoridad para interpretar el Derecho institucional en este ámbito». GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria...», op. cit. pp. 535-536

¹⁶⁰ Sobre cooperación reforzada después de Niza: MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. (coord.), *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*, Madrid 2001. Y URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid 2002; BRIBOSIA, H., «Les Coopération renforcées au lendemain du traité de Nice», *Revue de Droit Européenne*, n.º1, 2001, p. 111-171.

En cuanto al Título IV es el artículo 11 TCE el que regula la cooperación reforzada en el pilar comunitario y el que será por tanto de aplicación al mismo. Esta cooperación será acordada por el Consejo mediante mayoría cualificada, previa propuesta de la Comisión y consulta al Parlamento, excepto en el caso en que un Estado por cuestiones de política nacional decida oponerse a la adopción de la misma, enviándose entonces la propuesta al Consejo que, en su composición de jefes de Estado y de Gobierno, decidirá por unanimidad.

Para llevar a cabo esta cooperación es necesario que se respeten una serie de condiciones o límites impuestos por el artículo 11 TCE, que consistirán en el respeto a la distribución de competencias establecidas en el Tratado; en la no afectación de esta cooperación a las políticas, acciones o programas comunitarios; y en que no se establezca ningún tipo de discriminación, ni para los ciudadanos ni para los Estados miembros.

La adhesión de Estados a una cooperación ya iniciada será notificada al Consejo y a la Comisión, siendo esta última la que decida sobre la misma.

De otro modo, se establece en el artículo 40 TUE un mecanismo diferente de cooperación reforzada para el Título VI TUE. La finalidad de esta cooperación reforzada consistirá, como establece Niza, en permitir que la Unión llegue a ser lo más rápidamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, opinión que no es compartida por LABAYLE ¹⁶¹, que considera que estas diferencias provocadas por la cooperación reforzada no beneficiarán a los ciudadanos.

En este caso, como en el anterior, se establecen también una serie de requisitos para poder llevar a cabo la cooperación reforzada, referidos éstos a que la misma se realice dentro del marco de competencias de la Comunidad y a que sean respetados los objetivos establecidos en el Título VI TUE, así como que su objeto y finalidad sea, como hemos recogido anteriormente, «una evolución mas rápida hacia un espacio de libertad seguridad y justicia».

El Tratado de Ámsterdam establecía que la propuesta para llevar a cabo una cooperación reforzada en un ámbito concreto debía ser presentada por los Estados miembros, invitando únicamente a la Comisión a la presentación de un dictamen, al igual que al Parlamento. Sin embargo, Niza modifica la situación de debilidad en la que quedaba la Comisión y le otorga el derecho de iniciativa que poseía en el ámbito comunitario. De este modo, los Estados deben de dirigir una solicitud a la Comisión, la cual presentará la propuesta, no estando en todo caso obligada a hacerlo, y surgiendo en el caso de que no lo haga, un derecho para los Estados de presentar al Consejo la iniciativa para una cooperación reforzada.

¹⁶¹ LABAYLE, H., «Un espace de liberté...», op. cit. p. 170.

Niza también ha suprimido, en relación con este Tercer Pilar, el derecho de veto que suponía la remisión del asunto al Consejo para que decidiera por unanimidad, ya que a pesar de que un Estado pueda solicitar que el asunto se remita al Consejo en su formación de jefes de Estado y de Gobierno, una vez que éste emita su dictamen, la propuesta volverá de nuevo al Consejo para que decida mediante mayoría cualificada ¹⁶².

La incorporación de Estados a una cooperación reforzada ya iniciada se realizará mediante el procedimiento del artículo 40.3 TUE. Este artículo establece que todo Estado que desee incorporarse deberá notificarlo a la Comisión y al Consejo, formado en este caso por los Estados que en ese momento participan en la cooperación reforzada a la cual se solicita la incorporación, y que será el que se pronuncie sobre la misma. La función de la Comisión será únicamente la de emitir un dictamen que podrá ir acompañado de una recomendación sobre las disposiciones que se consideren necesarias para la participación del Estado miembro. Como ya hemos mencionado, será el Consejo el que se pronuncie sobre la incorporación, sin que en ningún caso pueda negarse a la participación de nuevos Estados, ya que como señala URREA CORRES ¹⁶³, el Tratado no contiene ninguna disposición que habilite al Consejo para desestimar dicha solicitud.

Por último, a pesar de que la competencia del Tribunal esté en principio limitada a los casos establecidos en el artículo 39 TUE, el apartado 4 del artículo 40 TUE establece que serán aplicables a la cooperación reforzada las disposiciones del TCE que regulan la competencia del Tribunal de Justicia.

3. ESPECIAL SITUACIÓN DE REINO UNIDO, IRLANDA Y DINAMARCA

Para determinar la posición de Reino Unido e Irlanda en relación con el ELSJ, se incorpora al Tratado de Ámsterdam el «Protocolo sobre la posición de Reino

¹⁶² MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES señala que dicha modificación ha sido criticada por la mayor parte de la doctrina. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. pp.132-133.

¹⁶³ URREA CORRES considera que se trata de un procedimiento en el cual no es necesario el expreso pronunciamiento del Consejo, produciéndose por tanto la aceptación mediante «silencio administrativo» una vez transcurridos cuatro meses. El Consejo únicamente se pronunciará por mayoría cualificada cuándo acuerde la suspensión de la solicitud. En todo caso el Tratado no hace referencia a una solicitud de incorporación, sino a una notificación sobre la voluntad de adherirse, lo que permite determinar el carácter automático de la incorporación. URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada...*, op.cit. pp. 280-284.

Unido e Irlanda»¹⁶⁴. Este protocolo establece en su artículo 2 que ninguna medida, disposición o resolución del Tribunal de Justicia adoptada conforme al Título IV TCE será vinculante o aplicable a estos dos países.

Junto a esta excepción se encuentra la conocida como cláusula de *opting in*, según la cual, si estos Estados manifiestan su deseo de participar en algunas de las medidas propuestas, tendrán derecho a hacerlo y por tanto participarán en la adopción de la misma, siéndoles ésta obligatoria, además de quedar en estos casos sometidos a la competencia del Tribunal. Estos Estados podrán quedar fuera de dicha medida si no fuera posible alcanzar el acuerdo que incluyera el respaldo de los mismos.

La cláusula *opting in* puede ser también aplicada con posterioridad a la adopción de la medida, pudiendo Reino Unido e Irlanda comunicar al Consejo su decisión de aceptarla. Para este último caso se establece el mismo procedimiento que para la incorporación de un Estado a una cooperación reforzada ya iniciada¹⁶⁵.

De otro modo, Irlanda manifestó mediante una declaración unilateral, su intención de aplicar todas aquellas medidas adoptadas de conformidad con el Título IV TCE, siempre que las mismas no fueran incompatibles con el acuerdo celebrado con Reino Unido sobre la Zona de Viaje Común (*Common Travel Area*). También, mediante el artículo 8 del Protocolo, Irlanda podrá incorporarse plenamente al sistema comunitario, notificando su intención de no seguir acogiéndose a las disposiciones del Protocolo y aplicándosele por tanto las disposiciones normales del Tratado.

En relación con Dinamarca, su posición viene regulada por el «Protocolo sobre la posición de Dinamarca» anejo al Tratado de la Unión Europea. Este Protocolo, al igual que el que regula la posición de Reino Unido e Irlanda, señala en su artículo segundo que ninguna medida, disposición o resolución del Tribunal de Justicia será aplicable a Dinamarca.

En el caso de Dinamarca sin embargo, se establece un periodo de seis meses para que decida incorporar o no las decisiones que se adopten en desarrollo del acervo Schengen según lo dispuesto en el Título IV TCE. En caso de que decidiera incorporar dichas decisiones a su legislación nacional se crearía una obligación de Derecho Internacional¹⁶⁶ entre este país y el resto de Estados a los que les es de

¹⁶⁴ Este Protocolo está íntimamente relacionado con el «Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del TCE al Reino Unido e Irlanda», mediante el cual se establece el derecho de estos dos países a realizar los controles que consideren necesarios en sus fronteras interiores.

¹⁶⁵ El artículo 4 del Protocolo sobre la posición de Reino Unido e Irlanda se remite al artículo 11. 3 TCE.

¹⁶⁶ Artículo 5.1 del Protocolo.

aplicación el acervo Schengen ¹⁶⁷ –incluidos Reino Unido e Irlanda si participaran en la materia en cuestión–. En caso de que Dinamarca no decidiera incorporar dicha decisión, los Estados mencionados anteriormente adoptarán las medidas que consideren apropiadas.

A pesar de esto, el artículo 7 de dicho Protocolo señala que Dinamarca podrá decidir que el mismo no le sea de aplicación, pasando por tanto a serle aplicable las disposiciones adoptadas por la Unión en esta materia.

Finalmente, señalar que el artículo 5 de ambos Protocolos, tanto el que establece la posición de Reino Unido e Irlanda como el que regula la posición de Dinamarca, recoge que estos Estados no soportarán los gastos financieros de aplicación de las medidas adoptadas, a no ser que se incorporen a las mismas, y soportando, en caso de no ser así, únicamente aquellos gastos administrativos derivados de la actividad de las instituciones.

4. EL SISTEMA SCHENGEN

A. Creación y regulación del sistema Schengen

El 14 de junio de 1985 se firmaba el «Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes», también conocido como «Acuerdo de Schengen», y posteriormente el 14 de junio de 1990 se firmaba el «Convenio de aplicación», que entraría en vigor el 26 de marzo de 1995.

Estos acuerdos fueron firmados originariamente por Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Francia y Alemania, adhiriéndose posteriormente Italia, España, Portugal, Grecia y Austria como países comunitarios, y Noruega e Islandia como países no comunitarios, pero que formaban parte de la Unión Nórdica de Pasaportes consistente en un espacio sin fronteras.

Dichos acuerdos constituían una cooperación regional de Derecho Internacional Público ¹⁶⁸ y su objetivo era, como se recoge en el Preámbulo, suprimir los controles en las fronteras comunes ¹⁶⁹, eliminando así los obstáculos para la libre cir-

¹⁶⁷ Aquellos Estados que están incluidos en el artículo 1 del Protocolo por el que se incorpora el acervo Schengen a la Unión Europea, según establece el artículo 5 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca.

¹⁶⁸ DEL VALLE GÁLVEZ, A. J., «La refundación de la libre...», op.cit. p. 45.

¹⁶⁹ En este caso se entiende por fronteras comunes las fronteras interiores, pero una vez suprimidos los controles en las mismas, como señala LIÑÁN NOGUERAS, las fronteras exteriores pasarían a convertirse en fronteras comunes. LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El espacio de libertad...», op. cit. p. 738. Según el Título I del Convenio de aplicación de Schengen se entenderá por fronteras interiores «las

culación de nacionales, además de para la libre circulación de mercancías y servicios, objetivos todos estos de la Comunidad Europea.

Esta libertad llevaba aparejada una serie de riesgos, frente a los cuales también pretendía actuar el sistema Schengen.

En este sentido, el Convenio de aplicación de Schengen crea en su artículo 131 el Comité Ejecutivo, que velará por la correcta aplicación del Convenio. Este Comité estará formado por un ministro de cada Estado miembro y tomará sus decisiones por unanimidad, pudiendo crear además grupos de trabajo para llevar a cabo la preparación de las decisiones u otros trabajos, es decir, creará órganos de ayuda o asesoramiento ¹⁷⁰.

Mediante la actividad de dicho Comité se llevó a cabo la creación del acervo de Schengen en las materias establecidas por el Convenio de aplicación, y consistentes en la regulación del cruce de fronteras interiores; la regulación del cruce de fronteras exteriores; la política de visados; la circulación de los extranjeros dentro del espacio Schengen, así como lo referido a la estancia de los mismos; y la responsabilidad en materia de examen de una solicitud de asilo, capítulo éste que dejó de aplicarse como consecuencia de la entrada en vigor del Convenio de Dublín ¹⁷¹. Junto a estas materias se establecen también la regulación de una serie de medidas compensatorias en materia penal: la cooperación policial, la asistencia judicial en materia penal, la aplicación del principio «*non bis in idem*», medidas relacionadas con la extradición, medidas en materia de ejecución de sentencias penales, y medidas para lucha contra el tráfico de armas y de estupefacientes.

Es de especial interés señalar la creación del Sistema de Información Schengen (SIS), mediante el cual los Estados pueden acceder, a través de un procedimiento de consulta automatizado, a datos sobre objetos o personas necesarios para realizar

fronteras terrestres comunes de las Partes contratantes, así como los aeropuertos por lo que respecta a los vuelos interiores y sus puertos marítimos por lo que respecta a los enlaces regulares de transbordadores con procedencia o destino exclusivamente en otros puertos de los territorios de las Partes contratantes y que no efectúen escala en los puertos ajenos a dichos territorios». Las fronteras exteriores serán «las fronteras terrestres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos de las Partes contratantes, siempre que no sean fronteras interiores».

¹⁷⁰ Ibid. p. 738.

¹⁷¹ Convenio que actualmente tampoco se encuentra en vigor debido a que ha sido sustituido por el Reglamento del Consejo n.º 343/2003, de 18 de febrero de 2003 y que entró en vigor el 1 de marzo de 2003. DO L 50 de 25.2.2003. Este reglamento tiene como objetivo «sustituir por una legislación europea las disposiciones del Convenio de Dublín; identificar cuanto antes el Estado miembro responsable de una solicitud de asilo; establecer plazos razonables para cada una de las fases del procedimiento de determinación del Estado responsable; impedir el abuso que constituyen las solicitudes múltiples».

los controles en las fronteras y en el interior del país, siempre conforme a la legislación nacional ¹⁷².

B. Incorporación de Schengen a la Unión Europea

a. *Procedimiento*

Schengen fue considerado como el «*laboratorio*» de aquellas medidas que sobre la libre circulación de personas serían posteriormente aplicadas por la Comunidad Europea para llevar a cabo su objetivo en este sentido. Los resultados de esta experiencia fueron satisfactorios, ya que junto a la instauración de la libre circulación de personas, se obtuvo un nivel de seguridad importante. Como señala LABAYLE ¹⁷³, establecer una relación entre Schengen y la Unión Europea beneficiaría a los Estados, ya que no deberían realizar de nuevo, para la instauración de la libre circulación de personas en el ámbito de la Unión, los esfuerzos que se habían realizado para llevar a cabo los objetivos de Schengen, además de que el balance positivo de la actuación de Schengen se convertiría también en un logro para la Unión Europea.

Finalmente, la incorporación de Schengen a la Unión Europea se realizó mediante el «Protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea», anejo al Tratado de Ámsterdam.

En dicho Protocolo se establece una participación de Estados diferentes a los de la Unión Europea. Así, participaban trece Estados miembros, excepto Reino Unido e Irlanda, además de dos Estados no miembros de la Unión como eran Noruega e Islandia, por lo que hubo de establecerse un sistema particular que permitiera la articulación de esta participación «asimétrica» ¹⁷⁴ de Estados.

De este modo, la participación de los trece Estados miembros se articuló mediante el mecanismo de la cooperación reforzada, que otorgaba la flexibilidad necesaria para llevar a cabo esta integración ¹⁷⁵, la cual debía realizarse dentro del marco jurídico e institucional de la Unión Europea. Nos encontramos en este caso

¹⁷² Artículo 92 del Convenio de aplicación de Schengen. Se establece también, en el Capítulo III del Convenio de aplicación, un sistema de seguridad y de protección de los datos de carácter personal del SIS.

¹⁷³ LABAYLE, H., «Un espace de liberté...», op.cit. p.125.

¹⁷⁴ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El espacio de libertad...», op. cit. p. 739.

¹⁷⁵ LABAYLE, H., «Un espace de liberté...», op.cit. p. 127.

ante una cooperación reforzada predeterminada o de Derecho primario ¹⁷⁶, en el sentido de que la misma ya venía establecida originariamente en el Protocolo por el cual se incorporaba a la Unión, no siendo necesario en este caso ningún procedimiento adicional para llevarla a cabo, como ocurre con el resto de cooperaciones reforzadas ¹⁷⁷.

En relación con Reino Unido e Irlanda, hay que decir que los mismos no se encuentran vinculados por el acervo Schengen, como pone de manifiesto el artículo 4 del Protocolo, además de señalar que en cualquier momento podrán solicitar participar en alguna o en todas las disposiciones del acervo Schengen mediante su solicitud al Consejo, el cual decidirá por unanimidad ¹⁷⁸.

El artículo 3 del Protocolo recoge la situación de Dinamarca, que siendo también una situación particular, se diferencia de aquella de Reino Unido e Irlanda. Así, Dinamarca estará vinculada por el acervo Schengen, en tanto obligación de Derecho Internacional Público, en relación con aquella parte del acervo que sea incorporada al Título IV TCE ¹⁷⁹, mientras que en relación con aquella parte que sea incorporada al Título VI TUE, su vinculación vendrá impuesta por el Derecho Comunitario. De este modo el desarrollo que se haga del acervo con relación al Título IV TCE no será vinculante para Dinamarca ¹⁸⁰, y si lo será en cambio, el desarrollo del acervo que se realice conforme al Título VI TUE.

La situación de Islandia y Noruega como miembros de Schengen, pero no de la Unión Europea, se solucionó mediante la celebración de dos tipos de acuerdos. De una parte con los trece Estados miembros de la Unión en relación con el régi-

¹⁷⁶ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre ...», op. cit. p.60; URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada...*, op. cit. p.286; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p. 133.

¹⁷⁷ Esta cooperación reforzada autorizaba a los trece Estados miembros y únicamente en relación con el acervo Schengen, por lo que el posterior desarrollo del acervo necesitaría una confirmación de la autorización, no estando en este caso limitada a los trece Estados miembros, y permitiéndose la participación de todos aquellos que comunicarán dicha intención. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo ...*, op. cit. p.134.

¹⁷⁸ Así ha sido por ejemplo en la Decisión del Consejo 200/365/CE de 29 de Mayo de 2000 sobre la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas disposiciones del acervo de Schengen. DO L 131 del 1/06/2000, pp 43-47; así como en la Decisión 2002/192/CE de 28 de Febrero de 2002, sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas disposiciones del acervo de Schengen. DO L 64 de 7/03/2002, pp.20-23

¹⁷⁹ Vid. p. 61 y 62.

¹⁸⁰ Ya que dicho desarrollo se ha llevado a cabo mediante formulas comunitarias y la vinculación de Dinamarca con estas materias es de Derecho Internacional Público, sería necesario que Dinamarca decidiera de manera expresa incorporarse al mismo.

men de participación, y de otra con Reino Unido e Irlanda para regular las relaciones en el caso de que éstos decidieran participar en el acervo Schengen ¹⁸¹.

Por último, señalar que el acervo Schengen deberá ser aceptado plenamente por todos los Estados de nueva adhesión ¹⁸².

b. *Efectos jurídicos e institucionales de la incorporación*

A la hora de incorporar el acervo Schengen fue necesario determinar que actos jurídicos componían dicho acervo, actividad que se realizó mediante la Decisión del Consejo 1999/435/CE/ de 20 de mayo sobre la definición del acervo de Schengen ¹⁸³. Una vez determinado el acervo, la siguiente cuestión consistía en establecer cual sería la base jurídica para su incorporación a la Unión, acción que se llevó a cabo mediante la Decisión del Consejo 1999/436/CE de 20 de mayo, por la que se acordaba, conforme a las disposiciones del TCE y del TUE, la base jurídica de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen ¹⁸⁴, se determinaba por tanto, si tendrían como base jurídica el Título VI TUE o por el contrario el Título IV TCE. De todos modos, se estableció que durante el periodo previo a la adopción de las medidas para llevar a cabo dicha determinación de la base jurídica, se consideraría que todos los actos o disposiciones Schengen estaban basados en el Título VI TUE.

En relación con las instituciones, se establece que el Comité Ejecutivo creado mediante el Convenio de aplicación será sustituido por el Consejo, siendo éste el que decidirá posteriormente, mediante mayoría cualificada, la integración de la Se-

¹⁸¹ El acuerdo de los trece Estados con Noruega e Islandia, sobre su asociación a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo Schengen, fue firmado el 18 de mayo de 1999 y publicado en el DO L 176 de 10.7.1999, p. 35. Y el acuerdo de estos dos países con Reino Unido e Irlanda fue firmado el 28 de julio de 1999 y publicado en el DO L 15 de 20.1.2000, p. 2.

¹⁸² El artículo 8 del Protocolo establece que: «A efectos de las negociaciones para la admisión de nuevos Estados miembros en la Unión Europea, se considerará que el acervo Schengen y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito han de aceptarse en su totalidad como acervo por todo Estado que sea candidato a la adhesión».

¹⁸³ En esta Decisión se determinaba cuales eran las disposiciones del acervo Schengen vinculantes y en vigor a las que se les otorgaría una base jurídica. Por lo tanto existía un número determinado de disposiciones para las que no era necesario establecer una base jurídica debido a las siguientes razones que otorgaba la Decisión: que se tratara de una disposición no vinculante; que fuera una disposición que había perdido todo objeto; que se tratara de una disposición funcional que hubiera quedado relevada por un procedimiento de la Unión; que el contenido jurídico de la disposición ya estuviera previsto en una norma de la CE, de la UE o en un acto jurídico de los Estados miembros; y que la disposición fuera relativa a una materia que no entrara dentro del ámbito de actividad de la Comunidad o que no constituyera un objetivo de la Unión. DO L 176 de 10.7.1999, p. 1.

¹⁸⁴ DO L 176 de 10.7.1999.

cretaría Schengen en la Secretaría General del Consejo ¹⁸⁵. Por otro lado, las reuniones de la Autoridad Común de Control, encargada de controlar la función de apoyo técnico al SIS, fueron acogidas por la Secretaría General del Consejo.

Mención especial merece el Tribunal de Justicia, que queda sin competencia, conforme a lo establecido en el artículo 2.1 párrafo 3, en lo que se refiere a las medidas y decisiones relativas al mantenimiento del orden público y salvaguarda de la seguridad interior. En relación con esta excepción, DEL VALLE GÁLVEZ ¹⁸⁶ señala que sólo sería aplicable a aquellas medidas o decisiones relativas a estas materias adoptadas con anterioridad a su incorporación a la Unión, y no respecto de las decisiones adoptadas en el ejercicio de desarrollo del acervo mediante los procedimientos recogidos en los Títulos VI TUE o IV TCE.

¹⁸⁵ Artículo 7 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea

¹⁸⁶ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre...», op.cit. p.64. En este mismo sentido GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria...», op. cit. p. 540.

LA REGULACIÓN EN EL TCE DEL ASILO Y REFUGIO

1. ANTECEDENTES

A. Regulación previa al Tratado de la Unión Europea

El Tratado de Roma no contenía ninguna disposición que regulara el derecho de asilo o el estatuto de refugiado. Y es posteriormente, con el progresivo desarrollo del objetivo del establecimiento de un mercado interior y la eliminación de fronteras interiores, cuando se pone de manifiesto la necesidad de regular estas materias que afectan al señalado objetivo comunitario.

Este objetivo de supresión de controles en las fronteras interiores se llevó a cabo en el ámbito intergubernamental debido a la ausencia de acuerdo entre los Estados, y así, mientras que distintos acuerdos desarrollaban el espacio sin fronteras interiores, estos mismos también hacían determinadas referencias a la materia de asilo ¹⁸⁷.

El establecimiento en el Acta Única de un espacio sin fronteras interiores viene a reconocer, como establece FERNÁNDEZ SOLA ¹⁸⁸, una competencia comunitaria para regular la entrada y circulación en el espacio sin fronteras y una aproximación normativa a la armonización de temas como visados o asilo, sin embargo, y a pesar de estos cambios, el desarrollo en esta materia se sigue realizando en el ámbito intergubernamental.

¹⁸⁷ En materia de eliminación de controles en las fronteras interiores son el Consejo Europeo de Fontainebleau de 25 de junio de 1984 y el Acuerdo de Saarbrücken de 13 de julio de 1984, los que van aportando avances, y que vienen a ser confirmados mediante el Acuerdo de Schengen de 1985.

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ SOLA, N., «La redimensión del concepto de asilo y su vinculación al espacio sin fronteras: el asilo humanitario», *Noticias de la Unión Europea*, 1997, n.º 145, pp. 36-37.

De este modo, se crea en 1986 el Grupo Trevi ¹⁸⁹, formado por los ministros de justicia e interior de los Estados miembros y con la finalidad de adoptar medidas compensatorias en el ámbito policial y de libre circulación de personas, dicho grupo pretendía en todo caso, organizar un espacio judicial y policial europeo. Fue en este ámbito donde se adoptaron las primeras normas en materia de asilo, ya que los Ministros vinieron a establecer medidas mínimas relativas al procedimiento de examen de las solicitudes de asilo y la simplificación de los mismos, así como a dar posteriormente en su reunión de 1987, un primer paso para el establecimiento de un sistema que permitiera fijar el Estado responsable de una solicitud de asilo ¹⁹⁰. Más tarde, en el Documento de Palma de 1990, se fijarían los plazos para la armonización de legislaciones en la materia, siendo la primera etapa de la misma el acuerdo para la determinación del Estado responsable para examinar la solicitud de asilo.

A pesar de que el Acuerdo de Schengen fue firmado en 1985, es en el Convenio de aplicación de Schengen de 1990 donde se hace referencia a la materia de asilo. En el Capítulo VII del Título II del Convenio se establece la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo, además de crearse en el Título IV el Sistema de Información de Schengen, mediante el cual se establecía entre otros, el intercambio de información sobre las solicitudes de asilo y sobre los solicitantes. En este Convenio por tanto, se recogía el compromiso de los Estados de examinar las solicitudes de asilo reduciéndose la responsabilidad a un sólo Estado ¹⁹¹, y para este fin se establecieron una serie de criterios que determinarían el Estado responsable, el cual debería examinar la solicitud conforme a su normativa interna ¹⁹².

Con posterioridad, se aprobará en 1990 el Convenio de Dublín sobre la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo ¹⁹³, que con-

¹⁸⁹ Sobre este Grupo vid. LONGO, F. y STRANO, A., *Criminalità senza frontiere*, Roma, Bonano Editore, 1999.

¹⁹⁰ Se estableció que la competencia correspondía al Estado que hubiere otorgado un permiso de residencia o visado, y si el solicitante era familiar de otra persona a la que se le hubiera otorgado el asilo, el Estado responsable sería aquel que otorgó el asilo al familiar.

¹⁹¹ En relación con esta reducción a un sólo Estado de la competencia para examinar una solicitud de asilo, se muestra contraria BEGHÈ LORETI, que considera que hasta que la normativa no sea armonizada debería dejarse al solicitante la posibilidad de presentar una sucesiva demanda en otro país, ya que las posibilidades de reconocimiento de la condición de refugiado no son iguales en todos los Estados, existiendo más posibilidades de obtención en algunos Estados que en otros. BEGHÈ LORETI, A., *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità Europea*, Padova, 1990, pp. 89-90.

¹⁹² Sobre el procedimiento y los criterios aplicables en la determinación del Estado responsable de la solicitud en el Convenio de aplicación de Schengen. Vid. TRINIDAD GARCÍA, M. L., *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, Granada, 1998. pp. 207-209.

¹⁹³ Sobre la génesis del Convenio de Dublín vid. BLAKE, N., «The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union», en GUILD, E. y HARLOW, C., *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC Law*, Oxford, Hart, 2001.

vivió con el Convenio de aplicación de Schengen, si bien sin producirse grandes cambios en la regulación, ya que solamente se introducen pequeñas modificaciones en los criterios para determinar el Estado responsable del examen. En todo caso sí es necesario señalar que estas diferencias podían conllevar problemas a la hora de determinar el instrumento jurídico aplicable, principalmente, como recoge ESCOBAR HERNÁNDEZ, cuando los Estados en conflicto son partes de ambos convenios, siendo de aplicación en este caso las reglas del Convenio de Viena relativas a la concurrencia de Tratados ¹⁹⁴.

Por lo demás, se siguen manteniendo los mismos elementos definatorios, como son la ausencia de una definición del concepto de asilo, y la identificación de éste con la condición de refugiado, lo que dará lugar a la eliminación del concepto más amplio y a la reducción de la discrecionalidad de los Estados en la concesión, además de conllevar la eliminación de la categoría de asilo humanitario existente en algunos países. Por otro lado, no se establece ninguna regulación de los procedimientos de examen de las solicitudes, no se establece procedimiento alguno de solución de controversias y se continúa exigiendo el visado para la entrada en el territorio de los Estados, incluso a los refugiados ¹⁹⁵.

B. Regulación del asilo en el Tratado de la Unión Europea

El Tratado de Maastricht supone la inclusión por vez primera de las materias de asilo e inmigración en los tratados de la Unión. Así, el nuevo Título VI dedicado a la Cooperación en asuntos de justicia e interior, recoge la regulación de determinados aspectos del asilo, concepto que continúa identificándose con el estatuto de refugiado.

El asilo es incluido entre los ámbitos de interés común, junto con el cruce y control de fronteras, inmigración, lucha contra la toxicomanía, lucha contra la de-

¹⁹⁴ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, n.º 1, 1993, p. 95.

¹⁹⁵ Exigencia que ha sido enormemente criticada por la doctrina, debido a que supone una violación de los derechos reconocidos en distintos instrumentos internacionales, como son el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que recoge el derecho de cualquier persona a buscar asilo, o el artículo 33 de la Convención de Ginebra que recoge el principio de *non refoulement*, entre otros. En este sentido es interesante señalar la Resolución del Parlamento Europeo de 1987 en la que recogían los intentos de los Estados miembros de limitar la entrada de refugiados y solicitantes de asilo mediante una política restrictiva de visados, y pedía que las disposiciones en materia de visados no afectaran a la tramitación de las solicitudes de asilo impidiendo que quienes sufran persecución puedan ponerse a salvo. DO. C. 99, de 13.4.1987. p.167.

fraudación internacional, la cooperación judicial civil y penal, la cooperación aduanera y la cooperación judicial.

En el Tratado sin embargo, no existía ninguna definición de lo que debía considerarse como interés común y esto responde, como señala TRUJILLO HERRERA ¹⁹⁶, a una concepción esencialmente instrumental de todo este campo de actuación de la Unión, así, este autor considera que el interés común en este campo consiste, según el análisis de los intereses de los distintos Estados, en la preocupación por controlar la afluencia de extranjeros de forma irregular, provocando por otra parte efectos restrictivos en el otorgamiento de protección a las personas verdaderamente necesitadas de ella. Este interés común suponía en fin una obligación de cooperar, pero se trataba en este caso de una cooperación en cierta medida reglada, justificada en los fines y objetivos de la Unión, y que se manifestaba mediante informaciones y consultas mutuas en el Consejo, acciones coordinadas y colaboraciones entre servicios estatales y administraciones públicas. También podría llegarse en todo caso, a una mayor actuación del Consejo en la materia mediante el establecimiento de una acción coordinada entre los Estados miembros, la adopción de posiciones o acciones comunes y la celebración de tratados recomendando su adopción por los Estados miembros ¹⁹⁷.

En este sentido, es necesario hacer mención a la Declaración sobre el Asilo aneja al Tratado de la Unión, que establecía que «El Consejo estudiará prioritariamente las cuestiones referentes a la política de asilo de los Estados miembros, con la finalidad de adoptar, a principios de 1993, una acción común destinada a armonizar alguno de sus aspectos», lo cual se realizaría sobre la base de las directrices del Consejo Europeo de Luxemburgo de 1991, y todo ello en el marco de los trabajos previstos en los artículos K.1 y K.3 TUE. Esta Declaración recogía también la remisión al Consejo para que estudiase la posible aplicación del artículo K.9 TUE a la materia de asilo, el cual hacía referencia a su vez a la aplicación del hoy derogado artículo 100 C del TCE, que regulaba la exigencia de visados para los nacionales de determinados Estados miembros y la actuación de la Comunidad frente a posibles situaciones de emergencia en caso de afluencia masiva.

Como recoge ESPADA RAMOS ¹⁹⁸, en el ámbito del asilo se producen avances en su integración mediante la eliminación de la competencia exclusiva sobre la misma de los Estados, y en relación con el procedimiento de adopción de decisiones, en el que aparece la regla de la mayoría –aunque la unanimidad sigue siendo la re-

¹⁹⁶ TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Madrid, 2003, pp. 266-267.

¹⁹⁷ Artículo 34 TUE.

¹⁹⁸ ESPADA RAMOS, M. L., «Asilo e inmigración en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, 1994, n.º 86, pp. 94-95.

gla general— además de producirse la inclusión de un control jurisdiccional y de un cierto control por parte del Parlamento Europeo.

A pesar de estos avances, el desarrollo de la materia fue insatisfactorio, ya que no se utilizó ninguna de las posibilidades que ofrecía el Tratado para la comunitarización de las materias, así como tampoco se utilizó en su desarrollo normativo ¹⁹⁹. Como afirma TRUJILLO HERRERA, «su inserción como materia de interés común (...) fue considerado en si mismo como un logro por los Estados miembros, de valor eminentemente simbólico por su relación con la soberanía estatal, de tal manera que su logro principal agota su existencia» ²⁰⁰.

2. REGULACIÓN ACTUAL: TRATADO DE ÁMSTERDAM

El Tratado de Ámsterdam supone la comunitarización de determinadas materias recogidas con anterioridad en el Título VI TUE, entre ellas el asilo, que pasa a regularse en el artículo 63.1 TCE, y las medidas relativas a los refugiados y desplazados incluidas en el artículo 63.2 TCE. En opinión de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES ²⁰¹, dicha transferencia de competencias no puede ser entendida como tal, ya que solamente recoge una serie de atribuciones competenciales sobre materias concretas, quedando el resto en manos de los Estados miembros. Por tanto lo que finalmente lleva a cabo este artículo, es la atribución al Consejo de la función de adoptar una serie de normas relacionadas con la materia en un periodo de cinco años.

A. Artículo 63.1 TCE. El derecho de asilo

En relación con el artículo 63.1 es necesario señalar en primer lugar, la remisión que realiza a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de

¹⁹⁹ Dicho desarrollo estuvo basado en un Plan de Acción del Consejo de 1993 que incluía un programa de trabajo para el año siguiente, y que fue la base para la adopción de distintas resoluciones, decisiones o acciones comunes sobre la materia, con un resultado, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, pobre.

²⁰⁰ TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, op. cit. pp. 269-270.

²⁰¹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. pp. 207-208. En este sentido HAILBRONNER considera que el momento en que la regla de la unanimidad desaparezca deberá tenerse en cuenta el principio de subsidiariedad, puesto que estas materias no son de competencia exclusiva de la Comunidad y por lo tanto ésta sólo podrá actuar en la medida en que sea necesario para la consecución de los fines. HAILBRONNER, K., «European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty», *Common Market Law Review*, 1998, p. 1051.

1951 y al Protocolo de Nueva York de 1967 a la hora de regular las medidas en materia de asilo ²⁰². Esta remisión supone una equiparación del asilo con el estatuto de refugiado, produciéndose por tanto efectos restrictivos en la protección dispensada, ya que el concepto de asilo, mucho más amplio en cuanto a protección, a personas protegidas y a causas de otorgamiento, que el concepto de refugiado, queda por tanto reducido solamente a los casos recogidos en la Convención de Ginebra y que dan lugar a la concesión del estatuto de refugiado. Asimismo, es necesario señalar que la Convención de Ginebra no responde a las necesidades actuales, especialmente en relación con las personas protegidas.

Esta restricción puede verse reducida gracias a la remisión que se realiza a otros tratados sobre la materia ²⁰³, y entre los que podrían incluirse el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el Estatuto de Apátridas de 1954, el Convenio contra la Tortura de 1984, el Convenio contra todas las formas de discriminación racial de 1965, el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 o el Convenio de derechos del niño de 1989. Estos textos serán aplicables en la materia debido no sólo a la remisión realizada por el artículo 63.2 TCE, sino también porque los Estados, según establece el artículo 307 TCE, respetarán las obligaciones que deriven de los acuerdos celebrados con anterioridad a 1958, y a pesar de que en este caso la mayoría de los acuerdos fueron celebrados con posterioridad a 1958, la asunción de competencias por la Comunidad en estas materias se produjo una vez adoptados los mismos ²⁰⁴.

De otro modo, HAILBRONNER ²⁰⁵ considera que estos acuerdos sólo serán aplicables en el ámbito nacional, ya que su mención en el artículo no puede ser interpretada como una incorporación de estos instrumentos al derecho comunitario. Opi-

²⁰² MARTÍN ARRIBAS ha señalado la íntima conexión existente entre ambos conceptos, considerando que el otorgamiento de la condición de refugiado es *conditio sine qua non* para la concesión del derecho de asilo. MARTÍN ARRIBAS, J. J., *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid, 2004, pp.320-321.

²⁰³ Opinión compartida por TRUJILLO HERRERA y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES que incluso considera que dicha remisión puede suponer un mayor grado de vinculación. TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, op. cit. p. 296-297; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. pp. 213. De otro modo FERNÁNDEZ SOLA afirma que «dicho resultado podría ser en su caso más restrictivo por los apremiantes intereses estatales tendentes a una limitación al mínimo internacionalmente exigible a la regulación comunitaria». FERNÁNDEZ SOLA, N., «Valores e intereses en la protección de los derechos humanos por la Unión Europea. El caso de la política de asilo», en FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, 2004, p.198.

²⁰⁴ FERNÁNDEZ SOLA, N., «Valores e intereses en la protección de los derechos humanos...», op. cit. p. 201.

²⁰⁵ HAILBRONNER, K., «European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty», *Common Market Law Review*, 1998, p. 1051.

nión que no es compartida por cierta doctrina ²⁰⁶, debido a que el análisis que llevan a cabo, en especial en relación con el posible conflicto de jurisprudencia que pudiera darse en caso de aplicación de las normas del CEDH por el Tribunal de Justicia de las Comunidades, señala la consideración por estos autores de la posibilidad de aplicación de la normativa internacional por parte de las instituciones comunitarias.

Una vez realizada esta remisión a las normas de Derecho Internacional, el artículo 63.1 TCE señala cuales serán los ámbitos en los que se deberá llevar a cabo la actuación de la Comunidad, y que se realizará mediante la aprobación de unas normas mínimas que llevarán a la armonización de las legislaciones nacionales en esa concreta materia.

Por otra parte, el término de normas mínimas resulta impreciso, y esto ha llevado a realizar distintos intentos para establecer que se entiende por dicha expresión. Así, MARTÍN ARRIBAS considera que estas normas mínimas constituyen «el mínimo común denominador en el que los Estados han consentido y convergido en obligarse» ²⁰⁷. O bien, como considera MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, el carácter mínimo de las normas hace referencia a la no atribución al Consejo de «competencia para dictar una normativa armonizadora completa y amplia» ²⁰⁸ sobre la materia en cuestión. De otro modo, TRUJILLO HERRERA ²⁰⁹ entiende que el término de «mínimas», añadido a las normas que deben ser adoptadas en esta materia, hace referencia a las directivas, considerándolas como el instrumento más idóneo para la armonización de las materias previstas en el artículo debido a la diferencia de regulaciones existentes en los Estados y al carácter sensible de dicha materia.

Entre las materias a las que hace referencia el artículo 63.1 TCE se encuentra el establecimiento de criterios y mecanismos para la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, recogido en el apartado a) de dicho artículo, y que constituye una de las medidas de acompañamiento directamente vinculada a la libre circulación de personas recogida en el artículo 61.1 TCE. La finalidad principal de esta medida es evitar el fenómeno de los refugiados en órbita o del *asylum shopping*, estableciéndose un sólo Estado como responsable de la solicitud de asilo (aplicación del principio *one chance only*). Sobre esta materia ya existía una regulación previa, el Convenio de Dublín de 1990 ²¹⁰, que tenía como fina-

²⁰⁶ Entre esta se encuentran FERNÁNDEZ SOLA o TRUJILLO HERRERA, locis citis pp. 68 y 70.

²⁰⁷ MARTÍN ARRIBAS, J. J., *Los Estados europeos frente al desafío...*, op. cit. p.127.

²⁰⁸ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo ...*, op. cit. p. 211.

²⁰⁹ TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, op. cit. p. 298.

²¹⁰ Sobre Convenio de Dublín ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La regulación del asilo en el ámbito comunitario antes del tratado de la Unión Europea: el convenio de Dublín y el convenio de aplicación de Schengen», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, 1995; MARTÍN ARRIBAS, J. J., «*Los Estados europeos frente al desafío...*», op. cit. p.163-190.

alidad regular los flujos de solicitantes de asilo mediante el establecimiento del Estado responsable de la solicitud, caracterizándose por no tener una base jurídica en el Tratado de la Unión, y que como ya habíamos señalado, fue sustituido por una Reglamento del Consejo de 2003 ²¹¹.

En relación con el asilo, el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión para la aplicación del Tratado de Ámsterdam estableció un plazo de dos años para la adopción de una serie de medidas en la materia, concretamente las que se refieren a la efectiva aplicación del Convenio de Dublín y a la transformación de su base jurídica al Tratado de Ámsterdam, junto con la realización de un estudio del grado en que debe complementarse este mecanismo ²¹².

De otro modo, la letra b) del apartado 1 del artículo 63 TCE hace referencia al establecimiento de normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

En este caso nos encontramos con una medida complementaria a la libre circulación de personas, y en cuanto a los derechos que debieran disfrutar las personas que se encuentren en dicha situación de acogida, nada se dice en las normas Derecho Internacional, dándose entre los Estados miembros distintos grados de protección, y produciéndose por tanto mayores peticiones de asilo en aquellos Estados que otorgan mayor protección ²¹³.

A la hora de llevar a cabo esta armonización, en relación con los derechos de los solicitantes y las obligaciones de los Estados, aparecen una serie de dificultades, ya que la unanimidad para la adopción hará difícil alcanzar un acuerdo válido tanto para los países más garantistas como para aquellos que mantienen una postura más restrictiva de derechos, sin que por tanto se pueda alcanzar un nivel ejemplar de derechos sociales y económicos para los solicitantes. Por otro lado, la armonización que se llevará a cabo será una armonización de mínimos, quedando los Estados en libertad de establecer mediante su legislación nacional medidas más pro-

²¹¹ El artículo 24 de dicho reglamento establece que «el presente Reglamento sustituye al Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, firmado en Dublín el 15 de junio de 1990».

²¹² El Plan de acción señala algunas de las medidas que deberían ser objeto de estudio como son «las disposiciones que permitan atribuir a un sólo Estado miembro la responsabilidad del trato de los miembros de una misma familia cuando la aplicación de los criterios de responsabilidad los atribuya a varios Estados y solucionar de manera satisfactoria la cuestión de la protección cuando un refugiado cambie de país de residencia». Plan de Acción, op. cit. Parte II, punto 36 b) i).

²¹³ Este conjunto de garantías es considerado por DEL VALLE GÁLVEZ como parte del asilo, ya que éste constituiría, además de la «protección territorial del Estado como consecuencia de la determinación del estatuto de refugiado», «el conjunto de garantías provisionales de entrada y estancia que se concede al extranjero de acogida». DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La libre circulación...», op. cit. p. 57.

ectoras, lo que daría lugar a que no se consiguieran eliminar las diferencias entre los mismos ²¹⁴.

El Plan de Acción para la aplicación del Tratado de Ámsterdam recoge igualmente el establecimiento de estas normas mínimas entre las medidas que deberán adoptarse en el plazo de dos años, prestando especial atención a la situación de los niños ²¹⁵; mientras que el Plan de Acción para la aplicación del Programa de la Haya recogía la Propuesta del estatuto de residente de larga duración para los beneficiarios de protección internacional para 2005 ²¹⁶.

Entre las políticas complementarias a la libre circulación de personas, también se encuentra el establecimiento de normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado, recogida en el artículo 63.1. c) TCE, con el consiguiente problema que conlleva de definición del concepto de refugiado. Si bien en el apartado 1 del artículo 63 se hace referencia a la Convención de Ginebra, y ésta debiera ser utilizada para la definición de este concepto, es necesario señalar que la definición contenida en la misma no está exenta de controversias a la hora de su aplicación e interpretación ²¹⁷, surgiendo de esta manera una práctica diferente entre los Estados miembros. Por tanto, será necesario establecer en primer lugar una definición del concepto de refugiado válida para todos los Estados miembros, que solucione las principales diferencias que se dan entre los mismos a la hora de considerar a una persona como merecedora o no del estatuto de refugiado, para lo que deberá realizarse un análisis de la práctica de los distintos Estados y profundizar en aquellos aspectos en los que coinciden.

Este apartado del artículo 63 parece atribuirle a la Comunidad la capacidad para adoptar una normativa que permita establecer un concepto común de refugiado, de carácter obligatorio y sometido a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, pero lo cierto es que, como en el caso anterior, la capacidad de la Comunidad consiste únicamente en la posibilidad de adoptar normas mínimas. Por

²¹⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo ...*, op. cit. pp. 242-243.

²¹⁵ Plan de Acción op. cit. Parte II, punto 36 b) v). En relación con la acogida de solicitantes de asilo es necesario señalar la propuesta presentada por Reino Unido de establecer campos de refugiados fuera del territorio de los Estados miembros, en países limítrofes con los de procedencia, planteándose el problema como señala FERNÁNDEZ SOLA, «del modo en que sus Estados miembros pueden garantizar extraterritorialmente el cumplimiento de estas obligaciones». FERNÁNDEZ SOLA, N., «Valores e intereses en la protección de los derechos humanos...», op. cit. p. 217.

²¹⁶ Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre el fortalecimiento de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea. Consejo Ref. 9778/2/05

²¹⁷ En relación con los problemas de aplicación e interpretación nos remitimos al capítulo II de este trabajo.

tanto los Estados, si bien no podrán adoptar normativas limitativas superiores a las adoptadas por la Comunidad, sí podrán adoptar una normativa más protectora, surgiendo de nuevo diferencias entre las regulaciones realizadas por los mismos.

Dentro del Plan de Acción para la aplicación del Tratado de Ámsterdam, esta normativa se recoge entre las medidas a adoptar en un plazo de cinco años ²¹⁸.

Por último, el apartado 1 del artículo 63 recoge en la letra d) la adopción de una serie de normas mínimas que determinen los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el Estatuto de refugiado. A pesar de que el Tratado hace referencia a una armonización de mínimos (sin que quepa la posibilidad de establecer un procedimiento común a todos los Estados miembros), y que esta misma regulación de mínimos viene confirmada por el Plan de Acción anterior estableciendo un plazo de dos años para su adopción ²¹⁹, es el mismo Plan de Acción el que recoge el inicio, también en el plazo de dos años, de un estudio para establecer un único procedimiento de asilo europeo ²²⁰ que supondría la total armonización de la materia entre los Estados, y que el Plan de Acción para la aplicación del programa de La Haya recogía en forma de adopción de una Directiva sobre el procedimiento de asilo para 2005 ²²¹, por lo que, a pesar de las limitaciones impuestas por el Tratado, parece ser que la intención de los Estados y de la Unión es la de avanzar en esta materia más allá de la normativa mínima exigida.

En atención a la regulación de esta materia, además de tenerse en cuenta los aspectos básicos que deben guiar la actuación de las autoridades estatales a la hora de resolver una solicitud y otorgar o no la condición de refugiado, también deberían recogerse aspectos más específicos de la misma, como podrían ser los problemas planteados a la hora de determinar los procedimientos acelerados en caso de demandas manifiestamente infundadas o la posibilidad de recurso en caso de denegación de la demanda. Es importante señalar además, el respeto al principio de *non refoulement*, que se debe tener en cuenta a la hora de establecer las consecuencias de la denegación de la solicitud de asilo.

Por tanto, podemos decir que todas estas previsiones y acercamientos de las legislaciones de los Estados miembros contribuirían también a la supresión del fenómeno del *asylum shopping*, eliminando o limitando la atracción de refugiados hacia determinados Estados debido a las mayores garantías otorgadas por los mis-

²¹⁸ Plan de Acción, op. cit. Parte II, punto 38 b) i).

²¹⁹ Plan de Acción, op. cit. Parte II, punto 36 b) iii).

²²⁰ Plan de Acción, op. cit. Parte II, punto 36 b) vi).

²²¹ Ha sido adoptada una Directiva sobre normas mínimas, lo que no supone una armonización total. Vid. infra. p. 123.

mos ²²². Además, dichas normas suponen un elemento necesario para garantizar la coherencia y seguridad del sistema, en el sentido de que si los Estados deben aceptar la solución dada por un Estado una vez realizado el examen de la solicitud, deberán existir unas garantías mínimas de procedimiento de examen de solicitudes comunes a todos los Estados miembros ²²³.

B. Artículo 63.2. TCE. Refugiados y personas desplazadas

El artículo 63.2 TCE contiene el establecimiento de medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas. En este caso, y a pesar de la mención expresa del término refugiado, no se hace alusión a los instrumentos internacionales que regulan la materia. Sin embargo, la referencia realizada en el primer párrafo del artículo debería ser de aplicación al segundo, ya que los Estados están obligados por los compromisos internacionales adoptados sobre la materia, así como la propia Comunidad está también vinculada a la protección de los Derechos Humanos, según establece la jurisprudencia del TJCE y según lo recogido en el artículo 6 TUE ²²⁴. Además, como quedó demostrado anteriormente cuando se trató este asunto en Derecho Internacional general, el refugio es considerado como una modalidad de asilo, por lo que si estos instrumentos internacionales son de aplicación al asilo, también lo serán al estatuto de refugiado.

a. *Protección temporal a personas desplazadas y protección subsidiaria*

La letra a) del artículo 63.2 recoge el establecimiento de normas mínimas para la concesión de protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países a los que no pueden regresar, y para aquellas otras que por diferentes motivos necesitan de protección internacional. En este caso nos encontramos de nuevo con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas a la libre circulación de personas recogidas el artículo 61 a) TCE.

²²² KUIJPER, P.J., «Some legal problems associated with the communitarization of policy visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen acquis», *Common Market Law Review*, 2000, p. 360.

²²³ FERNÁNDEZ SOLA, N., «Valores e intereses en la protección de los derechos humanos...», op. cit. p. 219.

²²⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y...*, op. cit. p. 252-253. También señala cuales serían algunos de los instrumentos a aplicar en la materia, como la Carta de París para una Nueva Europa, el artículo 3 de la Convención de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

En primer lugar, es necesario determinar que se entiende por protección temporal, y ésta consistirá en la dispensada en casos de desplazamientos masivos a las personas que se encuentran necesitadas de protección internacional ²²⁵, y siempre que en caso de que la si situación de cada uno de ellos fuera analizada individualmente, resultarían beneficiarias de la condición de refugiados.

Esta protección es diferente de la subsidiaria, que es la recogida en la segunda parte del precepto y que es otorgada a las personas que no cumplen los requisitos para ser beneficiarias de la condición de refugiado, pero que por determinados motivos no pueden regresar a su país de origen y están necesitadas de protección internacional ²²⁶.

Por tanto, en este apartado nos encontramos con dos grupos de personas necesitadas de protección, y mientras que la protección temporal del primer grupo, personas desplazadas, será otorgada de modo general a todos los que formen parte de dicho grupo y de los que se entiende que se encuentran amenazados por algunos de los motivos recogidos en la Convención de Ginebra; el segundo grupo estaría formado por aquellas personas a las que se les otorga protección mediante un examen individual de la solicitud, y que a pesar de que no se encuentren en peligro por alguno de los motivos de la Convención, sí lo están por otros motivos como pudieran ser la existencia de conflictos armados internos o persecución debido por ejemplo a la orientación sexual o género ²²⁷.

El término «personas desplazadas» es también utilizado en Derecho Internacional general para definir a aquellas personas perseguidas que no han salido del país y que sólo se han desplazado hacia otras regiones dentro del mismo ²²⁸. No parece en principio que este grupo de personas entre dentro de la protección establecida en el artículo 63.2 TCE para personas desplazadas, ya que cuando los menciona se está refiriendo a aquellas que han abandonado su país y no pueden regresar a él. De otro modo, si bien es cierto que estas personas a las que nos hemos referido en primer lugar, se encuentran dentro de su país de origen, también es cierto que el propio

²²⁵ Situación a la que se enfrentó Europa como consecuencia del conflicto en la Antigua Yugoslavia en 1992 y para la que no se encontraba preparada, lo que dio lugar a una importante crisis en el seno de la Unión Europea. Vid. JOLY, D., «Temporary Protection and the Bosnian Crisis: a Cornerstone of the New European Regime», en JOLY, D. (edit), *Global Changes in asylum regimes*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, Palgrave, Macmillan, 2002. pp. 48-78.

²²⁶ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y...*, op. cit. p. 250.

²²⁷ Sobre esta materia vid. SANTOLAYA MACHETTI, P., «La protección debida a la persecución por razones de género», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp.89-93 ; y MARTÍN ARRIBAS, J. J., «La protección de las mujeres refugiadas», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p. 59-87.

²²⁸ Vid. supra. p. 27-28.

Estado no puede otorgarles protección, y de este modo y teniendo en cuenta la finalidad del Derecho Internacional de garantizar el respeto de los derechos humanos, las mismas estarían necesitadas de dicha protección otorgada por el Derecho Internacional. Este reconocimiento de necesidad de protección internacional podría permitir la inclusión de dichas personas entre aquellas que constituyen el segundo grupo del artículo 63.2, es decir, dentro del grupo de personas que por otros motivos se encuentran necesitadas de esta protección. En este sentido, ACNUR ha extendido su ámbito de aplicación a estos grupos, realizando una interpretación amplia del concepto de refugiado ²²⁹.

La protección ofrecida por la Unión es, como recoge el artículo que analizamos, de carácter temporal, por lo que durará el tiempo establecido en la normativa de desarrollo, que en este caso será de un año prorrogable por periodos de seis meses durante otro año ²³⁰.

Una vez que ha terminado el periodo de protección, surge la necesidad de la repatriación, siempre en ausencia de riesgos para estas personas, y abriéndose la problemática de si la repatriación deberá ser en todo caso voluntaria o si de otro modo, estarían permitidas las repatriaciones forzosas.

Parece ser común la idea de que la repatriación debería ser en principio voluntaria, y que para ello se deberían crear mecanismos que favorecieran este tipo de repatriaciones; voluntariedad que por otro lado, como recoge MARTÍN ARRIBAS ²³¹, ha sido ratificada por importantes organismos internacionales. El problema surge en todo caso si los desplazados no aceptan dicha repatriación, planteándose entonces la opción de la repatriación forzosa, que no es ampliamente aceptada por la doctrina, no por su ilegalidad, sino por considerarse cuestionable desde el punto de vista humanitario. Por otro lado, a favor de este tipo de repatriaciones de manifiesta MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, considerándolas no sólo legales, sino «políticamente inevitables» ²³².

²²⁹ De este modo, REMIRO BROTONS considera que el Derecho Internacional debe proteger a las personas desplazadas basándose en la protección de los Derechos Humanos. REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, op. cit. p. 1308. Por otra parte, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES afirma que las personas que no han pasado las fronteras de sus Estados no «encajarían en el concepto de protección internacional por muy amplia que fuese la concepción que lo sustentase». MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p.255.

²³⁰ Directiva del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Directiva 2001/55/CE del Consejo. DO L 212 de 7.8.2001. p.12.

²³¹ MARTÍN ARRIBAS, J. J., «Los Estados europeos...», op. cit. p.204.

²³² Considerada legal por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES debido a que siendo la temporalidad un elemento propio de esta protección parece lógico que una vez que ha terminado se elaboren

En relación con los derechos que deberían ser otorgados y la regulación de la situación de estas personas, existen divergencias entre aquellos que consideran que se les debería otorgar un régimen similar al de los refugiados, ya que al igual que éstos, se encuentran en una situación de peligro en su país de origen y debido a ello se hallan en un país extranjero en el que tendrán las mismas necesidades que un refugiado, y la posición mantenida por los Estados, más restrictiva debido a la necesidad de controlar estos flujos de personas y a los problemas que podrían provocar en materia de empleo ²³³. Así, y a pesar de que el artículo se refiere a una regulación de mínimos, la mayoría de la doctrina considera que deberían ser regulados entre otros, los derechos relacionados con la reunificación familiar, derechos de contenido social, el derecho a la libre circulación ²³⁴ y en especial, el otorgamiento de un permiso de residencia, que sólo debería ser denegado en caso de que suponga un peligro para el orden público o la seguridad nacional ²³⁵.

Por último, señalar que el Plan de Acción para la aplicación del Tratado de Ámsterdam recogía entre las medidas que deberán adoptarse lo antes posible, el establecimiento de normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas ²³⁶, así como, en el plazo de cinco años, la definición de unas normas mínimas sobre protección complementaria para las personas que necesiten protección internacional ²³⁷.

b. *Reparto de cargas entre los Estados miembros*

La letra b) del apartado 2 del artículo 63 TCE hace referencia a la necesidad de un esfuerzo equitativo de los Estados miembros en la acogida de los refugiados y personas desplazadas, y en la asunción de las consecuencias de esta acogida, en otras palabras, este artículo se refiere al reparto de cargas que debería existir entre los Estados miembros a la hora de acoger a dichas personas. En esta situación juega un papel principal el principio de solidaridad recogido en el artículo 1 del TUE,

mecanismos que permitan el regreso, y las considera también como políticamente inevitables, debido a la necesidad de «asegurar la disponibilidad de los Estados a aceptar refugiados temporales en futuras ocasiones». MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p.257.

²³³ FERNÁNDEZ SOLA, N., «Valores e intereses en la protección de los derechos humanos...», op. cit. p.224.

²³⁴ Aunque en este caso TRUJILLO considera que está libertad de circulación dentro de la Unión debería ser limitada por periodo de tres meses de duración. TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, p. 486.

²³⁵ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p.258.

²³⁶ Plan de Acción, op. cit. Parte II, punto 37 a).

²³⁷ Plan de Acción, op. cit. Parte II, punto 28 b) ii).

el cual establece que el Tratado «tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos», y deberá estar presente en toda la legislación que se adopte en esta materia.

En estos casos nos encontramos ante flujos masivos de personas que llegan al territorio de los Estados miembros, hallándose estos Estados receptores en dificultades para hacer frente a dicha afluencia de personas. Fue por tanto Alemania, que como señala LABAYLE ²³⁸ recibía más de la mitad de los solicitantes de asilo en la Unión Europea ²³⁹, la que manifestó el mayor interés por la inclusión de este párrafo en el que se declaraba la necesidad de colaboración de todos los Estados. Alemania pretendía, como recoge TRUJILLO HERRERA ²⁴⁰, que se reglamentará esta materia a escala comunitaria, para lo cual presentó incluso una propuesta de reglamento en el que se establecía un reparto de personas según un mecanismo de distribución matemática ²⁴¹, chocando de este modo con la opinión de algunos Estados que consideraban esta materia un elemento propio de la soberanía estatal, además de pensar que cada país debía hacerse cargo de sus solicitantes. Así, admitieron que si bien entraría en juego el principio de solidaridad, estas situaciones serían analizadas caso por caso, sin establecer un reparto previo de cargas.

A la hora de realizar este reparto de cargas, es necesario plantearse si el mismo se llevará a cabo únicamente desde el punto de vista financiero o también físico, es decir, si se producirá un reparto de los refugiados o personas desplazadas entre los distintos Estados miembros ²⁴², mostrándose éstos, por las razones expuestas anteriormente, partidarios del reparto financiero y no físico de las cargas.

Desde el punto de vista financiero, este reparto de cargas se tendrá que llevar a cabo de manera separada al resto de normativa que se desarrolle en la materia de refugiados y personas desplazadas, ya que mientras que estas últimas pretenden la armonización de la normativa estatal comenzando por la adopción de normas mínimas, el reparto de cargas supone la creación de una serie de instrumentos que per-

²³⁸ LABAYLE, H., «Un espace de liberté...», op. cit. p. 143.

²³⁹ Según el informe de ACNUR, *2005 Global Refugee Trends*, Alemania es el tercer país principal del mundo de acogida de refugiados con 700.000 refugiados; si bien Francia fue el país que recibió el mayor número de solicitudes de asilo en el 2005, un total de 49.700. Vid. <http://www.unhcr.org/statistics/STATISTICS/4486ceb12.pdf>

²⁴⁰ TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, p. 298-299.

²⁴¹ NOLL, G., «Protection in a Spirit of Solidarity?», en BYRNE, R., *New Asylum Countries?: Migration Control and Refugee Protection in an Enlarged European Union*, The Hague, London, Kluwer International Law, 2002, p. 315.

²⁴² KUIJPER, P.J., «Some legal problems associated with the communitarization...», op. cit. p.360-361. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y...*, op. cit. p. 259.

mitan compensar a los Estados con cargo al presupuesto comunitario ²⁴³, debido a que como Alemania había manifestado, la solidaridad económica no debía suponer un aumento de las contribuciones de cada país a las arcas comunitarias.

Una vez que se ha decidido llevar a cabo este reparto financiero de cargas, será necesario determinar en que proporción deberán contribuir los distintos Estados miembros. Para ello se deberán tener en cuenta elementos tales como la población, la superficie, el producto interior bruto, la población extranjera ya existente, o la tasa de paro ²⁴⁴, y junto a estos indicadores también se ha mencionado la contribución que cada Estado preste a la prevención o resolución de la crisis ²⁴⁵.

Y como en el apartado anterior, señalaré para terminar que el Plan de Acción para la aplicación del Tratado de Ámsterdam recogía que estas medidas para el fomento del esfuerzo equitativo de los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas, fueran adoptadas lo antes posible ²⁴⁶.

3. LOS PROGRAMAS DE TAMPERE Y DE LA HAYA

El Programa de Tampere fue elaborado por el Consejo Europeo celebrado en dicha ciudad los días 15 y 16 de octubre de 1999 y supuso un gran avance en la materia de asilo desde el punto de vista político, ya que, como destaca TRUJILLO HERRERA, Tampere supone «la confirmación al más alto nivel de la comunitarización plena a plazo de la política de asilo» ²⁴⁷.

Junto a este programa de gran importancia, es necesario señalar a su sucesor, el Programa de la Haya, adoptado también por el Consejo Europeo celebrado en la ciudad que lleva por nombre los días 4 y 5 de noviembre de 2004, y que constituye «el reflejo de las ambiciones expresadas en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» ²⁴⁸, además de basarse, como indica el propio programa, «en el trabajo en curso resultante del programa de Tampere» ²⁴⁹.

La principal aportación de Tampere consistió en señalar la necesidad de llevar a cabo una política común de asilo y de inmigración, basada en una serie de elemen-

²⁴³ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p.259. Este autor considera sin embargo que se debe realizar una interpretación amplia del concepto de cargas incluyendo elementos como cuotas entre los Estados. Partidario de esta interpretación amplia se muestra también ACNUR.

²⁴⁴ Ibid. p.260.

²⁴⁵ MARTÍN ARRIBAS, J. J., «Los Estados europeos...», op. cit. p. 201.

²⁴⁶ Plan de Acción, op. cit. Parte II, punto 37 b).

²⁴⁷ TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, p. 307.

²⁴⁸ Introducción del Programa de la Haya

²⁴⁹ Apartado II.1 del Programa de la Haya.

tos que consisten en la colaboración con los países de origen, el sistema común de asilo, el trato justo a los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios, y todo esto dentro del objetivo de «lograr una Unión Europea abierta y segura, plenamente comprometida con las obligaciones que emanan de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y otros instrumentos pertinentes en la materia de derechos humanos, y capaz de responder de forma solidaria a necesidades de tipo humanitario»²⁵⁰. Elementos y objetivos comparables a los establecidos también por el Programa de la Haya.

A la hora de crear un sistema común de asilo, las conclusiones de la Presidencia de ambos Consejos establecieron que éste estaría basado en la Convención de Ginebra, por lo que observamos de nuevo la referencia a esta Convención y por tanto a la regulación del estatuto de refugiado para definir el asilo, con las posibles consecuencias negativas que supone y que señalamos con anterioridad²⁵¹. De todos modos, se produce una ampliación del principio de *non refoulement*, ya que las personas que estarán protegidas contra la devolución al país de origen serán no sólo aquellas perseguidas por los motivos establecidos en la Convención, sino cualquier persona que pueda ser objeto de persecución por motivos distintos a los recogidos en la misma²⁵².

Para llevar a cabo este sistema común de asilo se establecieron en Tampere una serie de medidas a corto y a largo plazo. Las medidas que deberían llevarse a cabo a corto plazo son aquellas incluidas en el Tratado de Ámsterdam en su artículo 63.1 y 2 TCE, y que, como hemos analizado en detalle anteriormente, consisten en la «determinación clara y viable del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado», incluyéndose también las medidas relativas a la protección subsidiaria. En la realización de estas medidas el Consejo debería tener presente los plazos establecidos en el Plan de Acción del Consejo y la Comisión, y se destacaba además la importancia de las consultas a ACNUR y a otras organizaciones internacionales.

Por otro lado, las medidas a largo plazo, que constituirían la segunda fase del desarrollo de un sistema europeo común de asilo, y sobre las que se centra el Programa de la Haya, pretenden el establecimiento de un procedimiento de asilo co-

²⁵⁰ Punto 4 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo.

²⁵¹ Vid. supra. p. 78-79.

²⁵² «se logrará que ninguna persona sea repatriada a un país en que sufre persecución, lo que significa que se observará el principio de no devolución». Punto 13 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Tampere.

mún y de un estatuto uniforme valido para toda la Unión. Su fin es por tanto la armonización total de estas materias, la cual deberá llevarse a cabo mediante la normativa comunitaria, surgiendo en este caso, el problema de que el Tratado recoge únicamente la aprobación de una normativa de mínimos.

A pesar de las dificultades mencionadas, con esta declaración se vuelve a poner de manifiesto la voluntad de los Estados de avanzar más allá de la adopción de una serie de normas mínimas, pretendiendo llegar al establecimiento de normativas comunes de amplio contenido y armonizadoras de la totalidad de la materia a tratar.

En relación con la problemática del reparto de cargas entre los Estados miembros a la hora de ofrecer protección temporal a las personas desplazadas, en las conclusiones del Consejo de Tampere, además de pedir que se aumenten los esfuerzos para alcanzar soluciones sobre la materia basándose en el principio de solidaridad, se introduce la propuesta novedosa de crear una reserva financiera para prestar ayuda económica a aquellos Estados que se puedan encontrar en una situación difícil debido a la afluencia masiva de refugiados.

En este sentido, es interesante señalar lo recogido por el Programa de la Haya sobre las relaciones entre los Estados miembros, el cual establece la necesidad de facilitar una cooperación y colaboración prácticas entre los mismos, así como la creación, una vez establecido un procedimiento común de asilo, de una oficina europea de apoyo a todas las formas cooperación entre Estados miembros.

El Consejo de Tampere también apremia al Consejo para que finalice la creación del sistema de identificación de solicitantes de asilo, el Eurodac, sistema que una vez creado, es recogido en el Programa de la Haya refiriéndose a la necesidad de maximizar su efectividad e interoperabilidad con el resto de sistemas de información como son el Sistema de Información Schengen y el Sistema de Información de Visados.

Por último, en relación con la materia de asilo es también necesario hacer referencia a la intención recogida en el Consejo de Tampere, y quizá más relacionada con la inmigración, de fomentar la cooperación con los países de origen. En este sentido se presta especial atención al codesarrollo, a la actuación encaminada a eliminar aquellas circunstancias que provocan la inmigración mejorando las condiciones de vida, de trabajo, etc., pero también se hace referencia a la necesidad de prevención de conflictos, el fomento de Estados democráticos y el respeto a los Derechos Humanos, aspectos que están íntimamente relacionados con la aparición de refugiados y personas desplazadas.

De otro modo, esta dimensión exterior se encuentra mucho más marcada en el programa de la Haya, dividiéndose principalmente en cuatro tipos de actividades: la asociación con terceros países, la asociación con países y regiones de origen, la asociación con países y regiones de tránsito, y por último la política de repatriación

y readmisión. Todos estos instrumentos permitirán el desarrollo de una adecuada protección de los refugiados, no sólo en los países miembros de la Unión, sino también en terceros países y según el «espíritu de responsabilidad compartida» mencionado en el Programa ²⁵³.

Será necesario por tanto, que esta voluntad política de los Estados de avanzar hacia una armonización amplia en la materia, y que ha llevado a la elaboración de ambos Programas, se manifieste también en la práctica a la hora de llevar a cabo la elaboración de la normativa de desarrollo.

En el siguiente capítulo analizaremos cual ha sido hasta ahora la normativa de desarrollo finalmente adoptada.

4. LA CUESTIÓN DEL ASILO A NACIONALES DE ESTADOS MIEMBROS

A. Antecedentes

El Protocolo anejo al Tratado de Ámsterdam sobre el asilo a los nacionales de los Estados miembros es producto del interés del Gobierno de España por solucionar los conflictos surgidos especialmente en relación con la extradición de miembros de la banda terrorista ETA, debido a la posibilidad de acogida de éstos a la protección dispensada por el asilo en determinados países miembros de la Unión.

El origen se encuentra en un conflicto entre las autoridades españolas y belgas en relación con la extradición de dos ciudadanos españoles acusados de colaboración con banda armada.

En 1993 el Gobierno español presentó a las autoridades belgas una solicitud de extradición de dichos ciudadanos, que fue concedida por el Ministro de Justicia Belga. Si embargo, los dos acusados presentaron una solicitud de asilo territorial, aceptada a trámite, y que provocó su puesta en libertad y la paralización del procedimiento de extradición, siendo dicha solicitud denegada con posterioridad. Frente a esta denegación los acusados presentaron un recurso que fue también rechazado, iniciándose de nuevo el procedimiento de extradición en 1996.

Dicho procedimiento de extradición quedó nuevamente paralizado mediante la interposición por parte de los dos interesados de un recurso de extrema urgencia ante el Consejo de Estado, el cual acabó por suspender el procedimiento, aduciendo que los hechos recogidos en la solicitud de extradición no eran subsumibles en el Convenio contra Terrorismo de 1977, además de que el Gobierno español no había demostrado que los hechos cometidos por estos dos sujetos no constituyeran un deli-

²⁵³ Apartado III. 1.6.1 del Programa de la Haya.

to político, quedando por tanto los dos acusados, como consecuencia de dicha decisión, en libertad.

Este conflicto fue lo que provocó el interés de España en la CIG de 1996 por buscar soluciones y poner límite a la concesión del asilo a los nacionales de Estados miembros.

La primera propuesta del Gobierno español consistía en la consideración de todos los Estados miembros de la Unión como Estados seguros, estableciéndose por tanto la obligación de los Estados de no conceder el asilo, bajo ninguna causa, a los nacionales de los Estados miembros. Esta propuesta chocó con la oposición de determinados Estados y de ACNUR, que la consideraba incompatible con la finalidad de la Convención de Ginebra.

Dicha oposición llevó a la modificación de la propuesta, incluyendo una serie de circunstancias que pudieran dar lugar al otorgamiento de asilo, y que continuó provocando las críticas de ACNUR, hasta que finalmente se adoptó el Protocolo que se incluyó en el Tratado de Ámsterdam ²⁵⁴.

B. El Protocolo sobre el asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea

El protocolo, debido a la relación existente entre esta materia y los derechos humanos, comienza declarando el respeto a los derechos fundamentales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ²⁵⁵, y justificando su adopción. Así, establece que el artículo 6 TUE, que contiene entre sus principios el respeto a los derechos humanos, es de obligado cumplimiento por los Estados y exigido a todo Estado que pretenda incorporarse a la Unión. Esta garantía de respeto a los derechos humanos viene reforzada por el mecanismo de artículo 309 TCE, que permite emprender acciones en caso de violaciones graves de los principios del artículo 6 TUE, y por último, recuerda que los ciudadanos de la Unión gozan de un régimen especial de protección garantizado por el Tratado CE. Todos estos elementos llevan

²⁵⁴ OREJA AGUIRRE, M., «Una Unión al servicio del ciudadano...», op. cit. pp. 286-287.

²⁵⁵ LABAYLE señala que esta referencia podrá tener consecuencias imprevistas, en primer lugar porque el juez comunitario puede ver abierta la puerta a la Convención y puede encontrarse en la situación de tener que evaluar el comportamiento de un Estado en relación con la Convención; y en segundo lugar, porque la construcción jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de persecución a extranjeros, podrá ser considerada como base jurídica a invocar en derecho comunitario, no siendo este el objetivo buscado por los Estados. LABAYLE, H., «Un espace de liberté...», op. cit. pp.146-147.

a considerar a los Estados miembros de la Unión como países de origen seguros, debiéndose rechazar en principio, las solicitudes procedentes de los mismos.

Esta concepción de los Estados miembros como países de origen seguros y la negativa a tomar en consideración las demandas procedentes de estos Estados, fue confirmada por el Parlamento Europeo en una resolución relacionada con el conflicto hispano-belga, en la que afirmaba que el hecho de otorgar el asilo a un nacional de un Estado miembro suponía «poner en duda la legitimidad democrática de otro Estado miembro»²⁵⁶. Este punto de vista fue argumentado por España considerando, al igual que el Parlamento, que el otorgamiento del asilo suponía poner en duda el sistema político de derechos y libertades de un Estado miembro, además argumentaba la existencia de instrumentos internacionales que excluían el terrorismo como categoría de delito político, así como que las demandas presentadas carecían de elementos que confirmaran la existencia de persecuciones, realizándose por tanto un uso fraudulento de las mismas²⁵⁷.

Por tanto, la finalidad principal de este protocolo es, como recoge el mismo, la de «evitar que se recurra al procedimiento del asilo para fines ajenos a aquellos para los que está previsto».

Una vez declarada la regla general del no otorgamiento de asilo a los nacionales de los Estados miembros²⁵⁸, se establecieron una serie de excepciones que sí justificarían el otorgamiento de dicha protección.

La primera de las excepciones se plantea en el caso de que el solicitante de asilo fuese nacional de un Estado que hubiera hecho uso del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que permite en caso de estado de urgencia, como puede ser un caso de guerra o de otros peligros que amenacen al Estado, la derogación de las obligaciones asumidas por dicho Convenio.

La segunda de las circunstancias que puede permitir que sea tomada en consideración una demanda de asilo presentada por un nacional de un Estado miembro, será en el caso de que contra el Estado del cual es nacional el demandante se haya iniciado el procedimiento recogido en el apartado 1 del artículo 7 TUE. Dicho pro-

²⁵⁶ Resolución sobre la admisión a trámite por parte del Comisionado General para los Refugiados y Apátridas en Bélgica de la demanda de asilo de dos presuntos miembros de la banda terrorista ETA, DO C 20 de 24.1.1994. p.166.

²⁵⁷ TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, p. 309.

²⁵⁸ Podría entenderse, que a pesar de que el Protocolo haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, esta prohibición también sería de aplicación a los residentes habituales en estos Estados miembros, y que no sean nacionales de los mismos, ya que la Convención de Ginebra recoge entre aquellas personas que pueden ser objeto de persecución, encontrándose por tanto sin posibilidad de regresar al país, no sólo a los nacionales del mismo sino a aquellos que sin serlo tienen su residencia habitual en dicho país. Además, resultaría chocante que no se aceptaran las peticiones de asilo de los nacionales de los Estados miembros y sí la de los residentes extranjeros.

cedimiento consiste en constatar si se ha producido por parte de un Estado miembro una violación grave y persistente de los principios recogidos en el artículo 6 TUE, por tanto debido al riesgo existente de que se hubiera podido o se pudiera producir una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales, parece necesario estudiar dichas demandas de asilo.

El siguiente supuesto es consecuencia necesaria del anterior, ya que se admitirá el estudio de una solicitud de asilo si una vez llevada a cabo el procedimiento establecido en el artículo 7.1 TUE, se constata que se ha producido una violación de los principios recogidos en el artículo 6 TUE.

La última de las circunstancias que permiten tomar en consideración una solicitud de asilo ha dado lugar a diversas interpretaciones y críticas entre la doctrina. De este modo, el Protocolo permite que la solicitud pueda ser declarada admisible en el caso de que un Estado miembro lo decida unilateralmente, por lo que en principio, esta excepción dejaría un amplio margen de actuación a los Estados hasta el punto en que podría dejar sin efecto lo establecido en el Protocolo.

Sin embargo, junto con esta excepción se pretende establecer un límite consistente en informar al Consejo sobre dicha decisión, además del hecho de que la solicitud se atenderá basándose en que es manifiestamente infundada. Este límite ha sido visto de manera distinta por la doctrina, así, TRUJILLO HERRERA considera que este límite neutraliza la amplitud de actuación de los Estados, puesto que el Estado que acepta la demanda deberá fundamentarla ante el Consejo de Ministros, «lo que supone implícitamente condenar al país de donde es originario el demandante de violar los principios comunes a los Estados miembros, lo que resulta bastante disuasorio»²⁵⁹. De otro modo, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES mantiene las críticas a dicha excepción a pesar de los límites, ya que afirma que el hecho de que las solicitudes sean consideradas como manifiestamente infundadas no impide que se sometan a trámite, para lo cual existe un procedimiento abreviado, además de dar importancia a la última parte del texto, en la que se señala que las restricciones no afectarán a la facultad de toma de decisiones de los Estados²⁶⁰.

Por otra parte, la compatibilidad de este protocolo con la Convención de Ginebra ha sido puesta en duda principalmente por ACNUR, y defendida de otro modo por una determinada doctrina. Las principales críticas de ACNUR se basaban en el hecho de que mediante este Protocolo se establecía una limitación geográfica, se creaba una región europea donde la Convención no sería aplicada, con la consecuente discriminación que ello supondría, y que se encuentra prohibida en el artículo 3 de la

²⁵⁹ TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, p. 314.

²⁶⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p. 266.

Convención ²⁶¹. Además, consideraba ACNUR, que dicho Protocolo podría dar un mal ejemplo a otras zonas del mundo ²⁶², y que el concepto que se daba de país de origen seguro no seguía la práctica establecida por ellos mismos.

Frente a estas críticas, varios autores defienden la compatibilidad del Protocolo con la Convención. De este modo MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES se basa en el concepto de ciudadanía de la Unión para afirmar que, debido a que la protección establecida en la Convención de Ginebra está dirigida a los nacionales de terceros Estados, es decir a los extranjeros, y dado que el concepto de ciudadanía elimina la consideración de las nacionales de los Estados miembros como extranjeros, la Convención no sería aplicable en este sentido en el ámbito de la Unión Europea ²⁶³. Construcción esta, a nuestro entender, posiblemente forzada, ya que si bien es cierto que el concepto de ciudadanía supone el otorgamiento de una serie de derechos y obligaciones comunes a todos los ciudadanos de la Unión, produciéndose por tanto una equiparación entre los mismos, también es cierto, como manifiesta el artículo 17 TCE, que dicha ciudadanía no es sustitutiva de la nacionalidad, y es ésta y no el concepto de extranjero, la base del otorgamiento de protección de la Convención de Ginebra ²⁶⁴, ya que en ningún caso se hace mención en la misma al extranjero sino al nacional de otro Estado ²⁶⁵.

TRUJILLO HERRERA ²⁶⁶ toma también como base para la defensa de la compatibilidad del Protocolo con la Convención de Ginebra, la respuesta dada por la delegación española frente a las críticas planteadas por ACNUR, basada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y según la cual era posible que un grupo de Estados partes en un tratado pudiera realizar otro tratado sobre la misma materia introduciendo algunas modificaciones que serían de aplicación únicamente entre ellos, siempre que dichas modificaciones no fueran contrarias a la consecu-

²⁶¹ El artículo 3 de la Convención establece que «los Estados contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen»

²⁶² Como recogen CURTIN y DEKKER, «*Russia is considering a similar move in relation to nationals of other CIS states, citing the EU action as a precedent*». CURTIN, D. M. y DEKKER, I. F., «The EU as «Layered» International Organization: Institutional Unity in Disguise», en CRAIG, P. y DE BURCA, G. (edits), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999. p.127.

²⁶³ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p. 263-264.

²⁶⁴ El art. 1.2 de la Convención se refiere al «que se encuentre fuera del país de su nacionalidad».

²⁶⁵ Sobre esta materia vid. CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE», *Revista de Instituciones Europeas*, 1995, pp.837-857. FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «La compatibilidad del protocolo sobre el asilo a los nacionales de los Estados Miembros con los distintos instrumentos internacionales sobre la materia y con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» *Revista General de derecho Europeo*, n.º 11, 2006.

²⁶⁶ TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, p. 312.

ción del objeto y fin del Tratado ²⁶⁷. Requisito que no se cumpliría en este caso si consideramos que la finalidad de la Convención de Ginebra es el otorgamiento de un concepto de refugiado de aplicación universal.

Finalmente, la justificación principal otorgada por aquellos autores que defienden esta compatibilidad, es la de considerar a los Estados de la Unión como países de origen seguros, en los que está garantizado el respeto a los derechos fundamentales y el cumplimiento de los principios establecidos en el artículo 6 TUE por los motivos anteriormente expuestos. Pero es precisamente uno de estos elementos aducidos como garantizadores del respeto a los derechos fundamentales, el que otorga, como señala LABAYLE ²⁶⁸, una prueba en contrario, ya que si se establece un procedimiento en la Unión para sancionar a los Estados por la violación de derechos fundamentales, se está contradiciendo aquella afirmación de que los Estados miembros son países seguros en los que no se producen violaciones de este tipo.

De otro modo, junto a este Protocolo se han realizado varias Declaraciones. La primera de ellas es la Declaración n.º 48, en la que se expone el derecho de los Estados miembros a adoptar las medidas organizativas que consideren necesarias para el cumplimiento de la Convención de Ginebra. Junto a ésta, se establece la Declaración sobre la letra d) del artículo único del Protocolo, en la que se reconoce la existencia de contradicciones con las Resoluciones sobre las materias adoptadas con anterioridad, declarando la necesidad de revisar la cuestión del abuso de los procedimientos de asilo y de los procedimientos rápidos apropiados para prescindir de las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas.

Por último, nos referiremos a la Declaración de Bélgica sobre el Protocolo, en la que manifiesta que, en cumplimiento de sus obligaciones establecidas por la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York, llevará a cabo, según lo dispuesto en la letra d) del artículo único, un examen individual de cada solicitud de asilo presentada por un nacional de un Estado miembro.

Esta Declaración ha sido objeto de diferentes interpretaciones, así MONAR ²⁶⁹ la ha considerado como una cláusula de *opt-out* parcial, y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES ²⁷⁰ ha señalado su fracaso, ya que supone la vuelta al punto de partida,

²⁶⁷ Artículo 41.1.b. ii. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

²⁶⁸ En palabras de LABAYLE «*l'insertion dans la traité sur l'Union d'un dispositif visant à sanctionner les atteintes aux droits fondamentaux par un Etat membre administre la preuve inverse en envisageant l'hypothèse que cette situation démocratique soit gravement menacée au sein de l'Union*». LABAYLE, H., «Un espace de liberté...» op. cit. p. 145.

²⁶⁹ «*This represents a partial Belgian opt-out from the agreement reached in this Protocol...*». MONAR, J., «Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation», *European Law Review*, vol. 23, n.º4, 1998, p. 34.

²⁷⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo...*, op. cit. p. 267.

puesto que dicha cesión vacía de contenido al Protocolo y no soluciona el conflicto hispano-belga que dio lugar a su adopción. En ambos casos se está dotando de efectos jurídicos a la Declaración, opinión no compartida por TRUJILLO HERRERA y OREJA AGUIRRE ²⁷¹, que han señalado la falta de efectos jurídicos de dicha Declaración, por lo que, como afirma TRUJILLO HERRERA ²⁷², no afectará al cumplimiento del Protocolo, pudiéndose en caso contrario acudir al Tribunal de Justicia para exigir dicho cumplimiento.

Lo que sí es cierto, es que, como recoge ZAMORA CRESPO ²⁷³, no todos los Estados han considerado este Protocolo compatible con el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York, lo que podrá originar en futuro problemas a la hora de su aplicación.

²⁷¹ TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, p. 314-315; OREJA AGUIRRE, M., «Una Unión al servicio del ciudadano...», op. cit. p.288.

²⁷² TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho...*, p. 315

²⁷³ ZAMORA CRESPO, M., «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», en CALONGE VELÁZQUEZ, A. (coord.), *Políticas Comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2002, p. 133.

ASILO Y REFUGIO EN LA UNIÓN EUROPEA: NORMATIVA DE DESARROLLO

El Plan de Acción del Consejo y de la Comisión de 1998 para la aplicación del Tratado de Ámsterdam y las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, así como el Plan de Acción elaborado por la Comisión para la aplicación del Programa de la Haya, establecían unos plazos para la consecución de los objetivos incluidos en dichos textos. Las conclusiones de Tampere contenían plazos más generales, diferenciando entre medidas que se adoptarían a corto plazo y las que se adoptarían a largo plazo, mientras que en su Plan de Acción de 1998 se establecieron dos plazos para la consecución de los objetivos, uno de dos años y otro de cinco, además de incluirse algunas medidas que se adoptarían lo antes posible, estableciéndose por el contrario fechas concretas en el Plan elaborado para la aplicación del Programa de la Haya.

El Informe bianual de 2003 sobre los progresos en la creación de un área de «libertad, seguridad y justicia» en la Unión Europea²⁷⁴, señalaba que se habían producido importantes avances en la formación del sistema europeo común de asilo mediante el establecimiento de mecanismos de protección temporal, la adopción de instrumentos sobre las condiciones de recepción de solicitantes de asilo, la adopción de una normativa que sustituye al Convenio de Dublín y el comienzo del funcionamiento de Eurodac. Pero ponía de manifiesto que el sistema aún no había sido completado debido a que quedaban dos importantes elementos sin regular como eran el estatuto de refugiado y de protección subsidiaria y el procedimiento de asilo, además de la lista de países seguros²⁷⁵. Con posterioridad, el balance sobre el Progra-

²⁷⁴ COM /2003/ 812 final.

²⁷⁵ En relación con la creación de una lista de países seguros, resulta interesante mencionar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de enero de 2007 en el Asunto Salah Sheekh c. Países Bajos, en la que Tribunal consideró que para determinar la seguridad de un país era

ma de Tampere elaborado por la Comisión en 2004²⁷⁶, señalaba que los «progresos alcanzados hasta la fecha son innegables y tangibles» y que se había completado la primera fase de la creación de la política común de asilo, adoptándose los cuatro instrumentos principales que recogía Tampere²⁷⁷.

A pesar de esta valoración positiva en 2004, el informe presentado por la Comisión sobre la ejecución del Programa de la Haya en 2005²⁷⁸, admitía que el balance en la materia no era muy satisfactorio, y ello debido a los distintos retrasos que ha sufrido la elaboración de la normativa, tanto en la finalmente adoptada *Directiva sobre las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*²⁷⁹, así como en la propuesta relativa al estatuto de residentes de larga duración para los beneficiarios de protección internacional, y la evaluación del Fondo Europeo para los refugiados.

Junto con este análisis general realizado en el informe, analizaremos específicamente en que modo se ha cumplido, mediante la normativa adoptada, los objetivos establecidos el Plan de Acción para la aplicación del Tratado de Ámsterdam y en Tampere, además de los establecidos en el Programa de la Haya y su Plan de Acción, estudiando posteriormente de manera detallada esta normativa²⁸⁰.

En primer lugar, el Plan de Acción de 1998 señalaba una serie de medidas que debían ser adoptadas lo antes posible, consistentes en normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países, y sobre las que Tampere únicamente instaba a lograr un acuerdo. Este objetivo se llevó a cabo en 2001 mediante la adopción de la *Directiva 2001/55/CE, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equi-*

necesario tener en cuenta los informes y opiniones no sólo de los Gobiernos, sino también de diversas Organizaciones Internacionales gubernamentales y no, como por ejemplo ACNUR o Médicos sin Fronteras. Sobre la sentencia vid. QUESADA ALCALÁ, C., «A vueltas con Europa y su política de asilo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Salah Sheekh c. Países Bajos de 11 de enero de 2007», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, mayo, 2007.

²⁷⁶ COM/2004/401 final.

²⁷⁷ El establecimiento de normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo; la introducción de un sistema más claro para determinar el estado responsable del examen de una solicitud de asilo, así como la puesta en marcha EURODAC; la Directiva sobre una definición común del estatuto del refugiado y una aproximación sobre la protección subsidiaria; y la Directiva sobre un procedimiento de asilo común. COM/2004/401 final. Anexo SEC (2004) 693.

²⁷⁸ COM (2006) 333 final.

²⁷⁹ DO L 326 de 13.12.2005. p. 13.

²⁸⁰ Para un análisis de toda la normativa vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo*, Madrid, Dykinson, 2006

tativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias ²⁸¹.

Otra de las medidas que dicho Plan de Acción incluía entre las que debían ser adoptadas lo antes posible, era el fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias, a lo que Tampere hacía referencia mediante la constitución de algún tipo de reserva financiera. Fue por tanto, mediante la directiva mencionada anteriormente y mediante la creación en el 2000 del Fondo Europeo para los Refugiados ²⁸² que se dio cumplimiento a estos objetivos.

En relación con este Fondo, es necesario señalar que el programa de la Haya establece la creación de un Fondo Europeo para los Refugiados 2005-2013 que colabore con los Estados miembros en la tramitación de las solicitudes de asilo y en la recepción de ciertas categorías de nacionales de terceros países, estando actualmente en vigor la *Decisión del Consejo del Fondo Europeo para los Refugiados para el periodo 2005-2010* ²⁸³, que debido a que fue adoptada con anterioridad al Programa de la Haya, no cumple con todas las exigencias establecidas en el mismo ²⁸⁴.

Las fechas de los documentos mencionados demuestran que estas medidas no fueron adoptadas lo antes posible, superando en algún caso el plazo de dos años establecido para el otro grupo de medidas recogidas en el Plan de Acción

En relación con estas medidas que debían adoptarse en el plazo de dos años, el Plan de Acción de 1998 establece en primer lugar que debían adoptarse disposiciones que llevarán a una aplicación efectiva del Convenio de Dublín y a la posible transformación de la base jurídica al sistema de Ámsterdam, mientras que también Tampere recogía entre los objetivos a corto plazo el de la determinación clara del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo. Ambas previsiones fueron llevadas a cabo mediante el *Reglamento 343/2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo* ²⁸⁵, y que viene a sustituir al Convenio de Dublín. Este objetivo por tanto, tampoco se consiguió dentro de los plazos establecidos en el Plan de Acción.

²⁸¹ DO L212 de 7.8.2001. p.12.

²⁸² Este Fondo se crea mediante la Decisión 2000/596/CE. DO L 252 de 6.10.2000. p.12.

²⁸³ Decisión del Consejo 2004/904/EC de 2 de Diciembre de 2004 que establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el periodo 2005-2010. DO L 381 de 28.12.2004. p.52.

²⁸⁴ No recoge las referencias a las ayudas para la tramitación de solicitudes de asilo y la recepción de ciertas categorías de nacionales de terceros países, que constituyen la especialidad del Fondo establecido en el Programa de la Haya.

²⁸⁵ DO L 50 de 25.2.2003. p. 1.

La aplicación del Eurodac era otro de los objetivos a conseguir en el plazo de dos años, al que Tampere hacía referencia instando a que se llevara a cabo lo antes posible, y que efectivamente se cumplió dentro de plazo mediante el *Reglamento 2725/2000 relativo a la creación del sistema Eurodac* ²⁸⁶ entrando en vigor en enero de 2003.

Por otra parte, el objetivo recogido en Tampere de establecer normas para un procedimiento de asilo eficaz y justo, se llevaría a cabo mediante la medida recogida en el Plan de Acción de 1998 consistente en el establecimiento de normas mínimas en relación con los procedimientos seguidos en los Estados miembros para la concesión o retirada del estatuto de refugiado. Este objetivo fue finalmente completado con retraso mediante la *Directiva 2005/85/CE sobre las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, ya mencionada anteriormente.

También para la consecución del objetivo anterior era necesario adoptar otra de las medidas que según el Plan de Acción mencionado debería llevarse a cabo en el plazo de dos años, y consistente en la definición de las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo. Esta medida asimismo ha sido completada mediante la *Directiva 2003/9/CE por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo* ²⁸⁷.

El Plan de Acción de 1998 incluía además entre las medidas a adoptar durante un periodo de dos años, el inicio de un estudio para establecer un único procedimiento de asilo europeo, procedimiento que Tampere incluye entre los objetivos a conseguir a largo plazo y que también es incluido en el Programa de la Haya. Hasta el momento la Comisión ha presentado varias comunicaciones e informes sobre la materia, además de una comunicación en 2004 sobre el procedimiento único para el examen de las peticiones de protección ²⁸⁸, en la que se recogía que una vez concluida la fase preparatoria presentaría una propuesta de normas comunitarias.

Para terminar con los objetivos a largo plazo establecidos en Tampere, mencionaremos la creación de un estatuto uniforme válido para toda la Unión, también recogido por el Programa de la Haya. Este objetivo se desarrollará en parte mediante las medidas recogidas en el Plan de Acción de 1998 que deben llevarse a cabo en el plazo de cinco años, y consistentes en la adopción de normas mínimas sobre la calificación de los nacionales de terceros países como refugiados y la definición de normas mínimas sobre protección complementaria a personas que necesiten protección internacional. En este sentido fue adoptada en septiembre de 2004 la *Directiva 2004/83/CE por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos*

²⁸⁶ DO L 316 de 15.12. 2000. p. 1

²⁸⁷ DO L 031. de 6.2.2003. p. 18.

para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida ²⁸⁹.

Por último, nos referiremos a algunas de las medidas establecidas por el programa de la Haya y que constituyen una novedad, como son la necesidad de establecer una cooperación y colaboración práctica entre los Estados miembros, y sobre la que la Comisión ha presentado una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo que tiene como finalidad la mejora de la calidad del proceso de toma de decisiones en el sistema de europeo común de asilo ²⁹⁰.

Y para terminar, también recoge el Programa de la Haya, el desarrollo de los Programas Regionales de Protección que tienen como finalidad la obtención de soluciones duraderas en colaboración o asociación con terceros países y regiones, ya sean de tránsito u origen. Para su desarrollo, la Comisión presentó en 2005 una Comunicación al Consejo y al Parlamento sobre dichos Programas ²⁹¹, la cual se basaba en una Comunicación presentada con anterioridad, también de la Comisión al Consejo y al Parlamento, sobre la entrada organizada en la UE de personas necesitadas de protección internacional y el incremento de la capacidad de protección en los países de origen «mejora del acceso a soluciones durables» ²⁹².

1. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE REFUGIADO

El artículo 63.1 TCE adopta la Convención de Ginebra como base para la regulación de las medidas en materia de asilo, por lo que también deberá ser utilizada la misma para la determinación del concepto de refugiado, concepto que es asimilado al de asilo en el Tratado. Con esta finalidad se adopta la *Posición común de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados* ²⁹³.

²⁸⁸ COM/2004/503 final.

²⁸⁹ DO L 304 de 3.9.2004. p. 12

²⁹⁰ COM/2006/67 final

²⁹¹ COM/2005/388 final.

²⁹² COM/2004/410 final.

²⁹³ Posición Común 96/196/JAI, del 4 de marzo de 1996. DO L 63 de 13.3.1996. p. 2. En relación con esta Posición Común debemos mencionar la *Directiva del Consejo de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo*

La finalidad de esta Posición es la de armonizar los criterios empleados para la determinación de la condición de refugiado.

La Posición común, como hemos señalado, se basa en la Convención de Ginebra y concretamente en su artículo 1 en el que se define la condición de refugiado, y que deberá ser aplicado por las autoridades nacionales a la hora de determinar el otorgamiento o no de dicha condición a un nacional de un tercer Estado, respetando en todo caso, las condiciones impuestas por los Estados en su legislación interna para autorizar la estancia de las personas que se encuentren amenazadas y no puedan volver a su país.

La determinación de la condición de refugiado se hará de manera individual, analizando uno a uno los casos planteados y teniéndose en cuenta la situación objetiva del país de procedencia y las pruebas presentadas por el solicitante, que es sobre él que recae la carga de la misma, apuntando en todo caso, que no se realizará un examen exhaustivo de los hechos alegados si ha quedado suficientemente establecida la credibilidad del solicitante, por lo que, como recoge el Manual de ACNUR, será de aplicación el beneficio de la duda ²⁹⁴.

Para determinar la condición de refugiado, la Posición común se basa en los mismos hechos que justificarían el otorgamiento de tal condición en la Convención de Ginebra, y así establece que deberán existir fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social. En relación con esta definición, la Posición común presta especial atención al concepto de persecución, ya que éste no viene definido en la Convención, y por otra parte ni ACNUR ²⁹⁵ ni la doctrina han otorgado una definición clara de dicho concepto.

de protección internacional y al contenido de la protección concedida, la cual viene a modificar y a completar algunos de los aspectos regulados en esta Posición, constituyendo por tanto ésta un primer paso en cuanto a la regulación de la materia, de ahí su importancia.

²⁹⁴ En este aspecto coincide con lo establecido por el Manual de procedimientos de ACNUR para la determinación de la condición de refugiado, ya que el mismo afirma que la carga de la prueba corresponde al solicitante, y también relaja dicha obligación al establecer que debido a la dificultad que existe en la mayoría de los casos para acreditar la veracidad de las afirmaciones, debería ser de aplicación el beneficio de la duda.

²⁹⁵ ACNUR se refiere a la persecución en el Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, señalando la ausencia de una definición universalmente aceptada del concepto y considerando que se dará en aquellos casos en los que exista amenaza para la vida o libertad de la persona por los motivos recogidos en la Convención, afirmando también la posible existencia de persecución por motivos distintos a los señalados por la Convención, que dependerán de las circunstancias del caso y en los que se deberá tener en cuenta aspectos subjetivos del mismo relacionados con la persona en cuestión.

De ese modo, la Posición común entiende que la persecución se da en el caso de que los hechos sean lo suficientemente graves para constituir un atentado a los derechos humanos o que constituyan una amenaza para la vida. Además, esta persecución deberá tener su causa en algunos de los motivos mencionados en la Convención, independientemente de que sean reales o hayan sido atribuidos al sujeto por el autor de las persecuciones.

Quizás uno de los aspectos más problemáticos y que choca con la práctica de ACNUR, es la de quien puede ser autor de las persecuciones. La práctica de los Estados en esta materia es contradictoria, ya que mientras que algunos Estados consideran que únicamente podrán ser los Estados los autores de dichas persecuciones, otros amplían dicho ámbito incluyendo también a agentes no estatales. De este modo, ACNUR señala en su Manual que los comportamientos vejatorios o discriminatorios realizados por un sector de la población pueden constituir persecución si son tolerados por las autoridades de dicho Estado o éstas no pueden hacer frente a los mismos y otorgar la protección necesaria. La Posición común sin embargo, se decanta por el Estado como único agente de la persecución, ya sea llevada a cabo por el Estado central, por los Estados federales o por los poderes regionales o locales.

En relación con la forma en que se puede llevar a cabo la persecución, señala que podrá ser, bien a través de fuerza bruta o bien mediante actos que adopten la forma de legalidad, es decir mediante actos administrativos o judiciales.

Por último, la Posición común recoge el hecho de que no será necesario que el riesgo de persecución existiera con anterioridad a dejar el país de origen. Por tanto, puede darse la situación de que una vez que la persona se encuentra fuera del país se produzca un cambio en las circunstancias que la impidan regresar a éste, convirtiéndose de este modo en un «*refugiado in situ*», aunque es necesario señalar, que en todo caso las autoridades del país de origen deben conocer las características del solicitante, que son las que han llevado al reconocimiento de la condición de refugiado y que podrían ser motivo de persecución en dicho país de origen.

En conclusión, podemos afirmar que esta Posición común se ha limitado a recoger la mayoría de las indicaciones establecidas en el Manual de Procedimientos de ACNUR para intentar aclarar, cuando sea necesario, la aplicación de los criterios para la determinación de la condición de refugiado.

2. NORMATIVA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 63. 1 A) TCE. DETERMINACIÓN DEL ESTADO RESPONSABLE DEL EXAMEN DE UNA SOLICITUD DE ASILO

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 63.1.a) TCE que recogía la adopción de una serie de criterios y mecanismos para determinar el Estado respon-

sable de una solicitud de asilo, se adopta el *Reglamento del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país*²⁹⁶.

El objetivo de este Reglamento es, como se recoge en su exposición de motivos, facilitar la determinación rápida del Estado responsable de la solicitud de asilo, para de esta manera garantizar el acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado que deberán realizarse lo antes posible²⁹⁷.

Este Reglamento viene a sustituir al Convenio de Dublín de 1990²⁹⁸ que regulaba dicha materia, pero manteniendo los aspectos básicos del mismo y produciéndose algunas mejoras.

Es necesario señalar que Dinamarca, que es parte del Convenio de Dublín, y que en principio no participó en la adopción de este Reglamento sin que por tanto le fuera de aplicación según lo establecido en el Protocolo anejo al Tratado de la Unión que estudiamos con anterioridad, ha aceptado finalmente la aplicación del mismo mediante un acuerdo firmado entre este Estado y la CE²⁹⁹. De otro modo, Reino Unido, que no forma parte del Convenio de Dublín, manifestó por carta su intención de participar en dicho Reglamento³⁰⁰.

Por otra parte, el Reglamento presta especial atención a la unificación familiar, que deberá preservarse siempre que no sea contraria a los objetivos del mismo, y para lo que se establece que será un sólo Estado el encargado de examinar las solicitudes de una familia garantizando así la coherencia de las decisiones adoptadas en relación con una misma familia. En este sentido, el Reglamento establece que será considerada como familia el cónyuge o pareja de hecho del solicitante de asilo, los hijos menores que no estén casados y sean dependientes, y el padre, la madre o el tutor del solicitante siempre que éste sea menor y no esté casado³⁰¹. En relación

²⁹⁶ Reglamento (CE) N.º 343/2003 del Consejo. DO L 50 de 25.2.2003. p. 1. Sobre el mismo vid. BRANDL, U., «Distribution of Asylum Seekers in Europe? Dublin II Regulation determining the responsibility for examining an asylum application», en URBANO DE SOUSA, C. y DE BRUYCKER, P. (dir.), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, Bruylant, 2004. pp. 33-70.

²⁹⁷ Exposición de motivos punto 4 del Reglamento 343/2003.

²⁹⁸ Artículo 24 del Reglamento 343/2003.

²⁹⁹ Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en Dinamarca o cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea y a «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. DO L 66 de 8.3.2006. p. 38

³⁰⁰ Exposición de motivos puntos 17, 18 y 19 del Reglamento 343/2003.

³⁰¹ El artículo 2 del reglamento amplía el concepto de familia en relación con el existente en el Convenio de Dublín, según el cual sólo se consideraban como miembros de la familia al cónyuge, a

con el menor acompañado es necesario señalar que su situación será indisociable de la de sus progenitores o tutor.

El Reglamento parte de la misma idea que el Convenio de Dublín al determinar que será un único Estado el responsable de examinar la solicitud³⁰², ya sea ésta presentada en la frontera o el territorio de un Estado miembro. En todo caso se permite a cualquier Estado miembro hacerse cargo de la solicitud independientemente de que no le corresponda y siguiendo los criterios establecidos en el Reglamento para estos casos.

A pesar de que el artículo 3 del Reglamento obliga a los Estados a examinar toda solicitud que sea presentada por un nacional de un tercer Estado, en su párrafo tercero permite la aplicación de normativa nacional para determinar el envío de un solicitante a un tercer país, siempre que se respete la Convención de Ginebra, por lo que en estos casos será de aplicación el principio de *non refoulement*.

En cuanto a la determinación del Estado responsable, ésta corresponde, según lo señalado en el artículo 4.4 del Reglamento, al Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el solicitante de asilo, a pesar de que la solicitud sea presentada en otro Estado miembro, en cuyo caso el Estado que recibió la solicitud informará al Estado del territorio en el cual se encuentra dicho demandante, que será considerado entonces como Estado ante el cual se presentó la solicitud. El apartado 5 de este mismo artículo regula el caso en el que un solicitante de asilo que encontrándose en un Estado miembro en el cual ha presentado la solicitud, abandone dicho Estado y se dirija a otro Estado miembro donde, tras haber anulado la primera la solicitud, presente otra nueva. En este caso, el Estado ante el cual presentó la primera solicitud deberá readmitirlo para finalizar el procedimiento de determinación del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo, cesando dicha obligación si el solicitante ha abandonado el territorio de los Estados miembros por un periodo de tres meses u otro Estado miembro le ha otorgado un permiso de residencia.

El capítulo III del Reglamento recoge los criterios que a utilizar para la determinación del Estado responsable de la solicitud, los cuales se aplicarán siguiendo el orden en el que se encuentran establecidos en el Reglamento, así en el caso de que no se den las circunstancias para aplicación del primero se recurrirá al siguiente.

En primer lugar, el Reglamento soluciona la cuestión de los menores no acompañados³⁰³, señalando que en caso de que el menor tuviera familiares en algún Es-

los hijos menores de 18 años o al padre o madre en caso de que el solicitante fuera menor de 18 años. Artículo 4 del Convenio de Dublín.

³⁰² Lo que sería aceptable si existiera un procedimiento común de examen en todos los Estados, con las mismas garantías y posibilidades de obtención de asilo. Vid. supra. nota. 223.

³⁰³ Respecto de estos menores es interesante señalar la diferencia que recoge la profesora SALADO OSUNA, definiendo a los «niños no acompañados» como «aquellos que además de estar separa-

tado miembro será éste el responsable, siéndolo sino en caso contrario, el Estado en el cual se hubiera presentado el menor ³⁰⁴.

Los siguientes criterios se basan en la aplicación del principio de unidad familiar. De este modo, en el caso de que un solicitante de asilo tuviera algún miembro de su familia en un Estado miembro, será este Estado, en el cual se encuentre el familiar, el responsable del examen de la solicitud. En este caso el familiar del solicitante se puede encontrar en dicho Estado bien porque le ha sido otorgado el estatus de refugiado, o bien, y esta es la novedad, porque haya presentado la solicitud de asilo en el mismo y todavía no haya sido objeto de un primer pronunciamiento. En ambos casos el solicitante de asilo deberá dar su consentimiento ³⁰⁵.

El Reglamento regula también el caso especial en el que los solicitantes de una misma familia presentan distintas solicitudes en un mismo Estado de manera simultánea o muy cercana en el tiempo, pero que mediante la aplicación de los criterios que se establecen en el Reglamento se enviarían para su examen a Estados diferentes. En estos casos el Estado responsable del examen sería aquel al que se le asignaran mayor número de solicitudes conforme a los criterios establecidos en el Reglamento, o en su defecto, aquel al que le correspondiera el examen de la solicitud del demandante de mayor edad ³⁰⁶.

El siguiente grupo de criterios a aplicar, se basa en los documentos que han permitido la entrada o estancia del solicitante en un Estado miembro.

Así, como regla general, en el caso de que el solicitante esté en posición de un permiso de residencia o visado vigentes, será el Estado que los ha otorgado el responsable del examen de la solicitud, excepto en el caso de que, si se tratase de un visado, éste hubiese sido otorgado por un Estado miembro en representación de otro Estado, siendo en este caso responsable el Estado que autorizó la concesión de dicho visado ³⁰⁷.

Puede darse el caso por otra parte, de que un solicitante disponga de distintos permisos de residencia o visados otorgados por diferentes Estados, para lo que el Reglamento señala una serie de criterios a seguir para determinar cual será el Esta-

dos de sus padres o representantes legales no estén acompañados de ningún adulto» y a los «niños separados» como aquellos acompañados de un adulto con el que no tengan ninguna vinculación jurídica, que en todo caso parecen estar dentro también del concepto de menor no acompañado del reglamento. SALADO OSUNA, A., «La protección de los niños refugiados», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 208-209.

³⁰⁴ Artículo 6 del Reglamento 343/2003.

³⁰⁵ Artículo 7 y 8 del Reglamento 343/2003.

³⁰⁶ Artículo 14 del Reglamento 343/2003.

³⁰⁷ Artículo 9.1 y 2 del Reglamento 343/2003.

do responsable. En primer lugar, en caso de que se trate de distintos permisos de residencia, el Estado responsable será aquel que haya otorgado el permiso de mayor vigencia, y si tienen la misma vigencia, se atenderá al documento que caduque con fecha posterior. El mismo criterio se seguirá para el caso de que nos encontremos ante la posesión de diferentes visados de la misma naturaleza, será por tanto responsable el Estado que otorgó el visado que caduque con fecha posterior, y en caso de que se trate de visados de distinta naturaleza, será responsable el Estado que haya expedido el visado de mayor plazo de validez, y si tuvieran la misma validez, el que caduque con posterioridad.

Pero el Reglamento no sólo tiene en cuenta los documentos vigentes, sino que también se basa, para establecer la responsabilidad, en documentos caducados, diferenciando entre aquellos que caducaron hace menos de dos años, en caso de permisos de residencia, y menos de seis meses, en caso de visados, y en relación con los cuales se seguirán los criterios establecidos anteriormente. Si los documentos caducaron con posterioridad a las fechas señaladas será responsable el Estado ante el cual se presentó la solicitud de asilo ³⁰⁸.

En estos dos últimos casos en el que los documentos han caducado, es preciso que el solicitante no haya abandonado el territorio de los Estados miembros, mientras se establece por otra parte para todos los casos, que será indiferente para el otorgamiento de responsabilidad a un Estado miembro el hecho de que los documentos hubieran sido obtenidos mediante una identidad ficticia o usurpada o previa presentación de documentos falsificados ³⁰⁹.

En el caso de que nos encontremos ante un solicitante que ha entrado en el territorio de un Estado miembro que dispensa de la obligación de visado, será responsable del examen de la solicitud este Estado miembro, excepto en el caso de que el solicitante presente la solicitud en otro Estado en el que también se dispensa el visado, siendo por tanto este último Estado el responsable del examen ³¹⁰.

En siguiente lugar, se analiza la cuestión del solicitante que entra en territorio comunitario de manera irregular, en cuyo caso será responsable el Estado a través del cual ha penetrado en el territorio de la Unión. Si por el contrario no pudiera ser determinado dicho Estado, entonces será responsable aquel en el que el solicitante hubiera vivido por un periodo no inferior a cinco meses, y si hubiera pasado varios periodos no inferiores a cinco meses en varios Estados, será responsable el último Estado en el cual transcurrió dicho periodo ³¹¹.

³⁰⁸ Artículo 9.3 del Reglamento 343/2003.

³⁰⁹ Artículo 9.4, 5 y 6 del Reglamento 343/2003.

³¹⁰ Artículo 11 del Reglamento 343/2003.

³¹¹ Artículo 10 del Reglamento 343/2003.

En el caso en que no sean de aplicación los criterios anteriores, el Reglamento señala como criterio determinante el del Estado ante el cual se haya presentado la solicitud de asilo. Con este último pretende cerrar cualquier duda que pudiera plantearse en caso de situaciones no recogidas por el Reglamento ³¹².

El Reglamento recoge también una cláusula humanitaria, la cual establece soluciones para situaciones especiales. De este modo permite que un Estado se haga responsable de la solicitud de asilo, independientemente de que le corresponda o no según los criterios establecidos, por razones humanitarias, especialmente por motivos familiares o culturales ³¹³. En segundo lugar, el reglamento regula la situación de las personas dependientes, es decir, de aquellas que por enfermedad, minusvalía, embarazo, nacimiento o avanzada edad necesitan de un familiar, en estos casos los Estados mantendrán reunido o agruparán al solicitante con su familiar ³¹⁴. En relación con el menor no acompañado que tuviera familiares en algún Estado miembro, se reunirá al menor con estos familiares, siempre que esto redunde en el interés del mismo ³¹⁵. En todos estos casos en que el Estado requerido para la reagrupación acepte dicha petición se convertirá en responsable del examen de la solicitud de asilo.

Puede darse el caso de que surjan diferencias entre los Estados acerca de cuestiones relacionadas con esta cláusula humanitaria, para lo cual el Reglamento 1560/2003 recoge en su artículo 14 un procedimiento de conciliación, que se incoará mediante una solicitud dirigida al Comité creado por el artículo 27 del Reglamento 343/2003 que será el que decida, comprometiéndose los Estados a aceptar la decisión adoptada. En todo caso, la solución propuesta por el Comité será definitiva y no podrá ser objeto de revisión o recurso.

Una vez que ha sido determinado el Estado responsable del examen de la solicitud de asilo será necesario establecer cuales son sus obligaciones que se encuentran recogidas en el artículo 16, y consistentes en hacerse cargo del solicitante, completar el examen de la solicitud, readmitir al solicitante cuya solicitud esté examinando, readmitir al solicitante que haya retirado su solicitud en curso de examen y

³¹² Artículo 13 del Reglamento 343/2003.

³¹³ Artículo 15.1 del Reglamento 343/2003.

³¹⁴ Artículo 15.2 del Reglamento 343/2003. Estos casos vienen desarrollados en el reglamento 1560/2003 de la Comisión de 2 de septiembre de 2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento 343/2003 del Consejo. Este reglamento señala en su artículo 11, que esta cláusula será de aplicación no sólo cuando el dependiente de la asistencia presente la solicitud, sino también cuando el dependiente se encuentre en un Estado miembro y sea, el familiar del que depende, el que presente la solicitud de asilo. De otro modo también señala que se deberán presentar certificados médicos, y si no es posible, los Estados se basarán en informaciones convincentes, además de tenerse en cuenta la situación familiar que existía en el país de origen, las circunstancias que dieron lugar a la separación, y la situación de los distintos procedimientos de asilo o relativos al derecho de los extranjeros en curso en cada país.

haya formulado otra solicitud de asilo en otro Estado miembro, y readmitir al nacional de un tercer país cuya solicitud haya sido rechazada y se encuentre en el territorio de otro Estado miembro sin autorización.

Estas obligaciones cesarán en el caso de que el solicitante haya abandonado el territorio de los Estados miembros durante un periodo igual o superior a tres meses, excepto si dicho solicitante dispone de un permiso de residencia emitido por el Estado responsable de la solicitud. También cesarán en el caso de que, en los dos últimos supuestos, el Estado responsable hubiera puesto en práctica las disposiciones necesarias para que el nacional del tercer país regrese a su país de origen o se dirija a otro Estado en el que pueda entrar legalmente.

Realizando un resumen del resto de cuestiones reguladas en el Reglamento y que vienen a complementar los aspectos principales del mismo que ya hemos explicado, señalaremos que se establece el plazo y los modos en que se le pedirá a un Estado que asuma su responsabilidad en el examen de la solicitud ³¹⁶, el cual se realizará mediante un formulario que viene recogido en el Reglamento 1560/2003. También se regulan cuáles serán las pruebas o indicios para determinar la responsabilidad de un Estado ³¹⁷, y el modo y plazos en el que se producirá el traslado del solicitante de asilo al Estado responsable y la readmisión del mismo en el caso que así haya sido decidido ³¹⁸.

Este Reglamento regula también el tipo de información y el modo en el que se realizará el intercambio de la misma entre los Estados para la determinación del Estado responsable, para el examen de la solicitud o para el cumplimiento de cualquier obligación derivada del Reglamento ³¹⁹.

En último lugar, será interesante señalar que el Reglamento 1560/2003 recoge el establecimiento de la red de comunicación electrónica «DubliNet», a través de la cual se realizarán las peticiones y respuestas de los Estados y toda la correspondencia escrita que se lleve a cabo para la aplicación del Reglamento 343/2003. Este sistema ha sido establecido en cumplimiento de lo establecido en el artículo 22 del Reglamento, en el que se recoge que se deberá dotar a las autoridades de los recursos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones, en especial para responder a las peticiones de información, asunción de responsabilidad y readmisión.

³¹⁵ El Reglamento 1560/2003 también regula las circunstancias y medidas que deberán acompañar a esta actuación.

³¹⁶ Artículo 17 del Reglamento 343/2003.

³¹⁷ Artículo 18 del Reglamento 343/2003.

³¹⁸ Artículos 19 y 20 del Reglamento 343/2003.

³¹⁹ Capítulo VI del Reglamento 343/2003.

3. NORMATIVA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 63.1 A) TCE. EL EURODAC

Relacionado también con el artículo 63.1 a) se encuentra el *Reglamento de 11 de diciembre de 2000 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín* ³²⁰. A pesar de que este Reglamento esté pensado para la aplicación del Convenio de Dublín y este último haya sido derogado, el Reglamento se continuará aplicando pero en relación con el Reglamento 343/2003 que viene a sustituir dicho Convenio, además de que, según lo recogido en su exposición de motivos, el Reglamento sobre Eurodac deberá garantizar la coherencia entre ambos Reglamentos y la utilización del sistema Eurodac para facilitar la aplicación del Reglamento 343/2003.

La finalidad de este sistema será por tanto la de facilitar la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, facilitar la labor de dicho examen y facilitar la aplicación del Reglamento 343/2003 ³²¹. Para este fin se creará una Unidad Central ³²² establecida en la Comisión que gestionará una base central informatizada de datos dactiloscópicos, así como los medios de transmisión entre los Estados miembros y la base de datos central.

Debido a la estrecha relación que guarda este sistema con el derecho a la intimidad, el Reglamento establece en su exposición de motivos que la *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta a la transmisión de datos personales y a la libre circulación de esos datos* ³²³, deberá ser de aplicación en este sistema en lo que se refiere al tratamiento de los datos personales, además de tenerse en cuenta las garantías establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ³²⁴ para la toma de las im-

³²⁰ Reglamento N.º 2725/2000 del Consejo. DO L 316 de 15.12.2000. p. 1. Desarrollado mediante el Reglamento del Consejo de 28 de febrero de 2002 por el que se establecen determinadas normas de desarrollo del Reglamento (CE) 2725/2000 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. DO L 62 de 5.3.2002. p. 1.

³²¹ Artículo 1 del Reglamento 2725/2000. Este artículo hace referencia en realidad al Convenio de Dublín, pero para estos casos el Reglamento 343/2003 ha previsto en su artículo 24.3 que todas las referencias del Reglamento 2725/2000 al Convenio de Dublín se entenderán hechas al Reglamento 343/2003 que lo sustituye.

³²² La Unidad central se encargará de gestionar la base de datos y estará equipada con un sistema informatizado para la identificación de las impresiones digitales, además deberá elaborar una serie de informes estadísticos sobre las actividades del Eurodac. Artículo 3 del Reglamento 2725/2000.

³²³ DO L 281 de 23.11.1995. p. 31.

³²⁴ Artículo 4 y 8 del Reglamento 2725/2000.

presiones dactilares. En todo caso, los datos dactiloscópicos y personales únicamente podrán ser utilizados para los supuestos previstos en el artículo 21 del Reglamento 343/2003 ³²⁵.

A la hora de tratar la toma y transmisión de datos dactiloscópicos, se diferenciará entre aquellas personas solicitantes de asilo y los extranjeros interceptados con ocasión del cruce irregular de una frontera exterior.

En el primero de los casos, los Estados además de la toma de datos dactiloscópicos, podrán pedir también a la Unidad Central que realice una comparación de estos datos con los de la base de datos central. Pero éstos no serán los únicos datos que deberán registrar, ya que tanto en el caso de los solicitantes de asilo como en el de los interceptados en el cruce de frontera, también se enviará a la Unidad Central información acerca del Estado miembro de origen ³²⁶, el lugar y fecha de solicitud de asilo, el sexo y un número de referencia.

Por tanto, la principal diferencia entre los dos tipos de situaciones se basará en el periodo de conservación de los datos, en el primero de los casos, se conservarán durante un periodo de diez años, suprimiéndose inmediatamente en el caso en el que se haya adquirido la ciudadanía; y en el segundo caso se conservarán por un periodo de dos años, excepto en el supuesto de que el extranjero obtenga el permiso de residencia, haya salido del territorio de los Estados miembros o haya obtenido la ciudadanía, suprimiéndolos entonces inmediatamente.

En el caso de extranjeros que se encuentren ilegalmente en un Estado miembro, sólo se permite la toma de datos para comprobar si esta persona ha presentado anteriormente una solicitud de asilo en otro Estado miembro, y siempre que existan motivos para ello ³²⁷. Una vez que se ha realizado la comparación con los datos registrados en la base central, se procederá a borrar dichos datos y a destruir los soportes utilizados para la transmisión.

En el supuesto de que una persona llegue a ser reconocida como refugiado se bloquearan sus datos, por lo que en el caso de que un Estado solicite información acerca de esta persona la respuesta de la Unidad Central será siempre negativa.

Tanto los Estados como la Comisión velarán por la correcta toma y utilización de los datos, además de establecer las medidas de seguridad que fuesen necesarias

³²⁵ Artículo 1.3 del Reglamento 2725/2000.

³²⁶ En estos casos se considerará como Estado miembro de origen a aquel Estado que transmita los datos personales a la Unidad Central. Artículo 2 c) del Reglamento 2725/2000.

³²⁷ El artículo 11.1 del Reglamento 2725/2000, recoge los motivos que justifican la comparación, y que consisten en que el sujeto declare que ha presentado una solicitud de asilo pero no indique el Estado miembro en el que lo ha hecho, que no solicite asilo pero se niegue a que lo devuelvan a su país de origen porque estaría en peligro, o que trate de evitar su expulsión negándose a cooperar para que pueda establecerse su identidad.

para garantizar la protección de los mismos ³²⁸. En caso contrario, toda persona o Estado que sufra un perjuicio por el incorrecto tratamiento de los datos tendrá derecho a una indemnización por parte del Estado miembro responsable, y en el caso de que se ocasionasen daños a la base de datos, será responsable nuevamente el Estado, excepto si la Comisión no hubiese tomado las medidas necesarias para evitarlos ³²⁹. En todo caso el artículo 25 recoge el establecimiento de sanciones por la utilización de los datos con una finalidad contraria a la propia del Eurodac.

Para garantizar la legalidad y el correcto funcionamiento se creará, además de las unidades nacionales de control, una Autoridad común de control, que será independiente y que estará compuesta por dos representantes de las Autoridades de control de cada Estado miembro. Su misión consistirá en el control de las actividades de la Unidad Central, además de estudiar los diferentes problemas que puedan plantearse en relación con el Eurodac.

Por otra parte, el artículo 18 recoge los derechos que tendrán aquellas personas a las que se aplicará este Reglamento y entre los que se encuentran, además de la información sobre los datos recopilados, el ejercicio de los derechos recogidos en el artículo 12 de la Directiva 95/46/CE ³³⁰ o el derecho a pedir que se rectifiquen los datos inexactos.

Y para finalizar, se establece la obligación de la Comisión de presentar al Consejo y al Parlamento un informe anual sobre las actividades de la Unidad Central, y posteriormente, cada tres años y luego cada seis, presentará un informe de evaluación global del Eurodac ³³¹.

4. **NORMATIVA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 63.1 B) TCE. NORMAS MÍNIMAS PARA LA ACOGIDA DE SOLICITANTES DE ASILO**

Para llevar a cabo el desarrollo del artículo 63.1 b) TCE, se adopta la *Directiva del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros* ³³².

³²⁸ Artículos 13 y 14 del Reglamento 2527/2000.

³²⁹ Artículo 17 del Reglamento 2527/2000.

³³⁰ Estos derechos consistirán en la obtención de toda la información relacionada con el tratamiento de los datos, así como la rectificación, supresión o bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la Directiva, y su notificación a los terceros a los cuales se les haya transmitido los datos de la modificación, siempre que no resulte imposible o requiera un esfuerzo desproporcionado. En relación con los derechos reconocidos en esta Directiva, se incluye también en el Reglamento, el derecho a interponer un recurso en caso de que se les deniegue el acceso a dichos derechos.

³³¹ Artículo 24 del Reglamento 2527/2000.

La finalidad de esta Directiva es garantizar a los solicitantes de asilo un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros mediante la adopción de unas normas mínimas. De este modo, se estaría dando cumplimiento a lo establecido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, en especial al artículo 1 que recoge el respeto a la dignidad humana, y al artículo 18 que recoge el derecho de asilo.

Otro de los objetivos de la Directiva es el de limitar los movimientos secundarios de solicitantes, finalidad esta bastante difícil si como se establece más adelante, en la exposición de motivos y en el artículo 4, se permite a los Estados miembros incluir regímenes más favorables, ya que las diferencias entre las formas de acogida se seguirán produciendo y por tanto habrá preferencias entre los solicitantes por un Estado u otro. Es por tanto difícil la eliminación de los movimientos secundarios de solicitantes mediante una regulación de mínimos, existiendo por otro lado, el riesgo de que estos mínimos se conviertan en máximos, evitándose, así sí, los movimientos secundarios de solicitantes.

De entre los Estados que se encuentran en una situación especial en relación con la regulación de esta materia, sólo Reino Unido manifestó su intención de participar en la aprobación y aplicación de esta Directiva, quedando fuera Irlanda y Dinamarca.

En principio esta Directiva será de aplicación a los solicitantes de asilo que reclaman la protección otorgada por la Convención de Ginebra, y siempre que se le haya permitido permanecer en el territorio del Estado en el que solicita el asilo, sin embargo la Directiva invita a los Estados miembros a que la apliquen también a los solicitantes de otro tipo de protección internacional, de los que quedarían excluidos los destinatarios de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, que regula la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas³³³.

El capítulo II de la Directiva recoge las condiciones generales de acogida. En primer lugar, señala que se informará a los solicitantes de los beneficios que se les

³³² Directiva 2003/9/CE del Consejo. DO L 031. de 6.2.2003. p. 18. Respecto a la aplicación de esta Directiva es interesante señalar que el TJCE ha condenado a Austria por incumplimiento de la misma debido a la no adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. Sentencia de 26.10.2006, Comisión c. Austria, C-102/06; y Sentencia de 19 de abril de 2007, Comisión c. Grecia, C-47/06. Por otra parte la Comisión ha planteado también diferentes demandas contra Alemania (asunto C-496/06), Bélgica (asunto C-389/06), y Luxemburgo (C-47/06), por incumplimiento en la adaptación de la presente Directiva.

³³³ *Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.* DO L 212 de 7.8.2001. p. 12.

otorga y de las obligaciones que deben cumplir, además de darles información sobre las organizaciones o grupo de personas que le podrán prestar asistencia jurídica y sobre las organizaciones que puedan ayudarles.

En relación con los documentos, a los solicitantes de asilo se les otorgará un documento en el que se especifique su situación y que están autorizados a permanecer en el territorio del Estado, también se les podrá proporcionar documentos de viaje cuando sea necesario que acudan a otro Estado miembro.

En principio, los solicitantes disfrutarán de libertad de circulación en el territorio nacional, pero se permite a los Estados la posibilidad de asignar al solicitante un lugar de residencia por razones de interés público, orden público o cuando se requiera una tramitación rápida y una supervisión eficaz de la solicitud; y cuando resulte necesario, lo podrán confinar en lugar determinado o condicionar el otorgamiento de las prestaciones de acogida a la residencia en un determinado lugar. En todo caso, se adoptarán las medidas oportunas para garantizar la unidad familiar.

En materia de atención sanitaria, los Estados podrán realizar un reconocimiento médico por razones de salud pública. De otro modo, se deberá garantizar la atención sanitaria necesaria, especialmente los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades, además de proporcionar atención especial a aquellos que tengan necesidades particulares.

Con referencia a la escolarización de menores, los Estados deberán proporcionar el acceso al sistema educativo en condiciones similares a las de los nacionales del Estado, sin que pueda retrasarse el acceso durante más de tres meses.

También se puede permitir a los solicitantes tener acceso a la formación profesional, independientemente de que tengan o no acceso al mercado laboral. En relación con esta última cuestión, el empleo, se deberá establecer un periodo de tiempo durante el cual el solicitante no tendrá acceso al mercado de trabajo, que finalizará si ha transcurrido un año sin que la solicitud de asilo haya sido resuelta en primera instancia, o en caso de que haya sido objeto de decisión negativa y el solicitante haya planteado un recurso ³³⁴.

El alojamiento de estas personas se realizará en locales habilitados para solicitantes que presenten su solicitud en la frontera, en los centros de acogida o en casas privadas, apartamentos, hoteles u otros locales adaptados para este fin, pudiéndose establecer condiciones diferentes en casos determinados y durante un periodo razonable de tiempo, normalmente por imposibilidad de otorgar la clase de acogida establecida.

³³⁴ En todo caso esta previsión queda en cierto sentido vacía de contenido al dejarse en manos de los Estados miembros las condiciones en las que podrán acceder al mercado de trabajo

Los Estados por otra parte podrán pedir a los solicitantes de asilo que sufraguen o contribuyan a sufragar los costes derivados de la acogida y la asistencia sanitaria.

El artículo 16 de la Directiva recoge las causas que pueden llevar a la reducción o retirada de los beneficios de la acogida, asegurando en cualquier caso el acceso a la atención sanitaria de urgencia.

La Directiva también regula especialmente la situación de aquellas personas con necesidades particulares, en el sentido de que los Estados adopten las medidas adecuadas para dar cumplimiento a dichas necesidades. Entre las personas necesitadas de dicha protección se encuentran los menores acompañados o no, las personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores y personas que hayan sido víctimas de torturas, violaciones u otras formas graves de violencia física, psicológica o sexual ³³⁵.

Por último, y para garantizar la eficacia del sistema, se establecen una serie de medidas como la información periódica a la Comisión, la realización de un control y supervisión por parte de los Estados miembros y la formación del personal competente para la aplicación de la Directiva.

Por tanto, como decíamos anteriormente, se trata de una regulación de mínimos en el sentido de que fijan como obligatorias una serie de garantías, que en todo caso estarían obligados a cumplir los Estados en atención al respeto a los derechos humanos, y únicamente se aconseja o se permite, no se impone, la adopción de disposiciones que otorguen garantías de mayor calado y que supongan un mayor esfuerzo por parte de los Estados miembros.

5. NORMATIVA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 63.1 c) Y 2 a) TCE. ESTATUTO DE LOS BENEFICIARIOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Una vez que ha sido aceptada a trámite la solicitud de asilo o de protección subsidiaria, será necesario determinar si se les otorga o no el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria, para lo cual y en desarrollo de lo establecido en el artículo 63.1 c) y 2 a), se ha elaborado la *Directiva del Consejo de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida* ³³⁶.

³³⁵ Capítulo IV de la Directiva 2003/9/CE.

³³⁶ Directiva 2004/83/CE del Consejo. DO L 304, de 3.9.2004, p. 12.

La finalidad principal de esta Directiva es otorgar unas garantías mínimas de protección en todos los Estados miembros para aquellas personas que no puedan obtenerla de su país de origen, y asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes a la hora de identificar a las personas necesitadas de dicha protección internacional.

Esta Directiva, como la anterior, respeta los derechos fundamentales y en particular aquellos recogidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, especificando el interés por garantizar la dignidad humana, si bien no debemos olvidar, que la Carta recoge también la protección en caso de deportación, expulsión o extradición ³³⁷.

Y por último se incluyen también entre los objetivos de la Directiva, la limitación de los movimientos secundarios de solicitantes de asilo.

Es necesario señalar que esta norma será de aplicación a los que presenten la solicitud de protección internacional tanto en el territorio de los Estados como en la frontera, además de a los familiares de los mismos. En todo caso, las disposiciones establecidas en la Directiva constituirán una regulación mínima, permitiéndose a los Estados otorgar una protección más favorable, siempre que ésta sea compatible con lo recogido en la misma.

La protección internacional que otorga esta Directiva podrá consistir en primer lugar, en la concesión del estatuto de refugiado si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Convención de Ginebra, es decir, que existan fundados temores a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas y debido a éstos no pueda o no quiera acogerse a la protección del país de su nacionalidad o en el caso de apátridas, al de residencia habitual. También se otorgará protección internacional mediante la concesión del estatuto de protección subsidiaria, el cual se concederá cuando no se cumplan los requisitos para la obtención del estatuto de refugiado pero existan motivos fundados de sufrir determinados daños graves ³³⁸, y no se pueda o no se quiera regresar al país de origen y acogerse a la protección de éste debido a dicho riesgo. En tal caso corresponderá al Estado valorar, conforme a lo establecido en la Directiva, los hechos y circunstancias que pudieran dar lugar al reconocimiento de la protección internacional ³³⁹.

³³⁷ Art. 19 de la Carta de Derechos Fundamentales.

³³⁸ El daño grave podrá consistir en condena a la pena de muerte o su ejecución, tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes, y amenazas graves contra la vida o la integridad física de un civil a consecuencia de violencia indiscriminada surgida en situaciones de conflicto armado. Artículo 15 de la Directiva 2004/83/CE.

³³⁹ Artículos 4 a 8 de la Directiva 2004/83/CE.

Esta protección puede ser también otorgada si los hechos que la justificarían ocurrieron con posterioridad al abandono del país por parte del solicitante, impidiéndole, en el momento en el que solicita la protección, regresar a él.

En esta Directiva, al contrario de lo establecido en la Posición Común relativa a la definición del termino «refugiado»³⁴⁰, la persecución o amenaza puede venir tanto de las autoridades del Estado como de partidos u organizaciones que controlan el Estado o parte considerable de su territorio, o por parte de agentes no estatales cuando los agentes anteriores no quieren o no pueden proporcionar protección. Por otra parte esta situación de persecución se debe dar en la totalidad del territorio del país de origen, ya que si en una parte del país no existiera dicho temor, la persona en cuestión podría ser devuelta a esa zona.

En relación con el estatuto de refugiado, las causas por las que cesará su disfrute son las mismas que las establecidas en la Convención de Ginebra, así como las causas de exclusión, siendo estas últimas las mismas que para la exclusión del estatuto de protección subsidiaria³⁴¹. El cese sin embargo de la protección subsidiaria, se dará cuando las autoridades demuestren que la persona ya no necesita dicha protección, sin que se establezca ninguna causa específica, lo que otorga un mayor margen de actuación a los Estados.

También será necesario mencionar que esta Directiva recoge además las causas que motivarán la revocación, finalización o denegación de la renovación tanto del estatuto de refugiado como de protección subsidiaria, aumentando de esta manera los medios de que dispondrán los Estados para reducir el número de personas protegidas o necesitadas de protección internacional, y haciendo por tanto más difícil el recurso a la misma por parte de estas personas.

En cuanto al contenido de la protección³⁴², la principal garantía contenida en la Directiva es el respeto al principio de *non refoulement*.

Los documentos que se deberán entregar una vez otorgada la protección internacional consistirán en un permiso de residencia, de una duración de tres años para los beneficiarios del estatuto de refugiado y de una duración de un año para los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria; además se les otorgará documentos de viaje a las personas que hayan obtenido el estatuto de refugiado y a los beneficiarios de la protección subsidiaria que no puedan obtener un pasaporte nacional.

Los beneficiarios de la protección internacional estarán autorizados para realizar actividades por cuenta propia o ajena, según las normas aplicadas a la actividad

³⁴⁰ Posición Común 96/196/JAI de 4 de marzo de 1996.

³⁴¹ Con la diferencia de que para estos casos se introduce una causa más, consistente en que el solicitante constituya un peligro para la comunidad o para la seguridad del Estado miembro donde se encuentren. Artículo 17.2 d) de la Directiva 2004/83/CE.

³⁴² Capítulo VII de la Directiva 2004/83/CE.

profesional de que se trate y al empleo de la administración pública, no siendo este el caso para los beneficiarios de la protección subsidiaria, en relación con los cuales se tendrá en cuenta la situación del mercado de trabajo.

También tendrán acceso los beneficiarios de la protección internacional en las mismas condiciones que los nacionales, a la formación ocupacional, formación profesional y a trabajos en prácticas. En el caso de los beneficiarios de protección subsidiaria, accederán a estas actividades en las condiciones establecidas por los Estados, por lo que no son equiparados a los nacionales.

En el caso de los menores, se les garantizará el acceso a la educación³⁴³ y se establecerán medidas especiales, en relación con la representación o el alojamiento, para los que no se encuentren acompañados.

En último lugar, y en relación con la protección ofrecida, se garantiza a todos los que disfruten de protección internacional la asistencia social, médica y psicológica, el acceso a un alojamiento apropiado y la libertad de movimiento por el Estado miembro en el cual han sido acogidos. Los Estados facilitarán además la repatriación para los que deseen volver a su país de origen.

La Directiva para terminar, establece la obligación de los Estados de cooperar e intercambiar información, además de formar a las autoridades y organizaciones que se encargarán de su aplicación. Los Estados tienen también por otra parte, la obligación de enviar a la Comisión la información necesaria para que ésta elabore el informe que deberá presentar al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación de la Directiva³⁴⁴.

6. **NORMATIVA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 63.1 D) TCE. ARMONIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS**

Para llevar a cabo el desarrollo del artículo 63.1 d) se ha adoptado la *Directiva del Consejo de 13 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedi-*

³⁴³ En todo caso como señala SALADO OSUNA, los Estados están obligados a proporcionar esta educación al tratarse de un derecho universal recogido tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, además de ser exigible este derecho durante todo el ciclo de enseñanza en aquellos países firmantes de la Convención de Ginebra, así como de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de enseñanza, y de la Convención de Derechos del Niño, al prohibir las mismas cualquier tipo de discriminación, entre las que se incluirían la nacionalidad. SALADO OSUNA, A., «La protección de los niños...», op. cit. p. 220-222.

³⁴⁴ Capítulo IX de la Directiva 2004/83/CE.

mientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado ³⁴⁵.

El objetivo de esta Directiva es introducir un marco regulador mínimo dentro de la Unión sobre los procedimientos para determinar la condición de refugiado, respetando los derechos fundamentales y los principios reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, y todo ello en el menor tiempo posible, pudiendo los Estados acelerar o dar prioridad a determinadas solicitudes. Como en el caso de las anteriores normas, nos encontramos aquí con una regulación de mínimos que permite a los Estados establecer disposiciones más favorables.

La propuesta incluye una serie de principios y garantías ³⁴⁶ que deberán estar presentes a la hora de llevar a cabo el análisis de las solicitudes, siendo la primera de ellas, y necesaria para la aplicación de las demás, el garantizar el acceso al procedimiento de la determinación de la condición de refugiado dentro de unas pautas determinadas, permitiéndose al solicitante permanecer en el territorio hasta que se resuelva. Dicha resolución deberá estar basada en los datos obtenidos mediante la realización de un examen objetivo, imparcial e individual, en las informaciones precisas y actualizadas sobre la situación concreta del país de origen, y deberá ser otorgada por personal, en este caso la autoridad decisoria, con perfecto conocimiento de las normas aplicables a la materia.

Dentro del ámbito del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, los solicitantes de asilo disfrutarán de una serie de garantías consistentes en que se les facilite información acerca del procedimiento y sus derechos, disponer de los servicios de un intérprete cuando se considere necesario, comunicarse con ACNUR ³⁴⁷, y que se les notifique, en tiempo razonable, en debida forma y en una lengua que comprendan, la resolución adoptada.

Con anterioridad a la adopción de una resolución por parte de la autoridad decisoria, se llevará a cabo, según las pautas establecidas por la Directiva, una audiencia personal del solicitante con el funcionario competente para ello que versará sobre la solicitud de asilo. Esta audiencia se podrá omitir por los motivos que vie-

³⁴⁵ Directiva 2005/85/CE del Consejo. DO L 326. 13.12.2005. p. 13. Frente a esta Directiva ha sido interpuesto un recurso ante el TJCE por parte del PE para solicitar la anulación de los apartados 1 y 2 del art. 29 y 3 del art. 36, y con carácter subsidiario la anulación de la totalidad de la Directiva (asunto C-133/06).

³⁴⁶ Para los menores no acompañados se establecen unas garantías especiales recogidas en el artículo 17.

³⁴⁷ En relación con ACNUR, el artículo 21 establece que esta organización o cualquier otra que trabaje en su nombre, tendrá acceso a los solicitantes, y también a la información relativa a las solicitudes, siempre con el consentimiento del solicitante, pudiendo manifestar su opinión a la autoridad competente en cualquier fase del procedimiento.

nen especificados en la Directiva³⁴⁸, debiéndose, por otra parte, hacer esfuerzos para permitir que el solicitante presente más información. En relación con la audiencia será también necesario señalar que su no realización no impedirá a la autoridad decisoria pronunciarse sobre la solicitud.

Los solicitantes de asilo podrán consultar a un asesor jurídico durante el procedimiento, y en caso de resolución denegatoria, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en determinadas condiciones³⁴⁹.

En relación con los solicitantes de asilo, la Directiva impone una serie de obligaciones, principalmente la de cooperar con las autoridades competentes. Pero específicamente, se establece que se permitirá a los Estados exigir a los solicitantes que informen a la autoridad competente o se personen ante ella, que entreguen los documentos necesarios para la tramitación de la solicitud, que informen sobre su lugar de residencia o domicilio, y que permitan su registro y el de sus pertenencias, que le sean tomadas fotografías y que sean gravadas las declaraciones verbales.

Por otra parte, según lo establecido en el artículo 18, los solicitantes de asilo no podrán ser detenidos simplemente por encontrarse en dicha situación, lo cual deja abierta la posibilidad de detención por diversas razones que sí estén relacionadas con su situación de solicitante, sin que las mismas se encuentren reguladas en la Directiva y dejando así un amplio margen de discrecionalidad. La única garantía que se establece en este sentido, es la obligación de los Estados de proporcionar una revisión judicial rápida de dicha detención.

En relación con la retirada de la solicitud, ésta se podrá realizar tanto de manera expresa como implícita, lo que dará lugar a la terminación del procedimiento mediante la suspensión, desestimación o denegación según los casos, pudiendo el solicitante, en el caso de la retirada implícita, pedir la reapertura de su caso presentándose ante la autoridad competente³⁵⁰.

En cuanto al tipo de procedimiento que se llevará a cabo, se establecen dos clases: un procedimiento de examen común y una serie de procedimientos específicos.

Refiriéndonos al procedimiento común, la Directiva recoge que éste deberá ser concluido lo antes posible, informándose en caso contrario al solicitante sobre la demora o el plazo previsible de adopción de la resolución.

Por otro lado, este procedimiento podrá acelerarse en caso de que sea probable que la solicitud esté fundamentada o el solicitante tenga necesidades especiales, además de por una serie de causas establecidas en el art. 23.4, entre las que se encuentra el hecho de que la solicitud de asilo se considere infundada, bien porque el

³⁴⁸ Artículo 12.2 y 3 de la Directiva.

³⁴⁹ Artículo 15 de la Directiva.

³⁵⁰ Artículos 18 y 19 de la Directiva.

solicitante proceda de un país de origen seguro ³⁵¹ o bien por considerarse el país que, no es Estado miembro, un tercer país seguro para el solicitante ³⁵².

Los procedimientos específicos de otro modo, vienen recogidos en el art. 24 de la Directiva y consistirán en un examen preliminar para la tramitación de las solicitudes posteriores y en un procedimiento fronterizo.

En el primero de los supuestos, nos encontramos ante el caso de que se presente una solicitud posterior previa retirada o abandono de una solicitud anterior, o tras la adopción de una resolución sobre su solicitud anterior. Para estas situaciones se prevé la realización de un examen inicial, como ya hemos señalado, en el que se compruebe que el solicitante ha aportado nuevas circunstancias o datos, en cuyo caso se continuará examinando la solicitud ³⁵³.

En el caso de los procedimientos fronterizos, la Directiva prevé que los Estados establezcan procedimientos, siempre respetando los principios y garantías fundamentales recogidas en la Directiva, para las solicitudes presentadas tanto en la frontera como en las zonas de tránsito. En caso de que los Estados no los elaboraran se permitirá que los mismos mantengan una serie de procedimientos que se apliquen como excepción a los principios anteriormente mencionados ³⁵⁴.

³⁵¹ En relación con los países de origen seguros la Directiva establece, en sus arts. 29 y 30, la creación de una lista mínima de países de origen seguros, que podrá ser completada por los Estados miembros, concepto el de país seguro, frente al que se movilizaron, como señala QUESADA ALCALÁ, las Organizaciones de derechos Humanos. Sobre esta Directiva y específicamente el concepto de tercer país seguro vid. QUESADA ALCALÁ, C., «Las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Comentario a la Directiva 2005/85 C3E del Consejo, de 1 de diciembre de 2005», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 12, enero, 2007; QUEL LÓPEZ, F. J., «El acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de tercer país seguro y movimientos irregulares)», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp.179-193. Este último otorga una definición de tercer país seguro como «aquel Estado que ha tenido alguna conexión con el solicitante de asilo, como el tránsito previo por su territorio, y en el cual el Estado que aplica el principio considera que podría haber solicitado protección».

³⁵² Concepto que se aplicará cuando las autoridades competentes comprueben que en dicho país la vida y libertad del solicitante no esté amenazada por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política; se respeta el principio de no devolución; se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes; y por último existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado.

³⁵³ Artículo 32 de la Directiva. También se permite que se continúe con el examen en los casos en los que, según la legislación nacional del Estado que examina la solicitud, existen motivos para continuar con dicho examen, y cuando no hubiese podido hacer valer, sin que le sea imputable, los casos mencionados anteriormente.

³⁵⁴ Con todo el párrafo 3, del art. 35 que regula este procedimiento, contiene una serie de garantías que deberán ser cumplidas en todo caso: permanecer en la frontera o zonas de tránsito, ser in-

Junto con estos procedimientos, se libera a los Estados de la obligación de examinar una solicitud en los casos en los que la misma se considere inadmisibles bien porque otro Estado miembro ya le haya otorgado el estatuto de refugiado, porque un país que no sea Estado miembro se considere primer país de asilo o tercer país seguro, porque le haya sido concedido al solicitante un estatuto equivalente o su solicitud respecto al mismo esté en periodo de resolución, porque el solicitante haya presentado una solicitud idéntica tras una resolución firme, o bien porque una persona a cargo del solicitante presentase una solicitud y no hubiera datos relativos a la situación de la persona a cargo que justifiquen una solicitud por separado ³⁵⁵.

El Capítulo IV de la Directiva regula la retirada del estatuto de refugiado, que se llevará a cabo mediante un procedimiento consistente en un examen de las nuevas circunstancias o de los nuevos datos ³⁵⁶ que puedan ser presentados, y durante el cual deberá garantizarse que la persona afectada sea informada de esta situación, así como la posibilidad de exponer los motivos por los que no se le debe revocar el estatuto ³⁵⁷.

Para finalizar, la Directiva recoge el derecho, que deberá ser garantizado por los Estados, a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional ³⁵⁸, contemplando también las situaciones o casos contra los que se podrá plantear dicho recurso: frente a una resolución sobre la solicitud, frente a la negativa de reabrir el examen con posterioridad a una retirada de la solicitud ya sea implícita o expresa, frente a la decisión de no seguir examinando una solicitud en los casos de solicitudes posteriores, frente a la decisión de denegar la entrada en los procedimientos fronterizos, y en último lugar, frente a la decisión de retirada del estatuto conforme a lo establecido anteriormente.

Los plazos y demás normas relativas al procedimiento serán establecidos por los Estados miembros.

Por último, la Comisión, como en los casos anteriores, informará al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación de la Directiva.

formadas, acceso a un intérprete, ser recibidas en audiencia, asistencia jurídica, designación de un representante en caso de menores no acompañados.

³⁵⁵ Artículo 25.2 de la Directiva.

³⁵⁶ Artículo 37 de la Directiva.

³⁵⁷ Artículo 38 de la Directiva.

³⁵⁸ Artículo 39 de la Directiva.

7. NORMATIVA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 63.2 TCE. PROTECCIÓN TEMPORAL EN CASO DE AFLUENCIA MASIVA DE DESPLAZADOS

La preocupación surgida entre los Estados debido al aumento de casos de afluencia masiva de personas a Europa, y la preocupación manifestada en su momento por los Ministros responsables de inmigración en relación con la situación de las personas desplazadas a causa del conflicto de la antigua Yugoslavia, son algunas de las causas ³⁵⁹ que llevaron a la inclusión del artículo 63.2 TCE y a la adopción de una normativa de desarrollo del mismo mediante la *Directiva del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida* ³⁶⁰.

De entre los Estados que se encuentran en una posición especial respecto de esta materia, ha sido Reino Unido el único que ha manifestado su deseo de participar en la Directiva, probablemente debido a que como señala CARRASCOSA FERRANDIS ³⁶¹, se trata de un Estado «receptor neto de solicitantes de asilo», por lo que quiere que se le aplique la solidaridad comunitaria y por ser parte del Convenio de Dublín.

La protección establecida en esta Directiva será de carácter temporal, la duración será por tanto de un año, prorrogable por períodos de seis meses durante el plazo de otro año. En caso de que transcurrido estos plazos siguiera existiendo la necesidad de protección, el Consejo decidirá prorrogarla durante un periodo máximo de un año. Será también el Consejo el que determine la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas que dará lugar al otorgamiento de protección por parte de los Estados miembros, esta decisión será adoptada por mayoría cualificada previa propuesta de la Comisión, y se informará de ella al Parlamento ³⁶².

³⁵⁹ Sobre las causas de adopción y la propia Directiva vid. CARRASCOSA FERRANDIS, S., «Flujo masivo de refugiados: comentario a la primera Directiva Europea», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 315-317; y GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., «La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un derecho comunitario en la materia», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 231-248.

³⁶⁰ Directiva 2001/55/CE del Consejo. DO L 212 de 7.8.2001. p.12. En esta directiva participará Reino Unido, quedando fuera Irlanda y Dinamarca. Directiva que por otra parte también está teniendo problemas en relación con su transposición al derecho interno, vid., sentencia de 17.11.2005 *Comisión c. Grecia*, C-476/04; sentencia de 2.2.2005 *Comisión c. Luxemburgo*, C-454/04; sentencia de 23.2.2006 *Comisión c. Reino Unido*, C-455/04. Vid. también los asuntos *Comisión c. Bélgica* C-515/04; *Comisión c. Francia* C-451-04; *Comisión c. Países Bajos* C-461/04.

³⁶¹ CARRASCOSA FERRANDIS, S., «Flujo masivo de refugiados...», op. cit. p. 319.

³⁶² Artículos 4 y 5 de la Directiva 2001/55/CE.

Quedarán excluidas de esta protección las personas sobre las que existan motivos para considerar que han cometido un delito contra la paz, un crimen de guerra, un crimen contra la humanidad, un delito común grave fuera del Estado de acogida o actos contrarios a las finalidades y principios de Naciones Unidas; también quedarán excluidas aquellas personas que constituyan un peligro para el Estado o la seguridad de la comunidad. Las personas excluidas tanto de la protección temporal, como de la reunificación familiar, podrán interponer un recurso jurisdiccional en el Estado miembro de que se trate ³⁶³.

En caso de que la protección haya sido otorgada, ésta terminará cuando se haya llegado al plazo máximo o cuando así lo decida el Consejo mediante mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, informándose también de ello al Parlamento.

De otro modo el Capítulo III de la Directiva contiene las obligaciones de los Estados en relación con los beneficiarios de esta protección temporal, que constituirán además los derechos que asisten a estas personas, y que consistirán en un permiso de residencia y documentación adecuada, un escrito en el que se les comunique en una lengua que puedan comprender las disposiciones relativas a su situación de protección que sean importantes para ellos, la posibilidad de ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, aunque pudiéndose dar preferencia en relación con el acceso al trabajo a los ciudadanos comunitarios, a los ciudadanos de los Estados partes en el Acuerdo Económico Europeo y a los residentes legales de terceros Estados que reciban subsidio de desempleo; un alojamiento adecuado; asistencia necesaria en materia de ayuda social y alimentación; atención médica, incluyendo en todo caso los cuidados de urgencia y el tratamiento esencial de enfermedades; educación para los menores de dieciocho años en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en el que se encuentren, y también para los adultos; reunificación familiar; y protección especial para los menores no acompañados y los que tengan necesidades particulares, como las víctimas de formas graves de violencia moral, física o sexual.

El artículo 3 establece que esta protección temporal se entenderá sin perjuicio del reconocimiento de la condición de refugiado, y el Capítulo IV permite el acceso al procedimiento de asilo. En caso de que se quiera solicitar el asilo, el beneficiario de protección temporal podrá presentar la solicitud en cualquier momento, y una vez presentada se aplicarán los criterios para la determinación del Estado responsable del examen de la solicitud, eso sí, durante el periodo de examen de la solicitud no podrán acumularse los beneficios de la protección temporal con los del solicitante de asilo. Si finalizado el periodo de protección temporal la solicitud

³⁶³ Artículos 28 y 29 de la Directiva 2001/55/CE.

todavía no se ha tramitado, el examen deberá continuar hasta que se finalice, y por último, si la solicitud de asilo es denegada, el solicitante podrá continuar beneficiándose de la protección temporal por el tiempo que le quede.

Esta Directiva regula también las condiciones de regreso al país de origen ³⁶⁴, tanto en el caso en que se haya puesto fin a la protección, como durante el disfrute de la misma. El regreso podrá ser voluntario, durante el cual los Estados deberán velar para que se lleve a cabo dentro del respeto a la dignidad humana y con conocimiento de causa por parte de las personas que adoptan esta decisión. Una vez que la protección ha terminado y las personas han manifestado el deseo de volver a sus países de origen, los Estados podrán prorrogar la protección hasta el momento en el que efectivamente se lleve a cabo el regreso.

De otro modo, el regreso también podrá ser forzoso para las personas cuya protección temporal haya finalizado y no puedan optar por la admisión. En estos supuestos se respetará la dignidad humana y se tendrán en cuenta razones humanitarias que impidan el regreso al país de origen. En todo caso, no se procederá a la expulsión de aquellas personas que debido a su estado de salud no estén en condiciones de viajar, para las que se establecerán unas determinadas condiciones de residencia, como también se establecerán para las familias cuyos hijos estén escolarizados hasta que termine el periodo escolar.

El mecanismo de solidaridad establecido para fomentar el esfuerzo equitativo entre los Estados miembros a la hora de acogida de personas desplazadas, se basará tanto en la acogida de estas personas por los Estados como en el aspecto financiero. En el primero de los casos, el artículo 25 dispone que los Estados deberán acoger, con espíritu de solidaridad comunitaria, a las personas que puedan ser beneficiarias de la protección temporal, indicando su capacidad de acogida. Si la capacidad de acogida de los Estados que reciben a estas personas no es suficiente para hacer frente a la afluencia masiva, el Consejo estudiará la situación y podrá recomendar el otorgamiento de ayuda adicional a dichos Estados, regulándose el traslado de personas de un Estado miembro a otro, siempre con el consentimiento de estas personas, y una vez que el Estado al que se trasladan haya comunicado su disponibilidad de acogida ³⁶⁵.

El aspecto financiero de la solidaridad se pone de manifiesto en la utilización del Fondo Europeo para los Refugiados ³⁶⁶, que estudiaremos a continuación, y que será utilizado para llevar a cabo las medidas establecidas en esta Directiva.

³⁶⁴ Capítulo V de la Directiva 2001/55/CE.

³⁶⁵ Artículo 26 de la Directiva 2001/55/CE.

³⁶⁶ Creado mediante la Decisión 2004/904/CE.

En último lugar, se regula la cooperación administrativa entre los Estados miembros y la información de los mismos a la Comisión, y de ésta al Parlamento y al Consejo ³⁶⁷.

8. **NORMATIVA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 63.2B). EL FONDO EUROPEO PARA LOS REFUGIADOS**

En aplicación de lo establecido en el artículo 63.2 b), se crea el Fondo Europeo para los Refugiados mediante la *Decisión del Consejo de 2 de diciembre de 2004* ³⁶⁸, en la adopción de la cual participaron Reino Unido e Irlanda, pero no Dinamarca.

La finalidad de este fondo es la de apoyar y fomentar los esfuerzos realizados por los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas, así como en las consecuencias de dicha acogida.

Los grupos a los que estará destinada la acción consistirán en aquellas personas que disfruten o soliciten el otorgamiento de la condición de refugiado según lo establecido en la Convención de Ginebra, las personas que disfruten o soliciten la protección subsidiaria, y las personas que disfruten de protección temporal ³⁶⁹.

Pero para que la protección de estas personas sea apoyada por el Fondo se deberá llevar a cabo dentro de una serie de medidas que se referirán a las condiciones de acogida y procedimientos de asilo, a la integración de las personas cuya presencia en el territorio tenga carácter duradero o estable, y a la repatriación voluntaria si los beneficiarios de la protección internacional no han adquirido una nueva nacionalidad ni han salido del territorio de los Estados miembros, especificando la Decisión en cada uno de los casos en que consistirán dichas acciones. También se obtendrá el apoyo del Fondo para determinadas medidas de emergencia que se adoptarán en el caso de afluencia masiva de personas desplazadas ³⁷⁰.

Por otra parte, el artículo 8 prevé también la financiación de una serie de acciones comunitarias referidas a las medidas aplicables a los refugiados y personas desplazadas de carácter transnacional o interés comunitario.

³⁶⁷ Artículos 27 y 31 de la Directiva 2001/55/CE.

³⁶⁸ Decisión 2004/904/CE. DO L 381 de 28.12.2004 p. 52. El primer fondo se estableció mediante la Decisión 2000/596/CE del Consejo de 28 septiembre 2000 por la que se crea un Fondo Europeo para los Refugiados. DO L 252 de 6.10.2000. p. 12.

³⁶⁹ Artículo 3 de la Decisión 2004/904/CE.

³⁷⁰ Artículos 4 a 9 de la Decisión 2004/904/CE.

Para la aplicación de esta Decisión se establecen de manera exhaustiva cuales serán las responsabilidades tanto de la Comisión como de los Estados actuando individualmente, así como de la Comisión en cooperación con los Estados ³⁷¹.

La selección del proyecto que vaya a recibir los beneficios del Fondo corresponderá a la autoridad responsable, la cual vendrá designada por cada Estado miembro ³⁷², y se basará en los siguientes criterios: situación y necesidades del Estado miembro, la rentabilidad del gasto, la experiencia, conocimientos técnicos, fiabilidad y contribución financiera de la organización solicitante y cualquier otra organización asociada, y la complementariedad entre los proyectos y otras acciones financiadas por el presupuesto de la Unión o programas nacionales. Siendo por otro lado la Comisión la que, una vez examinada la propuesta del Estado sobre el programa anual, adopte la decisión de cofinanciación en la que se indique el importe asignado así como el periodo durante el cual el gasto será subvencionable ³⁷³.

La ejecución de la acción a la que se le ha otorgado la ayuda del Fondo se llevará a cabo por el Estado miembro que le corresponda, para lo cual se designará una autoridad responsable que será la encargada de administrar dicha acción y a la que la Comisión abonará la contribución, salvo en el caso de las acciones comunitarias, cuya aplicación corresponderá a la Comisión. Para la ejecución de dichas acciones se prevén programas plurianuales, de tres años de duración cada uno, que deberán ser propuestos a la Comisión por los Estados, y que una vez aprobados se desarrollarán mediante los programas de trabajo anuales.

La asignación de recursos consistirá en una cantidad fija asignada cada año a todos los Estados miembros, y el resto se repartirá proporcionalmente entre los Estados: el 70% proporcionalmente al número de solicitantes de protección internacional y de los que disfruten de protección temporal registrados en los últimos tres años, y el 30% restante en función de las personas admitidas como refugiados o que hayan obtenido protección subsidiaria ³⁷⁴.

El Capítulo IV recoge, mediante una regulación exhaustiva, la gestión y el control. En primer lugar la autoridad responsable deberá presentar a la Comisión una declaración final de gastos, en la que se garantice que los programas se aplican conforme a la normativa comunitaria y que los fondos se utilizan conforme a los principios de buena gestión financiera, poniendo la Comisión fin al programa y anulando los créditos en caso de que no se presente en el plazo establecido.

³⁷¹ Artículo 12 de la Decisión 2004/904/CE

³⁷² Artículo 14 de la Decisión 2004/904/CE

³⁷³ Artículo 16 de la Decisión 2004/904/CE.

³⁷⁴ Artículo 17 de la Decisión 2004/904/CE.

Por otra parte, el control financiero de las acciones y la prevención y corrección de irregularidades se llevará a cabo en primera instancia por los Estados, realizando estos mismos las correcciones financieras que fuesen necesarias ³⁷⁵, pudiendo la Comisión posteriormente asegurarse de la existencia del buen funcionamiento de los sistemas de gestión y control. Para ello, la Comisión podrá efectuar controles sobre el terreno, informando al Estado en cuestión a fin de obtener toda la ayuda necesaria, pudiendo también participar en dichos controles funcionarios o agentes del Estado miembro de que se trate. En el caso de que el Estado no haya ejecutado las acciones acordadas en su totalidad, la Comisión podrá suspender los pagos, y si terminado el plazo otorgado para efectuar las correcciones éstas no se han llevado a cabo, la Comisión podrá de nuevo, o bien reducir el pago o realizar ella misma las correcciones financieras suspendiendo el pago total o parcial de las contribuciones ³⁷⁶.

Por último, en cuanto al seguimiento y evaluación de las acciones, la Comisión llevará a cabo, junto con los Estados, un seguimiento periódico del Fondo, y por otra parte los Estados miembros presentarán anualmente a la Comisión un informe sobre la ejecución de las acciones y la declaración final de gastos ³⁷⁷. También la Comisión deberá presentar al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una serie de informes sobre los resultados obtenidos y los aspectos cualitativos y cuantitativos del Fondo, sobre la evaluación del fondo y propuesta de evolución y sobre una evaluación *a posteriori*, en 2007, 2009, y 2012 respectivamente ³⁷⁸.

³⁷⁵ Las correcciones financieras se llevarán a cabo cuando se constate una irregularidad teniendo en cuenta su carácter individual o sistémico, y consistirán en una supresión total o parcial de la contribución comunitaria, siendo la Comisión la que apruebe las normas y procedimientos aplicables. Artículo 25.2 de la Decisión 2004/904/CE.

³⁷⁶ Artículo 26 de la Decisión 2004/904/CE.

³⁷⁷ Los Estados deberán presentar un informe antes del 31 de diciembre de 2006 sobre la ejecución de las acciones, obligación que ya ha sido efectuada por los mismos, (vid. http://ec.europa.eu/justice_home/funding/2004_2007/refugee/funding_refugee_en.htm#) además de otros dos informes en 2009 y 2012 sobre los resultados y la repercusión de las acciones cofinanciadas. Artículo 28 de la Decisión 2004/904/CE.

³⁷⁸ Finalmente será necesario mencionar la Propuesta de la Comisión por la que se establece el Fondo europeo para los refugiados para el período 2008-2013 como parte del Programa general de solidaridad y gestión de los flujos migratorios. COM/2005/0123 final.

**ASILO Y REFUGIO EN EL FALLIDO TRATADO
CONSTITUCIONAL Y EN LOS FUTUROS TRATADO
DE LA UNIÓN EUROPEA Y TRATADO SOBRE
EL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Fue en la CIG de 17 y 18 de junio de 2004 donde finalmente quedó aprobado el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa³⁷⁹. El Tratado fue realizado por la Convención Europea creada por el Consejo Europeo de Laeken de 2001, y se le debieron realizar sucesivas modificaciones para obtener la conformidad de los Estados, no obteniendo fin a pesar de ello, la ratificación del mismo por todos ellos.

El no en los referéndums franceses³⁸⁰ y holandeses paralizó la entrada en vigor de dicho Tratado y llevó a los Estados a buscar vías y propuestas alternativas que permitieran salir de este estancamiento. A esta intención de avanzar de los Estados, se unió la Declaración de Berlín realizada con ocasión del quincuagésimo

³⁷⁹ Sobre le Tratado por el que se establece una Constitución para Europa vid. BURGORGUE - LARSEN, L. «Pourquoi une Constitution européenne?», *Revue des affaires européennes*, n.º 6, 2002, pp. 670-682; MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución Europea*, Madrid, Iustel, 2005, y «El rescate del Tratado Constitucional», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, N.º 17, 2007; MOLINA DEL POZO, C. F. (dir.), *La Constitución Europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005; MÉNDEZ DE VIGO, I., *El rompecabezas: así redactamos la Constitución Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005; ZILLER, J., *La nouvelle Constitution européenne*, París, La Découverte, 2005; LAMASSOURE, A., *Histoire secrète de la Convention européenne*, París, Albin Michel, 2004; DONAIRE VILLA, F. J., *La Constitución Europea y el acervo de Schengen*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002; RANDAZZO, V., «Comentaire de la Constitution de l'Union européenne», *Common Market Law Review*, n.º 4, 2006, pp. 1211-1213; ROLDÁN BARBERO, F. J., «El Derecho internacional y el Tratado Constitucional europeo», *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 8, 2004; ÚRREA CORRES, M., «Los procedimientos de reforma de los Tratados comunitarios y la entrada en vigor del Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, 2007;

³⁸⁰ Sobre el referéndum vid. CANTOS PADILLA, I. M., «El referéndum francés de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29 de mayo de 2005», *Revista de derecho político*, n.º 65, 2006, pp. 257-299.

aniversario de la firma de los Tratados de Roma, en la que se incluía el propósito de «dotar a la Unión Europea de fundamentos comunes renovados de aquí a las elecciones del Parlamento Europeo de 2009».

Finalmente la solución adoptada ha sido la de abandonar la idea de creación de un Tratado Constitucional optando por la reforma de los Tratados ya existentes ³⁸¹, de este modo, nos encontramos con el Tratado de la Unión Europea, que se mantiene con determinados cambios, y por otro lado con el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, que viene a sustituir al Tratado de la Comunidad Europea, y en el que queda incluido el nuevo ELSJ. Ambos tratados harán referencia a una única Organización Internacional: la Unión Europea.

El porqué del análisis de estos tratados en un mismo capítulo se debe principalmente a que aquello recogido en el Tratado Constitucional ³⁸² sobre el ELSJ parece estar previsto que pase a incorporarse, salvo modificaciones muy concretas, al Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, de este modo la regulación que del asilo se realizaba en el Tratado Constitucional será la misma que la que se realizará en el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, siendo por tanto objeto de análisis a continuación.

1. EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

El informe elaborado para la Convención por el Grupo de Trabajo sobre Libertad, Seguridad y Justicia ³⁸³, determinó la realización de dos reformas básicas a la hora de llevar a cabo el Tratado Constitucional.

La primera de estas reformas consistía en el establecimiento de un marco jurídico general común que reconociera las particularidades de este ámbito, de esta forma se superaría la estructura de pilares y sus efectos, recogiendo todas las disposiciones relativas a esta materia en un único Título. Por otro lado, el establecimiento de disposiciones en un único Título no tenía porqué significar la aplicación del mismo procedimiento en todos los ámbitos, el Grupo consideraba que se combinarían «elementos del método comunitario con mecanismos que en algunos ca-

³⁸¹ Vid. proyecto de Mandato de la Conferencia Intergubernamental (CIG). Conclusiones de la Presidencia. Bruselas 21/22 de Junio de 2007.

³⁸² Es necesario aclarar que en el proyecto de Mandato de la CIG no se realiza referencia alguna al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, sino a lo adoptado en la CIG de 2004. A pesar de ello hay que tener en cuenta que este Tratado ha existido y ha sido ratificado por 18 Estados, por lo que creemos debe ser estudiado tal y como fue concebido, incluida su denominación y numeración.

³⁸³ CONV 426/02

«... permiten mayor coordinación de la colaboración operativa en la Unión y la participación de los parlamentos nacionales»³⁸⁴.

La segunda reforma que el Grupo consideraba que debía llevarse a cabo era la «introducción, en la medida de lo posible, de una separación entre las tareas legislativas y las operativas». Establecía que debía distinguirse con claridad entre la legislación y la coordinación de la colaboración operativa de la Unión.

Siguiendo las indicaciones del Grupo de Trabajo, el ELSJ pasó a regularse en el Tratado Constitucional, en el que se habían eliminado los pilares, y que fue proyectado como una sola norma jurídica originaria³⁸⁵, regulación que se ha mantenido en el Mandato de la CIG, al sustituirse el Título IV del TCE, por el Capítulo IV del Tratado Constitucional, que recogía el espacio de libertad, seguridad y justicia.

De este modo y para comenzar a analizar esta nueva regulación, señalaremos que el artículo 2 TUE referido a los objetivos de la Unión³⁸⁶, y que pasará a ser artículo 3 según el Mandato, contiene en su apartado 2 el objetivo de ofrecer «a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia». Por tanto este objetivo que ya existe actualmente en el TUE, se volvió a recoger en el Tratado Constitucional³⁸⁷, y como ya hemos señalado se mantiene en la futura reforma de los tratados, lo que da muestra de la importancia del mismo para el desarrollo de la Unión.

Como hemos mencionado el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea viene a incorporar el Capítulo del Tratado Constitucional dedicado al ELSJ,

³⁸⁴ Este último se utilizaría en especial para el ámbito policial y de derecho penal.

³⁸⁵ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «El reparto de competencias en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «*La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*», Granada, 2003.

³⁸⁶ Sobre los valores y objetivos de la Unión MILLÁN MORO realiza una interesante distinción considerando que los «Valores constituyen las características propias que identifican a la Unión Europea, y los Objetivos en cambio son los logros que la Unión Europea debe afianzar en algunos casos y en otros conseguir». MILLÁN MORO, L., «El Tratado Constitucional: un nuevo marco político y jurídico de la Unión Europea», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2005. pp. 213-276.

³⁸⁷ Es necesario señalar que el Tratado Constitucional la redacción de este objetivo se diferenciada la recogida en el TUE ya que el artículo I-3.2 establecía que «la Unión ofrecerá a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y un mercado único en el que la competencia sea libre y no esté falseada». Por tanto no se especificaban aspectos que si bien forman parte del ELSJ, parece que se entendían incorporados, además de ponerse en relación con la libre competencia.

por tanto analizaremos la regulación que de esta materia se realiza en el Capítulo señalando además las modificaciones que se prevén introducir según lo previsto en el Mandato.

En primer lugar nos referiremos al artículo III-257 que comienza por establecer el respeto a los derechos fundamentales y a las tradiciones y sistemas jurídicos de los Estados miembros. Aspecto este último de enorme importancia cuando una de las finalidades de esta materia es la armonización de legislaciones, por lo que se está poniendo de manifiesto que para llevarla a cabo se tendrán muy en cuenta y se analizarán las características de la regulación propia de cada Estado, intentándose a partir de ese análisis alcanzar normas que satisfagan a todos.

Los distintos elementos que componen el ELSJ son definidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo III-257. De este modo, en relación con la libertad se establece que se garantizará la ausencia de controles en las fronteras interiores, desarrollándose junto a esto una política común de asilo, inmigración y control de fronteras exteriores, que constituirían las anteriores medidas de acompañamiento. La seguridad estará garantizada mediante medidas de prevención y lucha contra la delincuencia, el racismo y la xenofobia, además se establecerán medidas de coordinación y colaboración entre las autoridades competentes de los Estados miembros, y el reconocimiento de las resoluciones judiciales penales, llegando a la aproximación de legislaciones penales si fuese necesario. Y por último, la justicia vendrá garantizada mediante el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.

En esta sección 1 del Capítulo IV del Tratado Constitucional, el artículo III-258 introduce un elemento nuevo al establecer cuales serán las funciones del Consejo Europeo –que será transformado según el Mandato en una institución– dentro del ELSJ, y que consistirán en la programación legislativa y operativa del mismo. Esta inclusión es considerada como una novedad debido a que en la regulación actual no se hace mención expresa al Consejo Europeo ³⁸⁸, ni en el ámbito comunitario ni en el de cooperación, por lo que le es únicamente de aplicación la regulación general contenida en el artículo 4 TUE, que establece que al Consejo Europeo le corresponde dar a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definir las orientaciones políticas generales.

Se recoge el papel de los parlamentos nacionales, estableciendo su función de velar por el respeto al principio de subsidiariedad en los ámbitos de la cooperación judicial penal y policial ³⁸⁹, añadiéndose además en el proyecto de Mandato que participarán «en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la

³⁸⁸ Sólo en relación con la cooperación reforzada en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, artículo 40 TUE.

³⁸⁹ Artículo III-259.

Unión en dicho espacio (...), e intervendrán en la supervisión política de Europol y en la evaluación de las actividades de Eurojust».

Por otra parte, los Estados junto con la Comisión realizarán una evaluación objetiva e imparcial sobre la aplicación de las disposiciones recogidas por el Tratado Constitucional que desarrollan el ELSJ ³⁹⁰.

Para la intensificación y el fomento de la cooperación operativa y la coordinación de las autoridades competentes de los distintos Estados miembros en materia de seguridad interior, el artículo III-261 prevé la creación de un Comité permanente en el seno del Consejo de Ministros. En este Comité podrán participar representantes de los organismos y agencias de la Unión afectados, informándose del resultado de los trabajos al Parlamento Europeo y a los parlamentos nacionales. Dicho Comité de nueva creación será distinto del COREPER, ya que sus funciones serán diferentes y estarán relacionadas exclusivamente con el ámbito del ELSJ y la seguridad interior.

También se regula la cooperación administrativa entre los servicios de los Estados miembros, y entre estos servicios y la Comisión ³⁹¹.

La regulación del ELSJ en el Tratado Constitucional también incluye la excepción de aplicación recogida por el artículo 64 TCE y en el artículo 33 TUE, por lo que la competencia comunitaria vendrá limitada por las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de orden público y salvaguarda de la seguridad interior ³⁹².

Por último, el artículo III-264 señala que los actos previstos en materia de cooperación judicial penal y la cooperación policial, se adoptarán a propuesta de la Comisión o por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros.

En relación con las materias relacionadas con el ELSJ, éstas vienen divididas en cuatro secciones consistentes en: Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (sección 2, artículos III-265 a III-268); Cooperación judicial en materia civil (sección 3, artículo III-269 ³⁹³); Cooperación judicial en materia penal

³⁹⁰ Artículo III-260.

³⁹¹ Artículo III-263.

³⁹² Artículo III-262, al que en el Mandato se le añade un segundo párrafo según el cual «los Estados miembros tendrán la posibilidad de organizar entre ellos y bajo su responsabilidad formas de cooperación y coordinación en la medida en que lo estimen apropiado, entre los departamentos competentes de sus administraciones responsables de la protección de la seguridad nacional», por tanto, la seguridad nacional queda en manos de los Estados.

³⁹³ Cuyo párrafo tercero es también modificado por el Mandato para excluir en primer lugar las referencias a la ley y ley marco europea, ya que dicha denominación es definitivamente eliminada, y en segundo lugar para hacer una referencia a la participación de los parlamentos nacionales, permitiendo que en caso de que un de ellos manifieste su oposición a una propuesta sobre una decisión relativa a Derecho de familia con implicaciones transfronterizas, dicha decisión no sea adoptada.

(sección 4, artículos III-270 a III-274)³⁹⁴, y Cooperación policial (sección 5, artículos III-275 a III-277)³⁹⁵.

La cooperación judicial civil se basará en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales, además de en la aproximación de legislaciones. Esta cooperación tendrá como finalidad además de garantizar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales, la notificación y el traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la compatibilidad de las normas aplicables en caso de conflicto de jurisdicción, la cooperación para la obtención de pruebas, el buen funcionamiento de los procedimientos civiles, el desarrollo de métodos alternativos de solución de litigios y el apoyo a magistrados y personal de la administración. De este modo se han ampliado las materias de este ámbito que se encuentran recogidas en el artículo 65 TCE, como recoge DEL VALLE GÁLVEZ, este sector ha sido «redimensionado y completado como un sector autónomo y estructural del ELSJ»³⁹⁶.

La cooperación judicial penal, que también estará basada en el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales y en la aproximación legislativa, centrará su actuación en el establecimiento de normas relacionadas con el procedimiento penal, entre las que se incluyen normas mínimas sobre la admisibilidad de pruebas, los derechos de las personas durante el procedimiento y otros elementos específicos, además de los derechos de las víctimas; el establecimiento de normas mínimas para la definición de las infracciones penales y las sanciones; la prevención del delito; la definición de las funciones del Eurojust, así como el modo en que serán definidos su estructura y funcionamiento; y por último, en el establecimiento

³⁹⁴ Como en el caso de la cooperación judicial civil, aquí también se introducen modificaciones, concretamente en los párrafos 3 y 4 de los artículos III-270 y III-271, con la intención de eliminar las referencias a la ley y ley marco, además de realizar alguna modificación en cuanto al sistema de adopción de decisiones que quedaría del siguiente modo: «Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva (...) afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el Proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario». «Si no hay acuerdo dentro del mismo plazo, y al menos un tercio de los Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento, al Consejo y a la Comisión. En tal caso la autorización para iniciar la cooperación reforzada (...) se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada».

³⁹⁵ En este caso las modificaciones consistirán en añadir a los artículos III-274 y III-275, el párrafo recogido en la nota anterior, con la salvedad de que el procedimiento será de aplicación en caso de falta de unanimidad en el Consejo y cuando un grupo de al menos un tercio de los Estados miembros lo solicite.

³⁹⁶ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «El reparto de competencias...», op. cit. p. 177.

de una Fiscalía Europea. En este caso como en el anterior, se amplían las competencias y materias en este sector en relación con las recogidas en el artículo 31 TUE.

Y para finalizar con las distintas materias reguladas, la cooperación policial incluirá la colaboración de las autoridades competentes de los Estados miembros en materia de seguridad interior, la determinación de las funciones de Europol, y la intervención de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.

Por último mencionar que en relación con la posición de Reino Unido e Irlanda, a pesar de que el Tratado Constitucional incorporaba un nuevo Protocolo con algunos cambios, finalmente la opción recogida por el Mandato será la de mantener el Protocolo de 1997 pero ampliando su ámbito de aplicación a los Capítulos sobre cooperación judicial en materia penal y sobre cooperación policial, quedando también la puerta abierta a su aplicación a las medidas constitutivas de Schengen y las modificaciones de las medidas ya existentes.

2. EL ASILO Y REFUGIO

El Grupo de trabajo sobre el ELSJ realizó también un examen acerca de la situación de la regulación del asilo en la Unión en relación con los objetivos marcados en el Convenio Europeo de Tampere, llegando a la conclusión de que los avances en relación con los objetivos a corto plazo ³⁹⁷ habían sido lentos debido especialmente al problema de la exigencia de la unanimidad para la adopción de normas, ya que, como recogía SIPALA, incluso en los casos en los que los acuerdos parecían claros, los Estados habían utilizado su poder para posponer o bloquear medidas, forzando acuerdos en el último minuto en detrimento de la coherencia y finalidad de las medidas ³⁹⁸. El Grupo de Trabajo también planteó dudas acerca de la consecución del objetivo a largo plazo ³⁹⁹, y señalaba que la redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 63 TCE no eran coherentes con lo establecido en Tampere.

Así, el Grupo de Trabajo formuló tres recomendaciones a tener en cuenta a la hora de facilitar la obtención de los objetivos establecidos en relación con esta ma-

³⁹⁷ Los objetivos a corto plazo eran, como ya señalamos, la determinación clara y viable del Estado responsable de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de solicitantes de asilo, la aproximación de normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado y la adopción de medidas relativas a las formas de protección subsidiaria.

³⁹⁸ SIPALA, F., «The Convention on the Future of Europe and the Delivery of an Area of freedom, Security and Justice». *ERA-Forum* 4-2002, p. 205.

³⁹⁹ El objetivo a largo plazo era el establecimiento de un procedimiento de asilo y un estatuto uniforme válido para toda la Unión.

teria. En primer lugar, consideraba que debía ser de aplicación el voto por mayoría cualificada y la codecisión en la adopción de la legislación en esta materia. En segundo lugar, señalaba la necesidad de reformular los apartados 1 y 2 del artículo 63 TCE, de manera que se creara una base jurídica que permitiera la adopción de medidas para conseguir el objetivo del establecimiento de un sistema común de asilo. Y en último lugar, establecía que debía consagrarse el principio de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidad entre los Estados miembros.

Partiendo de los resultados del Grupo de Trabajo, la política de asilo se reguló en el Tratado Constitucional en el artículo III-266. Esta regulación establecida en el Tratado Constitucional será la que sustituya en la futura reforma de los Tratados a aquella recogida en el Título IV del TCE, sin que, según se desprende del Mandato, se produzca modificación alguna. De este modo a la hora de estudiar esta materia, y a falta de la nueva estructuración y numeración, nos referiremos, como en el caso anterior, a aquella recogida en el Tratado Constitucional.

El apartado primero del artículo III-266 establece el desarrollo de una política común en materia de asilo y protección temporal, recogiendo por tanto dos categorías principales de protección internacional. La primera de ellas será otorgada mediante un estudio individual de las demandas y la segunda, será otorgada de manera general a grupos de personas necesitadas de protección, sin que por tanto se realicen demandas individuales. Mediante esta política se pretende ofrecer un estatus apropiado a todos aquellos que estén necesitados de protección internacional y garantizar el respeto al principio de *non refoulement*.

El apartado 1 señala además, que esta política deberá ajustarse a lo establecido en la Convención de Ginebra de 1951 y al Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, y a lo establecido en los demás tratados que sean de aplicación en esta materia. Esta remisión a la Convención y al estatuto de refugiado podría llevar a pensar que se produce de nuevo una identificación entre el asilo y este estatuto, limitándose por tanto a otorgar protección únicamente en los casos recogidos por la Convención, y limitándose de este modo la amplitud del concepto y de la protección otorgada por el asilo. Pero la solución adoptada por este artículo es más amplia, ya que el apartado segundo del mismo recoge el establecimiento, mediante leyes o leyes marco europeas –las cuales como ya hemos mencionado desaparecen en la nueva reforma–, de un sistema europeo común de asilo, dando cumplimiento a lo establecido en Tampere, y dentro del cual estarán incluidas distintas formas de protección internacional.

Por tanto, el sistema europeo común de asilo incluirá en primer lugar, un estatuto uniforme de asilo a favor de nacionales de terceros países y válido para toda la Unión, tal y como recogen las conclusiones de Tampere. Esta redacción del artículo es más acorde con la finalidad perseguida, ya que en este caso no se hace mención al establecimiento de normas mínimas que recogía el artículo 63.1 c) TCE, y

que impedirían la realización de un estatuto común e idéntico para todos los países, debido a que, como señalábamos, la posibilidad de que los Estados pudieran otorgar normas más favorables impediría la uniformidad y no acabaría con los movimientos secundarios de personas.

De otro modo, esta redacción del artículo habla de estatuto de asilo, y no de refugiado como recogen el artículo 63.1 c) TCE. En este sentido la redacción vuelve a ser también más coherente con el resto del articulado, que se refiere a la protección dispensada por el asilo y no hace mención alguna al refugiado, además de ser más clara que la realizada en el TCE, ya que éste otorgaba el estatuto de refugiado al solicitante de asilo si se cumplían los requisitos, produciéndose de este modo una confusión entre el asilo y el refugio que, a pesar de la tendencia actual a la equiparación, constituyen dos tipos de protección distintos.

Parece sin embargo, que en la redacción realizada por el Tratado Constitucional, a pesar de no producirse en apariencia esa confusión entre el asilo y refugio, sí se lleva a cabo una identificación del estatuto de refugiado con el de asilo, debido a que posteriormente regula específicamente los distintos tipos de protección que otorga el asilo, pareciendo reducir por tanto este estatuto de asilo a la protección dispensada por el estatuto de refugiado, el cambio se produce por tanto en la denominación para adecuarlo al artículo, pero no en el contenido.

En segundo lugar, el apartado 2 a) del artículo III-266 recoge la elaboración de un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo ⁴⁰⁰, necesiten de protección internacional. En este caso se otorga protección a aquellas personas que no cumplen los requisitos para obtener el estatuto de asilo, y que según lo establecido con anterioridad, consistirán en los mismos requisitos que los establecidos en la Convención de Ginebra para la obtención del estatuto de refugiado. Este tipo de protección ya viene recogida, aunque de manera menos explícita, en el artículo 63.2 a) TCE, cuando se otorga protección temporal a «las personas que por otro motivo necesitan de protección internacional». En este caso se ha separado de la protección temporal y se ha establecido como una protección distinta y autónoma pero dentro del sistema de asilo, además de eliminarse la referencia a una regulación mediante normas mínimas. En todo caso, parece lógico que si se ha eliminado la referencia a la protección temporal y si se trata de personas que se encuentran en la misma situación, aunque por

⁴⁰⁰ Expresión que como bien señala MORÁN ROSADO, es por primera vez incluida en un instrumento jurídico lo nos permite considerarla como «una institución asumida plenamente como propia de la Unión». MORÁN ROSADO, M. J., «Reflexiones en torno a la inclusión del derecho de asilo en el proyecto de tratado por el que se instituye una constitución para Europa», Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXII, 2004, pp. 115-132.

motivos distintos, que aquellas a las que se les otorga el asilo, debiera otorgársele a éstas una protección similar a la otorgada a los beneficiarios del estatuto de asilo.

La letra c) de este artículo hace referencia al establecimiento de un sistema común para la protección temporal de personas desplazadas en caso de llegada masiva. A diferencia de lo que recogía el artículo 63.2 a) TCE, y como en los casos anteriores, no se hace mención a una regulación de mínimos, más bien al contrario, ya que se apuesta por un sistema común, una regulación mucho más amplia que incluiría no sólo un conjunto de normas para proteger a estas personas, entendiéndose por tales las que otorgarían una serie de derechos a las mismas para poder disfrutar de la protección, sino también el establecimiento de normas que permitan hacer frente a los problemas que pueden suponer para los Estados esta afluencia masiva y que pueden afectar sin duda, al grado de protección otorgado por los países. Este sistema recogería por tanto las medidas provisionales que debería adoptar la Unión a favor de los Estados, la regulación de la solidaridad entre los mismos, la regulación del Fondo para los Refugiados, además de todas aquellas medidas que fueran necesarias para hacer frente a estas situaciones y garantizar la capacidad de respuesta de los Estados y la protección de las personas.

La asimilación que anteriormente considerábamos necesaria entre el estatuto de asilo y la protección subsidiaria se pone de manifiesto en la letra d) del apartado 2 del artículo III-266, cuando regula la adopción de procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto de asilo o de protección subsidiaria. La regulación recogida en el TCE en el artículo 63.1 d) se refiere al establecimiento de normas mínimas, y en relación con el estatuto de refugiado, pero el Tratado Constitucional realiza una ampliación, ya que no sólo se refiere al estatuto de asilo, que como hemos dicho sustituye al de refugiado, sino que también hace referencia al estatuto de protección subsidiaria, de la cual únicamente se regulan actualmente normas mínimas para la concesión de la protección. Por tanto, se establecerá un único procedimiento para toda la Unión, en el que tanto los solicitantes de asilo como los de protección subsidiaria disfrutarán de los mismos derechos durante el procedimiento ⁴⁰¹, independientemente del país donde se lleve a cabo.

Los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable del examen de la solicitud de asilo, han sido recogidos mediante el Reglamento 343/2003 ⁴⁰² y son de aplicación a todos los Estados miembros. Esto supone una clarificación del sistema dentro de la Unión, que en principio estaría acorde con lo establecido en la letra e) del apartado 2 del artículo III-266, siendo únicamente necesario incluir la

⁴⁰¹ Procedimiento este que venía establecido en las conclusiones del Consejo de Tampere como objetivo a largo plazo.

⁴⁰² Reglamento (CE) 343/2003 del Consejo.

aplicación de este procedimiento en la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección subsidiaria. Vuelve a aparecer de nuevo esta equiparación entre los dos tipos de protección, el estatuto de asilo y la protección subsidiaria.

En situación parecida a la anterior nos encontramos en relación con la adopción de normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo y protección subsidiaria, recogidas en el artículo III-266.2 f). En este caso ya existe una normativa que regula las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo, debiéndose ampliar su aplicación a los solicitantes de protección subsidiaria. Pero a diferencia del caso anterior, nos encontramos con que esta regulación normativa es una regulación de mínimos, como establece el artículo 63.1 b) TCE, y el Tratado Constitucional hace referencia al establecimiento de una normativa amplia y común a todos los Estados, eliminándose de este modo uno de los elementos que contribuyen a los movimientos secundarios de personas, por lo que será necesario realizar una ampliación de la regulación existente.

La letra g) del apartado 2 del artículo III-266 introduce una importante novedad, consistente en la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal, que si bien no había sido recogida por el TCE en la regulación del asilo, sí se hacía mención a la misma en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere y en el Programa de la Haya.

En ambos Programas, se establecía una cooperación con los países de origen y tránsito, que aplicado a este caso probablemente debería referirse únicamente a los países de tránsito, ya que parece difícil que un Estado que no garantice la seguridad de un nacional vaya a colaborar con otro Estado que pretende ponerlo a salvo, excepto en el caso de que se trate de situaciones en las que si bien el Estado quisiera garantizar dicha protección, no se encuentre en condiciones de hacerlo y sí colaboraría para que actuara otro Estado. La cooperación con los países de origen y tránsito podría basarse también en la asistencia para promover el retorno voluntario y ayudar a los países a cumplir sus obligaciones de readmisión, siempre claro está, que hayan cesado las circunstancias que pusieron en peligro a estas personas y que justificaron el otorgamiento de protección internacional. En este sentido, las conclusiones de Tampere señalaban que el Tratado de Ámsterdam otorgó a la Comunidad competencias en materia de readmisión, que en el nuevo Tratado Constitucional pasan a la Unión, y se insta a que se celebren acuerdos sobre esta materia con países terceros.

El apartado 3 del artículo III-266 contiene la cláusula de emergencia que ya recogía el artículo 64.2 TCE, pero con algunas modificaciones. Esta nueva regulación establece que para hacer frente a estas situaciones, el Consejo adoptará la normativa necesaria, previa consulta al Parlamento Europeo, manteniéndose el derecho

de iniciativa de la Comisión. De este modo se materializan las peticiones que se habían realizado a favor de una mayor participación y un mayor control parlamentario en esta materia. A diferencia también de la regulación anterior, no se establece un plazo máximo de aplicación de las medidas adoptadas, por lo que se entiende que éstas duraran el tiempo que se considere necesario para hacer frente a la situación de emergencia.

Es importante señalar la eliminación de la referencia a la excepción del mantenimiento del orden público y la seguridad interior que recoge el artículo 64.2 TCE, ya que como dijimos cuando estudiamos esta materia con anterioridad⁴⁰³, la redacción del artículo, «sin perjuicio del apartado 1», podría permitir a los Estados optar por un régimen de excepcionalidad u otro según los intereses de los Estados en cada momento.

Para llevar a cabo todas estas previsiones será necesario modificar y ampliar la normativa desarrollada hasta el momento, ya que además de que ésta última realiza una regulación de mínimos tal y como establece el TCE, también se refiere sólo a algunos aspectos de la protección internacional, como el caso de las normas que regulan el asilo, pero no la protección subsidiaria.

Para realizar estos cambios el Tratado Constitucional optó por las leyes o leyes marco europeas, lo que suponía principalmente la adopción de decisiones por mayoría cualificada, dejando a un lado la unanimidad. A pesar de la eliminación de esta denominación normativa por el Mandato, consideramos que la adopción de decisiones mediante el sistema de mayorías seguirá siendo de aplicación en esta materia una vez llevada a cabo la próxima reforma, al estar prevista la ampliación de este sistema a más ámbitos. De este modo se da aplicación a las recomendaciones del Grupo de Trabajo que apostaban por la incorporación de la codecisión y de la mayoría cualificada en materia de asilo, refugiados y personas desplazadas, y que permitiría avanzar en la consecución de los objetivos previstos, tanto en Tampere como en el programa de la Haya, y difíciles de alcanzar mediante la regla de la unanimidad, especialmente ahora con veintisiete Estados.

En relación con el control efectuado por el Tribunal de Justicia, hay que señalar que a esta materia le serán de aplicación todos aquellos procedimientos de que disponga el Tribunal para garantizar la correcta aplicación del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, ya que en el articulado que regula la materia del asilo no se hace mención alguna a un determinado procedimiento, por lo que serán de aplicación las normas generales que rigen la actuación del Tribunal.

En cuanto a las futuras modificaciones que se realizarán al Tribunal, podemos señalar que el Mandato recoge que los cambios institucionales recogidos en el Tra-

⁴⁰³ Vid. Capítulo III apartado 2. A. b.

tado Constitucional serán incorporados en los nuevos TUE y Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea. Por tanto si tenemos en cuenta que la regulación recogida en el TCE señala que en esta materia será de aplicación la cuestión prejudicial, pero pudiéndose plantear únicamente por un tribunal cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso ⁴⁰⁴ y siempre que el tribunal lo considere necesario para emitir su fallo ⁴⁰⁵, en el caso de la nueva regulación establecida por el Tratado Constitucional, al serle de aplicación la normativa general, la cuestión será planteada obligatoriamente cuando se trate de un tribunal cuyas decisiones no puedan ser objeto de recurso, permitiéndose por otro lado al tribunal que decida plantearla o no según lo considere necesario para emisión del fallo, en el caso de que sus decisiones sí sean susceptibles de recurso ante instancias superiores.

Otra diferencia en cuanto a la regulación de la competencia del Tribunal entre el TCE y el Tratado Constitucional, se centra en la excepción de control por parte del Tribunal de las medidas o decisiones adoptadas en relación con el mantenimiento del orden público y la seguridad interior ⁴⁰⁶. Ya que, mientras que el TCE establece esta excepción para todos los ámbitos recogidos en el Título IV TCE, por lo tanto también para el asilo, el Tratado Constitucional reduce esta excepción al ejercicio de las competencias en materia de cooperación judicial penal y cooperación policial ⁴⁰⁷.

4. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN

En último lugar, será interesante realizar una mención a la Carta de Derechos Fundamentales ⁴⁰⁸ que fue incluida en el Tratado Constitucional, y que finalmente quedará fuera de los Tratados según lo establecido en el Mandato.

⁴⁰⁴ Artículo 68.1 TCE.

⁴⁰⁵ Recurso sobre el que, como ya señalamos, existían dudas acerca de su obligatoriedad, *vid.* p. 49.

⁴⁰⁶ El artículo 68.2 TCE mantiene también esta excepción en relación con la ausencia de controles en las fronteras interiores.

⁴⁰⁷ Artículo III-377. Este artículo limita también la competencia del Tribunal para comprobar la validez o proporcionalidad de las operaciones realizadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro.

⁴⁰⁸ Sobre la Carta de derechos Fundamentales *vid.* CARRILLO SALCEDO, J. A., «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 9, 2001, pp. 7-26; BERRAMDANE, A., «Les droits fondamentaux dans la Constitution Européenne», *Revue de droit de l'Union Européenne*, n.º 3, 2003, pp. 613-646; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La protección de los derechos fundamentales en la UE: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza», *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 6-7, 2000-2001, pp. 387-428;

Según este Proyecto se realizará una referencia cruzada a la Carta, que consistirá en sustituir el actual art. 6 TUE por el siguiente texto: «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000», tal y como fue adoptada en la CIG de 2004, «que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». A este nuevo artículo 6 está previsto que se le unan dos declaraciones: una realizada por la CIG relativa al carácter jurídico vinculante de la Carta así como a su aplicación únicamente al Derecho de la Unión; y la segunda realizada por Polonia, que limita la afección de la Carta al desarrollo legislativo de los Estados miembros en materia de moral pública, derecho de familia, protección de la dignidad humana y respeto a la integridad física y moral. Declaración esta última de escaso valor jurídico, y que parece un sinsentido al imponer límites a la Carta en materias que forman parte esencial de los Derechos Fundamentales, por lo que de ser así, no pocos artículos quedarían sin aplicación ⁴⁰⁹. Por último, junto a esta Declaraciones también nos encontraremos con un Protocolo que precisará determinados aspectos de aplicación de la Carta a Reino Unido ⁴¹⁰.

Por lo que se refiere al asilo, la Carta garantiza, en artículo II-78 ⁴¹¹, el derecho de asilo «dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con la Constitución». El artículo II-79 también establece la protección contra las expulsiones colectivas y contra la expulsión, devolución o extradición a un Estado en el que corra peligro de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos y degradantes.

FONSECA MORILLO, F. J., «Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea: situación jurídico-política tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión» *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n.º 53, 2001; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; HERRERO DE LA FUENTE, A. (edit.), *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar*, Zamora, Fundación Rei Afonso Henriques, 2003; MAYER, F. C., «La Charte européenne des droit fondamentaux et la Constitution européenne», *Revue du marche commun et de l'union Européenne*, n.º 471, 2003, pp. 1253-1258; RUIZ MIGUEL, C. (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

⁴⁰⁹ Para un sucinto análisis sobre la Declaración y su relación con la Carta y el Convenio Europeo de Derechos Humanos vid. VIDAL FOLCH, X., «Rapto y Rescate de Europa. Prohibido perseguir a los homosexuales o restablecer la pena de muerte», *El País*, 8 de julio de 2007, Sección Internacional, pp. 7-8.

⁴¹⁰ Mediante este protocolo, Reino Unido pretende principalmente eliminar cualquier posibilidad de que la Carta sea aplicada en relación con su legislación nacional.

⁴¹¹ Señalamos en este caso de nuevo que a falta de la nueva numeración recogeremos aquella establecido en el Tratado Constitucional.

En este caso, a diferencia de lo recogido en el resto de normas internacionales que afectan al asilo, se está reconociendo un derecho a favor de las personas que se encuentren en situaciones que pueden dar lugar al otorgamiento de esta protección, y creándose por tanto una obligación para la Unión de acoger a dichas personas ⁴¹².

La regulación que del asilo se realiza en el artículo II-78 parece estar limitada a lo establecido en la Convención de Ginebra, por lo que en principio podría entenderse que solamente en los casos en los que esta Convención otorgue el estatuto de refugiado, la Unión estaría obligada a otorgar la protección de asilo, quedando fuera otros tipos de protección internacional, así como la protección a las personas desplazadas. Pero esta interpretación no sería del todo correcta, ya que el último párrafo del artículo II-78 recoge que la protección se otorgará también «de conformidad con la Constitución», por lo tanto la protección recogida en el artículo III-266, será parte de este artículo II-78 y considerada de este modo como un derecho fundamental, lo que, en caso de mantenerse esta fórmula, y trasladado a la futura reforma, incluiría toda la regulación del asilo recogida en el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea.

Por último también debemos tomar en consideración la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la interpretación que de estos derechos se haga por el Tribunal de Estrasburgo, ya que el Mandato recoge que al Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea se añadirá el acuerdo de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴¹² FERNÁNDEZ SOLA señala como elemento principal el reconocimiento de una obligación para la Unión, ya que considera que «la UE no procede a declarar o reconocer derechos en abstracto a cualquier persona de cualquier país del mundo sino a afirmar claramente las obligaciones que incumben a las instituciones, e indirectamente a los Estados miembros, respecto de los mismos». FERNÁNDEZ SOLA, N., «Valores e intereses en la protección de los derechos humanos...», op. cit. pp. 227-228.

CONCLUSIONES

1. El problema de los refugiados y de las personas necesitadas de protección internacional ha sido una constante presente a lo largo de la historia, y al que se le han intentado otorgar soluciones desde distintos ámbitos, tanto nacionales como internacionales.

La adopción de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados supone sin duda un gran avance sobre la materia, pudiéndose incluso considerar, en aquel entonces, como el comienzo de una regulación de carácter internacional sobre la situación de las personas necesitadas de protección internacional. Pero el resultado no ha sido éste, más de cincuenta años después de la adopción de dicha Convención, los avances en esta materia en el campo del Derecho Internacional general dejan mucho que desear.

Partiendo del hecho de que la Convención ha quedado en algunos aspectos obsoleta, especialmente en cuanto a la determinación de las circunstancias en las que se debe encontrar la persona para ser beneficiario de dicha protección, podemos también afirmar que, aparte de la Declaración sobre el Asilo de Naciones Unidas –que recordemos, no es obligatoria–, no se ha adoptado ningún otro instrumento de importancia sobre la materia, manteniéndose de esta manera sin solución los defectos que contienen los ya existentes, y sin adoptar aquellas normativas que vendrían a complementar las carencias que se aprecian en los primeros ⁴¹³.

Evidentemente el problema principal se encuentra en la voluntad de los Estados a la hora de llevar a cabo dicha regulación. Y es que, es probable que dichos

⁴¹³ Debido a esta situación ACNUR ha lanzado un proyecto de consultas globales con tres objetivos: reafirmar la vigencia y relevancia de la Convención de Ginebra, reconciliar las distintas interpretaciones de la Convención, y desarrollar nuevos instrumentos. , L., «El proceso de consultas globales sobre revitalización de la protección de los refugiados», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p.15.

Estados no sólo no quieren, sino que no puedan adoptar el mayor grado de compromiso que supone la elaboración de dicha normativa de carácter internacional, ya que el problema de los refugiados o asilados y su acogida en el territorio de un Estado, no sólo tiene consecuencias sobre las normas que regulan la entrada de extranjeros en el territorio del mismo, y que suponen por otra parte una importante manifestación de su soberanía, sino que afecta también a aspectos relacionados con las prestaciones sociales, políticas de empleo, integración de estos extranjeros en la comunidad, etc., de ahí también las reticencias de los Estados a la adopción de una normativa internacional que incida sobre estos aspectos tan concretos y complejos de la normativa interna de los mismos, ya que puede que éstos no se encuentren preparados para hacer frente a las exigencias que supone dicha regulación. Por otro lado, se debe tener en cuenta las diferentes concepciones que sobre el asilo especialmente, y sobre la protección que se les deba conceder a los beneficiarios del mismo, existen en los diferentes Estados, unos más garantistas que otros en cuanto a derechos, beneficios sociales o aceptación de extranjeros.

Esta falta de avances se manifiesta también mediante un retroceso en cuanto a lo que a protección se refiere. Como establecíamos en el capítulo segundo de este trabajo, el derecho de asilo supone una protección mayor que la del otorgamiento de la condición de refugiado, y mediante la tendencia actual a la identificación de las dos figuras, consistente en que la protección otorgada mediante el estatuto de refugiado se considera la manifestación práctica de la concesión del asilo, se está eliminando una figura autónoma y diferente que conllevaba un mayor grado de protección. Un ejemplo de esto lo encontramos en la legislación española, adoptada de este modo para adaptarse a las exigencias europeas.

De otro modo, sí es importante señalar la mayor sensibilidad en las sociedades actuales en relación con el problema de los refugiados. Los avances en comunicación e información, y por tanto también la globalización, han llevado a nuestras casas imágenes terribles de personas huyendo de situaciones extremas, además de la existencia de numerosas campañas de sensibilización llevadas a cabo tanto por ACNUR como por ONGs. Estos hechos han provocado que los ciudadanos exijan a sus gobiernos que tomen partido, viéndose los mismos obligados a adoptar compromisos mayores en relación con dichas personas necesitadas de protección, lo que quizá pueda llevar en un futuro a una reactivación de la adopción de normativas internacionales sobre la materia, regulación que actualmente se está llevando a cabo, y con mayor éxito, en ámbitos regionales.

2. Si nos pidieran que utilizáramos una única palabra para definir todo el sistema sobre el que está basado el ELSJ, no iríamos muy desencaminados si dijéramos que dicha palabra es la *complejidad*.

Esta complejidad que caracteriza al sistema se debe a que el mismo está formado por un conjunto de materias que tienen una regulación diferente, no sólo según el Pilar o Título en que se encuentren, sino también entre aquellas se encuentran reguladas dentro del mismo. Esta heterogénea regulación se basa en diferentes procedimientos para la adopción de decisiones; diferentes competencias de las instituciones, especialmente en relación con el TJCE que se encuentra más o menos limitado según la materia; diferentes actos para desarrollarlas; diferentes obligaciones para los Estados en relación con las mismas; y un largo número de especificidades y excepciones que hemos apuntado en este trabajo, y que hacen verdaderamente complicado el conocimiento y entendimiento del sistema.

Es cierto que el desarrollo del ELSJ no es tarea fácil debido a la estrecha conexión existente entre su contenido y la soberanía de los Estados. Esta situación ha provocado la reticencia de los mismos a la hora de avanzar, optándose por la búsqueda e invención de formulas que permitieran conciliar el interés de los Estados por mantener un control sobre la materia, y el interés de la Unión en regular ámbitos que afectan de manera general a los Estados y a la propia Unión, y que requieren por tanto una respuesta común.

A pesar de los problemas mencionados anteriormente, son reseñables los avances logrados en la materia, y que tienen como punto de partida y quizás como motor, el objetivo del establecimiento de la libre circulación de personas. Han sido los elementos conexos al establecimiento de esta libertad los que han llevado a una mayor regulación de estos asuntos, así, el establecimiento de la libre circulación requería de un control sobre las fronteras exteriores, una mayor coordinación policial y judicial para hacer frente al posible aumento de delitos relacionados con el tráfico ilegal, o una mayor coordinación administrativa. Por tanto, fueron unas necesidades unidas a un objetivo muy concreto lo que permitió el desarrollo en la materia, y probablemente no tanto la especial sensibilidad que sobre dichos problemas tuvieron los Estados, en especial en relación con el objeto de este trabajo, el asilo y refugio, lo que podrá tener consecuencias en su futuro desarrollo.

Los avances que señalábamos anteriormente se pueden observar en cada modificación de los Tratados, ya que entre otros cambios, se van otorgando mayores competencias a las instituciones, especialmente a la Comisión; pero también se amplían las competencias del Parlamento, mediante el aumento de su participación con la previsión del paso al procedimiento de codesición; o el progresivo control que ha ido adquiriendo el TJCE en la materia, aunque en relación con éste, continúan siendo criticables los límites que se mantienen al mismo debido al riesgo que supone que determinados aspectos relacionados con el ELSJ, y especialmente aspectos tan delicados como el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior, queden fuera del control judicial ejercido por el TJCE.

Importante es sin duda para el desarrollo del ELSJ, la introducción de la cooperación reforzada tanto en el Título IV TCE como en el VI TUE, sistema que permitirá la obtención de avances, a pesar de las diferencias existentes entre los Estados sobre cuales deben ser los poderes de la Unión en esta materia. De este modo, los Estados que estén dispuestos a progresar no se verán limitados por aquellos Estados más reacios a desprenderse de parte de su control sobre estos asuntos, permitiendo, este sistema de cooperación reforzada, dejar a un lado la exigencia de unanimidad y por tanto la necesidad de acuerdo y participación de todos y cada uno de los Estados sobre el proyecto que se vaya a llevar a cabo.

Es quizás esta exigencia de unanimidad para la adopción de decisiones el carácter más negativo del sistema, ya que se trata del mayor impedimento para su desarrollo debido a que la complejidad de la materia y su carácter especial tan unido a la soberanía del Estado, impiden o hacen muy difícil la obtención de un acuerdo unánime entre Estados que han mantenido políticas y regulaciones diferentes. Los intentos de cambio quedaban apuntados en el Tratado CE mediante el paso hacia la codecisión, llevándose a cabo en determinadas materias y dejando por tanto a un lado la regla de la unanimidad, excepto en determinados casos, por lo que si las dificultades para la adopción de decisiones en dichas materias habían sido importantes, muchísimo mayores se tornarían ahora en una Europa de veintisiete Estados. Por esto urge la adopción, para todas las materias, de la decisión que recoge el artículo 67.2 TCE que llevaría a la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 251 TCE, el procedimiento de codecisión.

3. De la regulación que del asilo y refugio se ha realizado en el TCE podemos decir que sienta las bases para llevar a cabo una ordenación más amplia en la materia, pero insuficiente y con deficiencias que impiden y dificultan el establecimiento de un sistema de asilo común para toda la Unión.

Es sin duda importante destacar que la regulación del asilo y refugio ha avanzado, especialmente si señalamos el gran paso que supuso su comunitarización, que en todo caso no fue total ya que los Estados continúan manteniendo un gran control sobre la materia.

El principal problema de esta regulación, junto con los ya mencionados comunes a toda la regulación del ELSJ, es la recomendación de la adopción de una normativa de mínimos. Por un lado esta normativa de mínimos podría ser un método eficaz para la adopción de decisiones y para el avance en la regulación, puesto que a los Estados no se les impondrían compromisos que conllevaran una pérdida importante de control sobre estos asuntos. Pero de otro modo, esta normativa no sería en modo alguno significativa, a pesar de que pudiera suponer el establecimiento de una serie derechos mínimos comunes a todos los Estados, ya que se trataría de una

regulación básica, pudiendo los Estados completarla mediante sus legislaciones nacionales, surgiendo de nuevo las diferencias entre los mismos y por lo tanto los problemas asociados a ellas, entre ellos el *asylum shopping*. Por tanto, es necesario realizar una regulación total de la materia, estableciendo la misma protección y las mismas posibilidades de obtenerla en todos los Estados miembros.

Otro de los problemas que deben ser solucionados, es la aclaración de los términos o figuras definidoras de la protección otorgada y el contenido de la protección de la que se benefician unos u otros, ya que no se especifican la diferencia entre asilo y refugio, aunque se alude a ambas, o entre refugiados, personas desplazadas o necesitadas de protección temporal. Así, parece que se considera refugiado a aquel al que se le ha otorgado asilo, tal y como parece desprenderse del contenido del párrafo 1 del artículo 63, pero de otro modo, se incluye también un apartado 2 en el mismo artículo referente a las medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas, por lo que también podría entenderse de que se trata de una institución diferente y autónoma de la del asilo. Por tanto, será necesario realizar estas aclaraciones para definir la clase de protección que corresponde a una u otra figura, ya que se trata de elementos diferentes, a pesar de la equiparación que pueda desprenderse de su regulación en el Tratado, con una protección distinta y con diferencias en cuanto al tipo de personas que se pueden acoger a una u otra, debiendo ser en principio más amplia, la protección y la posibilidad de acogida que ofrece el asilo.

A pesar de estos problemas, debemos señalar la importancia de la creación de un sistema único en el que se recojan los aspectos básicos de la normativa sobre esta materia, y del que parten la adopción de normas mediante un procedimiento común y tomando como base unos principios comunes, lo que otorga una mayor uniformidad al sistema, dentro de sus posibilidades, y una mayor seguridad jurídica debido a la publicación que se realiza de todas y cada una de las normas adoptadas, comunes a todos los Estados.

Es especialmente criticable el Protocolo sobre el asilo a los nacionales de los Estados miembros, debido a que la excepción contenida en el mismo a favor de los nacionales de la UE sería contraria a los fines de la Convención de Ginebra. Pero incluso en el caso de que se estuviera a favor de establecer dicha excepción, la eficacia del Protocolo queda también en entredicho debido a la posibilidad, recogida en el apartado d) del mismo, de que un Estado decida unilateralmente otorgar o no dicha protección.

Por último, señalar la importancia del Consejo Europeo de Tampere y del Programa de la Haya, que marcan como objetivo el establecimiento de una política común de asilo, estableciendo unas metas concretas que deberán ser alcanzadas en unos plazos determinados, lo cual, independientemente de que se consigan o no dentro de plazo, dará sin duda un gran impulso al desarrollo de esta materia.

4. Las premisas recogidas en el Tratado se han llevado a cabo mediante diversa normativa, la cual también pretendía dar cumplimiento a lo establecido en el Consejo de Tampere y en el Plan de Acción para la aplicación del Tratado de Ámsterdam, así como a lo recogido en el Programa de La Haya. Como ya dijimos sobre la misma, la regulación realizada es una regulación de mínimos, tal y como establecía el Tratado.

De este modo la mayoría de la normativa no supone ni incluye novedades importantes, debido a que en muchos casos, viene a recoger la regulación que sobre la materia ya existía en Derecho Internacional, como el concepto de refugiado o la mayoría de los aspectos de su protección. De hecho algunos supuestos se completan con medidas que no eran obligatorias en Derecho Internacional, pero que mediante su inclusión en esta normativa pasan a ser de obligado cumplimiento para los Estados, y en este caso nos encontramos con las indicaciones establecidas en el Manual de ACNUR, que son recogidas en su mayoría por la Posición Común que regula la condición de refugiado. También podemos señalar que lo recogido en esta normativa se deriva, en algunos casos, de la lógica y principios que rigen el Derecho Internacional, como muchas de las garantías que se establecen para la acogida de solicitantes de asilo, y que responden a las exigencias de respeto de los derechos humanos.

Por tanto, hemos de señalar que esta regulación constituye la normativa básica y que por ello no es suficiente si pretendemos establecer un sistema común de asilo para toda la Unión. Y esto debido a que, mientras que la regulación realizada por la Unión sea de mínimos y los Estados continúen completando la misma mediante normativas nacionales según las políticas de cada uno de ellos, las diferencias entre los miembros se seguirán manteniendo, y con ellas, como ya dijimos, los problemas propios de éstas.

Sí resulta interesante y novedoso la creación del Fondo Europeo de Refugiados como medio para dar cumplimiento a la previsión contenida en el Tratado de llevar a cabo un reparto de carga entre los Estados miembros. En este caso, no se recurre a aportaciones extraordinarias de los Estados, lo que facilita su aceptación, sino que es creado a partir de los fondos propios de la Unión. También es de interés la creación del Eurodac, como sistema, también novedoso, que permitirá mejorar el procedimiento para la determinación de los Estados responsables de la solicitud de asilo, así como el examen de la misma.

No dejaremos de admitir que, a pesar de las críticas realizadas por su escaso contenido, la normativa adoptada hasta el momento supone un gran avance en la materia, ya que la misma hasta entonces, venía siendo regulada mediante procedimientos ajenos a la Unión o propios del ámbito intergubernamental, del cual se mantienen todavía ciertas normas. Por tanto, estos acuerdos adoptados en el seno de la Unión mediante procedimientos más cercanos al ámbito comunitario y con

mayor intervención de las instituciones, suponen los pasos previos hacia una normativa mucho más importante. Aunque será necesario señalar que probablemente, para alcanzar dicho objetivo, se precise mucha más voluntad política, ya que como indica el mismo informe elaborado por la Comisión sobre los progresos en este campo, todavía quedan por completarse importantes elementos del mismo.

A pesar de que como hemos mencionado, parte de esta regulación viene a recoger aspectos ya existentes en la normativa internacional y que en principio debían ser de aplicación en todos los Estados, sí es cierto que existían divergencias en cuanto al tratamiento de estas figuras según la aplicación o interpretación que cada Estado realizara de la normativa existente, por lo que la adopción de estas normas comunitarias vendrían a establecer un tratamiento uniforme de la normativa básica, que serviría de punto de partida para una regulación mayor.

5. Si duda muchos de los problemas y defectos que hemos señalado con anterioridad y que afectaban al ELSJ, y especialmente al asilo y refugio, quedaban resueltos, o se apuntaba una solución a los mismos, en la regulación que de estas materias se realizaba en el Tratado Constitucional, todo ello con la finalidad de elaborar una política común en materia de asilo y protección temporal. Como ya hemos mencionado, a pesar de que éste ha sido abandonado, el proyecto de Mandato para la CIG en el que se incluye una propuesta para la reforma de los Tratados viene a recoger en esta materia prácticamente aquello establecido en el Tratado Constitucional, por lo que las novedades y cambios incluidos por el Tratado continúan siendo de interés.

De este modo debemos señalar que uno de los principales impedimentos al desarrollo de la materia, como era el de la exigencia de la unanimidad –si bien la misma en materia de asilo ha sido ya eliminada– queda resuelto mediante el establecimiento de la toma de decisiones mediante mayoría cualificada, lo que sin duda dará un empuje importante a la normativa a adoptar.

Junto a esta novedad, se introducen otras importantes mejoras como son la aclaración de términos, especialmente mediante la creación de una figura general como sería la del asilo, dentro de la cual quedarían englobados los distintos tipos de protección que se otorgarían, bien de manera individual (todos ellos con una regulación similar, diferenciándose únicamente en las causas que provocan la necesidad de protección), o de otro modo mediante el establecimiento de una protección de carácter temporal, pensada para los casos de llegada masiva de personas desplazadas, y tratándose por tanto de una protección otorgada al grupo.

Es de importancia también, la mayor participación que se le ha otorgado a las instituciones de la Unión, e incluso a los parlamentos nacionales y de manera especial al TJCE, cuyas funciones y competencias serán las mismas que para el resto

de materias, lo cual otorgará una mayor seguridad y legitimidad a las normas adoptadas y a las acciones que se lleven a cabo en este ámbito.

La mención realizada, entre las medidas necesarias para el establecimiento del sistema común de asilo, a la cooperación con terceros Estados es sin duda de especial interés debido tanto a su novedad como parte de esta materia, como a los beneficios que esta cooperación puede aportar. Pero es importante tener en cuenta que la cooperación con terceros países no sólo debe basarse en la gestión de flujos de personas, ya que también afecta a la aparición de refugiados la política que sobre cooperación al desarrollo, derechos humanos, ayuda humanitaria, solución de conflictos, etc., pueda llevar a cabo la Unión en los países de donde proceden la mayoría de las personas necesitadas de protección internacional.

De otro modo, lo que significa sin duda un cambio importante y novedoso con respecto a la regulación que del asilo se había llevado a cabo tanto en la Unión, como en los Estados o en el Derecho Internacional, es el reconocimiento del asilo como un derecho de la persona. Así ha quedado establecido mediante su inclusión en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, lo que supone una garantía excepcional para aquellas personas necesitadas de dicha protección que se encontraban a merced de la discrecionalidad de los Estados, ya que el asilo era concebido como un acto gracioso de los mismos, sin que existiera ninguna obligación internacional de concederlo. Este reconocimiento supondrá sin duda un cambio en cuanto al tratamiento de la materia y de las personas beneficiarias, debido a la futura posibilidad de reclamar el reconocimiento de un derecho fundamental, si bien es cierto, únicamente en relación con el derecho de la Unión.

Lo que restaría por analizar, y eso debería hacerse una vez puesto en práctica todo este sistema, sería el hecho de si todos los avances realizados en el mismo tendrían o no como finalidad, o quizá como desenlace, el establecimiento de un sistema común de asilo más restrictivo, esto es, un sistema en el que la obtención de la protección resultaría mucho más complicada debido al establecimiento de una serie de requisitos difíciles de cumplir, o excepciones, como por ejemplo en cuanto a nacionalidad, siendo una muestra de esto la creación de una lista de países seguros.

Por tanto, debemos velar por que esta normativa no tenga como finalidad principal garantizar la protección de los Estados y solucionar los problemas que los refugiados suponen para los mismos, sino que su objetivo sea el otorgamiento de protección a las personas necesitadas de ésta, y una vez garantizada la misma, buscar para los Estados soluciones compatibles con ella, lo que supondría un tratamiento del problema más acorde con la tan proclamada tradición humanista de Europa ⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Como recoge la reciente Declaración de Berlín de 2007, «para nosotros el ser humano es el centro de todas las cosas».

CONCLUSIONES

- ACNUR, «*Refugiados en cifras, 2005*», <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3647.pdf>
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería, Madrid, Consejo Superior del poder Judicial, 2002.*
- ARENAS HIDALGO, N., «El fenómeno de los llamados refugiados medioambientales: ¿un nuevo desafío para el derecho internacional de los refugiados?», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 261-275.
- «El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, n.º 2, 2003, pp. 745-777.
- ALDECOA LUZÁRRAGA, F., *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, Madrid, Tecnos, 2002.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (el espacio de libertad, seguridad y justicia)», en LINDO PANIAGUA, E. (coord.), *Políticas Comunitarias*, Madrid, Colex, 2001, pp.183-220.
- BEGUÈ LORETI, A., *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della comunita europea*, Padova, CEDAM, 1990.
- BERRAMDANE, A., «Les droits fondamentaux dans la Constitution Européenne», *Revue de droit de l'Union Européenne*, n.º 3, 2003, pp. 613-646
- BLAKE, N., «The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union», en GUILD, E. y HARLOW, C., *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC Law*, Oxford, Hart, 2001.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo*, Madrid, Dykinson, 2006.
- BRIBOSIA, H., «Les Coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice», *Revue*

- de Droit Européenne*, n.º 1, 2001, p. 111-171.
- BURGORGUE-LARSEN, L. «Pourquoi une Constitution européenne?», *Revue des affaires européennes*, n.º 6, 2002, pp. 670-682.
- CABRINI, L., «El proceso de consultas globales sobre revitalización de la protección de los refugiados», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 13-19.
- CAICEDO CASTILLA, J. J., «El Derecho de asilo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. X, n.º 3, 1957, pp. 446-464.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Coord.), *Políticas Comunitarias. Bases Jurídicas*, Valladolid, Lex Nova, 2002.
- CANTOS PADILLA, I. M., «El referéndum francés de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29 de mayo de 2005», *Revista de derecho político*, n.º 65, 2006, pp. 257-299.
- CARRASCOSA FERRANDIS, S., «Flujo masivo de refugiados: comentario a la primera Directiva Europea», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 315-323.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE», *Revista de Instituciones Europeas*, 1995, pp. 837-857.
- «El Tratado de Ámsterdam y el libre cruce de fronteras en la Unión Europea: perspectivas de realización del espacio de libertad, seguridad y justicia», en GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Madrid, Universidad de Alcalá, 1999, pp. 153-176.
- *La cooperación policial en la Unión Europea: acervo Schengen y Europol*, Madrid, COLEX, 2003.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. y NAVARRO BASTISTA, N., *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea. Textos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1999.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 9, 2001, pp. 7-26.
- CIRERA PORTEA, M. T., *Los desplazados internos. Un problema internacional*, Barcelona, Asociación para las naciones Unidas en España, 2006.
- COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, *La situación de los refugiados en España. Informe 2007*, http://www.cear.es/upload/informe_2007.pdf
- CURTIN, D. M. y DEKKER, I. F., «The EU as «Layered» International Organization: Institutional Unity in Disguise», en CRAIG, P. y DE BURCA, G. (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, pp. 41-78.

- «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I) y (II)», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario Material*, Madrid, McGraw-Hill, 2000, pp.42-63.
- «El reparto de competencias en el espacio de libertad, seguridad y justicia», en LIÑAN NOGUERAS, D. J. y LÓPEZ JURADO, C., *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Granada, Universidad de Granada, 2003, pp. 161-180.
- «Control de fronteras y Unión Europea», en REMIRO BROTONS, A. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «Movimientos migratorios y Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 2004.
- «Extranjería, Ciudadanía, Fronteras y Tribunal de Luxemburgo», en COLNERIC, N., EDWARD D., PUISSOCHET, J-P., RUIZ-JARABO COLOMER, D., (Hrsg.): *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV - Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín 2003.
- «Control de fronteras y Unión Europea», en REMIRO BROTONS, A. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «Movimientos migratorios y Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 2004.
- DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2003.
- DIEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2006.
- DONAIRE VILLA, F. J., *La Constitución Europea y el acervo de Schengen*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002
- ELSEN, C., «Le Conseil Européen de Thessalonique. Un nouveau pas vers une Politique Commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle aux frontières», *Revue du Marché commun et de l'Union Européene*, n.º 471, septembre 2003, pp. 516-518.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La regulación del asilo en el ámbito comunitario antes del tratado de la Unión Europea: el convenio de Dublín y el convenio de aplicación de Schengen», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995, pp. 669-706.
- «El Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, n.º 1, 1993, pp. 53-100.
- ESPADA RAMOS, M. L., «Asilo e inmigración en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, 1994, n.º 86, pp. 71-98.
- «El derecho de asilo a revisión: los costes de la coherencia con Europa», *Derechos y Libertades*, n.º 3, 1994. pp. 157-184.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «La compatibilidad del protocolo sobre el asilo a los nacionales de los Estados Miembros con los distintos instrumentos internacionales sobre la materia y con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 11, 2006.

- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., «El carácter civil del asilo», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p. 45-58.
- FERNÁNDEZ SOLA, N., «La redimensión del concepto de asilo y su vinculación al espacio sin fronteras: el asilo humanitario», *Noticias de la Unión Europea*, 1997, n.º 145, pp. 31-43.
- «Valores e intereses en la protección de los derechos humanos por la Unión Europea. El caso de la Política de asilo», en FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, pp.193-233.
- FERNÁNDEZ SOLA, A., *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- FONSECA MORILLO, F. J., «Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea: situación jurídico-política tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión», *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n.º 53, 2001.
- FORGET, J.C., «Régimen Jurídico Internacional del asilo y refugio», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995, pp. 529-553.
- GALISONGA JORDÁ, A., «La Afluencia Masiva De Refugiados Ante El Derecho Internacional: La Prevención Del Desarraigo Y La Protección De Las Víctimas», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p. 95-153.
- GALPARSORO GARCÍA, J., «Solicitud de asilo en territorio nacional», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995, pp. 581-598.
- «Solicitud de asilo en frontera», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995, pp. 599-613.
- GILBERT, G., «Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?», *The European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, n.º 5, pp. 963-987
- GILBERT, G.S., «Right of Asylum: A change of direction». *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, 1983.
- GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario*, 1998, n.º 4, pp. 501-545.
- GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., «La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un derecho comunitario en la materia», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 231-248

- GREÑO VELASCO, J. E., «La calificación unilateral en material de asilo diplomático», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 3, 1951, pp. 989-1011.
- HAILBRONNER, K., «European Asylum Law under the Amsterdam Treaty», *Common Market Law Review*, 1998, n.º 35, pp. 1047-1067.
- HARVEY, C., «The Right to Seek Asylum in the European Union», *European Human Rights Law Review*. Issue 1, 2004. pp.17-36.
- HERRERO DE LA FUENTE, A. (edit.), *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar*, Zamora, Fundación Rei Afonso Henriques, 2003.
- JEANNIN, L., MENEGHINI, M., PAUTI, C. y POUPET, R., *Le Droit d'Asile en Europe. Étude comparée*, Paris/Montreal, L'Harmattan, 1999.
- JOLY, D., «Temporary Protection and the Bosnian Crisis: a Cornerstone of the New European Regime», en JOLY, D. (edit), *Global Changes in asylum regimes*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York, Palgrave, Macmillan, 2002. pp. 48-78.
- KUIJPER, P.J., «Some legal problems associated with the Communitarization of policy of visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen acquis», *Common Market Law Review*, 2000, n.º 37, pp. 345-346.
- LABAYLE, H., «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revue trimestrielle de Droit Européen*, n.º 4, 1994, pp. 105-173.
- LAMASSOURE, A., *Histoire secrète de la Convention européenne*, París, Albin Michel, 2004.
- LEPOIVRE, M., «Le domaine de la justice et des affaires interieures dans la perspective de la conference intergouvernementale de 1996», *Cahiers de droit Européen*, 1995-3/4, pp. 323-349.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 717-747.
- «El sistema de normas y actos jurídicos de la Unión Europea (II)», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 358-389.
- LIROLA DELGADO, M. I., *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994.
- LONGO, F. y STRANO, A., *Criminalità senza frontiere*, Roma, Bonano Editore, 1999.
- LÓPEZ GARRIDO, D., *El Derecho de Asilo*, Madrid, Trotta, 1991.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Derecho de asilo y condición de refugiado», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 150, 1997, pp. 47-65.
- MAIANI, F., «The Common European Asylum System in an Enlarged Europe-Memo for the next Generation of EC Asylum Legislation», en BENEYTO, J.M. (dir.), *La Europa de los veinticinco: desafíos políticos y económicos*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 111-133.
- MANGAS MARTÍN, A., «Libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE:

- una aproximación a las dificultades de movilidad», *Gaceta Jurídica*, n.º 204, 1999, pp. 9-20.
- *La Constitución Europea*, Madrid, Iustel, 2005.
- «El rescate del Tratado Constitucional», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, N.º 17, 2007.
- MARGUE, T-L., La coopération européenne en matière de lutte contre la criminalité organisée dans le contexte du traité d'Amsterdam, *Revue du Marché Unique Européen*, n.º3, 1997, pp. 91-117.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «El concepto de Refugiado en un contexto de Derecho Internacional General», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXV, 1983
- «El Asilo y sus modalidades en Derecho Internacional», en MARIÑO MENÉNDEZ y OTROS, *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995, pp. 505-527.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J., *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid, Dykinson, 2000.
- «La protección de las mujeres refugiadas», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p. 59-87.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La protección de los derechos fundamentales en la UE: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza», *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 6-7, 2000-2001, pp. 387-428.
- *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Colex, 2002.
- «La inmigración y el asilo a las puertas de la Constitución Europea: un balance tras el 1 de Mayo de 2004», en BENEYTO, J. M. (dir.), *La Europa de los veinticinco: desafíos políticos y económicos*, Madrid, Dykinson, 2005. pp. 99-109.
- MAYER, F. C., «La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne», *Revue du marché commun et de l'union Européenne*, n.º 471, 2003, pp. 1253-1258
- MÉNDEZ DE VIGO, I., *El rompecabezas: así redactamos la Constitución Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005
- MIELE, M., «La protezione internazionale diretta del diritto di asilo politico dell'individuo», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje a D. Antonio de Luna*, Madrid: C.S.I.C., 1968, pp. 363-371.
- MILLÁN MORO, L., «El Tratado Constitucional: un nuevo marco político y jurídico de la Unión Europea», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2005. pp. 213-276.
- MOLINA DEL POZO, C. F. (dir.), *La Constitución Europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.
- MONAR, J., «Justice and Home affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation», *European Law Review*, vol. 23, n.º 4, 1998, p. 334.
- MORÁN ROSADO, M. J., «Reflexiones en torno a la inclusión del derecho de asilo

- en el proyecto de tratado por el que se instituye una constitución para Europa», Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, pp. 115-132.
- MOREIRO GÓNZALEZ, C. J. (coord.), *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*, Madrid, Colex, 2002.
- MULLER-GRAFF, P.-C., «The legal basis of the Third Pillar and its position in the framework of The Union Treaty», *Common Market Law Review*, 1994-3, pp. 493-510.
- NOLL, G., «Protection in a Spirit of Solidarity?», en BYRNE, R., *New Asylum Countries?: Migration Control and Refugee Protection in an Enlarged European Union*, The Hague, London, Kluwer International Law, 2002, pp. 305-324.
- OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y Extranjería. La dialéctica de la integración*, Madrid, Dykinson, 2004.
- OREJA AGUIRRE, M., «La unión al servicio del ciudadano: (II) Un espacio de libertad, seguridad y justicia», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.), *El Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios (I)*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 255-297.
- PALOMAR OLMEDA, A., «El derecho de asilo», en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Cizu Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2004.
- PAREJO ALFONSO, L., «La vigente Ley reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado», *Derechos y Libertades*, n.º 4, 1995, pp. 89-108.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2006.
- PELÁEZ MARÓN, J. M., «La Unión Europea, ¿freno o impulso para la protección de los refugiados?», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 29-43.
- PÉREZ BARAHONA, S., «El estatuto de «refugiado» en la Convención de Ginebra de 1951», *REDUR*, n.º 1, 2003.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., «El Derecho de Asilo en la Unión Europea», *Alegatos Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana de México*, 1998, pp. 183-216.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., «La Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado en el marco del sistema común de asilo de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 11, Octubre, 2006.
- PÉREZ SOLA, N., *La regulación del Derecho de Asilo y Refugio en España*, Jaén, Adhara; Universidad de Jaén, 1997.
- PLENDER, R., *The Right of Asylum*, Centre d'étude et recherche de Droit International et de relations internationales, Dordrecht/ Boston/London, Martinus Nijhoff, 1989.
- QUEL LÓPEZ, F. J., «El acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de tercer país seguro y movimientos irregulares)», en FERNÁNDEZ

- SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp.179-193.
- QUESADA ALCALÁ, C., «A vueltas con Europa y su política de asilo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Salah Sheekh c. Países bajos de 11 de enero de 2007», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, mayo, 2007.
- «Las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Comentario a la Directiva 2005/85 CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 12, enero, 2007.
- RANDAZZO, V., «Comentaire de la Constitution de l'Union européenne», *Common Market Law Review*, n.º 4, 2006, pp. 1211-1213
- REMIRO BROTONS, A y OTROS., *Derecho Internacional*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2007.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., *Los derechos políticos de los extranjeros*, Madrid, Civitas; Universidad Las Palmas de Gran Canaria, 1997.
- ROLDÁN BARBERO, F. J., «El Derecho internacional y el Tratado Constitucional europeo», *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 8, 2004.
- RUEDA FERNÁNDEZ, C., «La aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados en el ordenamiento jurídico español: aspectos fundamentales», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, p. 325-336.
- RUIZ MIGUEL, C. (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- RUIZ RUIZ, F., «Creación de flujos masivos de refugiados y la responsabilidad del Estado de origen», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 297-313.
- SALADO OSUNA, A., «La protección de los niños refugiados», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 208-209.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El Derecho de asilo en la Constitución Española*, Valladolid, Lex Nova, 2001.
- «La protección debida a la persecución por razones de género», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 89-93
- SCHNYDER, F., «Les aspects juridiques actuels du problème de réfugiés», *R des C.*, 114, 1965, I, pp. 339-446.
- SIPALA, F., «The Convention on the Future of Europe and the Delivery of an Area of Freedom, Security and Justice», *ERA-Forum* 4-2004, pp. 203-206.
- TRINIDAD GARCÍA, M. L. y ROBLES ALMECÍA, J. M., *Guía Jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, Granada, Comares, 2003.

- TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Madrid, Dykinson, 2003.
- «Premiers pas vers une procédure commune en matière d'asile dans l'UE: commentaires sur la nouvelle proposition de directive», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n.º 4, 2003, pp. 831-848.
- UNITED NATIONS, *Yearbook of the United Nations*, Lake Success, N.Y. Dept. of Public Information, United Nations, 1967.
- URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, Colex, 2002.
- «Los procedimientos de reforma de los Tratados comunitarios y la entrada en vigor del Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, 2007
- VAN KESSEL, G. C. J., «The Evolution of Asylum Application in EU member States», en DIAS URBANO DE SOUSA, C. y DE BRUYCKER, P. (dir.), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, Bruylant, 2004. pp. 23-32.
- VIDAL FOLCH, X., «Rapto y Rescate de Europa. Prohibido perseguir a los homosexuales o restablecer la pena de muerte», *El País*, 8 de julio de 2007, Sección Internacional, pp. 7-8.
- VITTA, E., «Asilo Territoriale e Diritti dell'Uomo», en *Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 597-602.
- WIEBRINGHAUS, H., «Le Droit d'Asile en Europe», *Annuaire français de droit international*, XIII, 1967, pp. 566-580.
- ZAMORA CRESPO, M., «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», en CALONGE VELÁZQUEZ, A. (coord.), *Políticas Comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 113-134.
- ZILLER, J., *La nouvelle Constitution européenne*, París, La Decouverte, 2005.
- ZOLLER, E., *Le droit d'Asile*, Centre d'étude et recherche de Droit International et de relations internationales, Dordrecht, Dordrecht/ Boston/London, Martinus Nijhoff, 1989.

