



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Facultad de Ciencias Humanas y Sociales

Grado en Relaciones Internacionales

Trabajo Fin de Grado

Visados humanitarios

La laguna jurídica en la que se ahogan los
derechos humanos

Estudiante: **Laura Gascón Higuera**

Directora: Heike Clara Pintor Pirzkall

Madrid, abril de 2019

«A mi juicio, es crucial que, en un momento en que las fronteras se cierran y se erigen muros, los Estados miembros no rehúyan sus responsabilidades, derivadas del Derecho de la Unión o, si se me permite la expresión, del Derecho de *su* Unión y de *nuestra* Unión».

- Paolo Mengozzi

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	4
1. INTRODUCCIÓN.....	5
1.1. Finalidad y motivos	6
2. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y MARCO TEÓRICO.....	7
2.1. Marco Jurídico de la Unión Europea.....	8
2.1.1. Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).....	9
2.1.2. Código y reglamentación de los visados	10
2.1.3. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	12
2.2. Práctica nacional de los Estados miembros.....	12
2.3. Políticas de la Unión Europea	14
2.3.1. Las conclusiones de Tampere (1999) y el programa de Estocolmo (2009)	14
2.3.2. Actualidad	15
3. OBJETIVOS Y PREGUNTAS DE ANÁLISIS.....	16
4. METODOLOGÍA.....	17
5. VISADOS HUMANITARIOS: ¿EXISTE UNA OBLIGACIÓN A OTORGARLOS?	18
5.1. Análisis de dos casos prácticos.....	18
5.1.1. Rahmanian Koushkaki contra Bundesrepublik Deutschland (2013)	19
5.1.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Asunto C-638/16 PPU X y X / État belge	23
5.2. Problemática	27
5.2.1. Alcance de la legislación europea.....	27
5.2.2. Margen de apreciación	28
5.2.3. Definición de «razones humanitarias» y «obligaciones internacionales».....	29
5.2.4. Costes económicos, efecto llamada y misiones diplomáticas sobrecargadas.....	30
6. CONCLUSIONES	32
6.1. Decálogo	34
BIBLIOGRAFÍA.....	36

LISTA DE ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Frontex	Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y costas
LIBE	Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PEP	Procedimientos de Entrada Protegida
SAR	Búsqueda y rescate
SDN	Sociedad de las Naciones
SIS	Sistema de Información Schengen
SEAE	Servicio Europeo de Acción Exterior
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
VTL	Visado de Validez Territorial Limitada

1. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2015, casi un millón de inmigrantes y refugiados llegó a a las costas europeas. En ese mismo año, 3.550 personas perdieron la vida durante la travesía. El recrudecimiento de los conflictos de Siria e Irak hicieron de esta fecha el inicio de la llamada crisis de refugiados, una crisis política y de valores, que hoy en día continúa (Spindler, 2015).

Así, hemos visto como Europa sufre una nueva realidad migratoria, un fenómeno complejo y cambiante que supone un reto para el continente y que pone en evidencia la necesidad de mejorar la gestión de los flujos migratorios. Vivimos la mayor crisis migratoria y humanitaria desde la Segunda Guerra Mundial, una situación crítica que muestra la urgencia, no de impedir la migración, sino de gestionarla. Gestionar la seguridad de las fronteras sin vulnerar los derechos y las libertades de aquellas personas que llegan a nuestras costas; derechos y libertades que no traicionen a aquellos que la Unión Europea defiende.

Sin embargo, si analizamos las políticas europeas en materia de asilo, vemos los catastróficos resultados de una política instrumental, anárquica, dispersa y defensiva ante los flujos migratorios (Jensen, 2014). Unas leyes que, como estudiaremos a continuación, no han sido aplicadas de manera coherente, caracterizadas por la existencia de disposiciones de carácter opcional y poco claras que permiten gran discrecionalidad a los Estados.

Y aquí llegamos a un punto clave que pone en evidencia las carencias de la legislación europea. Resulta paradójico que para solicitar protección internacional en la Unión Europea sea necesario presenciarse en frontera pero, sin embargo, no exista una disposición que regule cómo llegar a la misma. Esta carencia de vías reguladas para acceder al derecho de asilo se ve claramente reflejada en las cifras: vemos cómo más del 90% de las personas que solicitan asilo en Europa han llegado de forma ilegal (Parlamento Europeo, 2018), enfrentándose a viajes a través de las peligrosas travesías del Mar Mediterráneo y el sudeste europeo.

Esta incapacidad de ofrecer vías legales y seguras pone en riesgo el cumplimiento de los derechos fundamentales y los valores europeos y tiene un grave impacto en términos de mortalidad y salud, presupuestos y financiación.

1.1. Finalidad y motivos

Este trabajo, *Visados humanitarios: la laguna jurídica en la que se ahogan los derechos humanos*, pretende estudiar la figura del visado humanitario. La elección de este tema está directamente relacionada con la importancia del mismo. La necesidad de buscar vías legales que aseguren el cumplimiento del derecho de asilo y la seguridad humana tanto del migrante como de los ciudadanos europeos es urgente y de gran importancia. De este modo, hemos visto en los visados humanitarios una oportunidad para modificar esta cruda realidad que ahora mismo rige la vida de las personas que se encuentran en situación de riesgo y vulnerabilidad.

Si nos remontamos a la historia, vemos que el 28 de junio de 1919 nace la Sociedad de Naciones, un organismo internacional creado tras la Segunda Guerra Mundial que pretende establecer las bases para la paz. Esta organización, que tuvo gran importancia en la gestión de los flujos de refugiados por la guerra, expidió un documento identificativo para refugiados rusos y armenios que autorizaba su entrada y estancia en los Estados miembros. El llamado «Pasaporte Nansen» permitió una distribución equitativa de los refugiados entre los Estados parte y proporcionó una vía segura para que la población civil pudiese huir de países en conflicto (Bundy, 2016).

Sin embargo, pese a este precedente, ahora nos encontramos con imágenes como aquella foto que recorrió el mundo: la imagen del niño sirio, Aylan Kurdi, que murió ahogado en nuestras costas, intentando llegar a Europa para encontrar refugio. Un «Pasaporte Nansen» le hubiese salvado la vida y, de hecho, eso intentaron sus padres antes de embarcarse en esa peligrosa travesía solicitando un visado por motivos humanitarios en Canadá. Visado que les fue denegado debido a la escasa regulación que rige esta figura.

Pues bien, ¿cuál es la situación en nuestras fronteras? En la actualidad, a la hora de acceder a territorio europeo, las personas en necesidad de protección internacional se enfrentan a los mismos requisitos que el resto cuando han de solicitar un visado Schengen, unos requisitos que, en su mayoría, como analizaremos a continuación, no pueden cumplir. Esto les empuja a arriesgar sus vidas y dejarlas en manos de traficantes (Bower, 2017).

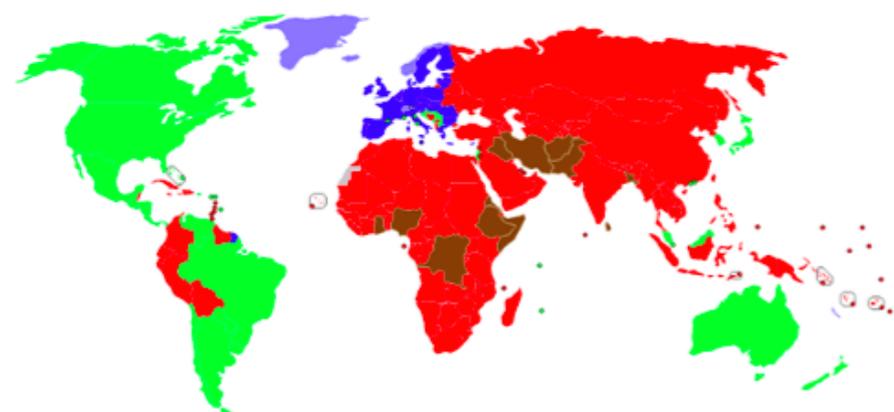
Sin embargo, el Código de Visados Schengen, que establece las condiciones bajo las cuales una persona puede acceder a un visado que le permita cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, hace referencia a la posibilidad de expedir un visado de validez territorial limitada (VTL), que permitiría viajar por razones humanitarias, como medida extraordinaria.

Estos visados humanitarios forman parte de los «procedimientos de entrada protegida» (PEP), que permiten a un extranjero acceder a la protección internacional sin necesidad de presenciarse en frontera, dándole la capacidad de solicitar protección en embajadas de Estados miembros de terceros países. Así, la evaluación de la solicitud se haría extraterritorialmente y, en caso de ser aceptado, se establecería el marco para un acceso legal y seguro a territorio nacional, donde se tomaría la decisión final sobre la solicitud de protección internacional. Es decir, el visado humanitario, tal y como lo entendemos en este trabajo, se limitaría a establecer unas disposiciones que regularían la entrada a territorio con el fin de presentar la solicitud de asilo. Así, el Estado que concediese el visado se convertiría, ya en territorio, en el encargado de realizar el procedimiento de asilo. Por lo tanto, este sistema no sustituye al Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), sino que lo complementa (Boswell y Geddes, 2011).

Sin embargo, actualmente la UE no ofrece un marco legal claro o unos estándares fijos para la entrega de visados humanitarios. Por ello, a lo largo de este trabajo se analizará la legislación que rige la realidad de los visados humanitarios, con el objetivo de estudiar la necesidad de establecer una obligación y unas pautas claras a nivel europeo a otorgar este tipo de visados, un marco jurídico común que garantice un acceso legal al sistema de protección internacional europeo.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y MARCO TEÓRICO

Como ya hemos mencionado, uno de los requisitos para solicitar asilo bajo el SECA es la presencia en el territorio nacional. Tal y como podemos observar en la siguiente imagen, más del 80% de la población mundial (excluyendo a los ciudadanos europeos) necesitan un visado para acceder a la UE, además, vemos que los países de los que vienen la mayor parte de personas con necesidad de protección internacional son los que más dificultades tienen para conseguir un visado Schengen.



Descripción

- Miembros de la Unión Europea
- Países exonerados de visado por provisiones especiales (Acuerdo Schengen, OCT u otro)
- Países exonerados de visado para estancias inferiores de 90 días.
- Países que requieren visado para entrar en el territorio Schengen.
- Países que requieren visado para transitar por algún territorio Schengen.
- Situación en requerimientos de visados desconocida

Imagen 1: Requerimientos de visado Schenguen (SchenguenVisaEu, 2019)

Así, observamos que solo hay tres posibilidades de entrar en la UE de manera legal para solicitar asilo: la admisión humanitaria, el reasentamiento y la reunificación familiar. Medidas insuficientes y que brillan por la escasez de reglamentos comunes y normalizados: como analizaremos a continuación, el Sistema Común de Asilo no está consolidado. En este contexto, la introducción de la figura del visado humanitario europeo, recogido por el Código de Fronteras Schengen, puede percibirse como una oportunidad para mejorar la gestión de los flujos migratorios (Bardolet Dilmé, 2014)

2.1. Marco Jurídico de la Unión Europea

A la hora de analizar la situación jurídica en la que se encuentra la Unión Europea, vemos que hay tres campos que son muy relevantes para nuestro estudio y que son en los que profundizaremos. El primero sería el Sistema Europeo Común de Asilo, que es el conjunto de instrumentos legales que pretenden armonizar el sistema de

protección internacional europeo (ACNUR, 2013). Por lo tanto, es este el instrumento que regula todas aquellas disposiciones y decisiones europeas en materia de asilo y refugio. Además, tenemos el código y la reglamentación de los visados, en el que se recogen los tipos de visados y los requisitos para obtenerlos. Es en este código en el que se reconoce la existencia de la figura del visado humanitario. Por último, hemos decidido hablar también sobre los derechos humanos que rigen o han de regir la actuación y las decisiones europeas, ya que no podemos olvidar que cuando hablamos de migraciones hablamos también de derechos.

2.1.1. Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)

El Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) se inició en 1999 con las Conclusiones de Tampere, donde se inició el compromiso de crear un sistema común de asilo. Este se completó en 2014 en Estocolmo, incluyendo un paquete de procedimientos, normas y plazos comunes e introduciendo los mismos requisitos mínimos de acogida (ACNUR, 2013).

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas o Convención de Ginebra define en su artículo 1 «refugiado»:

Aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él (OACDH, 2012).

Así, el objetivo principal del SECA es el de, partiendo de esta definición, que es también ampliada por otros textos, facilitar el acceso al procedimiento de asilo aquellas personas necesitadas de protección, asegurando que aquellos que temen de persecución no sean devueltos a situaciones de peligro .

Sin embargo, el SECA no recoge medidas específicas para el acceso al sistema que regula, ni regula las obligaciones de los Estados miembros antes de que la solicitud

de protección internacional se formalice, por lo que no es aplicable para aquellas solicitudes de asilo que se realicen en representaciones extranjeras (Ballegooij & Navarra, 2018), a pesar de que es este mismo sistema el que indica la obligación de llegar al territorio de un Estado miembro para poder solicitar asilo en el mismo.

Además, el sistema relaciona el estatus de refugiado con el reconocimiento del mismo, lo que a efectos prácticos resulta en la percepción de aquellos solicitantes que logran entrar en territorio europeo como inmigrantes ilegales (Moreno-Lax, 2018). Esto es contradictorio ya que, de acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas, una persona es refugiada en el momento en el que reúne las condiciones enumeradas en la definición. Por lo tanto, el reconocimiento de la condición de refugiado tiene carácter declarativo, no constitutivo: la condición de refugiado no se adquiere, sino que se reconoce (ACNUR, 1992).

2.1.2. Código y reglamentación de los visados

En 1997 el tratado de Ámsterdam incorporó el Acuerdo de Schengen al marco jurídico de la UE, dándole a la Unión competencias exclusivas a la hora de emitir visados Schengen de corta duración. Esta política común de abolición de los controles fronterizos internos y de control externo de fronteras, fue ampliada por la Regulación (EC) No. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo del 15 de marzo de 2006, que establece el Código de Fronteras Schengen, regulando las condiciones de entrada para aquellos extranjeros que deseen cruzar las fronteras externas de la Unión (Jensen, 2014). Aquí, es importante mencionar que uno de los objetivos que establece y a los que aspira el Código es el de unificar las políticas y criterios de los Estados miembros a la hora de otorgar visados.

El artículo 25 de este Código establece que un Estado miembro puede emitir visados a solicitantes de asilo «cuando el Estado miembro de que se trate lo considere necesario, por razones humanitarias o de interés nacional o debido a obligaciones internacionales» (Reglamento (CE) n o 810/20099). Como podemos observar, esta disposición no implica ninguna obligación a otorgar visados a personas solicitantes de protección internacional, simplemente prevé la existencia de este tipo de visados. Hemos de resaltar que no se define o especifica el significado de «razones

humanitarias». En el Manual de Visados, se establecen algunos ejemplos, no vinculantes, en el que se enfocan más en motivos de salud que en la situación humanitaria del que solicita el visado¹. Al hablar de «obligaciones internacionales», el Manual tampoco se centra en problemas de protección internacional² (Comisión Europea, 2014).

Por otro lado, el artículo 23 (4) establece que los visados de VTL no se han de estudiar con un procedimiento aparte, por lo que no se especifica si los Estados miembros están obligados a evaluar la solicitud bajo los artículos 19(4) y 25 (1). El artículo 25 (1) nos indica que los Estados miembros han de evaluar la situación humanitaria, aunque siempre utilizando una terminología vaga y poco rotunda. En el código de visados tampoco se contempla la posibilidad de recurrir en caso de que el visado sea denegado (Reglamento (CE) n o 810/20099).

Por lo tanto, vemos que el Código solo incluye referencias genéricas a los derechos de las personas refugiadas o solicitantes de protección internacional y a las obligaciones de los Estados miembros, por lo que las implicaciones prácticas para los Estados no son claras (Ballegooij & Navarra, 2018). Así, una vez analizada la legislación continuaremos con un análisis sobre qué es lo que sucede en la realidad, cómo se han aceptado estas disposiciones y cuáles son las medidas reales tomadas por los Estados miembros.

¹ Ejemplo de motivo humanitario que da el código: «Un ciudadano filipino necesita viajar urgentemente a España donde un pariente acaba de sufrir un accidente grave. La validez de su documento de viaje expira un mes después de la fecha prevista de regreso» (Comisión Europea, 2014).

² Ejemplo de obligaciones internacionales que da el código: «el Secretario General de las Naciones Unidas ha organizado una reunión en Ginebra (Suiza) entre un Jefe de Estado sujeto a una prohibición de visado y el líder de la oposición del tercer país en cuestión para encontrar una solución negociada a la situación política en el tercer país. El consulado suizo decide expedir un visado por razones de interés nacional» (Comisión Europea, 2014).

2.1.3. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es vinculante para todos los Estados desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de acuerdo con lo recogido por el artículo 6.1. del Tratado de la Unión Europea (TUE). Vemos que los derechos fundamentales son parte del Derecho primario de la Unión y de sus valores fundacionales. Los principios recogidos en esta carta son vinculantes territorial y extraterritorialmente: son aplicables cada vez que un Estado actúe bajo la legislación europea (Asunto C-617/10 REC). Esta Carta nos es muy relevante ya que reconoce el «derecho a asilo», acorde con el principio de no devolución (artículos 4 y 19 (2)).

Además, el artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la Unión ha de desarrollar una política común de asilo que respete los derechos fundamentales, el principio de no devolución y la Convención de Ginebra. Por lo que el SECA está subordinado al cumplimiento de los todos estos derechos (Moreno-Lax, 2018). Además, en el Preámbulo del Código comunitario sobre visados se indica que este mismo ha de respetar y observar «los principios reconocidos en especial por el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Aquí, es interesante destacar que, aunque se hace referencia a los derechos fundamentales, no se hace mención a la situación particular de los solicitantes de asilo, a la Convención de Ginebra o al principio de no devolución.

2.2. Práctica nacional de los Estados miembros

Dada la ambigüedad que hemos podido observar en las disposiciones legales europeas y ayudados por sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, podemos argumentar que los Estados miembros han entendido que carecen de obligaciones a la hora de facilitar el acceso a su territorio a los solicitantes de asilo y que estas cuestiones son parte de su soberanía y legislación nacional. Sin embargo, algunos Estados sí que han desarrollado programas de admisión humanitaria (normalmente *ad hoc* y de manera excepcional), en los que ACNUR ha jugado un gran papel en la identificación y selección de los beneficiarios, aunque es en el Estado en el que recae el poder de tomar la decisión final (Moreno-Lax, 2018).

Cabe mencionar que el estudio sobre el uso de los visados VTL es difícil ya que no existe un mecanismo europeo que monitorice estas prácticas, por lo que carecemos de datos actualizados y fiables. Para la redacción de este punto nos basaremos en literatura anterior, siguiendo principalmente un estudio realizado por Jensen (2014).

Según los datos recogidos por este estudio, podemos observar que un total de 16 Estados miembros ofrecen o han ofrecido la posibilidad de solicitar visados por motivos humanitarios, ya sea por necesidad de protección internacional, motivos médicos o reunificación familiar. Bélgica, Alemania, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo y Polonia ofrecen o han ofrecido la posibilidad de otorgar visados humanitarios nacionales. En Francia, Italia y Letonia estos visados se ofrecen en situaciones de emergencia solo: por ejemplo, Francia otorgó visados tras el terremoto de Haití, o a los cristianos iraquíes tras el ataque a la Catedral de Bagdad de 2010. En 2001, entre el 80-90% de argelinos que solicitaron asilo en Francia, habían llegado hasta el territorio gracias a este tipo de visados. En Bélgica, Italia y Polonia, este tipo de visados se pueden solicitar también alegando razones médicas. En Finlandia estos visados se ofrecían hasta 2011, principalmente para personas que querían viajar al país para ser oídas ante un tribunal internacional (por ejemplo, en el caso de Ruanda). En Italia y en Malta la ley no prevé a entrega de visados por motivos de protección internacional, sin embargo, sí que se han expedido informalmente (por ejemplo, Italia entregó visados a 150 refugiados Eritreos en Libia entre 2007 y 2010 y a 160 refugiados palestinos en 2009).

Así, llegamos a dos principios que rigen determinados aspectos del funcionamiento de la Unión Europea: la adicionalidad y la complementariedad y que son aplicables a esta situación. Según el principio de adicionalidad, los recursos de la Unión Europea no sustituyen a los nacionales sino que los complementan, se suman a ellos (Rubio & González, 2006). Por otro lado, el principio de complementariedad se refiere a la división del trabajo, principalmente en materia de cooperación al desarrollo, y se refiere a la división del trabajo de manera que se haga el mejor uso posible de los recursos (humanos y económicos) (EUR-Lex, s.f.). Así, podemos observar que estas iniciativas individuales se basan en los principios de adicionalidad y complementariedad, sin embargo, los números son pequeños y los programas no son abiertos, quedándose reducidos a situaciones excepcionales (Moreno-Lax, 2018).

2.3. Políticas de la Unión Europea

Ni la Comisión Europea ni el Tribunal de Justicia han desarrollado una base o directrices claras para la entrega de visados con vistas a solicitar protección internacional, a pesar de que tanto el Parlamento Europeo como la Comisión han llamado muchas veces a la necesidad de tomar medidas legislativas en este aspecto. Hace unos años, la Comisión se mostró favorable a tomar medidas europeas con respecto a los visados humanitarios, sin embargo, desde el año 2013, es más propensa a defender el aumento del control fronterizo y a realizar acuerdos con terceros países para externalizar el control de las fronteras. Esto hizo que, desde el año 2013, el número de programas nacionales que mencionábamos anteriormente haya disminuido. Por su lado, el Parlamento Europeo siempre se ha mostrado más abierto y más defensor del diseño de líneas conjuntas para la regulación de los visados humanitarios (Moreno-Lax, 2018). De hecho, como ahora explicaremos, en la actualidad se está diseñando una propuesta legislativa para establecer un Visado Humanitario europeo.

2.3.1. Las conclusiones de Tampere (1999) y el programa de Estocolmo (2009)

Además de la creación del SECA, en Tampere se realizó una llamada de atención a la necesidad de crear vías legales de acceso al territorio europeo para aquellos nacionales de terceros estados que tuviesen necesidad de protección internacional. Así, se hizo alusión a la necesidad de crear una política común en materia de visados y la posibilidad de abrir oficinas europeas de expedición de visados. Se lanzaron estudios que analizaban la posibilidad de solicitar asilo fuera de las fronteras europeas.

Uno de estos estudios, realizado por el Centro Danés de Derechos Humanos, llevó a la Comisión a hablar en 2003 por primera vez sobre los procedimientos de entrada protegida. Sin embargo, durante el 13-14 de octubre de 2013, en un seminario organizado en Roma por la Presidencia italiana se puso en evidencia la falta de perspectiva común y confianza entre los estados, lo que llevó a la Comisión a abandonar la idea de crear un mecanismo común de procedimientos de entrada protegida. Se consideró que el estudio y las medidas propuestas eran «demasiado radicales». Tras esto, vemos que el Parlamento siguió viendo con buenos ojos el concepto de

«Procedimientos de Entrada Protegida» pero que, sin embargo, la Comisión decidió no volver a mencionarlos hasta junio de 2008, momento en el que declaró que el SECA debería «asegurar un acceso al sistema para aquellos que necesitan protección internacional» (Facchi, 2012).

Así en 2009, se diseña el Programa de Estocolmo para el periodo (2010-2014). En este momento, la Comisión lanza otro mensaje en el que se habla de la necesidad de diseñar las medidas de seguridad en paralelo a los valores fundamentales. Por primera vez se refirieron expresamente a los visados humanitarios. Sin embargo, el Consejo Europeo, consideró que los Estados habrían de participar de forma voluntaria, no como parte de una obligación legal. Así, se centraron en la planificación de acuerdos y colaboraciones con terceros países para afrontar los retos migratorios (Boswell & Geddes, 2011)

2.3.2. Actualidad

En la *Agenda sobre migración 2015*, se omitió cualquier referencia hacia los visados humanitarios. Esta agenda es de gran importancia ya que tiene lugar y se diseña para un periodo en el que no solo la llegada de migrantes a nuestras costas hacen los titulares de todos los países europeos, también las muertes de niños y adultos que se embarcan en peligrosas rutas organizadas por traficantes de personas.

En esta agenda el énfasis se sitúa en aumentar el control de las fronteras. Y se sigue una política de acuerdos con terceros países, que se ve posteriormente reflejada en pactos como el polémico acuerdo que se realiza con Turquía en 2016 para la devolución de los migrantes. De hecho, el Consejo se ha resistido a los numerosos intentos de reformar el Código de Visados y ha bloqueado las negociaciones con el Parlamento (Jensen, 2014). Esto se explica dado el temor de que un marco claro sobre la obtención de visados humanitarios pueda provocar oleadas masivas de solicitudes, que bloqueen el trabajo de los consulados.

Durante este periodo también se hacen evidentes las contradicciones que la regulación luce. Dos polémicos casos tienen lugar: *Rahmanian Koushkaki* contra *Bundesrepublik Deutschland* y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea sobre el Asunto C-638/16 PPU X y X / État belge. Estos dos casos serán analizados a continuación, aunque los mencionamos previamente ya que son estos los que ponen de manifiesto las necesidades que empujan al Parlamento Europeo a pedir el 11 de diciembre de 2018 a la Comisión que redacte una propuesta de ley para la creación de un instrumento aparte que ofrezca legislación clara y unificada sobre los visados humanitarios (Rómulo Parra, 2018).

Este informe de iniciativa legislativa, liderado por el miembro del Parlamento Europeo español Fernando López-Aguilar, insta a la Comisión a que desarrolle un reglamento específico sobre los visados humanitarios y ha de ser presentado antes del 31 de marzo de 2019.

3. OBJETIVOS Y PREGUNTAS DE ANÁLISIS

Tal y como hemos visto, en la actualidad los visados humanitarios son una laguna jurídica en el Derecho de la Unión, ya que no existen procedimientos claros para la admisión de forma legal y segura de los solicitantes de protección internacional a través de las misiones diplomáticas europeas en el extranjero. Una figura legal contemplada, pero prácticamente invisible a la realidad.

El objetivo del presente trabajo es el de analizar esta laguna que provoca cada día elevados costes humanos, sociales y económicos y que está marcando los puntos clave de una situación que contribuye a diseñar el pensamiento político y social de los europeos. Así, se estudiará y argumentará la necesidad de crear unas directrices que unifiquen y revaloricen las posibilidades y oportunidades que los visados humanitarios presentan cuando de gestionar los flujos migratorios se trata.

Así intentaremos responder a las siguientes preguntas:

- ¿En la actualidad se entiende la entrega de visados humanitarios como una opción o como una obligación?
- ¿Cómo se aplican las disposiciones recogidas en el Código de Visados a casos reales?
- ¿Cuáles son los criterios bajo los cuáles se entrega o se deniega un visado humanitario?

- ¿Cómo se ha de entender el margen de apreciación de los Estados a la hora de entregar un visado humanitario?
- ¿La realidad respeta los derechos fundamentales de la Unión Europea y sigue unos criterios legales claros?
- ¿Qué motiva a los Estados miembros a adoptar las políticas migratorias que tenemos en la actualidad?

Por lo tanto, el objetivo final de este ensayo es el de probar la necesidad de establecer disposiciones claras a favor de aquellos que buscan protección internacional, recordando que el hecho de que no haya ningún medio legal efectivo puesto a disposición de los solicitantes de asilo fuerza a estas personas a embarcarse en peligrosas travesías que atentan contra sus derechos humanos y su propia dignidad. Así, pondremos en evidencia como un visado humanitario europeo contribuiría a hacer frente a un número de muertes inaceptable, al tráfico y la trata de personas y al mercado negro que se aprovecha de las situaciones inhumanas a las que estas personas muchas veces han de enfrentarse.

4. METODOLOGÍA

Con el fin de percibir los efectos de una redacción poco clara y ambigua y de contestar a las preguntas anteriores, comenzaremos analizando dos casos prácticos sobre este tema, en los que el TJUE llegó a conclusiones muy dispares. A raíz de estos dos casos prácticos, estudiaremos si la entrega de visados por motivos humanitarios ha de ser una obligación a nivel europeo o si es tan solo una opción que la ley conoce pero a la que no obliga. Realizaremos un análisis sobre las conclusiones de ambos casos a la luz de la legislación europea (tanto en materia de asilo y refugio como de derechos fundamentales) para observar su compatibilidad, o falta de la misma con los valores y obligaciones con los que la UE se identifica.

Para realizar esto, nos apoyaremos principalmente en las sentencias dictadas tanto por los tribunales nacionales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así revisaremos la sentencia de Rahmanian Koushkaki contra Bundesrepublik Deutschland y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Asunto C-638/16 PPU X y X / État belge. Además, analizaremos las conclusiones y los comentarios a los

que llegaron expertos en la materia, entre los que resaltamos las conclusiones del abogado general Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 11 de abril de 2013 y el 7 de febrero de 2017.

Finalmente, veremos los principales problemas e impedimentos que encontramos cuando analizamos la figura del visado humanitario en el marco del Derecho de la UE. Así, repasaremos el margen de apreciación al que se alude cuando hablamos de visados humanitarios y de la ya mencionada problemática que se causa al no dar una definición clara sobre «obligaciones internacionales» y «razones humanitarias». También estudiaremos el alcance de la legislación europea, centrándonos en si la Carta de Derechos Fundamentales se puede aplicar en estos casos, y por lo tanto estaríamos hablando de un alcance extraterritorial de estos valores fundacionales de la UE.

Por último, realizaremos un análisis de los principales impedimentos encontrados a la hora de que los Estados miembros se pongan de acuerdo en unificar sus políticas y en crear unas reglas transparentes y predecibles en materia de visados humanitarios: costes económicos, el efecto llamada y misiones diplomáticas sobrecargadas por las solicitudes de visados.

Así, para la redacción de este trabajo nos apoyaremos también en aquellos en informes realizados por diferentes académicos y expertos en el tema, trabajadores de las instituciones europeas, además de los documentos legislativos europeos, entre los que podemos destacar: Ballegooj y Navarra (2018), Bardolet Dilmé (2014), Bower (2014), Fernandes y Milieu (2018), Moreno-Lax (2018), Peers (2018), (Rómulo Parra, 2018) y Jensen (2014).

5. VISADOS HUMANITARIOS: ¿EXISTE UNA OBLIGACIÓN A OTORGARLOS?

5.1. Análisis de dos casos prácticos

A lo largo de las siguientes páginas, analizaremos dos casos prácticos que ponen de manifiesto la problemática que surge a raíz de una redacción ambigua y poco clara de la legislación europea en materia de visados humanitarios. Así, veremos que dos casos similares concluyen de forma muy distinta. Ambos fueron casos muy polémicos y

representativos de los momentos y las políticas que se respiraban en el momento en el que se producen y que siguen, de alguna manera, vigentes hoy en día.

Analizaremos estos casos teniendo en cuenta tanto su compatibilidad con los documentos legislativos de la Unión Europea como con aquellos documentos y tratados sobre derechos humanos que rigen la acción de la UE. De este modo, pondremos en práctica, desde una perspectiva crítica, todo aquello que hemos estudiado previamente.

5.1.1. Rahmanian Koushkaki contra Bundesrepublik Deutschland (2013)

5.1.1.1. Descripción de los acontecimientos

Rahmian Koushkaki, de nacionalidad iraní solicitó el 7 de noviembre de 2010 en la embajada alemana en Teherán un visado Schengen para visitar Alemania. Dijo estar casado y describió su trabajo como «*free job*». La duración de su estancia sería de sesenta y dos días y su anfitrión había realizado una declaración de toma de cargo. En el momento de presentar la solicitud, Koushkaki estaba en posesión de una póliza de seguro para su estancia y tenía un documento de viaje válido. Las autoridades alemanas le denegaron el visado alegando que carecían de pruebas suficientes que certificaran estar en posesión de los medios necesarios para financiar su estancia en el país o pruebas que aseguraran que tenía intención de regresar a Irán, puntos que están recogidos como condiciones para la entrega de un visado Schengen (Mengozzi, 2013).

Con la respuesta negativa a su solicitud por parte de la embajada, Koushkaki decide presentar una segunda solicitud, alegando esta vez como motivo de viaje una visita a su hermano, con residencia legal en Alemania tras haber obtenido el estatus de refugiado en el país. Este reconocimiento de asilo implicaba que su hermano no se pudiese desplazar a Irán. Esta segunda solicitud fue también rechazada, el 5 de enero de 2011, esta vez alegando que Koushkaki no mostraba intenciones de regresar a su país: a pesar de los documentos justificativos, la Embajada consideró que no mostraba un arraigo económico suficiente que asegurase que este tenía voluntad de regresar a Irán (Peers, 2014).

Ante esta situación, Koushkaki decide interponer un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente, el *Verwaltungsgericht Berlin* (el Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín). Este órgano declara que, en su opinión, Koushkaki cumple

con todas las condiciones para obtener el visado y que, además, parece disponer de medios necesarios para su regreso y no supone una amenaza a la seguridad o salud pública. Según este órgano, la única duda es si, dada la presión migratoria en Irán y el riesgo de inmigración ilegal, este puede suponer una amenaza para el orden público. Así, este órgano decide pedir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una aclaración sobre las circunstancias ante las cuales se puede denegar un visado de este tipo: cuál es el grado de convicción que debe tener el juez de si el solicitante abandonará el territorio alemán y si, en el caso de que al solicitante no se le pueda oponer ninguno de los motivos de denegación de visado que recoge el Código, existe un derecho a la expedición del visado Schengen (Mengozi, 2013).

El TJUE dictaminó que los únicos motivos que pueden llevar a denegar un visado son aquellos que recoge el Código, a ser estos:

- Presenta un documento de viaje falso;
- No justifica el motivo o las condiciones de la visita prevista;
- No aporta pruebas de que dispone de medios suficientes para costear la estancia o para volver a su país de origen/residencia;
- Ha agotado los tres meses del período de seis meses;
- Es una persona sobre la que se introdujo una descripción en el Sistema de Información Schengen (SIS) a efectos de denegación de entrada;
- Se le considera una amenaza para el orden público, la seguridad interior o la salud pública de un Estado miembro;
- No aporta una prueba de que posee un seguro médico de viaje, en su caso;
- Presenta documentos justificativos de autenticidad o fiabilidad dudosas (Reglamento (CE) n o 810/2009).

Declaró que esta lista era lo suficientemente exhaustiva dada la redacción, contexto y los objetivos del Código. Por lo tanto, en este ámbito la resolución del TJUE se limita a volver a recoger las disposiciones ya establecidas.

Por otro lado, el TJUE, en lo relativo a esta cuestión, clarificó que no es necesario «asegurar» que el solicitante tenga intención de regresar a su país sino que basta con alegar «dudas razonables», teniendo en cuenta la situación del país de origen y las características específicas del solicitante, según la información aportada por el mismo.

Por último, pide al órgano jurisdiccional que interprete su derecho nacional siguiendo este dictamen europeo, aunque deja espacio e insiste en el margen de apreciación reconocido a la hora de denegar u otorgar visados. Así, el Tribunal de Justicia considera que el Código de visados va de la mano de la normativa nacional, pero que, si la autoridad competente no encuentra motivos establecidos en el Código o en la legislación nacional para denegar un visado, esta está obligada a expedirlo (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2014).

5.1.1.2 Análisis crítico del caso

A pesar de que la decisión del Tribunal es relevante para la solicitud de cualquier tipo de visado Schengen, esta es especialmente importante para nuestro análisis, para los visados humanitarios, ya que la resolución es representativa de las líneas a seguir en estos casos.

Uno de los factores que trajo más polémica al caso es el hecho de que a Rahmanian Koushkaki se le denegase el visado tras haber mencionado que su hermano había obtenido el estatus de refugiado en Alemania. Es lógico llegar a la conclusión de que Koushkaki habría tenido experiencias similares a las de su hermano y que este tuviese también motivos para solicitar asilo en el país. Por supuesto, en este caso, Koushkaki llegaría a Alemania con la intención de quedarse en territorio europeo y las autoridades alemanas encontrarían aquí su causa fundamentada para entender que, tras el periodo de estancia marcado por el visado, este no abandonaría el país.

Sin embargo, vemos que el artículo 31 de la Convención de Ginebra establece:

Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales (United Nations, Treaty Series, vol. 189, pág. 137).

Por lo tanto, esta Convención, de la que la Unión Europea forma parte, justifica el no cumplimiento de las leyes de inmigración cuando una persona tiene la intención de solicitar asilo en el país al que llega.

Además, la posible consideración del caso de un solicitante de asilo como «inmigrante ilegal» es completamente errónea. Así, los argumentos de permanecer en el territorio ilegalmente más allá del tiempo previsto por el visado y la lucha contra la inmigración ilegal, no podrían ser aplicados a este caso, ya que estas personas tienen derecho a permanecer en el territorio mientras dicha solicitud está siendo procesada y, una vez dictaminado el resultado, si este es positivo, también.

Si se tuviesen en cuenta estas consideraciones a la hora de resolver el caso, vemos que este dictamen implicaría una apertura de las fronteras europeas y una oportunidad para aquellas personas que sufren persecución, ya que, aunque enfatizando el margen de apreciación del que disfrutaban los estados, contempla la obligación de otorgar un visado humanitario a todos aquellas personas que cumplen los requisitos: el visado se contempla como un derecho.

Sin embargo, hemos también de mencionar que, en este caso, los posibles solicitantes de asilo también tendrían que cumplir con el resto de condiciones establecidas y que, para muchos de ellos, se presentan imposibles. Hay que tener en cuenta que para muchas personas que se encuentran en necesidad de obtener protección internacional es imposible presentar documentos de viaje válidos o probar que tienen medios suficientes para financiar su estancia, por ejemplo. Así, aunque para hablar de visados humanitarios de una manera más integral y sin centrarse en la situación aislada de Koushkaki, también han de tenerse en cuenta las «razones humanitarias» y las «obligaciones internacionales», que más adelante estudiaremos y que permitirían entregar el visado por cuestiones humanitarias a pesar de que el solicitante no cumpla con todos los requisitos, este caso abre el inicio de un camino en el que se contempla la entrega del visado como una obligación y es por tanto, una oportunidad de abrir las puertas de la «fortaleza europea» (Peers, 2014).

5.1.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Asunto C-638/16 PPU X y X / État belge

5.1.2.1. Descripción de los acontecimientos

El 12 de octubre de 2016, una pareja casada y sus tres hijos pequeños, de Alepo y religión cristiana ortodoxa, presentan una solicitud de visado en la embajada belga de Beirut, Líbano. Solicitan la rápida expedición de visados VTL, según lo dictado por el artículo 25 (1) del Código de visados (Reglamento (CE) n o 810/2009). Al día siguiente abandonan Líbano y regresan a Siria.

Según los solicitantes, el visado sería utilizado para poder huir de la asediada ciudad de Alepo y llegar a Bélgica, donde presentarían una solicitud de asilo. Insisten en la situación que se vive en Siria y en Alepo y de que el hecho de ser cristianos, les pone en riesgo de persecución. Añaden que uno de los solicitantes fue secuestrado por un grupo terrorista y sometido a torturas y que fue liberado gracias al pago de un rescate. Declaran la imposibilidad de registrarse como refugiados en los países limítrofes ya que, entretanto, la frontera entre Líbano y Siria estaba cerrada.

El 18 de octubre de 2016, la Oficina de Extranjería belga («*Office des étrangers*») desestima la solicitud con arreglo al artículo 32, apartado 1 letra b) del Código de visados: «se denegará el visado si [...] existen dudas razonables acerca de [...] la intención de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado solicitado» (Reglamento (CE) n o 810/2009). Según la Oficina, al tener la intención de presentar una solicitud de asilo en Bélgica, estos tenían la intención manifiesta de permanecer en Bélgica un periodo de tiempo superior a los 90 días permitidos por el visado. Además, la Oficina de Extranjería subraya que no se puede aludir al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que exige a todos los Estados parte que admitan a su territorio a toda persona que viva una situación catastrófica, ya que, según la legislación belga, las representaciones diplomáticas no son parte de las autoridades ante las que se pueden presentar solicitudes de asilo: se entiende que expedir un visado de entrada para pedir asilo, equivaldría a presentar una solicitud en una representación diplomática.

Ante esta situación, los solicitantes insisten en que al denegarles los visados no se tiene en cuenta el artículo 3 del CEDH y recuerdan que en el procedimiento principal

las autoridades belgas estiman que se trata de una situación humanitaria excepcional, por lo tanto, según las razones humanitarias y las obligaciones internacionales que atañen a Bélgica, se habría de aplicar el artículo 25 del Código de visados. Así, hacen referencia a la sentencia de Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862), al estimar que tienen derecho de que se les expida un visado.

El Estado belga considera que no está obligado a admitir a personas extranjeras, siendo la no devolución su única obligación. Declaran que para poder invocar el artículo 3 del CEDH han de encontrarse bajo jurisdicción belga y, además, se plantean la amplitud del margen de apreciación en vistas de la naturaleza imperativa de las obligaciones internacionales.

Así, el órgano jurisdiccional decide suspender el procedimiento y plantear al TJEU una serie de cuestiones sobre las «obligaciones internacionales» citadas en el artículo 25 del Código de visados, las obligaciones vinculadas al CEDH y el alcance del margen de apreciación del que disfrutaban los estados.

El TJUE se posiciona a favor de Bélgica. Afirma que, aunque las solicitudes se presenten bajo el artículo 25, este tipo de solicitudes no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Código de visados. Además, señala que las condiciones en las que los Estados miembros pueden expedir visados por motivos humanitarios no están sujetas al Derecho de la Unión, sino al nacional, por lo que las aplicaciones del CEDH tampoco son vinculantes. Además, se hace hincapié en que la denegación del visado no se relaciona con la existencia de dudas de que los solicitantes regresen, sino en que el objetivo final de la solicitud no es el de obtener un visado de corta duración. Añaden que si esto no fuese así, el Código de visados, cuyo objetivo es el de regular estancias cortas en territorio, se convertiría en un instrumento del que se valdrían los solicitantes de asilo para obtener protección internacional en el país que eligiesen. Esto, además, obligaría a los Estados miembros a permitir presentar solicitudes de protección internacional en las representaciones extranjeras situadas en terceros países. Así, la finalidad del Código no es la de armonizar las normativas de protección internacional.

De este modo, el TJUE concluye afirmando que las cuestiones relativas al artículo 25 del Código no están comprendidas en el ámbito de aplicación del mismo y no en el Derecho de la Unión: tan solo dependen del Derecho nacional del Estado miembro.

5.1.2.2. Análisis crítico del caso

Este caso desató grandes polémicas, tanto en los medios de comunicación como en el seno de las instituciones europeas. De hecho, es este el gran incidente que hace que se vuelva a hablar en la Unión Europea sobre los visados humanitarios. Así surge el gran debate que existe en la actualidad y que, se ve reflejado en la actualidad con la presentación de la nueva propuesta de ley (31 de marzo de 2019).

La polémica que desató tiene una base clara, no solo por la decisión final que toma el TJUE sino también por los argumentos que usa para justificarla. De hecho, por muchos ha sido visto como una estrategia por parte del TJUE de proteger al Sistema de Dublín y no a los refugiados. Así, el TJUE dictó que otorgar este tipo de visados «equivaldría a permitir a los nacionales de terceros países, [...], que presenten solicitudes de visado, basándose en dicho Código, con la finalidad de obtener la protección internacional en el Estado miembro de su elección, lo cual iría en contra de la estructura general del sistema establecido por el Reglamento n.º 604/2013». Sin embargo, uno de los criterios para decidir quién será el encargado de procesar una solicitud de asilo, según el Sistema de Dublín o Reglamento n.º 604/2013, es que el Estado miembro que otorga el visado es el encargado de procesar la solicitud de asilo.

Así, a lo largo de este punto intentaremos rebatir el razonamiento que realizó el Tribunal para llegar a la conclusión de que los Estados miembros tienen total libertad para decidir si entregar o no un visado humanitario. En estas líneas nos centraremos en el argumento principal que se utilizó: la entrega de un visado de este tipo no entra dentro del Derecho de la Unión y, por lo tanto, es decisión exclusiva del Estado miembro en cuestión, actuando según su Derecho nacional.

Para realizar este análisis nos basamos, principalmente, en aquellos comentarios y críticas que sostuvo el abogado defensor de la familia solicitante, Paolo Mengozzi, que considera que según la legislación actual sí que existe una obligación a nivel europeo a otorgar visados humanitarios, esto es a solicitar un visado Schengen apelando al artículo 25 del Código de visados.

Así, podemos rebatir que la intención que los solicitantes puedan tener al llegar al territorio de la Unión, en este caso, Bélgica, no debería modificar la naturaleza o el objeto de las solicitudes, transformarlas en visados de larga duración o dejarlas al

margen del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión o del Código de visados. De hecho, vemos que el objetivo de la familia una vez en suelo europeo, sería el de realizar un uso legal de los recursos que ofrece la política migratoria. Por lo tanto, la posibilidad de poder quedarse en Bélgica dependería de la aprobación de la solicitud de asilo. El hecho de apelar a motivos humanitarios para obtener un visado VTL no convierte al mismo en una solicitud de asilo. En otras palabras: el objetivo de la familia sería utilizar un canal de migración legal para acceder legalmente al sistema de protección internacional. Así, la solicitud de visado y la solicitud de asilo han de ser consideradas independientes, ya que no son parte de la misma acción legal. (Mengozi, 2017).

Por otro lado, las solicitudes de los demandantes fueron tramitadas con arreglo al Código de visados y la decisión de denegarlo se basó también en uno de los motivos recogidos por dicho Código. De hecho, el Código de Visados se aplica a los nacionales de terceros países que tienen la obligación de poseer un visado para cruzar las fronteras exteriores de la UE. Al ser Siria uno de esos países, los solicitantes estaban obligados a estar en posesión de un visado: no hay ninguna base jurídica que permita sacar a refugiados y solicitantes de asilo de la categoría de «nacionales de terceros países».

Además, la alegación de que el Código de visados no permite presentar una solicitud apelando al artículo 25, chocaría con el artículo 23, apartado 4, letra b), que prevé la expedición de un visado VTL por motivos humanitarios. Así, al conceder o denegar un visado VTL relacionado con el artículo 25 del Código, se está decidiendo sobre un documento que autorizaría el cruce de las fronteras externas de la Unión Europea, paso sometido a un régimen armonizado, en el marco y aplicación del Derecho de la Unión. En este sentido, podemos concluir que una situación como la que se está estudiando está sujeta al Derecho europeo, con todo aquello que esto conlleva (Mengozi, 2017).

Por todos estos motivos, la situación de los solicitantes se ha de regir por el Código de visados y, de ese modo, por el Derecho de la Unión. El reconocimiento de este punto conllevaría un dictamen distinto por parte del Tribunal, en el que se reconociese la aplicación extraterritorial de los derechos reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como estudiaremos a continuación.

5.2. Problemática

El estudio de los dos casos anteriores pone en evidencia las dificultades y repercusiones que muestra la redacción e interpretación de las leyes que rigen la entrega de visados para solicitantes de asilo. Son casos muy distintos, ya que en el primero no se invoca directamente al artículo 25, sin embargo, sí que vemos que gran parte de la decisión está motivada por la interpretación de los «motivos humanitarios» que gobiernan la intención del solicitante. Conclusiones muy distintas pero que, sin embargo, nos invitan a reflexionar sobre puntos similares. Así, esta parte del trabajo se centrará en estudiar las ideas que más incertidumbre provocan. El lector se dará cuenta de que el análisis se apoya más en las conclusiones del Asunto C-638/16 PPU X y X / État belge. Esto es así ya que este último caso es más polémico y reciente, siendo sus efectos los que rigen en la actualidad los principios que gobiernan la entrega de los visados humanitarios.

5.2.1. Alcance de la legislación europea

Una de las repercusiones que tiene el confundir las normas de inmigración con las normas de protección internacional, como ocurre en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Asunto C-638/16 PPU X y X / État belge, es que se deja fuera del alcance del Derecho de la Unión este tipo de solicitudes. Por lo tanto no se reconocen los derechos que se incluyen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Tal y como hemos mencionado con anterioridad, la Carta es aplicable siempre y cuando los Estados miembros estén actuando bajo el Derecho de la Unión. De hecho, la Comisión incluye en la redacción del Manual para la tramitación de las solicitudes de visado la obligación de respetar los derechos humanos y, en especial, aquellos reconocidos por la Carta; derechos que se garantizan independientemente de la territorialidad.

De estos derechos y principios recogidos por la Carta, resaltamos el artículo 4 («Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes») y el artículo

18 («Derecho de asilo: Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea»).

Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198; C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865, por ejemplo) reconoce que los Estados tienen tanto una obligación negativa como una positiva a la hora de cumplir con los Derechos fijados por la Carta: no solo no han de torturar, también han de adoptar medidas para que las personas no sean sometidas a tortura, por ejemplo. Así, si las circunstancias o las razones humanitarias hacen que la denegación de un visado lleve al solicitante a sufrir un riesgo real de que se vulneren aquellos derechos recogidos por la Carta, en especial aquellos de carácter absoluto, la entrega de este visado podría transformarse en una obligación para ese Estado con el fin de garantizar el artículo 4 de la Carta (Mengozi, 2017).

Si el Tribunal hubiese tenido en cuenta y aceptado estas observaciones, podría haber llegado a la conclusión de que, dada la situación del país de origen y de la situación particular de los solicitantes, la negativa de la embajada belga a expedir un visado podría resultar en una violación del artículo 4 de la Carta, al no haber asumido la obligación positiva que la misma contempla.

5.2.2. Margen de apreciación

Tal y como indica María Angélica Benavides Casals (2009, pág. 305):

La teoría del margen de apreciación nos indica en definitiva que allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para el Estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales el contenido y alcance de ciertos derechos.

Esta falta de consenso explica que este concepto ya haya sido mencionado repetidas veces a lo largo del presente estudio. Ya desde la redacción del Código vemos que el artículo 25 reconoce que el visado se expedirá «cuando el Estado miembro de

que se trate considere necesario», así podemos ver que, efectivamente, se reconoce el margen de apreciación del que ambos casos prácticos hablan.

Pero, ¿cuáles son los límites del margen de apreciación? Pues bien, este ha de ser interpretado de forma coherente con las normas y los valores fijados por el Derecho de la Unión y los valores recogidos en la Carta, siendo estos sus límites. Así, tal y como recoge el abogado Paolo Mengozzi (2017), se trata de comprobar si negarse a expedir un visado puede conllevar una infracción por parte del Estado miembro de las obligaciones que la Carta le impone.

Dentro de ese margen el Estado miembro tendría libertad de decidir, por ejemplo, si se da una petición de visado para asistir al funeral de un pariente. Sin embargo, si las razones humanitarias y las circunstancias pueden llevar a un riesgo real de los derechos mencionados en la Carta, este margen de apreciación habría de verse eclipsado por las obligaciones positivas a las que se somete el Estado (Mengozzi, 2017).

Uno de los puntos claves del margen de apreciación es la determinación de las «dudas razonables» de que la persona que disfruta de un visado no regrese a su país de origen tras la finalización del periodo permitido. Como ya hemos visto, este es un motivo justificado para denegar un visado, argumento que puede ser utilizado en contra del solicitante. Sin embargo, hemos de recordar que la intención de solicitar asilo no ha de convertir el visado VTL en algo que no es: la solicitud de visado y la solicitud de asilo son dos acciones legales independientes (Brouwer, 2017).

5.2.3. Definición de «razones humanitarias» y «obligaciones internacionales»

Ambos conceptos son muy amplios y necesitan ser clarificados. Como ya hemos mencionado, el Manual de Visados recoge una serie de ejemplos de «razones humanitarias» no vinculantes, sin embargo, estos supuestos parten de motivos sanitarios, y: ¿pueden estas reducirse a supuestos de emergencia médica?

La falta de una definición clara de estos dos conceptos nos hace volver a insistir en la importancia de que los Estados miembros sean conscientes de la necesidad de aplicar el margen de apreciación dentro de los límites fijados por la responsabilidad y las buenas prácticas.

En este trabajo no se pretende recoger una definición clara de estos conceptos, pero sí insistir en la necesidad de llegar a una idea común, que clarifique las políticas de expedición de visados VTL por razones humanitarias. Una definición fijada siguiendo las directrices y pautas marcadas por las normas recogidas en el Derecho de la Unión y por los derechos reconocidos en la Carta.

5.2.4. Costes económicos, efecto llamada y misiones diplomáticas sobrecargadas

A pesar de que los costes económicos y el miedo al efecto llamada y a sobrecargar las misiones diplomáticas no son problemas fruto de una redacción ambigua de los instrumentos legales, sí que afectan de forma directa a las decisiones de otorgar o denegar visados humanitarios, por lo que hemos decidido incluirlos en este punto.

Vemos que cuando hay una crisis, el número de programas e iniciativas nacionales que facilitan procedimientos de entrada protegida se reduce. También podemos asumir que uno de los motivos por los que las respuestas del TJUE en los dos casos analizados son tan dispares puede tener su base en el contexto en el que se produjeron. Vemos que el caso de Rahmanian Koushkaki contra Bundesrepublik Deutschland tiene lugar en 2013, momento en que Alemania alude a la presión migratoria iraní en el país. Sin embargo, esta situación no se ve reflejada en Europa, donde la migración no era una cuestión latente. Por otro lado, el contexto en el que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Asunto C-638/16 PPU X y X / État belge tiene lugar es totalmente distinto, la realidad migratoria europea está viviendo uno de sus peores momentos de la historia y, de hecho, el TJUE expresa su miedo a que las embajadas terminen siendo puntos donde poder presentar, indirectamente, una solicitud de asilo.

En este punto vamos a rebatir la idea de que los visados humanitarios colapsarían embajadas y supondrían unos costes inmanejables para la Unión Europea. Primero, hemos de mencionar los altos costes que tiene el mantenimiento del status quo: el control de los flujos migratorios, de las fronteras y la vigilancia, la lucha contra el crimen organizado y los costes directos de los acuerdos de emergencia con terceros estados. De hecho, vemos que solo las redes de trata de personas generaron unos 3.200 millones de euros en 2017 (5.200 millones en 2015, dada la presión migratoria de ese año), eso sin contar con los daños psicológicos y con otras actividades criminales

relacionadas con la trata de personas: violencia sexual, torturas, vidas en juego, etc (Fernandes y Milieu, 2018). En la siguiente tabla podemos observar los costes económicos que tienen diversas acciones relacionadas directa o indirectamente con los flujos migratorios y la recepción de personas refugiadas, basándonos en los datos recogidos en el estudio realizado por Fernandes y Milieu (2018) para la Unión Europea:

Impacto	Coste anual total estimado (basado en los costes 2014-2019)
Operaciones de rescate	216.000 € por operación (cantidad actualmente en aumento debido al cierre de algunos puertos para este tipo de operaciones)
Recepción de migrantes	34 €/ día por migrante
Procesamiento de una solicitud de asilo	4.834 € por solicitud
Coste de retorno	-Retorno forzoso: 2.000 €/ individuo -Retorno voluntario: 260 €/ individuo
Vigilancia y control de fronteras	216 millones de €
Seguridad y terrorismo	16.600 millones de €
Acuerdos con terceros países	2.500 millones de €
Crimen organizado	30.000 millones de €

En ese mismo estudio se sostiene además que, el visado humanitario, bien diseñado e implementado, reduciría significativamente todos estos costes. Gran parte de los migrantes que llegan a la Unión siguiendo vías ilegales, ahora tendrían una opción legal que reduciría los costes del control de fronterizo, la vigilancia y las misiones de rescate. Cabe mencionar, además, que el presupuesto de Frontex, agencia encargada del control fronterizo se ha más que duplicado desde 2015.

Por otro lado, el visado humanitario permitiría realizar una acogida más íntegra: se podría realizar una distinción de migrantes económicos y solicitantes de asilo previa a su llegada a la Unión, lo que ayudaría a diseñar medidas más adecuadas para su recepción.

Los costes relacionados con las solicitudes de asilo también se reducirían ya que asumimos que aquella persona que llega en posesión de un visado humanitario, solicitaría asilo en el momento de llegar a territorio. En la actualidad, hay gran cantidad de traslados, reubicaciones de los expedientes y largos tiempos de espera, lo que aumenta los costes de gestión de estas solicitudes. Por otro lado, los costes relacionados con el regreso y la devolución también disminuirían significativamente: se habrá previamente revisado la situación humanitaria de aquellas personas que reciban un visado humanitario, otorgándose a aquellas que tengan una situación de riesgo y, por lo tanto, mayores posibilidades de ser reconocidas como refugiados.

En cuanto a uno de los grandes miedos relacionados con las migraciones: la seguridad y el terrorismo, vemos que los riesgos se reducirían, ya que se podría hacer un mayor y mejor control de las personas que cruzan las fronteras.

Por otro lado, se reduciría la necesidad de realizar acuerdos con terceros países, que suponen grandes cantidades de dinero empleadas en externalizar fronteras o entrenar a los guardacostas. A esto, hemos de añadirle la reducción del crimen organizado y del mercado negro, con lo que se ahorrarían miles de millones de euros.

Actualmente solo un 3% de la población refugiada mundial intenta conseguir asilo en la Unión Europea. Es lógico asumir que este porcentaje aumentará. Sin embargo, contrariamente a lo que se piensa, este aumento sería relativamente pequeño: es razonable asumir que la demanda de asilo es «inélastica», lo que quiere decir que el hecho de que haya una vía de entrada a la Unión Europea por razones humanitarias, no va a provocar que haya oleadas de personas que necesiten huir de sus países porque esto sea «más económico o fácil» (Fernandes y Milieu, 2018).

6. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar, los visados humanitarios son una laguna jurídica en la que los derechos y valores que construyen los pilares europeos se ahogan. Unos derechos y unos valores que, cuando hablamos de migraciones, muchas veces percibimos como ilusorios o teóricos. Así, queremos llamar la atención sobre la necesidad de crear un sistema formalizado y uniforme a nivel europeo, que haga de esos

valores algo tangible. Esto evitaría la fragmentación de las políticas europeas, permitiría utilizar bien los recursos y reduciría los costes humanos y económicos.

Es imprescindible para el buen funcionamiento del sistema de asilo, del control de fronteras y de los valores europeos que se entienda el visado humanitario como un asunto común y no meramente nacional. Está claro que es un derecho recogido por el Código de visados, que pretende armonizar las políticas de todos los Estados miembros y que regula el cruce de las fronteras externas de la Unión Europea. Y como tal se ha de entender, como una aplicación del Derecho de la Unión regido por los valores de la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea, sin olvidar que esta misma conlleva obligaciones activas y pasivas.

De este mismo modo, el margen de apreciación ha de ser estudiado y aplicado de acuerdo a esos principios y valores. Siempre respetando los límites que a él se imponen ya que esos límites son los límites que protegen la dignidad humana.

Además, una regulación en la que se solucionen los puntos mencionados a lo largo de este trabajo y se aclare la naturaleza del visado humanitario como opción u obligación eliminaría la incertidumbre que ahora gobierna al mismo, creando así un sistema de protección transparente y predecible que cumpla con los estándares legales fijados por la Unión Europea.

Con la adopción del visado humanitario, la política actual de asilo se vería transformada en un sistema que protege a la persona y al Estado de manera más integral. Por un lado, reduciría los daños físicos y psicológicos y protegería la integridad de aquellas personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Por otro lado, mejoraría el reparto de los costes entre los Estados miembros: se disminuiría la carga de aquellos países encargados de la primera acogida y se reducirían los costes de traslados de personas y expedientes.

Por otro lado, la creación de unos estándares comunes para la admisión de solicitudes de asilo acabaría con el llamado «*visa shopping*»: al tener los Estados miembros estándares diferentes, la persona que desea solicitar un visado tendría que sopesar en que país tienen más posibilidades de recibirlo.

El visado humanitario se ve como una figura fundamentada en la protección de los derechos humanos. A lo largo del presente estudio, las carencias del sistema de

protección internacional se hacen evidentes: la necesidad de presenciarse en territorio y, al mismo tiempo, la falta de opciones para realizar esta acción legalmente.

6.1. Decálogo

Este estudio no pretende abogar por la eliminación de las fronteras de la Unión o defender la entrega de visados indiscriminada, pretende defender la necesidad de gestionar la migración y la protección internacional de tal manera que se aprovechen los recursos económicos y humanos y que se cumplan las obligaciones internacionales y derechos fundamentales de toda persona. Así, entendemos que una buena gestión migratoria puede ofrecer gran cantidad de beneficios. Una distribución más humana e integral de los medios que en la actualidad se emplean para puestos de vigilancia, acuerdos con países no seguros y misiones de rescate marítimas que no serían necesarias si se potenciase el uso del visado humanitario. De este modo, hemos diseñado este decálogo, que recoge las líneas principales a seguir según las conclusiones obtenidas en este trabajo:

1. Creación de un sistema formalizado y uniforme a nivel europeo en el que se entiendan las migraciones como un asunto que hay que gestionar, no que impedir.
2. Este sistema ha de incluir opciones que contemplen la llegada segura, legal y controlada a territorio con el fin de solicitar protección internacional, con vistas a reducir el número de personas que se ven obligadas a entrar ilegalmente a Europa (actualmente, el 90% de las personas que solicitan asilo).
3. Se ha de entender el visado humanitario como una oportunidad para realizar esta gestión, como una manera de cumplir con las obligaciones y estándares marcados por los derechos humanos. Así, se ha de diseñar una legislación consistente, clara e idéntica para todos los Estados miembros.
4. A la hora de crear y diseñar la hoja de ruta para incluir los visados humanitarios, se ha de trabajar con los datos económicos y humanos que hemos recogido: se ha de ver como una manera de mejorar la distribución de los presupuestos y la seguridad humana.
5. Instamos a ver la entrega de visado como un derecho, siempre y cuando el solicitante cumpla con todos los requisitos recogidos formalmente en el Código,

siguiendo con el precedente marcado por el caso *Rahmanian Koushkaki* contra *Bundesrepublik Deutschland*.

6. La solicitud de asilo y la de visado han de ser entendidas como dos acciones legales independientes. Así, no se ha de utilizar como excusa para no otorgar un visado la existencia de «dudas razonables» de que una persona refugiada no regrese tras la finalización del periodo de estancia permitido por el visado que ha utilizado para presenciarse en frontera.
7. Se ha de reconocer que el Derecho de la Unión es aplicable a las solicitudes de visados VTL por motivos humanitarios, reconociendo así la aplicabilidad de los derechos y obligaciones activas y pasivas incluidas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
8. Se insta a los Estados a disfrutar de las libertades que el margen de apreciación ofrece, siempre y cuando esto se realice de forma coherente con las normas y valores que recogen la Carta de Derechos Fundamentales y el Derecho de la Unión.
9. Los visados humanitarios han de ser entendidos como una medida adicional a los procedimientos de entrada protegida ya existentes, no como una medida sustitutiva.
10. La nueva propuesta de ley sobre los visados humanitarios ha de ser vista como el punto de partida para encaminar la situación actual hacia un panorama que recoja las disposiciones aquí recogidas.

Así, vemos el visado humanitario como la figura legal óptima para dar parte de la solución a esta crisis política que tiene graves repercusiones en los derechos fundamentales, ya que permitiría proteger las fronteras y a las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR (2013): *Avanzando hacia un sistema europeo común de asilo. Comunicado sobre el paquete legislativo de asilo de la UE*. ACNUR - Bureau para Europa, Junio 2013.
- ACNUR (1992). *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf> [Última consulta: 17/05/2019].
- Auto del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de mayo de 2013. *Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson*. Asunto C-617/10 REC).
- Ballegooij, W., y Navarra, C. (2018). *Humanitarian Visas: European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report* (Rapporteur: Juan Fernando López Aquilar). European Parliamentary Research Service, European Added Value Unit PE 621.823, Bruselas.
- Bardolet Dilmé, A. (2014), *Visado humanitario: una posible puerta de entrada a la Fortaleza Europa*. *CIDOB, Opinión Migraciones* (249). Obtenido de https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion/migraciones/visado_humanitario_una_posible_puerta_de_entrada_a_la_fortaleza_europa [Última consulta: 17/02/2019].
- Boswell, C. y Geddes, A. (2011). *Migration and Mobility in the European Union*. (J.o. Studies, Ed.) Palgrave Macmillan.
- Brower, E. (2017). *The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal integrity vs. Political opportunism*. Brussels: Thinking Ahead for Europe.
- Bundy, C. (2016). *Migrantes, refugiados, historia y precedentes*.
- Comisión Europea. (9 de julio de 2014). *Consolidated version of the Handbook for the processing of visa applications and the modification of issued visas based on: Commission Decision C(2010) 1620 final of 19.3.2010 establishing the Handbook for the processing of visa applications and the modification of issued*

visas. Obtenido de:
https://www.udiregelverk.no/PageFiles/2788/Visa_Handbook_I_09.07.2014.pdf
f [Última consulta: 11/01/2019].

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions: Policy Plan on Asylum - an integrated approach to protection across the EU; Facchi (ed.) (2012) pág. 35

EUR-Lex (Sin Fecha). Documento 52007PC0072. *Eur-lex.europa.eu*. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM:r13003> [Última consulta: 17/03/2019].

EUR-Lex (Sin Fecha). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2012/C 326/02). Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=IT> [Última consulta: 22/02/2019].

Fernandes, M. y Milieu, B. (2018) *The Added Value of EU Legislation on Humanitarian Visas- Economic Aspects*. Unión Europea, EU Added Value Unit, Brussels.

Jensen, U. (2014). *Humanitarian Visas: Option or Obligation*, Policy Department C: Citizens Rights and Constitutional Affairs, European Parliament.

Mengozi, P. (2013). Conclusiones del abogado general Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 11 de abril de 2013. WEB TJUE.

Mengozi, P. (2017). Conclusiones del abogado general Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 7 de febrero de 2017. WEB TJUE.

Moreno-Lax, V. (2018). *The Added Value of EU Legislation on Humanitarian - Visas*. Unión Europea, European Added Value Unit, Brussels.

OACDH (2012). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/refugiados.htm>

ONU: Asamblea General, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de Julio de 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, pág 137, disponible en esta

dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/47160e532.html> [Última consulta: 17/02/2019].

Parlamento Europeo. (8 de noviembre de 2018). *Visados humanitarios: derecho a pedir asilo sin arriesgar la vida*. Obtenido de Noticias Parlamento Europeo: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/world/20181031STO18177/visados-humanitarios-derecho-a-pedir-asilo-sin-arriesgar-la-vida-entrevista> [Última consulta: 06/01/2019].

Peers, S. (20 de enero de 2014). *Do potential asylum seekers have the right to a Schengen visa?* Obtenido de EU Law Analysis. Expert insight into EU law developments: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/01/do-potential-asylum-seekers-have-right.html> [Última consulta: 17/02/2019].

Reglamento (CE) n o 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 , por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados). Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32009R0810> [Última consulta: 17/02/2019].

Rómulo Parra, J. (2018). *Parlamento Europeo propone la emisión de un visado humanitario en sus embajadas y consulados en el exterior*. Obtenido de Rómulo Parra Abogado: <http://romuloparraabogado.com/parlamento-europeo-propone-emision-visado-humanitario> [Última consulta: 17/02/2019].

Rubio, B. y González, F. (2006). *Los Fondos Estructurales*. Obtenido de Fundación Luis Vives: https://www.fresnoconsulting.es/upload/78/23/10_Cuaderno_Europeo_3.pdf [Última consulta: 17/02/2019].

Sentencia de 10 de abril de 2012, Vo (C-83/12 PPU, EU:C:2012:202) y de 19 de diciembre de 2013, Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862).

Spindler, W. (2015). El año de la crisis de refugiados en Europa. Obtenido de ACNUR España: <https://www.acnur.org/es-es/noticias/stories/2015/12/5af94adf1a/2353-2015-12-30-16-24-16.html> [Última consulta: 17/02/2019].

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2014). Informe Anual 2013. Resumen de las actividades del Tribunal de Justicia, del Tribunal General y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea. Recuperado el 17 del 2 de 2019, de Curia Europa: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001esc.pdf>.

