

LA CONTRADICCIÓN DE EUROPA. 'POLÍTICAS REALISTAS' VERSUS DERECHOS HUMANOS EN LA DENOMINADA 'CRISIS DE LOS REFUGIADOS'

The Contradiction of Europe. Realistic Policies v.
Human Rights in the So-Called Refugee Crisis

Cristina Gortázar Rotaeche

Universidad Pontificia de Comillas (España)

La UE y sus Estados miembros están llevando a cabo compromisos con terceros países –principalmente africanos– para externalizar el control de su frontera sur. Para ello, la UE y sus Estados miembros podrían estar utilizando un equivocado concepto de tercer país seguro. La dificultad consiste en que junto a la externalización del control de la frontera se podría estar haciendo dejación del cumplimiento de obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho de los refugiados plenamente vinculantes y, alguna de ellas, de carácter imperativo e inderogable. Si así fuera, la UE y sus Estados podrían incurrir en responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos.

Palabras clave

Unión Europea, Estados miembros, refugiados, externalización del control de la frontera sur, derechos humanos, responsabilidad por ilícito internacional

The EU and its member states are adopting agreements with third countries (mainly African) to outsource control of their southern border. To this end, the EU and its member states might be using a mistaken concept of safe third country. The difficulty is that along with this outsourcing of border control, binding obligations of the international law of human rights and of the law of refugees, fully binding, and some of them, imperative and non-derogable, could be breached. If this were the case, the EU and its states could incur international responsibility for internationally wrongful acts.

Keywords

European Union, member states, refugees, outsourcing of southern border control, human rights, responsibility for internationally wrongful acts

[...] El presidente [de Estados Unidos] no puede llegar hasta el final de la lógica del moralista [...]. Está condenado a una especie de hipocresía.

R. Aron

Los derechos humanos a prueba

Raymond Aron realiza en 1947 su célebre diagnóstico sobre la Guerra Fría —«Paz imposible, guerra improbable»— y en los ochenta termina sus días, literalmente, intentando probar si ese postulado es válido también a finales de siglo o si, por el contrario, el final de milenio traerá la verdadera paz o la guerra de nuevo. No pudo vivir el optimismo de los *felices noventa* ni la enorme decepción que vendría después. En su obra póstuma rechaza las prospectivas catastrofistas y lo hace con su estilo inteligente, omnicomprensivo y moderado. Sus herederos quisieron que viera la luz un escrito inédito que inicialmente formaba parte de la cuarta parte de sus memorias, pero que decidió no publicar, probablemente por no interferir con sus posiciones en cuestiones *calientes* de la política de la época. El texto al que me refiero se denomina *Los derechos humanos a prueba* y me ha iluminado para escribir estas líneas. En él se puede leer la frase que aparece en la cabecera del presente escrito: «[...] El presidente [de Estados Unidos] no puede llegar hasta el final de la lógica del moralista [...]. Está condenado a una especie de hipocresía». (R. Aron, 1984, p. 173). Por supuesto, a veces se producen hechos políticos gratos y sorprendentes; como, por ejemplo, cuando Anuar el-Sadat salió de su aparato y puso pie en tierra hebrea. Pero este acto no dejó de tener sus consecuencias negativas; casi todos los países árabes rompieron relaciones con Egipto y esa visita le costaría la vida al propio Anuar el-Sadat (*ibid.*, p. 177).

Paul Reuter propone tres concepciones de la sociedad internacional según esta se construya en la yuxtaposición (confrontación) de distintos intereses, los intereses comunes reconocidos o, finalmente, la organización diferenciada (P. Reuter, 1982, pp. 2-37). Muchos hemos querido reconocer este tercer modelo en la Unión Europea. Sin embargo, hay ocasiones en que la duda nos invade y una de ellas es la reacción de los Estados y las instituciones de la UE ante la llegada de refugiados a territorio europeo en estos últimos años. Para muestra, un botón: en contra de lo que pudiera parecer a cualquier observador de buena fe, el Consejo Europeo no actuaba como institución de la Unión cuando, el 18 de marzo de 2016, adoptó el Acuerdo UE-Turquía, ya que según nos informaba el TJUE meses después:

It's the fruit of an international dialogue between the Member States and the Republic of Turkey and in the light of its content and of the intention of its authors was not intended to produce legally binding effects not constitute an agreement or a treaty (TJUE, 2017a).

Sin embargo, el consentimiento vincula al sujeto de derecho internacional cualquiera que sea su forma, incluso si ha de ser deducido de un comportamiento (*inter alia*, J. A. Carrillo Salcedo, 1969, p. 170), y, desde luego, la responsabilidad internacional por hecho internacionalmente ilícito (Comisión de Derecho Internacional/Asamblea General, 2001) se produce cuando se reúnen los siguientes dos elementos: a) una acción u omisión es atribuible al sujeto de derecho internacional y b) constituye una violación de una obligación internacional válida y vigente.

Cuando estas líneas se cierran, la UE acaba de recibir el Premio Princesa de Asturias de la Concordia en el sesenta aniversario de la firma de los Tratados de Roma. Sin quitar méritos a la larga y exitosa trayectoria de la Unión, me encuentro entre quienes opinan que no estamos en el momento idóneo para recibir premio alguno. Es preciso recordar que la llamada «ruta de los Balcanes» no se cierra para organizar o atender mejor a las personas que pedían protección en suelo europeo, sino para «restablecer Schengen» (Comisión Europea, 2016a) y evitar así pérdidas económicas cuantiosas¹.

Conviene también tener presente que por ese mismo motivo se adopta el Acuerdo con Turquía de

¹ Comisión Europea (2016a); COM (2016) 120 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo: «Restablecer Schengen». Bruselas, 4 de marzo: «Restablecer el espacio Schengen, sin controles en las fronteras interiores, es, por ello, de vital importancia para la Unión Europea en su conjunto [...]. El libre intercambio de bienes en la UE representa actualmente más de 2,8 billones de euros en términos de valor y un volumen de 1.700 millones de toneladas. La repercusión más importante e inmediata de los controles en las fronteras se dejaría sentir en el sector del transporte de mercancías por carretera, con un importe adicional de 7.500 millones de euros de costes directos cada año. Estados miembros como Polonia, los Países Bajos o Alemania tendrían que hacer frente a más de 500 millones de euros de costes adicionales para el transporte de mercancías por carretera, mientras que otros, como España o la República Checa, serían testigo de cómo sus empresas tendrían más de 200 millones de euros de costes adicionales. Los controles fronterizos costarían a los trabajadores transfronterizos y otros viajeros entre 1.300 y 5.200 millones de euros en términos de tiempo perdido. La Comisión estima que podrían perderse al menos 13 millones de pernoctaciones turísticas en la UE como consecuencia de la reducción de los viajes turísticos causada por la complejidad de los controles en las fronteras, con un coste total de 1.200 millones de euros para el sector del turismo. Si los controles fronterizos también suponen una fragmentación de la política común de visados de la UE, puede multiplicarse el impacto potencial para el sector turístico (entre 10.000 y 20.000 millones de euros)».

18 de marzo de 2016 (Consejo Europeo, 2016). Sin olvidar que las decisiones del Consejo de la Unión (2015a y 2015b) para la reubicación de 160.000 personas desde Grecia e Italia hacia otros Estados miembros –que debían ser efectuadas entre septiembre de 2015 y septiembre de 2017– no se han cumplido. A fecha de 12 de mayo de 2017 (Comisión Europea, 2017b) solo se ha reubicado a 18.418 personas: 12.707 desde Grecia y 5.711 desde Italia. Pero lo más dramático y vergonzoso es la responsabilidad que la UE y sus Estados puedan tener en la muerte de 14.000 personas que han perdido la vida desde 2014 intentando entrar en Europa (OIM, 2017). Si se hubieran utilizado canales legales para solicitar protección internacional en tránsito, esas muertes no existirían o, al menos, serían muchas menos.

El Acuerdo UE-Turquía y la dejación (“externalización”) de la responsabilidad sobre los refugiados y otros migrantes

La Comisión Española de Ayuda al Refugiado ha publicado un informe sobre los resultados del Acuerdo UE-Turquía tras un año de su aplicación (CEAR, 2017). Buena parte de los datos que resumo a continuación proceden de dicha fuente. La legislación griega de asilo se modifica en abril de 2016 con el fin de adaptarse al Acuerdo UE-Turquía, dando lugar a un procedimiento *ad hoc* para las islas, cuya parte más novedosa es la fase de admisibilidad (Ley 4375/2016, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/573ad4cb4.html>). Los solicitantes de asilo que no sobrepasen la fase de admisibilidad en las islas serán devueltos a Turquía junto a todos cuantos no soliciten asilo; cabe un recurso de apelación –que debe presentarse en un escueto plazo de cinco días– ante los comités de apelación establecidos con la reforma de la ley de asilo griega citada *supra*. La composición de los comités de apelación ha generado polémica, debido a la presencia de expertos que forman parte del propio Ministerio del Interior e Inmigración (CEAR, 2017, p. 19).

Se encuentran exentas de la fase de admisibilidad aquellas personas que son consideradas en situación de vulnerabilidad y también las que posean cualquier nacionalidad con una ratio de reconocimiento mayor del 25%; así, la aplicación del criterio de admisibilidad asume que las personas nacionales de países con bajos ratios de reconocimiento no son merecedoras de protección internacional, lo que constituye una clara violación de la Convención de Ginebra de 1951. Por ejemplo, las personas de nacionalidad afgana, que alcanzan el 24% de las llegadas a las islas griegas desde que se

aplica el Acuerdo UE-Turquía, tienen en Grecia un porcentaje de reconocimiento de protección internacional muy bajo –a diferencia del que obtienen los nacionales afganos en otros países europeos–; por ello, dichas personas son en su mayoría de-

La regla absoluta de la no devolución está fundamentada en la obligación de proteger a la persona humana de un trato grave e irreparable contrario a su dignidad

vueltas a Turquía –salvo aquellas que se las ingeñan para ponerse en manos de los traficantes.

Además, el Acuerdo UE-Turquía ha implicado la conversión de los centros (abiertos) de primera acogida en las islas en centros cerrados de recepción e identificación, donde las personas migrantes y solicitantes de asilo permanecen detenidas hasta la finalización del procedimiento –exceptuando los casos de personas en situación de vulnerabilidad, que son trasladadas a la península–. Este procedimiento en ocasiones está durando más de un año.

En cuanto al número de personas retenidas en Grecia a la espera de que su caso se decida, el informe citado de CEAR (p. 10) nos alerta sobre la existencia actual de 62.184 solicitantes de protección entre la península y las islas griegas, lo que supone un aumento del 46% con respecto al número de personas que había atrapadas en Grecia justo antes de la firma del Acuerdo UE-Turquía (42.688 personas). La razón de este aumento parece estar en el cierre de la *ruta de los Balcanes* junto a la lenta aplicación de los procesos de reubicación.

Con todo, lo más sorprendente en cuanto a la aplicación del Acuerdo UE-Turquía es que tan solo se han producido un total de 899 devoluciones desde Grecia a Turquía (CEAR, 2017, p. 19) y casi ninguna de las personas devueltas tiene nacionalidad siria –las devoluciones son, principalmente, de nacionales de Afganistán, Argelia, Ghana y Pakistán–. Por tanto, el plan «uno por uno» incluido en el acuerdo –por cada sirio devuelto desde Grecia, un sirio reasentado desde Turquía– no parece estar funcionando recíprocamente.

La crítica a la más que dudosa condición de *país seguro* que el acuerdo atribuye a Turquía no solo se debe a la conocida reserva que Turquía mantiene a la Convención de Ginebra –por la que solo reconoce como refugiadas a las personas europeas–, sino también a no pocos casos denunciados por Amnistía Internacional de devoluciones a Siria (Amnistía Internacional, 2017, p. 147); sin ser cuestión menor que Turquía haya sido condenada por el TEDH en un 93% de los casos en los que se ha seguido un proceso contra dicho Estado (CEAR, 2017, p. 16).

Por fin, es cierto que la aplicación del Acuerdo UE-Turquía ha provocado un descenso en las llegadas a Grecia (856.723 en 2015 y 156.728 en 2016); sin embargo, desafortunadamente, estas cifras no se han traducido en un descenso en el número de muertes en el Mediterráneo. Los itinerarios se han desplazado hacia el Mediterráneo oriental, una ruta evidentemente mucho más mortífera (ACNUR, 2017).

El Acuerdo UE-Turquía como modelo de dejación ('externalización') de responsabilidad

Como es bien conocido, el Acuerdo UE-Turquía está siendo el modelo para muchos otros acuerdos (¿informales?) de la UE/Estados miembros con países terceros, fundamentalmente africanos, para que estos impidan la salida de personas desde sus fronteras hacia territorio europeo (Comisión Europea, 2016b).

La negociación con Libia (Comisión Europea, 2017c) ha implicado la aprobación por el Consejo Europeo del pago de más de 90 millones de euros destinados, entre otras funciones, a ayudar a la vigilancia de la frontera marítima de Libia con Europa a través de la formación de la guardia costera libia, la creación de un centro de coordinación del salvamento marítimo y el apoyo con recursos de patrulla adicionales.

El reconocimiento del crucial papel que la guardia costera libia debe desempeñar en la gestión de la situación y el desarrollo de sus capacidades sigue siendo prioritario, tanto desde el punto de vista de las aptitudes como desde el de las necesidades materiales de equipamiento [...]. Esa formación se está complementando en el marco de otros programas de la Unión gestionados por la Comisión [...] como el programa de la red del Mediterráneo SEAHORSE [...]. La formación podría alcanzar también a personal de las guardias costeras de Túnez, Argelia y Egipto, en el momento en que esos países se adhieran al programa SEAHORSE. [...] Italia, Malta, Grecia, Chipre, Francia, España y Portugal han conectado sus centros nacionales de coordinación Eurosur para la vigilancia fronteriza con la red

del Mediterráneo SEAHORSE (Comisión Europea, 2017a, pp. 7-9).

Pero junto a la ayuda europea –imprescindible– para que Libia logre impedir las salidas desde su frontera marítima –recordemos que el derecho internacional reconoce el derecho de toda persona a abandonar cualquier país incluido el propio–, la comunicación de la Comisión Europea también citada se refiere a la necesidad de que Libia reciba ayuda para mejorar sus centros de acogida y sus sistemas de atención a los solicitantes de protección internacional (asilo), así como al desarrollo de sus procedimientos para reconocer dicha protección y garantizar los derechos que su estatuto lleva aparejados. Luego, se está dando por hecho que Libia es un *tercer país seguro*, ya que, aun reconociendo que en su territorio existen personas en necesidad de protección internacional, la UE decide que va a hacer todo lo que esté en su mano para impedir que dichas personas abandonen Libia hacia territorio europeo. A mayor abundamiento, la UE está reconociendo también de modo expreso que las condiciones en las que se encuentran los hipotéticos solicitantes de protección internacional en Libia son *inhumanas*, cayendo de nuevo en incoherencia y contradicción:

Las condiciones en los centros de internamiento de migrantes son inaceptables, quedando muy por debajo de lo que establecen las normas internacionales de derechos humanos [...]. Otra cuestión importante es garantizar el acercamiento sin trabas del ACNUR y la OIM a las personas necesitadas de protección internacional, especialmente las vulnerables. (Comisión Europea, 2017a, p. 11).

Sabemos cuáles son los límites impuestos por el TEDH y del TJUE (casos MSS, 2011 y NS, 2011, respectivamente) sobre la devolución de personas a lugares en los que se reciban tratamientos contrarios al artículo 3 CEDH. Es evidente que en el presente supuesto no hay devolución, pero sí un acto u omisión que vulnera la esencia de proteger a las personas de tratamientos inhumanos.

Por fin, la comunicación reconoce la necesidad de *colaboración en cadena*: la ayuda a Libia solo resulta operativa si se ayuda también a sus vecinos para que *las rutas* no se desvíen hacia otras posibles salidas (Argelia, Egipto y Túnez). Asimismo, la EUCAP Sahel-Mali y, especialmente, la EUCAP Sahel-Níger desde 2015, apoyan la mejoría en el control y la gestión de los flujos migratorios y la lucha contra la migración irregular, así como los delitos asociados con ella (Comisión Europea, 2017a, pp. 13-16).

Rebus sic stantibus y como la nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas tiene mandato para ac-

tuar no solo fuera del territorio europeo, sino también en el territorio de países terceros, tendremos que repasar las condiciones en las que, eventualmente, podría atribuirse un hecho ilícito internacional a algún Estado europeo más allá de lo ya establecido por el TEDH (para alta mar) en el asunto Hirsi Jamaa (TEDH, 2012). Como hemos recordado *supra*, existe responsabilidad internacional cuando se produce un comportamiento consistente en una acción u omisión atribuible al Estado según el derecho internacional (imputación) y que constituye una violación de una obligación internacional (ilícito). Y en cuanto a la segunda de estas exigencias, el principio de no devolución está consagrado en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y los artículos 4 y 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A mayor abundamiento, la regla de no devolución está reconocida como norma absoluta e inderogable.

El *refoulement* se produce por las vulneraciones del artículo 3 del CEDH que las personas devueltas puedan sufrir tanto en Libia –o Turquía o Marruecos– como también en los supuestos de *refoulement* en cadena; por ejemplo, si Libia devolviera a otros países –como Eritrea o Sudán–. Además, respecto de la ayuda imprescindible de Estados europeos para que otros Estados terceros puedan eficazmente impedir que las personas abandonen un país –algo prohibido por el derecho internacional–, hemos de recordar que, en virtud del artículo 16 de los artículos sobre la responsabilidad internacional:

Un Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito de este último es responsable internacionalmente si: a) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y b) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado (Comisión de Derecho Internacional/Asamblea General, 2001).

Soy consciente de que, aunque pudiera probarse la participación europea en un ilícito cometido por Libia –o Marruecos o Turquía–, la pregunta de muchos sería: ¿Qué obligación vulneran la UE o/y sus Estados miembros? Mi respuesta es la siguiente: la regla absoluta de la no devolución está fundamentada en la obligación de proteger a la persona humana de un trato grave e irreparable contrario a su dignidad más allá de en qué consista ese acto de «dejar de proteger»; es decir, si dicha actuación de no protección es imputable a un Estado u otro sujeto de derecho internacional, no importa en qué consista el acto imputable (devolución u otro). Además, claramente se estaría vulnerando

el derecho de toda persona a abandonar cualquier país incluido el propio, máxime en una situación de vulnerabilidad.

En el fondo de la caja de Pandora

Amigos y colegas me han reprochado últimamente cierta ausencia de optimismo y lo hacen recordando que dicha actitud es discordante con mi naturaleza. Por ello quiero detenerme ahora en algunos –hay otros– aspectos y tomas de postura, en las que podemos ver la esperanza reflejada claramente en el fondo de la caja de Pandora.

1. Las directrices de ACNUR

Respecto de la respuesta europea a la mal denominada crisis de los refugiados, muchos hemos realizado llamadas a la necesaria aplicación de los compromisos adquiridos no solo como Estados parte en la Convención de Ginebra de 1951, sino también con relación a diferentes instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos; muy especialmente al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, en la UE, además, a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y a las normas vigentes del SECA. La llamada a la aplicación de otros instrumentos internacionales distintos a los destinados directamente a la protección de los refugiados se debe, entre otras válidas razones, a la tendencia creciente de los Estados de la UE a interpretar restrictivamente la Convención de Ginebra de 1951 y, por tanto, a denegar el estatuto de refugiado y reconocer, en su caso, otras protecciones subsidiarias o humanitarias.

En este sentido es preciso hacernos eco de las directrices sobre protección internacional aplicable en supuestos de guerra o violencia generalizada que el pasado 2 de diciembre de 2016 presentaba el ACNUR (ACNUR, 2016). Podríamos decir que ACNUR realiza con estas directrices un *desmentido* en toda regla: declara que la Convención de Ginebra de 1951 incluye a los refugiados de la guerra y la violencia y pide, *ex professo*, que se aplique la Convención por todos los Estados parte en consonancia con esta inclusión. De conformidad con el significado ordinario que se debe dar a los términos y a la luz del contexto, así como con el objeto y fin de la Convención de 1951, el artículo 1A (2) se aplica a las personas que huyen de situaciones de conflicto armado y violencia.

Las directrices del ACNUR van repasando cada uno de los conceptos clave de la definición de refugiado aplicándolos, en concreto, a los refugiados que huyen de la guerra y la violencia indiscriminada. Así, en cuanto al grado de riesgo, se recuerda que este *no es diferencial* –una persona puede te-

ner temores fundados de persecución compartidos por muchas otras personas y en un grado similar o igual al resto de ellos—. Igualmente, debe hacerse la evaluación prospectiva del riesgo: La Convención protege a las personas que –en el momento de la decisión– corren el riesgo de ser perseguidas en su país de origen, independientemente de si ya

Algunos Estados han ido aceptando a las personas en reubicación en una proporción muy inferior al compromiso adquirido mientras que otros se han negado a cumplir sus obligaciones de reubicación

han sufrido persecución; pero, a falta de un cambio relevante de circunstancias, se asume que las personas que han sufrido persecución en el pasado se encuentran en riesgo continuo de persecución. En relación con la persecución por motivos de violencia sexual y de género, recuerda el ACNUR que la violación, la trata de personas, la esclavitud sexual y la esclavitud conyugal o el matrimonio forzado son formas comunes de persecución en muchas situaciones de conflicto armado y violencia. Por lo que se refiere a los agentes de persecución, estos también incluyen actores no estatales como «grupos paramilitares, milicias, insurgentes, bandidos, piratas, pandillas u organizaciones criminales, organizaciones terroristas, compañías militares o de seguridad privadas u otros grupos o individuos que participan en situaciones de conflicto armado y violencia» (ACNUR, 2016, p. 7). Los actores no estatales también pueden incluir vecinos, miembros de la familia y otros individuos. No obstante, la intención o el motivo del perseguidor no son necesarios ni decisivos, sobre todo porque suele ser difícil de establecer, en particular en situaciones de conflicto armado y violencia.

La pregunta para orientar a las personas responsables de la toma de decisiones es: ¿las razones por las cuales la persona teme a la situación, dentro del contexto general del país, se relacionan con alguno de los motivos de la Convención? De hecho, lo que puede parecer una conducta indiscrimina-

da cabe que en realidad esté dirigida a comunidades enteras cuyos habitantes son partidarios reales o percibidos de una de las partes en conflicto. En raras ocasiones las situaciones actuales de conflicto armado y violencia se caracterizan por violencia que no se dirige de una manera u otra a poblaciones particulares o que no tiene un efecto desproporcionado sobre una determinada población, lo que establece un nexo causal con uno o más de los motivos de la Convención (ACNUR, 2017, p. 10).

Lo anterior significa que en la Unión Europea solo cuando con respecto a la persona que huye de la guerra o la violencia generalizada en modo alguno pueda inferirse un nexo con los motivos de persecución recogidos en la CG51, es cuando procederá aplicar la protección subsidiaria: esto es, el artículo 15c de la Directiva sobre Reconocimiento de la UE (refundición) que se aplica a aquellas personas que no califican como refugiadas pero que corren un riesgo real de sufrir daños graves, *inter alia*, cuando existen «amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno».

2. Las conclusiones en Jafari

Otro motivo para la esperanza son las razonadas y razonables conclusiones de la abogada general Sharpton en un asunto ante el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE, 2017b) aún pendiente de resolución final. Se trata de la correcta o incorrecta utilización del sistema de Dublín durante los meses que la *ruta de los Balcanes* estuvo abierta.

Así, Sharpton considera que, «en las excepcionales circunstancias registradas en la crisis de los refugiados», los primeros Estados miembros ante los que se presentaron las solicitudes de protección internacional son los responsables de su examen. ¿Por qué? Porque la expresión «cruce irregular» del Reglamento Dublín III –que responsabilizaría al Estado por el que se realizó el cruce irregular– no cubre «una situación en la que, a raíz de la afluencia masiva de personas a los Estados miembros fronterizos, esos países permitieron a nacionales de terceros países la entrada en sus territorios y el tránsito a través de ellos para alcanzar otros Estados miembros» (TJUE, 2017b, p. 3). En estos supuestos, continua Sharpton, la entrada no fue irregular. Además, el paso anterior a través de un Estado miembro tampoco equivale a la expedición de un visado y menos a una dispensa de visado. En estas circunstancias, aunque las entradas del señor A. S. y de las familias Jafari en el territorio de la Unión no pueden considerarse *regulares*, en opinión de la abogada general, tampoco pueden calificarse de «irregulares en el sentido del Reglamento Dublín III», tanto

más cuanto que los Estados miembros de tránsito no solo toleraron el cruce masivo de fronteras, sino que facilitaron de forma activa tanto la entrada como el tránsito por sus territorios. Según la abogada general, sencillamente, el Reglamento (de Dublín) no se concibió para abarcar estas circunstancias excepcionales y, por tanto, la expresión «cruce irregular» no cubre las circunstancias que se dan en los asuntos remitidos. En cuarto lugar, la abogada general opina que, en las excepcionales circunstancias de los asuntos de que se trata, un Estado miembro podría haberse basado en la excepción prevista en el Código de Fronteras Schengen que permite autorizar a nacionales de terceros países cruzar la frontera exterior por motivos humanitarios o en virtud de obligaciones internacionales.

Tras llegar a las anteriores conclusiones, la abogada general estima que las respectivas solicitudes deberán ser examinadas por el primer Estado miembro ante el que fueron presentadas, con arreglo al artículo 3, apartado 2 del Reglamento Dublín III. La señora Sharpton concluye que Eslovenia es el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de protección internacional del señor A. S. y Austria es el Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de las familias Jafari. Estaremos pendientes del fallo del TJUE sobre este asunto.

3. Procedimiento de infracción a Hungría, Polonia y Chequia

Por fin, quiero también resaltar, como motivo para la esperanza, una muy reciente actuación de la Comisión Europea, la cual, el pasado 13 de junio de 2017, informaba de la apertura de procedimientos por infracción a tres de los cuatro Estados del denominado Grupo de Visegrado por incumplimiento de sus obligaciones de reubicación de solicitantes de asilo desde Grecia e Italia.

Cuando en 2015 se aprueban las decisiones sobre reubicación, además de Italia y Grecia, solo quedan fuera de la obligación de reubicar Reino Unido, Irlanda y Dinamarca –por su legalmente establecida posibilidad de *opt-out*–. El resto de Estados miembros quedan vinculados por las decisiones de reubicar a 160.000 personas en dos años (septiembre de 2015-septiembre de 2017) desde Grecia e Italia. Algunos Estados han ido aceptando a las personas en reubicación en una proporción muy inferior al compromiso adquirido mientras que otros Estados miembros se han negado a cumplir sus obligaciones de reubicación. Tal es el caso de los cuatro miembros del Grupo de Visegrado (Hungría, Polonia, Chequia y Eslovaquia).

Contrariamente a lo que en ocasiones se ha oído, la Comisión en ninguno de sus informes ha dejado de amonestar a los Estados incumplidores y

en los últimos informes –décimo, undécimo y decimosegundo– ha insistido en que todos los Estados han de cumplir el objetivo mensual de 3.000 personas a reubicar desde Grecia y 1.500 desde Italia. Finalmente, el 13 de junio, la Comisión hacía pública la apertura de procedimiento de infracción a tres de los cuatro del Grupo de Visegrado. Solo queda fuera Eslovaquia –al menos de momento–. Hungría y Polonia no han reubicado a nadie. Chequia y Eslovaquia a 28 personas entre las dos. Además, Hungría y Eslovaquia, como es sabido, tienen presentados sendos recursos de anulación de las cuotas de reubicación ante el TJUE (TJUE, 2016).

Cabe apuntar en su descargo que Polonia y Chequia han acogido legal, pero sobre todo irregularmente, a un amplio número de ucranianos que no aparecen en las estadísticas de refugiados aunque quizá deberían tener reconocida su condición (Nagy, B., 2017, p. 12). No obstante, la postura húngara carece aparentemente de atenuante alguno a su responsabilidad por incumplimiento, máxime cuando, además, le son imputables otras conductas que podrían calificarse de xenóforas².

Pues bien, en relación con el incumplimiento flagrante de Hungría y el resto de los Estados miembros del Grupo de Visegrado, no cabe olvidar que el artículo 80 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) vincula y establece que las políticas y su aplicación deben (*shall*) gobernarse por el principio de solidaridad y que ello implica el reparto equitativo de responsabilidades (así, Noll, G., 2015). Si bien es cierto que el artículo 78 (3) de TFUE establece que «cuando uno o más Estados miembros se enfrenten a un flujo masivo de nacionales de terceros países, el Consejo a propuesta de la Comisión puede adoptar medidas provisionales que beneficien a ese Estado o Estados tras consultar con el Parlamento», también lo es que dicho artículo no implica más que una de las posibles soluciones, pero que el principio general del artículo 80 del TFUE constituye la regla general y, claramente, no recoge una solidaridad en términos de altruismo, sino una responsabilidad compartida y obligatoria para los Estados miembros (Nagy, B., 2017, p. 4).

² Así, por ejemplo, Hungría está llevando a cabo consultas a su población con preguntas formuladas en los siguientes términos (*Let's stop Brussels. National Consultation 2017*): «En tiempos recientes Europa ha sufrido ataques terroristas, a pesar de ello Bruselas quiere que Hungría reciba inmigrantes irregulares: ¿qué cree usted que debería hacer Hungría? a) Para la seguridad de los húngaros esta gente debería estar detenida mientras las autoridades estudian sus casos; b) Deberían permitirles la libertad de movimiento libremente dentro del territorio húngaro». En marzo de 2017, Hungría introduce una reforma legislativa que permite la detención por tiempo ilimitado, sin atender a sus antecedentes, salud o vulnerabilidad e incluyendo a niños entre 14 y 18 años (Nagy, B., 2017, p. 13).

De la responsabilidad ‘externalizada’ a la responsabilidad internacional compartida

La UE, con estos intentos sistemáticos de externalizar su responsabilidad respecto al cumplimiento de las obligaciones para con los refugiados y otros migrantes, podría estar poniendo a prueba su compromiso con *los derechos humanos*. Especialmente preocupante es la empresa europea de externalizar el control de la frontera sur y, con ello, poner en peligro importantes obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, tal y como se ha expuesto en este escrito. Es cierto que todos los documentos de la UE comienzan enfatizando su intención de salvar vidas, pero el análisis detenido de las políticas y estrategias para salvarlas puede situar a la Unión Europea y a sus Estados miembros en posición de *no poder llegar hasta el final de la lógica del derecho* –parafraseando a Aron–, *condenándose a una especie de hipocresía*.

Quisiera concluir apartando un poco el foco de Europa y contemplando la situación en su magnitud real y completa: la mayoría de los refugiados están acogidos en países de ingresos bajos o medios que no pueden satisfacer las necesidades mínimas de dichos refugiados sin poner en riesgo a sus poblaciones locales. La proporción de refugiados en los países industrializados es minoritaria (8,6/1,4). Por tanto, es evidente que la acogida a los refugiados que llegan a Europa –o a otros Estados de la OCDE– no debe confundirse ni detraerse de los fondos destinados a la ayuda humanitaria ante catástrofes. Asimismo, la ayuda humanitaria no se puede ni se debe confundir con ayuda al desarrollo ni con la ayuda oficial al desarrollo.

Si la atención a solicitantes de asilo y refugiados se detrae de la ayuda al desarrollo, los países de primera acogida –ceranos a la zona en conflicto– tendrán que afrontar graves enfrentamientos con las poblaciones locales, que verán recortados sus servicios públicos. A nadie se le escapa que cuando no se dan situaciones de colapso –con respecto a la población civil– los refugiados son beneficiosos para la sociedad de acogida –ayudan al mercado, demandan productos, proporcionan mano de obra–. Sin embargo, cuando se producen situaciones de colapso se enciende la llama del rechazo y la xenofobia.

Los poderes públicos de los países de acogida –sea esta primera acogida o sea reasentamiento– deben implicarse de lleno en las ayudas a la población refugiada; en primer lugar, para que aprenda la lengua del Estado receptor, también para facilitar el reconocimiento de los títulos académicos o profesionalizantes de los nuevos vecinos. Sabemos que cuando los inmigrantes o refugiados no reciben facilidades para su adaptación, es entonces

cuando comienzan a competir con las personas menos preparadas de la población local y ello perjudica a los locales y a la sociedad entera.

En suma, de las tres respuestas duraderas a la situación de los refugiados –retorno seguro, protección en los países próximos al lugar de origen y reasentamiento en otro país–, es evidente que la mejor de las opciones es el retorno seguro, que tantas veces no puede darse o, al menos, no puede tener efecto durante un muy prolijo número de años. La acogida en un país próximo al país de conflicto es una solución que sería ventajosa si las ayudas a estos países fueran lo suficientemente amplias como para no provocar conflictos con las poblaciones locales también desfavorecidas. Por fin, para todas aquellas personas que, a pesar de las ayudas externas, no puedan ser incorporadas en condiciones dignas a la sociedad receptora deben establecerse cuotas de reasentamiento a nivel mundial, teniendo en cuenta la riqueza y población de cada Estado de la comunidad internacional así como también el número de personas ya reconocidas como refugiadas.

En septiembre de 2016 la Asamblea General convocó con éxito a todos los Estados para sacar adelante una declaración sobre refugiados y migrantes. Los Estados han quedado emplazados para la adopción en 2018 de un *Global Compact* sobre refugiados y movimientos forzados de personas y otro sobre migraciones voluntarias. Respecto del primero, hay voces que hablan de una actualización (¡por fin!) de la Convención de Ginebra. Aun cuando fuera a través de un sistema de *soft law*, lo importante sería llegar a compromisos globales para que lo que ahora nos acongoja en la pequeña Europa se erradique y resuelva desde la globalidad de la comunidad internacional toda. Crucemos los dedos.

Fuentes y bibliografía

- ACNUR (2016): Directrices de 2 de diciembre relativas a *Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado*.
- ACNUR (2017): «Mediterranean: Dead and Missing at Sea», enero de 2015-31 de diciembre de 2016, <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/53632> (página visitada el 26 de junio de 2017).
- AIDA (2016): «Country report: Greece» http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_gr_2016update.pdf (página visitada el 26 de junio de 2017).
- Amnistía Internacional (2017): Informe 2016/17 «La situación de los derechos humanos en el mundo».

- Aron, R. (1984): *Los últimos años del siglo*. Madrid: Espasa.
- Carrillo Salcedo, J. A. (1969): *Soberanía del Estado y derecho internacional*. Madrid: Tecnos.
- CEAR (2017): *Atrapados en Grecia. Un año después del acuerdo UE-Turquía*.
- Comisión de Derecho Internacional/Asamblea General (2001): *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II (Segunda Parte): General Assembly resolution 56/83 del 12 de diciembre de 2001, corregida A/56/49 (vol. I): /Corr. 4. «Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts».
- Comisión Europea (2017a); COM JOINT (2017): 4 final/2asunto: Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo Migración en la ruta del Mediterráneo Central. Gestionar los flujos, salvar vidas, 20 de febrero de 2017 (página visitada el 26 de junio de 2017).
- Comisión Europea (2017b); COM (2017): 260 final *Relocation and Resettlement, State of the play*. Estrasburgo, 16 de mayo.
- Comisión Europea (2017c); COM (2017): 350 final *Report from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Fourth Progress Report on the Partnership Framework with Third Countries under the European Agenda on Migration*. Estrasburgo, 13 de junio.
- Comisión Europea (2016a); COM (2016): 120 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo Restablecer Schengen. Bruselas, 4 de marzo.
- Comisión Europea (2016b); COM (2016): 385 final, de 7 de junio de 2016. 37 JOIN (2016): 47 final, de 29 de septiembre de 2016.
- Comisión Europea (2016c); COM (2016): 960 final, de 14 de diciembre de 2016. Segundo informe de situación: *Primeros resultados del marco de asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración*. El siguiente informe se publicará en marzo de 2017.
- Consejo de la Unión Europea (2015a); Decisión (UE): 2015/1523 de Consejo de 14 de septiembre de 2015: *Establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia*. DOUE, L 239 /146, 15 de septiembre de 2015.
- Consejo de la Unión Europea (2015b); Decisión (UE): 2015/1601 del Consejo de 22 de septiembre de 2015 por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia. DOUE L 248/80 de 24 de septiembre de 2015.
- Consejo Europeo (2016): *Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016*. Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>
- Nagy, B. (2017): «Sharing the Responsibility or Shifting the Focus? The Responses of the EU and the Visegrad Countries to the Post-2015 Arrival of Migrants and Refugees», en FEPS, *Working Paper*, mayo de 2017. Disponible en <http://www.feps-europe.eu/assets/9245b932-3f68-4b1e-a7ab-ee014a45482d/gte-wp-17pdf.pdf> (página visitada el 26 de junio de 2017).
- Noll, G. (2015): «Why the EU Gets in the Way of Refugee Solidarity», en *OpenDemocracy*, 22 de septiembre. Disponible en <https://www.opendemocracy.net/node/96232> (página visitada el 26 de junio de 2017).
- OIM (2017): *Missing Migrants*, v. «El desalambre», en *El Diario.es*, 19 de junio de 2017.
- Reuter, P. (1982): *Derecho internacional público*. Barcelona: Bosch.
- TEDH (2012): *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (2012): App. n.º 27765/09 (juez Pinto de Albuquerque, *concurring*).
- TEDH (2011): *M. S. S. v. Belgium and Greece* (2011): App. n.º 30696/09.
- TJUE (2017a): Auto del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 28 de febrero de 2017 «Recurso de anulación-Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016 ECLI: EU: T: 2017:128: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188483&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=220263> (página visitada el 26 de junio de 2017).
- TJUE (2017b): Conclusiones del abogado general en los asuntos C-490/16 y C-646/16 A. S. / República de Eslovenia y Jafari / *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-06/cp170057es.pdf> (página visitada el 26 de junio de 2017).
- TJUE (2016): Court of Justice of the European Union, Case C-647/15, Hungary v Council of the European Union, OJ C 38, 1 de febrero de 2016, pp. 43-44, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex:62015CN0647>. Court of Justice of the European Union, Case C-643/15, Slovak Republic v Council of the European Union, OJ C 38, 1 de febrero de 2016.
- TJUE (2011): *N. S. y Secretary of State for the Home Department y M. E., A. S. M., M. T., K. P., E. H. y Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality, and Law Reform*, C 411/10 y C 493/10, EU:C:2011:865.