

# LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRINCIPIO INSPIRADOR DE LA POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA: EL VISADO HUMANITARIO

## HUMAN RIGHTS AS AN INSPIRING PRINCIPLE OF THE SPANISH FOREIGN POLICY: THE HUMANITARIAN VISA

LUIS PERTUSA RODRÍGUEZ

*Diplomático\**  
*Institución*

Recibido:4.12.2021 / Aceptado:28.12.2021  
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6693>

**Resumen:** La crisis de los refugiados de 2015 y la crisis de Afganistán de 2021 han vuelto abrir el debate sobre el cumplimiento por parte de la UE y sus EEMM con los compromisos asumidos en materia de Derechos Humanos. En este sentido, las competencias de la UE en materia de visados, migración y asilo están subsumidas dentro del ELSJ. Por otro lado, se ha sugerido doctrinalmente que tanto el VTL como el visado de tránsito aeroportuario se conviertan en permisos humanitarios. En el ámbito nacional, se ha exigido también una aplicación más proactiva de la previsión contenida en el artículo 38 de la Ley 12/2009. Sin embargo, el debate no debería centrarse en crear nuevos permisos o en reconducir los ya existentes. Puesto que ambas soluciones se han utilizado cuando los Estados así lo han querido. De esta manera, la decisión sobre los visados humanitarios no es tanto una cuestión de técnica jurídica sino más bien de voluntad política.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, asilo, Unión Europea, visados humanitarios, Estado soberano.

**Abstract:** The 2015 refugee crisis and the 2021 Afghan crisis have reopened the debate on how the EU and its Member States are fulfilling their commitments on Human Rights. In this regard, the EU has taken its responsibilities on visas, migration and asylum under the umbrella of the Area of Freedom, Security and Justice. On the other hand, several scholars have suggested that both the LTV and the airport transit visa should become humanitarian permits. Regarding the Spanish legal framework, it has been required a more proactive application of section 38 of the 12/2009 Act. However, the debate should not focus on creating new permits or redirecting the existing ones. Since both solutions have been used whenever the States have decided to do so. In this way, the decision on humanitarian visas is not so much a matter of legal technique but rather of political will.

**Keywords:** Human Rights, asylum, European Union, humanitarian visas, sovereign nation.

**Sumario:** I. Introducción. II. La matización de las competencias del Estado soberano por parte de los DDHH. III. El proceso de integración europea. ELSJ como presupuesto del sistema eu-

---

\* Doctorando en formación adscrito al Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). La publicación de este artículo forma parte de los resultados de la investigación del autor en el marco de su proyecto de tesis doctoral, "El visado como instrumento de política exterior", que está siendo elaborada bajo la dirección de la profesora Marina Vargas Gómez-Urrutia en el citado Programa de Doctorado. [lpertusa2@alumno.uned.es](mailto:lpertusa2@alumno.uned.es)

ropeo de visados. IV. La política migratoria y de asilo común: 1. Política migratoria común: Enfoque global de inmigración y la Agenda europea de migración. 2. El Sistema Europeo Común de Asilo: de Dublín I a Dublín III. 3. Resultados de esta estrategia y Perspectivas de futuro (Dublín IV). V. El sistema europeo de visados: 1. El Código comunitario de visados y las potestades del Estado soberano. 2. El Reglamento 2018/1806 (Lista positiva y negativa). VI. Asilo y refugio en el Derecho español: 1. la Ley 12/2009. 2. Visado humanitario: el caso fallido del visado de validez territorial limitada. 3. Visado humanitario: El caso fallido del visado de tránsito aeroportuario. 4. Compromisos de España con los DDHH. El programa de acogida a Defensores de Derechos Humanos. VII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. La repentina llegada de cientos de refugiados afganos a España durante el pasado verano y el hecho incluso que nuestro país se convirtiera en el “*hub europeo*”<sup>1</sup> que ha centralizado la llegada y distribución de refugiados afganos en Europa, ha puesto de manifiesto el compromiso de España con los Derechos Humanos y especialmente la constatación de una voluntad institucional de hacer frente a las responsabilidades internacionales contraídas en materia de asilo y refugio. Sin embargo, la respuesta ofrecida frente a la crisis de Afganistán contrasta con el comportamiento de los países europeos, incluido España, durante la llamada “*crisis de los refugiados de 2015*”<sup>2</sup>. Durante la misma, se puso en tela de juicio la aplicación efectiva en Europa del acervo internacional en materia de DDHH<sup>3</sup>, abriendo al mismo tiempo todo un debate sobre la pertinencia de articular un visado de carácter humanitario.

2. Esta discusión también se ha trasladado al ámbito nacional ya que la propia Ley de Acción y Servicio Exterior del Estado ha caracterizado el respeto a los Derechos Humanos como un principio inspirador de la política exterior de España<sup>4</sup>. En cualquier caso, nos gustaría dejar claro que, en nuestra opinión, el debate no debe girar en torno a si se deben poner en funcionamiento este tipo de permisos, puesto que hay fórmulas para ello. Sino más bien, en interiorizar que la ejecución del ordenamiento jurídico de los DDHH depende en casi su práctica totalidad de la voluntad política de los Estados soberanos.

3. En este sentido, conviene tener presente que los desplazamientos masivos de población por motivos de toda índole han tenido lugar en todos los momentos de la Historia<sup>5</sup>. Sin embargo, lo que sí ha evolucionado ha sido la percepción respecto de la migración, dándose la paradoja que, especialmente

<sup>1</sup> Presidencia del Gobierno. Reunión del Grupo de Trabajo sobre Afganistán (23 de agosto de 2021). <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/paginas/2021/230821-sanchez-afganistan.aspx> y Presidencia del Gobierno. Visita al “Hub” europeo de recepción de refugiados afganos. (21 de agosto de 2021). <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/paginas/2021/210821torrejon.aspx> [consultados el 10 de noviembre de 2021].

<sup>2</sup> Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados – ACNUR. 2015, el año de la crisis de refugiados en Europa (8 de diciembre de 2015). <https://www.acnur.org/noticias/historia/2015/12/5af94adf1a/2353-2015-12-30-16-24-16.html> [consultado el 10 de noviembre de 2021].

<sup>3</sup> Convención de Ginebra de 1951 y Estatuto de los Refugiados 1967. Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE núm. 252 de 21 de octubre 1978.

En este punto, debemos recordar la cláusula recogida en el artículo 10.2 de la CE y que inspira todo nuestro ordenamiento jurídico: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

<sup>4</sup> Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y Servicio Exterior del Estado, BOE núm. 74 de 26 de marzo 2014. Artículo 2.1: “*La Política Exterior de España tiene como principios inspiradores el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. La Política Exterior de España defenderá y promoverá el respeto y desarrollo del derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, ...*”

<sup>5</sup> R. CALDUCH CERVERA, “Desplazamientos Internacionales de población, categorías y marcos regulatorios” en R. CALDUCH CERVERA, (coord.) Efectos sobre la PCSD de la Unión Europea de la crisis migratoria. Monografía 150, Madrid, Ministerio de Defensa, 2016, p. 9.

<sup>6</sup> J. DE LUCAS MARTÍN, “Refugiados e inmigrantes. Por un cambio en las políticas migratorias y de asilo” en Pasajes: Revista de Pensamiento Contemporáneo, núm. 50, 2016 pp. 92 -113.

en Europa, se facilita la movilidad para el turismo, profesionales altamente cualificados mientras que otro tipo de migrantes tienen grandes dificultades para cruzar las fronteras legalmente<sup>6</sup>. De esta manera, aparecen unos flujos migratorios de tipo voluntario bien con una finalidad lúdica (turismo) bien con una aspiración económica y social (migraciones laborales y reunificación familiar), frente a otros de carácter forzoso que tienen lugar por motivos de persecución política (refugiados) o a resultas de desplazamientos masivos de población por causa de desastres naturales o conflictos armados<sup>7</sup>.

4. Por otro lado, uno de los aspectos más relevantes del fenómeno migratorio actual, siendo la crisis de los refugiados el caso más emblemático, es la existencia de flujos mixtos<sup>8</sup>, donde los migrantes laborales y los refugiados utilizan las mismas rutas migratorias. De modo que se hace difícil distinguir un desplazamiento de otro, ubicándose mucho de estos migrantes en una zona gris. Lo que se ha traducido, además, en que muchas organizaciones de la sociedad civil hayan propugnado una aplicación de la condición de refugiado de forma indiscriminada; desnaturalizando, en cierta medida, el derecho de asilo<sup>9</sup>.

5. En último lugar, estos movimientos de población tienen lugar en una sociedad de Estados soberanos que utilizan el visado como una herramienta al servicio de sus políticas de control migratorio que está alcanzando unas dimensiones in precedentes<sup>10</sup>. Puesto que una de las funciones de estos permisos es la de prevenir y gestionar la presión migratoria desde los países de origen. De ahí que sean expedidos en las Embajadas y Consulados de los países de destino acreditados en dichas naciones de proveniencia. A su vez, debemos incidir en que, el ordenamiento jurídico internacional en materia de asilo y refugio considera que estas instituciones sólo se activan cuando los solicitantes de asilo llegan al

---

<sup>6</sup> V. BELLO, "Migraciones, Seguridad y Seguridad Humana: un nuevo modelo migratorio para luchar contra el prejuicio como reto a la seguridad global" en A. TERRÓN CUSÍ (coord.) *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, pp. 173 y 174. Esta autora defiende una muy interesante tesis en relación con las cuatro paradojas que afectan al fenómeno migratorio actual: el intentar reforzar los controles para terminar con la migración irregular sólo genera más emigración irregular, los países receptores de emigrantes y especialmente la unión europea en lugar de canalizar sus programas de cooperación respecto de las naciones emisoras de emigrantes, dirigen sus fondos a las naciones tránsito como Turquía o Libia lo que implica avivar la llama de las rutas de la inmigración irregular.

<sup>7</sup> De este modo vamos a definir al migrante siguiendo la terminología de la OIM: "*a nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término "migrante." Este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por "razones de conveniencia personal" y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. así, este término se aplica a las personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas y las de sus familias*". GLOSARIO SOBRE MIGRACIÓN n° 7. Derecho Internacional sobre Migración. OIM [https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf) [consultado el 20 de noviembre de 2021]. R. CALDUCH CERVERA, "Desplazamientos internacionales de..." op. cit., p. 20

<sup>8</sup> El programa de Estocolmo de 2010 ya se refirió a la necesidad de identificar a las personas que necesiten protección internacional en "los flujos mixtos", en Consejo Europeo, programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, párr. 5 (DOUE 115/1, de 4 de mayo de 2010). A este respecto, cabe añadir, como señala Fernando Arlettaz, que "*no solo los flujos migratorios pueden ser mixtos, sino que también las razones que impulsan a una persona a migrar pueden ser una combinación de restricción de las libertades y necesidades económicas*"; F. ARLETTAZ, "la UE y la crisis humanitaria en el mediterráneo: ¿quién tiene la obligación de dar protección?", en Cuadernos de Cultura de Paz, Seminario de Investigación para la paz, 2016, Zaragoza.

Véase también A. DEL VALLE, "Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, 2016, pp. 759-777.; V. MORENO LAX, "Must EU borders have doors for refugees? On the compatibility of Schengen visas and carriers' sanctions with EU member states' obligations to provide international protection to refugees" en *European Journal of Migration and Law*, núm. 10, 2008, pp. 315-364; y Á. SOLANES CORELLA, "Derechos Humanos y Asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación española" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, VII, 2014, pp. 181-210.

<sup>9</sup> F. J. DE LUCAS MARTIN, "Refugiados e inmigrantes..." op. cit.

INTERNATIONAL RESCUE COMMITTEE, *The refugee crisis in Europe and the Middle East. a comprehensive response*. Septiembre, 2015. <https://www.rescue.org/sites/default/files/document/653/irc2015appealrefugeecrisis.pdf> [consultado el 18 de noviembre de 2021]. HUMAN RIGHTS WATCH. *Europe's refugee crisis. An agenda for action*. November 16, 2015. <https://www.hrw.org/report/2015/11/16/europes-refugee-crisis/agenda-action> [consultado el 18 de noviembre de 2021].

<sup>10</sup> J. ABRISKETA URIARTE, "La Dimensión Externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 2017, pp. 119-158. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.56.04>

territorio estatal de destino, no pudiendo ponerse en marcha el proceso en su país de origen o tránsito. Por ello, el objetivo de este artículo es explicar cómo España hace frente a esta dicotomía.

6. Para ello, analizaremos brevemente la articulación de las competencias territoriales del Estado y su configuración actual a resultas de la irrupción de todo un acervo en materia de Derechos Humanos. A continuación y a resultas de nuestra pertenencia a la Unión Europea como consecuencia de la previsión constitucional del artículo 93<sup>11</sup>. Debemos estudiar la articulación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que ha incardinado en el ámbito comunitario, ciertas competencias en materia de visados, migración y asilo. De este modo, el debate sobre el visado humanitario, no sólo se ha planteado a nivel nacional, sino también en el plano europeo. Donde, ha sido el Consejo, que representa la voluntad de los EEMM, quien ha hecho valer su opinión, reafirmandonos, una vez más, en nuestra convicción que la decisión final al respecto, responde al deseo del Estado soberano. Finalmente, terminaremos este análisis revisando el sistema de asilo y refugio en el ordenamiento jurídico español, con su materialización en una serie de casos concretos.

## II. La matización de las competencias del Estado soberano por parte de los DDHH.

7. La Paz de Westfalia (1648) puede situarse como el punto histórico de partida del denominado “*sistema europeo de Estados*”<sup>12</sup>. Surgiendo un modelo de Estado denominado como “*westfaliano*” caracterizado por los siguientes elementos: una nación formada por un pueblo, bajo el control de una autoridad política dominante que ejerce su poder dentro de una determinada jurisdicción territorial<sup>13</sup>. Configurándose el Estado-nación tal y como lo conocemos que además comenzó a actuar como el sujeto por antonomasia de Derecho Internacional. En este sentido, se puede definir esta entidad como “*una organización de poder independiente sobre una base territorial*” y podemos señalar que la independencia del Estado es “*un aspecto básico de la proyección exterior de la soberanía*”<sup>14</sup> con toda una serie de competencias personales y territoriales.

8. Dentro de estas dos potestades, la más importante, tanto cualitativo como cuantitativamente es la territorial, que reúne tres características muy específicas: plenitud, exclusividad e inviolabilidad<sup>15</sup>. Igualmente y a pesar del debate doctrinal sobre si los Estados están obligados de forma consuetudinaria a admitir a todos los extranjeros que deseen entrar en su territorio con fines lícitos<sup>16</sup>. No existe obligación al respecto, ni bajo la forma de costumbre ni bajo la forma de ningún instrumento convencional internacional. De modo que el control fronterizo es una competencia consustancial del Estado soberano que puede decidir discrecionalmente si admite o no de extranjeros en su territorio y si se deben presentar en su frontera con el correspondiente visado o no<sup>17</sup>.

9. De esta manera, la doctrina internacionalista clásica considera que la concesión de un visado es un acto de soberanía territorial mediante el que el Estado ejerce un control preventivo sobre la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio. De ahí que, cuando un Estado decide conceder o denegar un determinado visado, está realizando una acción de política exterior respecto del Estado del que es na-

<sup>11</sup> “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la constitución.

corresponde a las cortes generales o al gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

<sup>12</sup> A. TRUYOL y SERRA: *La Sociedad Internacional*, Madrid, Alianza Universidad, 4ª ed., 2004, p 31.

<sup>13</sup> A. SOLANES CORELLA: “Una Reflexión Iusfilosófica y política sobre las fronteras”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2016, XXXII pp. 145-184.

<sup>14</sup> M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 13ª ed., 2001, págs. 210, 219 y 222.

<sup>15</sup> J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 10ª ed. 2006, p. 321.

<sup>16</sup> G. BISCOTTINI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Milano, 1956, p. 150.

<sup>17</sup> M. DIEZ DE VELASCO, *idem*, pp. 515 y 516

cional el solicitante<sup>18</sup>. Convirtiéndose la expedición de un visado en “*un acto a través del cual el Estado que envía ejercita su propia soberanía territorial, desarrolla el propio poder de decisión, excluyendo o permitiendo a los extranjeros de su territorio, según convenga*”<sup>19</sup>.

**10.** Más allá de estas consideraciones, se podría definir el visado como: “*una autorización de un Estado extendida sobre un pasaporte, título de viaje u otro documento admitido como válido a los efectos de la circulación transfronteriza. Constituye un elemento esencial para el control del movimiento de las personas sometidas a dicho requisito y es el instrumento idóneo para la gestión ordenada de los flujos migratorios*”<sup>20</sup>. La política de visados hace parte del ordenamiento jurídico de extranjería. Sin embargo, la libertad del Estado-nación no es absoluta a la hora de configurarlo puesto que debe tener en cuenta en su elaboración sus compromisos asumidos internacionalmente<sup>21</sup>.

**11.** Por otro lado, es sumamente relevante constatar cómo en pleno siglo XXI, con una Sociedad Internacional totalmente imbuida por el fenómeno de la globalización, los Estados siguen intentando reafirmar su capacidad de control del territorio a través del régimen de entradas y salidas del mismo. Extremo que nos reafirma en la preeminencia de la voluntad política puesto que estamos hablando de uno de los últimos vestigios que tiene el Estado-Nación para reafirmarse dentro del proceso globalizador. Gracias al mismo, el Estado protege su soberanía nacional demostrando que todavía es capaz de ejercer plenamente sus competencias personales, territoriales y que controla los recursos económicos presentes en su espacio territorial<sup>22</sup>.

**12.** Ahora bien, la actuación estatal en este campo ha sido levemente matizada por las obligaciones internacionales contraídas en materia de Derechos Humanos<sup>23</sup> que han suavizado el régimen de entradas y salidas del territorio, proporcionando una serie de derechos a los extranjeros no sólo cuando se presentan en la frontera sino también cuando se encuentran en un país con independencia de su estatus migratorio. De modo que, las fronteras estatales no se convierten en zonas de exclusión de las obligaciones internacionales por parte de los Estados<sup>24</sup>. Quizás el ámbito donde más se ha conseguido limitar la acción de los Estados ha sido en materia de asilo y refugio. En este sentido la normativa internacional (Convención de Ginebra de 1951 y Protocolo de Nueva York de 1967) ha conseguido imponer a los Estados la obligatoriedad del principio de la no devolución del solicitante cuando se realice una petición de asilo<sup>25</sup>. Pero el Estado en el ejercicio de sus competencias personales y territoriales, tiene la facultad de resolver esa petición en el sentido que estime más oportuno, con la única limitación impuesta por

<sup>18</sup> A. M. FERNÁNDEZ PASARÍN, “la Dimensión Externa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El caso de la cooperación consular local” en Revista CIDOB d’Afers Internacionals, núm. 91, septiembre-octubre 2010, pp. 87 – 104.

<sup>19</sup> A. MARESCA, *Las Relaciones Consulares*. Madrid, Aguilar 1966, p. 243.

<sup>20</sup> A. KIRKPATRICK DE LA VEGA y G. GONZÁLEZ GARCÍA, *Los Visados en el Derecho español y de la Unión Europea*. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2019, p. 21.

<sup>21</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Luces y sombras de veinte años de política común, materia de control de fronteras, asilo e inmigración ante la defensa de un dionisiaco estilo de vida europeo” en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (coord.), *Ciudadanía, asilo e inmigración en la Unión Europea*. I Foro europeo de Derecho Internacional Privado. Madrid, Iprolex, 2020, p.68.

<sup>22</sup> R. FERRERO-TURRIÓN y A. M. LÓPEZ-SALA, “Fronteras y seguridad en el Mediterráneo” en R. ZAPATA y X. FERRER GALLARDO, (editores) “Fronteras en movimiento migraciones hacia la Unión Europea en el contexto mediterráneo” Ed: Bellaterra, Barcelona, 2012. Pp. 229 – 254.

<sup>23</sup> R. FERRERO-TURRIÓN, “Los principales retos de la gobernanza de las migraciones. el binomio migración y seguridad a debate” en A. TERRÓN CUSÍ, (coord.) *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, p. 55. No en vano los migrantes son percibidos como un sector poblacional vulnerable y el ordenamiento jurídico internacional ha intentado protegerlos y limitar la acción de los estados en este sentido.

<sup>24</sup> A. SOLANES CORELLA “Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras”. Anuario de Filosofía del Derecho, 2016, XXXII pp. 145-184.

<sup>25</sup> C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Política europea de inmigración y asilo” en A. TERRÓN CUSÍ, (coord.) *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, p. 71. Concretamente nos estamos refiriendo al artículo 14.1 de la DUDH: “*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país*”.

el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 del cumplimiento del principio de prohibición de expulsión y devolución, reafirmado por el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

13. Los Estados han visto disminuida su discrecionalidad, al ser obligados a garantizar una serie de derechos esenciales que constituirían un estándar mínimo internacional<sup>26</sup>. Como por ejemplo serían: unos adecuados sistemas de identificación, remisión y examen de entrevistas en frontera respetando el derecho a la vida familiar, garantizar el respeto a los Derechos Humanos en operaciones de rescate e interceptación de migrantes, evitar detenciones arbitrarias y facilitar el acceso a la tutela judicial efectiva con el fin de denunciar abusos, etc.<sup>27</sup>. De hecho, se podría concluir que el Derecho de Extranjería, surge como consecuencia de los compromisos que los Estados han tenido que asumir como consecuencia de las limitaciones impuestas por el Derecho Internacional, atribuyéndose al no nacional un determinado estatuto jurídico en el Estado que lo acoge<sup>28</sup>. Sin embargo y a pesar de estas matizaciones, el propio TEDH ha reconocido que el control del régimen de entrada, estancia y expulsión de los extranjeros sigue siendo una potestad del Estado soberano<sup>29</sup>.

### III. El proceso de integración europea. ELSJ como presupuesto del sistema europeo de visados

14. Ahora bien, en el caso concreto de España, se debe encuadrar esta reflexión en nuestra pertenencia a la Unión Europea que, si bien, es una organización internacional intergubernamental, es muy distinta al resto de organizaciones internacionales existentes. De hecho, “*es una organización internacional original, única*”<sup>30</sup>. Solamente se puede entender esta originalidad y el grado de competencias soberanas cedidas por los EEMM, si se tiene en cuenta la situación en que se encontraba Europa tras la segunda guerra mundial<sup>31</sup>. De esta manera, debemos recordar que la Unión Europea vive en un proceso de reinención constante. Entre otras razones por la adopción del método funcionalista desde los comienzos del proyecto comunitario. Dicho método se traduce en que los diferentes tratados establecen una serie de objetivos provisionales que, una vez alcanzados, deben dar paso a unos nuevos objetivos<sup>32</sup>. De modo que la consecución los logros establecidos, conlleva que se fijen unos nuevos y que el proyecto comunitario esté en un proceso de reinención constante.

<sup>26</sup> E. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 107 y 108.

<sup>27</sup> ACNUDH (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), *principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, Ginebra. 2014, págs. 11-50.

<sup>28</sup> E. LA SPINA. *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 298-301.

<sup>28</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Extranjería: principios de derecho internacional general”, *Revista de Economía y Sociología del trabajo*, nº11, marzo 1991, pp. 39 – 51.

<sup>29</sup> STEDH 5 de marzo de 2020 M.N. and Others v. Belgium, nº. 3599/18. Párrafo 124. “*no puede dejar de subrayarse la dudosa pertinencia de la referencia que el tribunal de Estrasburgo hace en el apartado que se acaba de citar al reconocimiento de la condición de cuestión nacional que de los visados de larga duración hizo la sentencia antes comentada del tribunal de Luxemburgo (x y x contra Bélgica). Si con ello quiere reforzarse la idea de la amplitud del derecho soberano a controlar la inmigración, quizá convenga recordar que la circunstancia de que en la actualidad el visado de larga duración sea, para el DUE, una cuestión nacional, no es el resultado de la intangibilidad de ese derecho, mucho menos desde la óptica de los valores sobre los que se asienta la UE (art. 2 TUE), sino de las dificultades de la regulación de un ámbito respecto del que, pese a todo, al someterlo al método comunitario, los estados miembros han aceptado la posibilidad de limitar seriamente su soberanía (art. 79.2.a TFUE).*”

También A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 41, 2021.

<sup>30</sup> A. MANGAS MARTÍN, y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid, Tecnos, 9ª ed., 2016, p. 47.

<sup>31</sup> P. A. MARTÍNEZ LILLO, “El proceso de construcción europea” en, J.U. MARTÍNEZ CARRERAS, J. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J.C. PE-REIRA CASTAÑARES, P.A. MARTÍNEZ LILLO, y J.L. NEILA HERNÁNDEZ, (autores) *Historia del mundo actual*. Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 169 y ss.

<sup>31</sup> G. MAMMARELLA, *Historia de Europa contemporánea (1945-1990)*, Barcelona, Ariel, 1ª ed., 1990, págs. 9 y ss.

<sup>32</sup> E. M. ANÍBARRO MARTÍNEZ, *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: proyecto político-jurídico in fieri* (tesis doctoral) Universidad de Valladolid. Valladolid 2015, p. 46.

15. Un buen ejemplo de ello es el ELSJ que se asienta, entre otros elementos, en el acervo Schengen y el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) que derivan de dos convenios, el de Schengen de 1985 y el de Dublín de 1990, que fueron suscritos en un principio fuera del ámbito comunitario pero la Unión con su “vis expansiva” los asumió e incorporó. En este sentido, el ELSJ reúne toda una serie de conceptos que no forman una unidad natural, entre otros al régimen comunitario de visados. Este extremo se podría explicar porque dicho espacio fue concebido como un concepto con el que hacer frente al déficit de seguridad derivado de la plena aplicación del mercado interior y que conlleva el establecimiento de toda una serie de medidas compensatorias con las que hacer frente a los riesgos derivados de la libre circulación de personas al igual que del establecimiento de una única frontera exterior<sup>33</sup>.

16. Con el fin de entender mejor el diseño actual del ELSJ así como el enorme abanico de competencias que han sido asumidas por este concepto, se hace necesario relatar brevemente cómo ha sido su evolución y configuración histórica.<sup>34</sup> De esta manera, el 14 de junio de 1985 en el municipio de Schengen (Luxemburgo) se firmó el acuerdo para la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes entre los siguientes países: Francia, Alemania, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo. Por otro lado, además de suprimir barreras, se creaba un espacio común en el que tenía lugar la cooperación policial y judicial en materia penal, asilo, extradición y traslado de personas condenadas<sup>35</sup>. Este acuerdo de 1985 fue la base sobre la que se suscribió el 19 de junio de 1990, el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen<sup>36</sup>.

17. Con la firma del Tratado de Ámsterdam en 1997, se adopta el término ELSJ como concepto que, a su vez, permite la confluencia del acervo Schengen y el principio de la libre circulación de personas dentro del ámbito del Derecho comunitario. Además de consagrar la cooperación en materia judicial y policial con el fin de reforzar la seguridad interior de este espacio libre de barreras, trabas y obstáculos<sup>37</sup>. Las bases jurídicas actuales del ELSJ las encontramos en los artículos 3.2 del TUE y 4.2.j del TFUE<sup>38</sup> que lo ubica dentro de las competencias compartidas. Estos artículos definen este espacio como un territorio común compuesto por todos los EEMM que hacen parte del mismo y en el que los ciudadanos europeos pueden circular libremente sin ningún tipo de traba o restricción, realizándose el control de entrada en la frontera exterior común.

<sup>33</sup> E. M. ANÍBARRO MARTÍNEZ, *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: proyecto político-jurídico in fieri* (tesis doctoral) Universidad de Valladolid. Valladolid 2015, p. 21.

<sup>34</sup> G. PAPAGIANNI, *Institutional and policy dynamics of EU migration law*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden, 2006, p. 13.

<sup>35</sup> Véase el *Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la república federal de Alemania y de la república Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes*, en: DO L 239 de 22 de septiembre de 2000, p. 19. L. VAN OTRIVE, “Historia del acuerdo y del convenio de Schengen”, CIDOB, nº 53, 2001; y, F. J. RUBIO, “El acuerdo de Schengen y su convenio de aplicación”, ICE, nº 2289, 1991, pp. 2472-2477. F. J. DONAIRE, *La constitución y el acervo Schengen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 45.

<sup>36</sup> *Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes*, en: DOUE L 239 de 22 de septiembre de 2000, p. 19-62.

<sup>37</sup> El acervo Schengen fue incorporado al proyecto comunitario mediante un protocolo agregado al tratado de Ámsterdam. véase el *tratado de Ámsterdam*, en: DOUE c 340, de 10 de noviembre de 1997. *protocolo nº 2 por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la unión europea*, en: DOUE c 340, de 10 de noviembre de 1997.

<sup>38</sup> Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. DOUE. c 83, 30 de marzo de 2010, pp. 13-46.

artículo 3.2

“la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE c 83, 30 de marzo de 2010, pp. 47-200.

artículo 4.2.j

“las competencias compartidas entre la unión y los estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

...

j) *El espacio de libertad, seguridad y justicia*” el hecho de que el ELSJ sea una competencia compartida nos ayuda a entender mejor la previsión del artículo 79.5 del TFUE que fija como competencia estatal los cupos de migrantes laborales.

18. La propia Comisión europea reconoce que la libre circulación de personas “*constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior en beneficio de los ciudadanos de la UE, de los Estados miembros y de la competitividad de la economía europea*”<sup>39</sup>. De hecho, solamente se conseguirá un ELSJ pleno cuando la integración del acervo Schengen en el proyecto comunitario, la libre circulación de personas, la eliminación total de las fronteras interiores con un control común y eficaz en el régimen de entradas en las fronteras exteriores venga acompañado de una política de asilo e inmigración común<sup>40</sup>.

19. De ahí que nos planteemos la pregunta de cómo se articula el régimen de entradas y salidas del ELSJ de manera que se pueda garantizar la seguridad interna. En primer lugar, con una armonización de los diferentes ordenamientos nacionales y las reglas en el cruce de las fronteras exteriores, gracias a la cooperación intergubernamental en el espacio Schengen<sup>41</sup>. Consiguiendo una confluencia entre los aspectos normativos y operativos del cruce de fronteras que ha desembocado en un Reglamento consolidado de normas que se deben observar en este ámbito. Este instrumento conocido como Código de Fronteras Schengen se ha convertido en la herramienta más importante en el control de las fronteras exteriores<sup>42</sup>.

20. La base jurídica para las políticas comunes en materia del cruce del borde exterior del ELSJ viene establecida por el artículo 77 del TFUE<sup>43</sup>. Esta disposición obedece al esfuerzo de la UE para reforzar sus mecanismos de protección de las fronteras exteriores mediante la puesta en marcha de instrumentos de vigilancia y la instauración de un sistema integrado de gestión de ese límite externo<sup>44</sup>. Asimismo, el artículo 5.1 del Código de Fronteras establece que únicamente se pueden cruzar las fronteras exteriores en los puntos habilitados al efecto y el 6.1.b dispone que muchos de estos nacionales deben presentarse en el puesto fronterizo con el correspondiente visado de entrada. En este sentido, la exigencia o no de visado es otra potestad discrecional de las Instituciones<sup>45</sup> y establecida de acuerdo

<sup>39</sup> Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros [COM (2008) 0840 final].

<sup>40</sup> C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Política europea de inmigración y asilo” en A. TERRÓN CUSÍ, (coord.) *Las Migraciones internacionales, percepción y realidad. Un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, p. 75.

<sup>41</sup> C. GORTAZAR, “Abolishing border controls: individual rights and common control of EU external borders”, en E. GUILD & C. HARLOW, (eds.), *Implementing Amsterdam: immigration and asylum rights in EU law*, hart publishing, Oxford-Portland, pp. 121-140.

<sup>42</sup> Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un código de normas de la unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). DOUE L 77, 23 de marzo de 2016, pp. 1-52.

<sup>43</sup> “Artículo 77

1. la Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:

a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores;

b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;

c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

2. a efectos del apartado 1, el parlamento europeo y el consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a:

a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración;

b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores;

c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la unión durante un corto período;

...

3...

4...”.

<sup>44</sup> A. OLESTI RAYO, “La Unión europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería” en Revista Catalana de Dret Públic, nº 40, 2010, pp. 21 – 52.

<sup>45</sup> Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de los terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de dicha obligación. DOUE L 81, 21 de marzo de 2001, pp. 1-15.

con los intereses en política exterior de la UE y de los EEMM. En el supuesto que no se cumplan estos requisitos se producirá una denegación de entrada, tal y como dispone el art. 14 y Anexo V de este Reglamento. De modo que se brinda seguridad al espacio común frente a posibles amenazas externas, exige además la colaboración de los trasportistas en este fuerza. Sin embargo, la política migratoria y de asilo común también hacen parte del ELSJ, en competencia compartida con los EEMM y es en este ámbito donde han surgido las discrepancias.

#### IV. La Política migratoria y de ASILO común

##### 1. Política migratoria común: Enfoque global de inmigración y la Agenda europea de migración

21. La gestión de los flujos migratorios es una de las potestades fundamentales de los Estados soberanos y Europa no ha sido una excepción a ello. Sin embargo, viendo las limitaciones que conllevaba la gestión nacional por cada EEMM, la UE tomó conciencia de la necesidad de realizar una gestión conjunta de este fenómeno, creando un bloque coherente exhaustivo con actuaciones armonizadas que comprendieran tanto la dimensión interna como la externa del fenómeno migratorio, incardinándolas además dentro del ELSJ<sup>46</sup>. En este sentido, desde el punto de vista interno, las políticas de admisión de extranjeros pueden organizarse en base a una triple distinción: inmigración regular, inmigración irregular y solicitantes de asilo. Desde el punto de vista externo, la Comisión propuso diseñar una política de inmigración y asilo asentada en tres ejes: actuaciones sobre la presión migratoria, estrategia de control de flujos migratorios y la facilitación de la integración de los migrantes legales<sup>47</sup>. Planteando, en definitiva, una respuesta integral a este fenómeno.

22. De esta manera y a raíz de Tampere, la Comisión ya reconoció en su primera comunicación sobre una política común de migración, la necesidad de regular los flujos migratorios a través de cauces legales<sup>48</sup>. En los programas de la Haya y Estocolmo, se profundizó en esta estrategia y tanto la Comisión como el Consejo, han ido emitiendo documentos que han concretado y desarrollado la estrategia comunitaria en materia migratoria. Vamos hacer mención especial a dos documentos concretos.

23. En primer lugar, el “*Enfoque Global de Inmigración*” emitido por el Consejo en diciembre de 2005<sup>49</sup>. Este documento junto con la Comunicación de la Comisión de junio de 2008 titulada “*Una política común de inmigración para Europa: principios, medidas e instrumentos*” sirvió para elaborar el Pacto Europeo sobre la Inmigración y Asilo refrendado por el Consejo europeo de 16 de octubre de 2008<sup>50</sup>. Todos estos instrumentos tenían por objetivo conseguir una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes regulares, potenciando el diálogo regional y la cooperación entre los países de origen, tránsito y destino de los migrantes<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> K. EISELE, “*The external dimension of the EU migration policy: different legal positions for third-country nationals in the EU: a comparative perspective*”, Leiden, Nijhoff, 2014.

<sup>47</sup> J. ABRISKETA URIARTE, “La Dimensión Externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 2017, pp. 119-158. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.56.04>

<sup>48</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre una política comunitaria de migración, COM (2000) 757 final. Bruselas, 22 de noviembre del 2000.

<sup>49</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre medidas prioritarias para afrontar los retos de la inmigración: primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court, COM (2005) 621 final, 30 de noviembre de 2005.

<sup>50</sup> Unión Europea. Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/txt/?uri=legissum%3ajl0038> [consultado el 20 de octubre de 2021].

<sup>51</sup> J. C. FERNANDEZ ROZAS: “Luces y sombras de veinte años de política común, materia de control de fronteras, asilo e inmigración ante la defensa de un dionisiaco estilo de vida europeo” en A. FERNANDEZ PÉREZ, (coord.), *Ciudadanía, asilo e inmigración en la Unión Europea*. I FORO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Iprolex, Madrid, 2020, p. 27.

24. Sin embargo y aunque el Enfoque pretendía ser global, se hizo especial énfasis en la conclusión de acuerdos de readmisión con estos terceros países<sup>52</sup>. En todo caso, la integridad y seguridad del espacio Schengen no debería ser óbice para garantizar de forma absoluta del derecho de asilo en el territorio comunitario<sup>53</sup>. Aunque debemos valorar el esfuerzo por lograr que el Enfoque Global y sobre el Pacto de 2008 fueran un primer paso para una política general de inmigración de la UE<sup>54</sup>. Con la aprobación del Tratado de Lisboa, la base jurídica para la política migratoria común queda radicada en el artículo 79 del TFUE<sup>55</sup>.

25. El segundo instrumento sobre el que queremos llamar la atención, es la “*Agenda Europea de Migración*” de 13 de mayo de 2015, en la que se enuncian cuatro ejes fundamentales para una mejor gestión de los flujos migratorios.

- Reducir los incentivos para la migración irregular.
- Una política de asilo firme.
- Salvar vidas y hacer seguras las fronteras exteriores.
- Una nueva política sobre la migración legal.

26. Esta agenda aspira a ser el medio con el que hacer frente a urgencias humanitarias, como la de la crisis de los refugiados, además de convertirse en el instrumento para coordinar a largo plazo las políticas comunitarias en materia de asilo, inmigración y gestión de fronteras en territorio europeo. Con la misma, la UE intenta abordar las migraciones con un enfoque equilibrado que busca por un lado ordenar los flujos migratorios legales mientras que, por otro, lucha contra los cauces migratorios irregulares y la trata de personas<sup>56</sup>. En cualquier caso, se sigue manteniendo la misma posición que en el enfoque global, es decir, organizar la migración legal y controlar la migración ilegal. La Agenda intentó solucionar la problemática de la inmigración ilegal y del tráfico de personas en base a las experiencias aprendidas<sup>57</sup>. Sin embargo, es difícil conseguirlo porque los movimientos de población clandestina generaron un abuso y tergiversación de las instituciones de asilo y refugio<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> N. ARENAS HIDALGO, “El acuerdo de readmisión de inmigrantes en situación irregular con Pakistán. Punto de inflexión o huida hacia delante”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, 2011, pp. 1-40; A. BALDACCINI, “The external dimension of the EU’s asylum and immigration policies: Old concerns and new approaches”, en A. BALDACCINI, E. GUILD Y H. TONER (eds.), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*. Hart publishing, Oxford, 2007, pp. 276-298; PURDEY DE VISSCHER, “Legal migration in the relationship between the European Union and ACP countries: The absence of a true global approach continues”, *European of Journal and Migration and Law*, vol. 13, núm. 1, 2011, pp. 53-94; J. HAMPSHIRE, “Speaking with one voice? the European uUnion’s global approach to Migration and mobility and the limits of international migration cooperation», *Journal of Ethnic and migration studies*, vol. 42, núm. 4, 2015, pp. 571-586.

<sup>53</sup> A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 433-472. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.02>

<sup>54</sup> A. KIRKPATRICK DE LA VEGA Y G. GONZALEZ GARCÍA, *Los Visados en el Derecho español y de la Unión Europea*. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2019 pág. 235.

<sup>55</sup> “1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, ...

2...

3...

4...

5. *El presente artículo no afectará al derecho de los estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia”.*

<sup>56</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Bruselas, 13 de mayo de 2015 COM (2015) 240 final.

<sup>57</sup> F. PEÑA DÍAZ, “La Agenda Europea de Migración: últimos desarrollos”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº33. 2017, pp. 1 - 38.

S. RIPOLL CARULLA, “La Agenda Europea de Migración”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 114, nº3, 2015, pp. 585-609.

<sup>57</sup> L. LIROLA DELGADO Y A. FERNÁNDEZ LISTE, “La inmigración legal en el marco de la Política Común de Inmigración de la Unión Europea: de un papel secundario a un protagonismo sobrevenido” en *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 2016, Vol. 6(1) pp. 50 – 83.

<sup>58</sup> G. PALOMARES LERMA, “La Acción exterior de la Unión Europea y la población desplazada: una aproximación integral desde las políticas comunitarias con nuevas propuestas” R. CALDUCH CERVERA, (coord.) *Efectos sobre la PCSD de la*

27. En todo caso y a pesar de los esfuerzos realizados, el balance que se puede realizar de la política migratoria común después de más de veinte años es de cierto escepticismo. En este sentido, estamos hablando de una empresa común cuanto menos inacabada puesto que la UE no ha conseguido superar los conflictos migratorios en sus fronteras exteriores<sup>59</sup>. Además, todos los esfuerzos comunitarios se han centrado principalmente en la lucha contra la inmigración ilegal, sin conseguir alcanzar la meta final de una comprensión global de la migración que contemple también la articulación de unos cauces migratorios regulares. De esta manera, una apuesta por las vías migratorias legales podría revertir en que las instituciones de asilo y refugio fueran utilizadas por aquellos solicitantes que de verdad cumplen el supuesto de hecho de las mismas.

28. Ahora bien, la UE tiene por delante el reto de afrontar la inmigración no cualificada que ha conllevado que los EEMM sigan adoptando una postura defensiva y por lo tanto que pervivan los fallos competenciales en la política migratoria común que dificulta mayores avances, especialmente porque los EEMM se siguen mostrando muy reacios a ceder potestades a las Instituciones sobre un ámbito que consideran muy cercano a su soberanía<sup>60</sup>. De esta manera, el artículo 79 del TFUE diseña una competencia compartida donde la adición de elementos intergubernamentales, marcada por la contraposición constante de intereses nacionales de los diferentes EEMM, impide el desarrollo efectivo de una política migratoria común.

29. En este sentido, se deberían poner en funcionamiento políticas migratorias comunes que hicieran frente a la migración regular e irregular, articular normas comunes de asilo para todo el territorio europeo y gestionar más eficazmente la seguridad en las fronteras exteriores. Realizando una distribución más justa de los solicitantes de asilo en todo el territorio de la UE<sup>61</sup>. Sin embargo, la gestión de la inmigración se ha convertido en una cuestión política de tal calado que ha condicionado el comportamiento de la UE en las relaciones con los EEMM y, a su vez, entre éstos y los Estados de origen o de tránsito migrantes a la hora de definir la política común en materia de fronteras, asilo e inmigración. Lo que se traduce en que la política migratoria común sea un acuerdo de mínimos de difícil precisión<sup>62</sup>.

## 2. El Sistema Europeo Común de Asilo: de Dublín I a Dublín III

30. Los cimientos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) son la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo de Nueva York de 1967. Sin embargo, la armonización europea de las políticas de asilo comenzó a realizarse fuera del ámbito comunitario con la firma del Convenio de Dublín (Dublín I) de 1990<sup>63</sup>. A raíz del Tratado de Ámsterdam se introdujo el derecho de asilo en el ordenamiento jurídico de la UE, ubicándolo como un elemento más del ELSJ. El SECA está formado por el Reglamento de Dublín de 2003 (Dublín II), reformado a su vez en 2013 (Dublín III) y completado por el Reglamento 603/2013 que establece el sistema “Eurodac” que

---

Unión Europea de la crisis migratoria. Monografía 150, Madrid, Ministerio de Defensa, 2016, p. 46.

<sup>59</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Luces y sombras de veinte años de política común...” p. 78.

<sup>60</sup> J. M. PORRAS MARTÍNEZ, “El reto de construir una política migratoria común en la Unión Europea” en A. FERNÁNDEZ PÉREZ, (coord.), Ciudadanía, asilo e inmigración en la Unión Europea. I FORO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Iprolex, Madrid, 2020, p.102.

<sup>61</sup> J. M. GOIG MARTÍNEZ, “La Política común de Inmigración de la Unión Europea en el Sesenta Aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)”, en Revista de Derecho de la Unión Europea, nº32, 2017, pp. 71 – 111. J.M. GOIG MARTÍNEZ, “La fallida política común de inmigración de la Unión Europea” en Vergentis, Revista de investigación de la cátedra internacional conjunta Inocencio III, núm. 8, enero-junio 2019 pp. 125 - 158.

<sup>62</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Luces y sombras de...” óp. Cit. págs. 29 y 33.

<sup>63</sup> C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Política europea de inmigración y asilo” en A. TERRÓN CUSÍ, (coord.) *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, p. 74.

Instrumento de Ratificación del convenio relativo a la determinación del estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los estados miembros de las comunidades europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990. BOE 1 de agosto de 1997, núm. 183.

establece una base de datos común para comparar las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo con el fin de prevenir posibles delitos graves en el ELSJ tales como el asesinato o el terrorismo<sup>64</sup>.

**31.** El SECA se diseñó con la idea de establecer un marco legal y procedimental para todos los EEMM, intentando evitar que se aplicara de forma dispar la normativa sobre protección internacional en cada uno de los EEMM. Para ello, se determina cuál es Estado miembro competente para presentar y resolver la solicitud de asilo que, en última instancia, establece como Estado miembro responsable de la solicitud, aquel por el que haya entrado el solicitante al ELSJ. Fijando un mínimo común denominador en los ordenamientos jurídicos de los EEMM. Es decir, con este sistema no pretende realizar una distribución equitativa de los solicitantes de asilo, sino determinar de forma rápida y a través de unas reglas preestablecidas qué Estado es el competente para resolver la solicitud con el fin de evitar el “*asylum shopping*”<sup>65</sup>.

**32.** Por ello, los EEMM siguen reteniendo las competencias formales y materiales, conservando por ejemplo la potestad de permitir la presentación de solicitudes de asilo por vía diplomática o bien pudiendo articular la concesión de visados humanitarios, etc. Reteniendo la facultad de resolver las solicitudes de asilo presentadas en su territorio y continuando una práctica internacional consuetudinariamente aceptada. Asimismo, la opinión de los Estados ha sido determinante a la hora de incluir en el sistema europeo de visados la exigencia de un visado de tránsito aeroportuario a determinadas nacionalidades con el fin de limitar la presentación de solicitudes de asilo en las zonas de tránsito internacionales de los aeropuertos del ELSJ<sup>66</sup>.

**33.** Al igual que con la política migratoria común, el SECA se ha constituido como un acuerdo de mínimos y por ello, se vio completamente colapsado por la llamada “crisis de los refugiados” de 2015. Poniendo además a prueba la escala de valores y los objetivos del proyecto comunitario en materia de asilo que exigían una respuesta urgente para una situación dramática. En relación con la misma, la doctrina señaló que los EEMM y las propias instituciones comunitarias pusieron todavía más trabas para dificultar la llegada de los refugiados, en lugar de cumplir con sus obligaciones debidas de acuerdo con el Derecho Internacional y el ordenamiento jurídico europeo<sup>67</sup>. Además de intentar sustraerse a sus obligaciones internacionales a la hora de ejecutar el principio de “*non refoulement*”<sup>68</sup>, que sólo se activa cuando el solicitante de asilo entra en contacto con la jurisdicción territorial del Estado donde va a realizar su solicitud, impidiendo una aplicación extraterritorial de la normativa internacional en materia de Derechos Humanos<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Reglamento (CE) 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país. DOCE, L 50, 25 de febrero de 2003. Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 DOUE L 180, 29 de junio de 2013.

<sup>65</sup> Concretamente es el artículo 13.1 del mencionado reglamento el que establece esta previsión: “... que el solicitante ha cruzado la frontera de un estado miembro de forma irregular por vía terrestre, marítima o aérea, procedente de un tercer país, el Estado miembro en el que haya entrado de tal forma será responsable del examen de la solicitud de protección internacional...”.

B. GARCÉS-MASCAREÑAS, “Por qué Dublín no funciona” en Notes internationales CIDOB, nº 135, noviembre 2015.

<sup>66</sup> N. ARENAS HIDALGO, “Derecho internacional y europeo de las personas refugiadas”, en F. MARIÑO MENÉNDEZ, (Dir.), *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2017.

<sup>67</sup> G. PALOMARES LERMA, “La Acción exterior de la Unión Europea y la población desplazada: una aproximación integral desde las políticas comunitarias con nuevas propuestas” R. CALDUCH CERVERA, (coord.) Efectos sobre la PCSD de la Unión Europea de la crisis migratoria. Monografía 150, Madrid, Ministerio de Defensa, 2016, p. 43

C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Política europea de inmigración y asilo” en A. TERRÓN CUSÍ, (coord.) *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, p. 105.

<sup>68</sup> Artículo 33 de la convención de ginebra.

<sup>69</sup> G. GOODWIN-GILL, “The extra-territorial reach of Human Rights obligations: a brief perspective on the link to jurisdiction”, en L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. GUSTAVO KOHEN (eds.), *International Law and the quest for its implementation. liber amicorum vera gowlland-debbas*, Grill-Nijhoff, Leiden, 2010, pp. 293-308; y S. MORGADES, “La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el concepto de *jurisdicción* en perspectiva cosmopolita”, en C. GARCÍA SEGURA (dir.), *La tensión cosmopolita. avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 149-192.

### 3. Resultados de esta estrategia y Perspectivas de futuro (Dublín IV)

**34.** Los resultados de esta estrategia vivieron su punto álgido durante la crisis de los refugiados de 2015 y que culminó en la Cumbre UE – Turquía, donde primaron los intereses en política exterior frente a otras consideraciones. En este sentido, este encuentro se celebró en Bruselas el 7 de marzo de 2016<sup>70</sup> y sus resultados fueron refrendados el 16 y 17 de marzo por el Consejo europeo, que acordó un sistema de devolución a dicho país de todo extranjero que hubiera entrado ilegalmente por las costas griegas. A cambio la UE acogería a un número de refugiados equivalente al de las expulsiones. A juicio de la doctrina, este acuerdo vulneraría al menos, las siguientes convenciones internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la Convención de Ginebra sobre los Refugiados (1951) o la propia Convención Europea de Derechos Humanos, en vigor desde 1953<sup>71</sup>. De esta manera, se llegó a afirmar que la UE mercantilizó un derecho humano fundamental y universal como es el derecho asilo, banalizando el mismo y supeditándolo a sus intereses en política exterior<sup>72</sup>.

**35.** En este sentido, la política migratoria de la UE se ha imbricado en su política exterior, adoptando un enfoque “ad extra” a través de diálogos migratorios, asociaciones de movilidad, acuerdos migratorios tanto a nivel UE como de forma bilateral por cada uno de los EEMM de forma que se ha trasladado la gestión fronteriza y el control de las rutas migratorias a los Estados de origen y tránsito de los migrantes<sup>73</sup>. Fijando en la práctica una deslocalización de los controles migratorios<sup>74</sup>. Además, es importante recalcar que la Declaración UE – Turquía fue tomada por todos los EEMM al margen de las instituciones comunitarias por lo que el TGUE emitió un auto declarándose incompetente para decidir sobre los recursos de anulación que fueron interpuestos al efecto<sup>75</sup>. Poniéndose de manifiesto que el Estado – nación sigue siendo el actor principal en las Relaciones Internacionales.

**36.** De hecho, una de las principales críticas que se hace al SECA, es que impida presentar solicitudes de asilo en los países de origen, imposibilitando las solicitudes de asilo diplomático<sup>76</sup>. Lo que se traduce en una aglomeración de extranjeros, tanto en situación irregular como de potenciales solicitantes de asilo, en la frontera exterior de la UE ya que se están extendiendo los parámetros de control fronterizo propios de la política migratoria a los solicitantes de asilo y el deseo europeo de presentar la política de inmigración y asi-

<sup>70</sup> F. J. DE LUCAS, “Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los estados de la UE” en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, pp: 21-27.

Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea. Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de la UE con Turquía (7 de marzo de 2016) <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2016/03/07/> [consultado el 20 de octubre de 2021].

<sup>71</sup> J. M. GOIG MARTÍNEZ, “La fallida política común de inmigración de la Unión Europea” en *Vergentis*, Revista de investigación de la Cátedra internacional conjunta Inocencio III, núm. 8, enero-junio 2019 pp. 125 - 158. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo “Nuevas medidas operativas de la cooperación UE-Turquía en el ámbito de la migración” - COM (2016) 166 final. 16 de marzo 2016. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “First report on the progress made in the implementation of the EU-Turkey statement”, 20 de abril de 2016.

<sup>72</sup> F. J. DE LUCAS, “Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los estados de la UE” en *Ars iuris salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, pp: 21-27.

<sup>73</sup> Para un examen más amplio y afinado véase, P. GARCÍA ANDRADE, *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria. un problema de reparto de competencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, en especial, pp. 215 y ss.

En relación con la dimensión exterior de la política de inmigración más allá de los acuerdos de readmisión y las dudas que suscita la actuación en ese contexto, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: en busca de una acción de la Unión eficaz, coherente y coordinada”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 33 y ss.

<sup>74</sup> Sobre el particular, puede verse más ampliamente S. GIL ARAUJO, “Deslocalizar los muros de Europa. los países de origen y tránsito de inmigrantes en el control migratorio de la Unión Europea”, *Revista Temas de antropología y migración*, núm. 2, 2011, pp. 9-33; F. J. DE LUCAS MARTÍN, “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, en R. DEL ÁGUILA TEJERINA, (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, 2005, pp. 129 y ss.; AMNESTY INTERNATIONAL, *The human cost of fortress Europe. human rights violations against migrants and refugees at Europe’s borders*, index eur 05/001/2014, pp. 13 y ss.

<sup>75</sup> Auto del TGUE de 28 de febrero de 2017, NF/Consejo europeo, T-192/16, apdo. 73.

<sup>76</sup> A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo”. *Revista de Derecho Comunitario europeo*, 57, pp. 433-472. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.02>

lo de forma conjunta se ha traducido en una progresiva degradación del estatuto del refugiado<sup>77</sup>. Ahora bien, no podemos negar que tal y como está diseñado el sistema, se impone una presión excesiva y desproporcionada a los países cuya frontera hace parte de la frontera exterior común del ELSJ, es decir, Grecia, Italia y España que son los puntos de entrada de los potenciales solicitantes de asilo y protección subsidiaria<sup>78</sup> y de hecho con el beneplácito de la UE han puesto en marcha operaciones para controlar los flujos migratorios y combatir la inmigración irregular, destacando entre otras Hera e Indalo, la operación Tritón/Sofía<sup>79</sup>.

**37.** Por todo esto y ante las críticas recibidas, la Comisión presentó en septiembre de 2020 un nuevo pacto sobre migración y asilo donde, a raíz de las experiencias aprendidas, se busca reformar el SECA con el fin de proporcionar una respuesta adecuada no sólo a los futuros solicitantes de asilo, sino también al desafío migratorio en general. Para ello y en el ámbito concreto del asilo, la Comisión ha incluido en la propuesta de pacto una reforma del Reglamento 604/2013 con uno nuevo conocido como Dublín IV que diseña un sistema más equitativo y proporcionado en el reparto de las solicitudes de asilo con el fin de evitar la sobrecarga en los países fronterizos del ELSJ. Asimismo, esta Institución también ha puesto sobre la mesa del Consejo Europeo y del Parlamento una propuesta para convertir la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) en una Agencia de Asilo de la Unión Europea con amplios poderes y competencias para centralizar las peticiones de asilo<sup>80</sup>.

**38.** La propuesta de la Comisión parece a priori razonable. Sin embargo, está todavía por verse cómo va a ser su sustanciación material. Puesto que se abre todo un proceso de negociación y debate entre los EEMM que se anuncia complejo, entre otras razones por los diferentes enfoques nacionales respecto del fenómeno migratorio. De modo que la actualización del SECA se encuentra en una situación de *impasse* en este momento<sup>81</sup>. En todo caso, la propia Agenda Europea de Inmigración está intentando

<sup>77</sup> A. SOLANES CORELLA, “Entre Schengen y Dublín: reivindicar el asilo como un derecho en la Unión Europea” Documentación Social nº180, 2016, pp. 149 - 166.

F. J. DE LUCAS MARTÍN, *Mediterráneo, el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 21.

<sup>78</sup> En este sentido, en nuestra opinión, el análisis de Blanca Garcés-Mascareñas sobre los fallos del sistema Dublín, es mucho más objetivo y ponderador.

B. GARCÉS-MASCAREÑAS, “Por qué Dublín no funciona” en Notes internacionals CIDOB, nº 135, noviembre 2015.

<sup>79</sup> Sobre el particular, puede verse G. A. OANTA, “Desarrollos jurídicos controvertidos en la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores de la Unión Europea en el marco de Frontex. a propósito de la decisión 2010/252/UE”, en J. M. SOBRINO HEREDIA (DIR.), C. GARCÍA SEGURA, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA y G. PALAO MORENO (coords.), *El desarrollo del tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española. Décimas jornadas extraordinarias Escuela Diplomática-asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Madrid, 22 de junio de 2010, Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, colección Escuela Diplomática, núm. 17, 2011, pp. 171 y ss; M. URREA CORRES, “El control de fronteras de la Unión Europea y su Dimensión Exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de Frontex”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *la Dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, nota 14, Iustel, Madrid, 2012, pp. 249 y ss.; F. ESTEVE GARCÍA, “El rescate como nueva función europea en la vigilancia del mediterráneo”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, núm. 111, 2015, pp. 153-172.

<sup>80</sup> Comisión Europea. Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo (23 de septiembre de 2020) [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_1706](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706) [consultado el 21 de septiembre de 2021] y Comisión Europea. Agenda Europea de Emigración. [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160504/dublin\\_reform\\_proposal\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160504/dublin_reform_proposal_en.pdf) consultado el 2 de octubre de 2020. Concretamente queremos llamar la atención sobre el siguiente párrafo: “*this new system would automatically establish when a country is handling a disproportionate number of asylum applications. It would do so by reference to a country’s size and wealth. if one country receives disproportionate numbers above and beyond that reference (over 150% of the reference number), all further new applicants in that country would (regardless of nationality) be relocated, after an admissibility verification of their application, across the EU until the number of applications is back below that level... ”.*

Comunicación de la Comisión Europea COM (2016) 271 final con propuesta de Reglamento del Consejo y Parlamento europeo sobre agencia de asilo de la unión europea (4 de mayo de 2016) [https://www.europarl.europa.eu/regdata/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/com/2016/0271/com\\_com\(2016\)0271\\_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/regdata/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2016/0271/com_com(2016)0271_en.pdf) [consultado el 19 de septiembre de 2021]. Destaca la mención realizada en la página 2 de la propuesta. “*... It would not be plausible to reform the CEAS without providing the agency with a mandate that corresponds to the demands that the reform will entail. It is essential to equip the agency with the means necessary to assist member states in crisis situations, but it is all the more necessary to build a solid legal, operational and practical framework for the agency to be able to reinforce and complement the asylum and reception systems of member states ”.*

<sup>81</sup> J. M. PORRAS MARTÍNEZ, “El reto de construir una política migratoria común en la UE” en A. FERNÁNDEZ PÉREZ, (coord.) *Ciudadanía, asilo e inmigración en la Unión Europea... op. cit.* pág. 90.

paliar las urgencias más acuciantes con toda una serie de medidas de ejecución inmediata. Entre las que destacan<sup>82</sup>, la asistencia a los estados situados en primera línea, la ampliación del fondo de asilo, migración e integración, la facilitación de la política de retorno mediante la firma de acuerdos de readmisión, la lucha contra las organizaciones criminales que se dedican al tráfico ilícito de personas y el refuerzo de las fronteras exteriores de la Unión gracias a la reforma de FRONTEX y EUROPOL.

39. Por otro lado, tanto a nivel de la sociedad civil como en el plano institucional, a través de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, se ha subrayado en la necesidad de poner en marcha mecanismos que garanticen el acceso y aplicación efectiva del derecho de asilo en Europa<sup>83</sup>. Por todo ello, los EEMM han emitido, a través de fórmulas informales, visados por razones humanitarias con el fin de atender solicitudes de protección internacional planteadas en el exterior<sup>84</sup>. Asimismo tanto la Comisión como el Parlamento europeo han venido defendiendo la articulación de algún tipo de permiso humanitario<sup>85</sup>. Propuestas que siempre han chocado con la lógica intergubernamental del Consejo de la UE. De modo que los EEMM solo han actuado en situaciones muy excepcionales y ejerciendo un considerable margen de discrecionalidad<sup>86</sup>.

## V. El sistema europeo de visados

### 1. El Código comunitario de visados y las potestades del Estado soberano

40. Tras la adhesión de España a la Unión Europea, el sistema español de visados está compuesto, a su vez, por el sistema comunitario que regula las estancias de corta duración y el sistema nacional, que reglamenta las estancias de larga duración. Igualmente, y aunque el Derecho Europeo traza las

<sup>82</sup> Comunicación de la Comisión Europea COM (2015) 240 final, de 13 de mayo de 2015.

<sup>83</sup> M. A. CANO LINARES, "Asilo y refugio en la Unión Europea: agenda europea de migración y retos del sistema europeo común de asilo (SECA)", *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 41, 2016, pp. 219 – 234.

<sup>84</sup> UNHCR, "Unhcr proposals to address current and future arrivals of asylum-seekers, refugees and migrants by sea to Europe", Marzo 2015, pp. 5-6; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), "Defending refugees' access to protection in Europe", Diciembre 2007, pp. 51 y 58; RED CROSS EU OFFICE, "Position paper on the right to access to international protection", noviembre 2011; HUMAN RIGHTS WATCH, *EU policies put refugees at risk. an agenda to restore protection*, 2016; AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Vidas a la deriva: personas refugiadas y migrantes en el mediterráneo central", eur 05/006/2014, pp. 2 y 5, o EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, "Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection: a toolbox", *fra focus* 02/2015, pp. 3-5.

<sup>85</sup> V. MORENO-LAX, *Europe in Crisis. Facilitating Access to Protection, (Discarding) Offshore Processing and Mapping Alternatives for the Way Forward*, Red Cross EU Office, 2015, nota 40, p. 37.

<sup>86</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la labor del grupo especial para el mediterráneo, COM (2013) 869 final, 4 de diciembre de 2013; Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones sobre "Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad", COM (2014) 154 final, 11 de marzo de 2014; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, "hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa", COM (2016) 197 final, 6 de abril de 2016.

Resolución del Parlamento europeo sobre la revisión intermedia del programa de Estocolmo (2013/2024 ini), p7-ta (2014) 0276, 2 de abril de 2014, apdo. 83; Resolución del Parlamento europeo, sobre los flujos migratorios en el Mar Mediterráneo, con especial atención a los trágicos hechos acaecidos en aguas de Lampedusa (2013/2827 rsp), p7\_ta-prov (2013) 0448, 23 de octubre de 2013, apdos. g) 21 y 22; o Resolución del Parlamento europeo, de 10 de septiembre de 2015, sobre la migración y los refugiados en Europa (2015/2833 rsp), p8-ta (2015) 0317, apdo. 13. Proyecto de resolución legislativa del Parlamento europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo al código sobre visados de la unión (código de visados). Comisión LIBE, ponente: Juan Fernando López Aguilar, 5 de abril de 2018. Informe de la Comisión LIBE 2016 sobre el código de visados, enmienda 73.

<sup>86</sup> Tal y como señala (A. SÁNCHEZ LEGIDO, "El arriesgado acceso a la protección ..." en su pág. 451) a propósito de que los EEMM sí han articulado visados o permisos de entrada en su territorio de carácter humanitario. "Las variantes oscilan entre quienes recurren o han recurrido a tales efectos a visados nacionales de larga duración (Bélgica, Alemania, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Polonia y Reino Unido), visados Schengen VTL (Finlandia, Malta Italia y Portugal) o, indistintamente y de modo casuístico tanto a visados nacionales como a visados Schengen, sean estos VTL o incluso visados uniformes válidos para todo el territorio de los Estados Miembros (Austria, Dinamarca, Francia, Polonia, España y Holanda)"

líneas esenciales en materia de entradas de corta duración en el ELSJ, la ejecución de dicha estrategia corresponde a los diferentes EEMM que deben interpretar y aplicar las disposiciones comunitarias, dejando el propio legislador comunitario un considerable margen de maniobra y de discrecionalidad en la tramitación y aprobación o denegación de las solicitudes. Extremo que refrenda nuestra convicción sobre el papel central que desempeña la voluntad política del Estado soberano.

41. Los Tratados constitutivos recogen las líneas básicas de esta política que es desarrollada básicamente por dos Reglamentos de la UE: el 810/2009 y el 2018/1806. El primero, también conocido como Código de Visados, ha armonizado las políticas de visados de corta duración, recogiendo los aspectos materiales de estos permisos<sup>87</sup> (definición, clases, procedimiento, causas de denegación, etc.) y el segundo qué Estados están sujetos a dicha obligación y cuáles no. El artículo 1 del Código de Visado recoge la definición y duración temporal máxima de una estancia de corta duración (90 días al semestre) y los apartados 3, 4 y 5 del artículo 2<sup>88</sup> del mismo instrumento normativo detallan los tres tipos de visados de corta duración que componen el sistema europeo: el visado uniforme, el de tránsito aeroportuario y el de validez territorial limitada.

42. Por otro lado, y a propósito del VTL y su posible utilización como permiso de carácter humanitario, conviene tener presente que el visado de corta duración será uniforme cuando permita la entrada y circulación en todo el espacio Schengen. En cambio, no lo será cuando se hayan soslayado alguno de los puntos establecidos en el procedimiento de emisión. Por lo que podemos colegir que: “*todos los visados uniformes son de corta duración, no todos los visados de corta duración son uniformes*”<sup>89</sup>. El artículo 4.1 del Código de Visados titulado “*Autoridades competentes para intervenir en los procedimientos relativos a las solicitudes*” dispone que: “*Corresponderá a los consulados examinar las solicitudes y decidir al respecto*”. De esta manera la Embajada o Consulado competente resolverá la solicitud emitiendo bien un visado uniforme (artículo 24), un visado de tránsito aeroportuario (artículo 26) o un visado de validez territorial limitada (artículo 25).

43. Igualmente, debemos tomar en consideración que la discrecionalidad de las Embajadas y Consulados de cada Estado a la hora de conceder o denegar un visado es absoluta<sup>90</sup>, extremo refrendado por el propio Código de Visados tanto en el artículo 21.1 donde se recoge una “cláusula absolutoria” para el Estado: “*...se estudiará con la debida atención si el solicitante presenta un riesgo de inmigración ilegal o un riesgo para la seguridad de los Estados miembros, y si el solicitante se propone abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la fecha de expiración del visado solicitado*”, como en el artículo 32 que establece los motivos que justifican una denegación, reafirmando la plena potestad soberana del Estado en este ámbito. Discrecionalidad que ha sido confirmada también por el TJUE en el asunto “*Koushkaki*”<sup>91</sup> que si bien establece en su considerando 63 la imposibilidad de que un EEMM deniegue un visado por motivos distintos de los legalmente establecidos, estos son lo suficientemente amplios para permitir la denegación.

<sup>87</sup> A. SOMMARRIBAS et AL, “La politique des visas comme canal migratoire”, Université de Luxembourg – rem, Luxembourg, 2011, pág. 21. C. SCHMITTER, F. JULIEN-LAFFERIERE, & J-Y. CARLIER, “Vers une Politique Communautaire des visas de court séjour”, en P. DE BRUYCKER (Dir.) *L'émergence d'une Politique européenne d'immigration*, Bruylant, Bruselas, 2003, p. 151.

<sup>88</sup> Art 1. “El presente reglamento establece los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados para las estancias previstas en el territorio de los estados miembros no superiores a noventa días en cualquier periodo de 180 días”.

3) «visado uniforme»: el visado válido para todo el territorio de los estados miembros; 4) «visado de validez territorial limitada»: el visado válido para el territorio de uno o más estados miembros, pero no todos; 5) «visado de tránsito aeroportuario»: el visado válido para transitar por las zonas internacionales de tránsito de uno o varios aeropuertos de los estados miembros;

<sup>89</sup> A. KIRKPATRICK DE LA VEGA y G. GONZÁLEZ GARCÍA, *Los Visados en el Derecho español y de la Unión Europea*. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2019, pág. 22.

<sup>90</sup> Al respecto, puede consultarse a: F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'état et l'Union Européenne, l'exemple français: recherches sur la souveraineté de l'état membre*, LGDJ, París, 2000, pp. 606; y C. BLUMANN, “Les frontières de l'Union Européenne rapport introductif général”, en C. BLUMANN, (dir.), *Les frontières de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 1-15.

<sup>91</sup> STJUE, de 19 de diciembre de 2013, asunto c-84/12 (*Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland*).

## 2. El Reglamento 2018/1806 (Lista positiva y negativa)

44. La estrategia comunitaria de visados es complementada por el Reglamento (CE) 539/2001. Este texto ha sido modificado en reiteradas ocasiones. De ahí que se haya procedido a codificar, armonizar y ordenar todo el acervo existente en el Reglamento 2018/1806<sup>92</sup>. Para ello se articulan dos anexos al Reglamento, el I<sup>93</sup> donde se establece la lista de terceros Estados que están sujetos a la exigencia de visado y el II que recoge los Estados que están exentos de dicho permiso de entrada. Dichos anexos también han sido popularmente conocidos como “lista negativa” y “lista positiva” respectivamente<sup>94</sup>.

45. En este sentido, esta doble clasificación, que responde en parte a la estrategia migratoria reseñada en el apartado anterior, es una de las razones por las que la UE es percibida como un espacio de difícil acceso para garantizar en la práctica el derecho de asilo puesto que la normativa se aplica de forma general sin tener en cuenta las posibles excepciones respecto de los posibles solicitantes de asilo o refugio<sup>95</sup>. Imponiendo además obligaciones adicionales en los transportistas que deben asumir los costes de repatriación en caso de denegación de entrada, lo que se traduce en una verificación de la documentación en el país de origen que impide viajar a la persona que no cumpla los requisitos establecidos por la normativa comunitaria, sin tener en consideración sus circunstancias concretas<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> Reglamento (CE) nº539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. DOCE, L 81 de 21 de marzo de 2001.

Reglamento (UE) del Parlamento europeo y del Consejo 2018/1806 de 14 de noviembre de 2018 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. DOUE L 303 de 21 de noviembre de 2018.

<sup>93</sup> I. Lista común de terceros países a cuyos nacionales se exige visado en los estados miembros sujetos al Reglamento (UE) nº 2018/1806.

A) Estados.

Afganistán, Angola, Arabia Saudí, Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bahréin, Bangladesh, Belarús, Belice, Benín, Bhután, Birmania/Myanmar, Bolivia, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Chad, China, Comoras, Congo, Corea del Norte, Costa de Marfil, Cuba, Djibouti, Ecuador, Egipto, Eritrea, Etiopía, Filipinas, Fiji, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, India, Indonesia, Irán, Iraq, Jamaica, Jordania, Kazajistán, Kenia, Kirguistán, Kuwait, Laos, Lesoto, Líbano, Liberia, Libia, Madagascar, Malawi, Maldivas, Mali, Marruecos, Mauritania, Mongolia, Mozambique, Namibia, Nepal, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Papúa N. Guinea, Qatar, República Centroafricana, República Democrática Del Congo, Rep. Dominicana, Rusia, Ruanda, Sto. Tomé Príncipe, Senegal, Sierra Leona, Siria, Somalia, Sri Lanka, Sudáfrica, Sudán, Sudan Del Sur, Surinam, Suazilandia, Tailandia, Tanzania, Tayikistán, Togo, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Uganda, Uzbekistán, Vietnam, Yemen, Zambia y Zimbawe.

B) Entidades y autoridades territoriales no reconocidas como estado por al menos un estado miembro.

Autoridad Palestina y Kosovo (tal como se define en la resolución 1244, de 10 de junio de 1.999, del consejo de seguridad de las naciones unidas)

II. lista común de terceros países a cuyos nacionales no se exige visado en los estados miembros sujetos al Reglamento (UE) nº 2018/1806.

Albania, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, A.R.Y.M, Australia, Bahamas, Barbados, Bosnia Herzegovina, Brasil, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Colombia, Corea Del Sur, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos, Georgia, Granada, Guatemala, Honduras, Israel, Japón, Kiribati, Malasia, Marshall Islas, Mauricio, México, Micronesia, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Nauru, Nicaragua, Nueva Zelanda, Palaos, Panamá, Paraguay, Reino Unido, Salomón (Islas), Samoa, San Cristóbal y Nieves, San Marino, S. Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Santa Sede, Serbia, Seychelles, Singapur, Timor Oriental, Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, Ucrania, Uruguay, Vanuatu, Venezuela, Además De Un Régimen Especial Para Hong Kong, Macaco, Territorios Británicos de Ultramar y Taiwán.

UNHCR PROJECTED 2019 GLOBAL RESETTLEMENT NEEDS, Ginebra, 25-26 junio 2017, 24.ª consulta anual tripartita sobre reasentamiento, pág. 60. En este informe se señala que todos los nacionales de terceros países que, según ACNUR, pueden ser una potencial fuente de refugiados, están sujetos a la necesidad de visado de acuerdo con el Reglamento Comunitario señalado.

<sup>94</sup> A. KIRKPATRICK DE LA VEGA y G. GONZÁLEZ GARCÍA, *Los Visados en el Derecho español y de la Unión Europea*. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2019 pág. 73.

<sup>95</sup> A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo”. *Revista de derecho Comunitario europeo*, 57, 2017, pp. 433-472 Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.02>

<sup>96</sup> Sobre la llamada responsabilidad del transportista y las dudas sobre su compatibilidad con el derecho internacional, puede verse J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Colex, Madrid, 2002, pp. 148-150; o A. OLESTI RAYO, “La inmigración irregular y el control de

## VI. Asilo y refugio en el derecho español

### 1. La Ley 12/2009

46. Una vez trazado el marco general y las disposiciones del ordenamiento jurídico europeo, vamos a analizar la regulación nacional del régimen jurídico humanitario recogido en la Ley 12/2009<sup>97</sup>, que da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Constitución, desarrollando el derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España. De esta manera, como señala la propia Exposición de Motivos<sup>98</sup>, con la misma se intenta adaptar el ordenamiento jurídico español a la nueva realidad comunitaria que intenta armonizar el derecho de asilo en el territorio de la UE a través de su inserción en el ELSJ.

47. Dentro de su articulado, estimamos conveniente destacar las siguientes disposiciones. En primer lugar, el artículo 16.1 que establece que los nacionales de terceros países sólo pueden presentar solicitudes de asilo cuando se encuentren en territorio español: “*las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español tienen derecho a solicitar protección internacional en España*”. En segundo lugar, el 17.2 que completa la disposición anterior, recogiendo que: “*...A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley*”. Finalmente, el 21.1 que regula la presentación de solicitudes de asilo en los puestos fronterizos por ciudadanos extranjeros que no reúnen las condiciones para entrar en territorio español, es decir que se han presentado en el puesto fronterizo sin el correspondiente visado. “*Cuando una persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo, el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite la solicitud mediante resolución motivada cuando en dicha solicitud concorra alguno de los supuestos previstos en el apartado primero del artículo 20...*”.

48. A resultas de estas previsiones, España da cumplimiento a las disposiciones internacionales en materia de protección internacional, puesto que ésta solo puede ser solicitada cuando el peticionario haya llegado físicamente a un puesto fronterizo situado en territorio español, incoándose entonces el correspondiente procedimiento. Por otra parte, todavía no se ha emitido el Reglamento de esta Ley, aplicándose por lo tanto el reglamento de la anterior normativa ya derogada<sup>99</sup>, produciéndose una situación bastante inédita ya que hasta la actual regulación, cada cambio legislativo en materia de asilo había venido acompañado de su correspondiente norma reglamentaria<sup>100</sup>. De ahí que, la previsión del artículo 38 de la Ley 12/2009 referente a la presentación de solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados de España, queda muy desvirtuada, lo que ha sido muy criticado doctrinalmente<sup>101</sup>.

---

los flujos migratorios en la Unión Europea”, en A. SALINAS DE FRÍAS y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (eds.), *Soberanía del estado y derecho internacional. homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, 2005, pp. 951 y ss.

<sup>97</sup> Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE, núm. 263, 31 de octubre de 2009.

<sup>98</sup> “...se ha desarrollado una política europea de asilo, que arranca con el tratado de *Ámsterdam* de 1997 y que ha producido un extenso elenco de normas comunitarias que deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno mediante los oportunos cambios legislativos que, en algunos casos, son de gran entidad...”.

<sup>99</sup> Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. BOE, núm. 52 de 2 de marzo de 1995.

<sup>100</sup> I. GARCÍA VITORIA, “Una década sin reglamento de asilo en España: obstáculos e interpretaciones divergentes” en Anuario CIDOB de la inmigración, 2018, pp. 116 - 128.

En este sentido como señala, S. MORGANES GIL, (“La política de asilo en España en el contexto europeo: cambios recientes y perspectivas de desarrollo normativo”, Anuario de la Inmigración en España 2014, 2015, pp. 241 y ss.), en 2014 se intentó tramitar un proyecto de reglamento que no salió adelante y que fue objeto de consideraciones críticas por parte del Consejo General del Poder Judicial. Los datos del informe son los siguientes: CGPJ, *Informe al proyecto de real decreto por el que se aprueba el reglamento de la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, 31 de enero de 2014, pp. 22-25.

<sup>101</sup> A. SOLANES CORELLA, “Los derechos humanos y asilo. sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española” Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá, 2014, pp. 181 - 210.

De hecho, se ha llegado a afirmar que se suprime “de facto” puesto que la previsión del artículo 38 de la Ley 12/2009 resultaría ineficaz hasta que no se promulgue el Reglamento de dicha norma<sup>102</sup>. De modo que lo único que puede hacer el Jefe de Misión es facilitar el traslado a España del solicitante de protección internacional mediante la concesión de un visado de estancia, si es nacional de un país de la lista negativa, con el fin de que realice su solicitud de asilo cuando se encuentre en territorio español; es decir, se introduce un amplio margen discrecional al respecto que deja al arbitrio del Jefe de Misión la valoración del caso concreto y el traslado a España, extremo convalidado jurisprudencialmente como veremos más adelante<sup>103</sup>.

**49.** La disposición mencionada establece lo siguiente: “*Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley.*”

*El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos”.*

**50.** Este precepto restringe, por lo tanto, las solicitudes de asilo en las Representaciones españolas a los casos en los que el solicitante no sea nacional del Estado receptor y cuando corra peligro su integridad física. La propia Ley remite la regulación en detalle de estos supuestos a su posterior desarrollo reglamentario, su ausencia se ha traducido en que la Administración se haya mostrado muy restrictiva a la hora de admitir solicitudes de protección internacional presentadas en las Representaciones de España en el exterior<sup>104</sup>. Por estas razones, solamente se concederán visados de residencia “*ad hoc*” para personas acogidas en España bajo programas de reasentamiento elaborados por el Gobierno, ACNUR y otras OOII especializadas en este campo, de acuerdo con la previsión de la disposición adicional primera de la Ley 12/2009<sup>105</sup>.

**51.** Por otro lado y en relación con la necesidad de una nueva norma reglamentaria para que la previsión del artículo 38 sea válida, la STS 3445/2020 de 15 de octubre ha matizado esta afirmación<sup>106</sup>. En este sentido, nos interesa lo señalado por el fundamento de derecho 3º: “*A la vista del tenor del precepto, lo primero que debe significarse es que el mismo no regula un régimen jurídico distinto*

<sup>102</sup> A. KIRKPATRICK DE LA VEGA y G. GONZÁLEZ GARCÍA, *Los Visados en el Derecho español y de la Unión Europea*. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2019, pág. 427.

P. SARDINA CÁMARA, “Comentarios a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, *Diario la Ley*, nº 7370, 2010, epígrafe 3º, *in fine*; L. NAVARRO GANDULLO, M. ALCONADA DE LOS SANTOS, y M. RUBIO RAZO, *Asilo y protección internacional. la situación de las personas refugiadas*, Consejería de Justicia e Interior de Andalucía, Sevilla, 2015, p. 35.

<sup>103</sup> A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 41, 2021.

<sup>104</sup> I. GARCÍA VITORIA, *ídem*.

<sup>105</sup> “*El marco de protección previsto en la presente ley será de aplicación a las personas acogidas en España en virtud de programas de reasentamiento elaborados por el gobierno de la nación, en colaboración con el alto comisionado de las naciones unidas para los refugiados, y, en su caso, otras organizaciones internacionales relevantes. El consejo de ministros, ..., acordará anualmente el número de personas que podrán ser objeto de reasentamiento en España en virtud de estos programas...*”.

Si se desea conocer mejor los antecedentes y especialmente el porqué de la introducción de esta previsión en el texto definitivo de la ley ver: A. J. TRUJILLO PÉREZ, “Las claves parlamentarias de la nueva ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, en A. J. TRUJILLO PÉREZ, y J. M. ORTEGA TEROL, (coord.), *Inmigración y asilo. problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley*, Madrid, 2010, y B. FERNÁNDEZ BURGUEÑO, “Solicitudes de asilo patrocinadas presentadas en Embajadas y Consulados: un modelo basado en la experiencia española y en el programa canadiense de «private sponsorship»”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, vol. 35 (2018), pp. 10-11.

<sup>106</sup> A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 41, 2021.

STS de 15 de octubre de 2020 (3445/2020).

para la obtención de la protección internacional sino que se limita a regular la atención de aquellas solicitudes que se presentan fuera del territorio nacional y en un tercer país, sujeta a la valoración en la representación diplomática del peligro para la integridad física del solicitante, y por lo demás resultan de aplicación las mismas exigencias sustantivas que determinan el reconocimiento de la protección internacional, ..., que señala la competencia para ello de los Embajadores de España y las circunstancias que deben valorarse al efecto, como son: que se trate de solicitante que no sea nacional del país en que se encuentre la representación diplomática y corra peligro su integridad física. De manera que se contienen elementos suficientes para que tal propuesta pueda llevarse a cabo, mandato legal que no queda supeditado o condicionado en su efectividad al desarrollo reglamentario, ...". En este sentido, la novedad principal que aporta este pronunciamiento judicial es que no hay necesidad promulgar un nuevo Reglamento para que la previsión del artículo 38 sea válida. Sin embargo, se reconfirma jurisprudencialmente que la decisión final para valorar un hipotético traslado a España, responde al Jefe de Misión, es decir, al Estado soberano en última instancia.

52. Asimismo, queremos llamar la atención sobre la STS 1052/2021 de 11 de marzo<sup>107</sup> que, en su fundamento de derecho 5º delimita el disfrute del derecho de asilo y la protección subsidiaria a una situación real y concreta donde la vida o integridad física del solicitante se vea amenazada, disociando dicha disyuntiva de la situación general del país en cuestión. *“Por lo tanto, la concesión de una autorización de residencia por motivos humanitarios, al amparo, ..., de la Ley 12/2009, ...: el riesgo real de padecer en el país de origen daños graves como pena de muerte, tortura o tratos inhumanos o degradantes, o amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto. En el caso de los recurrentes, ..., no es posible deducir circunstancia alguna de la que pueda inferirse un riesgo real de padecer personalmente los daños que en dicho precepto se describen, que no es posible deducir, sin más, como pretende la parte recurrente, del carácter de generalidad con el que se concede la autorización de residencia por motivos humanitarios o de la situación de crisis económica, social o política que pueda padecer su país de origen”*.

## 2. Visado Humanitario: el caso fallido del visado de validez territorial limitada.

53. El Visado de validez territorial limitada (VTL) se trata de un permiso perteneciente al sistema europeo de visados, puesto que autoriza a su titular a realizar una estancia de corta duración en alguno de los EEMM. Se encuentra regulado en el artículo 25 del Código comunitario de visados, complementado por el artículo 29.b del RELOEx<sup>108</sup>. Aunque formalmente se trata de una autorización cuya regulación material ha sido cedida a las Instituciones, en la práctica se trata de una herramienta que conservan los EEMM para conceder un visado de corta duración, soslayando el cauce establecido por el propio Código de Visados. En este sentido, el VTL sería la *“excepción que confirma la regla”* del

<sup>107</sup> STS de 11 de marzo de 2021 (1052/2021).

<sup>108</sup> Art. 25: “1. se expedirá un visado de validez territorial limitada excepcionalmente en los casos siguientes:

a) cuando el estado miembro de que se trate considere necesario, **por razones humanitarias o de interés nacional** o debido a obligaciones internacionales, i) establecer una excepción al principio de obligado cumplimiento de las condiciones de entrada ... código de fronteras schengen, ii) expedir un visado a pesar de que el estado miembro consultado conforme al artículo 22 se oponga a la expedición de un visado uniforme, o iii) expedir un visado por razones de urgencia, aunque no se haya efectuado la consulta previa a que se refiere el artículo 22, o

b) ...

2. el visado de validez territorial limitada será válido en el territorio del estado miembro de expedición... 3...

4. cuando se expida un visado de validez territorial limitada en alguno de los supuestos previstos en el apartado 1, letra a), las autoridades centrales del estado miembro de expedición comunicarán sin tardanza la información pertinente a las autoridades centrales de los demás estados miembros...

5...”

Art. 29.b: “Visado de validez territorial limitada: válido para el tránsito o la estancia en el territorio de uno o más de los estados que integran el espacio Schengen, pero no para todos ellos. la duración total del tránsito o de la estancia no podrá exceder de noventa días por semestre”.

visado uniforme Schengen. Una lectura preliminar de las disposiciones que lo regulan, nos podría llevar a entender que su concesión obedece a “razones humanitarias”. Sin embargo, la práctica consular nos muestra que su verdadera razón de ser y el porqué de su carácter excepcional reside en la expresión “*interés nacional*”. De ahí que hayamos calificado al VTL como un supuesto fallido a la hora de conseguir que la UE articule un visado de carácter humanitario<sup>109</sup>. Puesto que en realidad se trata de un visado de índole nacional incardinado en la normativa comunitaria.

**54.** De modo que el visado de validez territorial limitada, como muy acertadamente indica KIRKPATRICK, “es uno de los últimos reductos de soberanía que mantienen las Administraciones Nacionales en el entramado jurídico de la Unión Europea”. Puesto que, en el marco de las competencias cedidas, se permite que cualquier EEMM del ELSJ pueda emitir unilateralmente este tipo de permisos en la forma y plazo que estime conveniente, sorteando al mismo tiempo los cauces y requisitos marcados por la normativa comunitaria. Específicamente, la realización de la consulta previa al resto de EEMM fijada por el artículo 22 del Código de Visados o bien, cuando a resultas de dicha consulta, algún EEMM haya puesto objeciones a la concesión de dicho visado. Asimismo, y reafirmando el carácter del VTL como herramienta al servicio de los intereses nacionales de un Estado miembro, la normativa comunitaria no determina ningún cupo o cifra concreta de visados emitidos, limitándose solamente a establecer que su concesión deberá ser “*excepcional*”. La incoación de este permiso es decidida unilateralmente por la propia Misión Diplomática, siendo de expedición inmediata y se justifica cuando ocurran circunstancias excepcionales, de acuerdo con la expresión utilizada en el artículo 25 del Código de Visados, que se aparten de los condicionantes habituales de concesión de visados<sup>110</sup>.

**55.** Por estas razones, el VTL se convierte en un permiso ideal para autorizar entradas en España a ciudadanos de terceros países del Anexo I en un plazo de 24 o 48 horas, primando el componente de “*interés nacional*” sobre las razones humanitarias. Bajo esta denominación genérica, que constituye un verdadero cajón de sastre, los EEMM conservan una herramienta de política exterior de carácter inequívocamente unilateral, mediante la que pueden otorgar un visado sin seguir los cauces normativos previstos; que fijan una comunicación “*ex ante*” al resto de EEMM, mientras que con el VTL la comunicación tiene un carácter “*ex post*”. En este sentido, la sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2017 sobre el asunto C-638/16 zanjó además el debate respecto de la posibilidad que el ordenamiento jurídico europeo obligue a los EEMM a emitir un visado VTL por razones humanitarias, remitiendo a los ordenamientos jurídicos internos respecto de dicha obligación, destaca el considerando 49 donde el TJUE advierte y es consciente que de permitir la emisión de un VTL en base a razones humanitarias, se estaría permitiendo que se presentaran este tipo de solicitudes en las Representaciones Diplomáticas de los EEMM situadas en terceros estados<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Visa humanitaria y espacio Schengen: entre la opción y la obligación (a propósito del Asunto c-638/16)” en Repensar la unión europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII jornadas AE-PDIRI / N. CORNAGO PRIETO (ed. lit.), J. L. CASTRO MONTERO (ed. lit.), L. MOURE PEÑIN (ed. lit.), 2019, págs. 411-422

<sup>110</sup> A. KIRKPATRICK DE LA VEGA y G. GONZÁLEZ GARCÍA, *op.cit.*, pág. 58 y 59.

<sup>111</sup> STJUE (gran sala) de 7 de marzo de 2017, X y X/État belge (asunto c-638/16 ppu) DOUE c144/13 de 8 de mayo de 2017. Conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto c638/16 ppu, puntos 89, 93 y 97.

S. MORGADÉS-GIL, “Humanitarian visas and EU law: do states have limits to their discretionary power to issue humanitarian visas?”, *European Papers*, vol. 2, n.º 3 (2017), pp. 1005-1016; M. H. ZOETEWELJ-TURHAN y A. ROMANO, “*X and X v. Belgium: the need for eu legislation on humanitarian visa*”, *Sui-generis* (2017): 68 y ss. disponible en <https://sui-generis.ch/article/view/sg.35/0>.

M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Visa humanitaria y espacio Schengen: entre la opción y la obligación ...” *op. cit.*

En relación con dicho pronunciamiento judicial, nos interesan especialmente los considerandos 44: “*además, en la medida en que el legislador de la unión no ha adoptado hasta la fecha ningún acto sobre la base del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra a), con respecto a las condiciones en las cuales los estados miembros expedirán visados o permisos de residencia de larga duración a los nacionales de terceros países por razones humanitarias, ..., las solicitudes controvertidas en el litigio principal sólo están sujetas al derecho nacional*”.

48: “*es preciso añadir que la conclusión contraria equivaldría a permitir a los nacionales de terceros países, ..., que presenten solicitudes de visado, basándose en dicho código (de visados), 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 nº 604/2013*”

49: “*debe observarse también que tal conclusión contraria equivaldría a obligar a los estados miembros, en virtud del código de visados, a permitir, en la práctica, a los nacionales de terceros países que presenten una solicitud de protección internacional*

**56.** De ahí que, a resultas de este pronunciamiento judicial, la Comisión presentara una tímida propuesta para reformar el Código de Visados en un sentido más favorable a este tipo de solicitantes, incluyendo un nuevo apartado 4 en el artículo 19<sup>112</sup> en el que permite admitir solicitudes de visados que no cumplan todos los requisitos cuando existan motivos humanitarios o razones de interés nacional. Sin embargo, el debate continúa abierto y la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento europeo ha solicitado la reforma del Código de Visados con el fin de que se ponga en marcha un visado humanitario europeo de modo que los nacionales de terceros países puedan cursar sus solicitudes en cualquier Embajada o Consulado de un EEMM, señalando los motivos por los que dicen sufrir persecución o amenaza, seguida de una entrevista que acredite con argumentos fundamentados la existencia de ese peligro contra la vida o integridad física del solicitantes, siendo contestada dicha solicitud en un plazo máximo de 15 días y dejando abierta la vía a la posible revisión en vía administrativa o jurisdiccional en caso de que sea rechazada. Ahora bien, esta propuesta sigue pendiente de aprobación debido a las reticencias del Consejo, que representa la voluntad de los EEMM, para asumirla<sup>113</sup>.

**57.** Sin embargo, el hecho que no se haya configurado un visado uniforme de carácter humanitario a nivel de todo el ELSJ, no impide que el VTL pueda ser emitido unilateralmente por el Estado en base a razones humanitarias. Como ya hemos visto, su emisión responde a la voluntad política del Estado del Estado soberano<sup>114</sup>. De esta manera, si acudimos al Derecho comparado, encontramos la experiencia piloto de Brasil en este campo. En este sentido, tras el terremoto que asoló el país en el mes de enero de 2010, se puso en marcha un sistema de permisos humanitarios para nacionales de Haití que podían solicitar dicho permiso en la Embajada brasileña en Puerto Príncipe y posteriormente en cualquier Consulado brasileño. Flexibilizando en gran medida los requisitos exigidos para la emisión del visado y requiriendo solamente la tenencia de un pasaporte válido, prueba de residencia en Haití y un certificado de buena conducta. En 2013, ante el deterioro de la situación en Siria se adoptó un sistema similar con una flexibilización aún mayor de los requisitos. De hecho, se admitieron solicitudes de visados humanitarios a titulares de pasaportes sirios caducados a los que se proveyó de un documento de viaje o *laissez-passer*. Este sistema fue elogiado vivamente por ACNUR que instó a que otros países de la comunidad internacional adoptaran un sistema semejante<sup>115</sup>.

### 3. Visado humanitario: el caso fallido del visado de tránsito aeroportuario

**58.** Como consecuencia del auge y proliferación a gran escala de las comunicaciones aéreas en la segunda mitad del siglo XX, los aeropuertos con zonas de conexión internacional se han convertido también en una ubicación donde el Estado soberano debe realizar la función de control fronterizo, al

---

*en las representaciones de los estados miembros situadas en el territorio de un tercer país. pues bien, teniendo en cuenta que el código de visados no tiene como finalidad armonizar la normativa de los estados miembros relativa a la protección internacional, es preciso hacer constar que los actos de la unión adoptados sobre la base del artículo 78 TFUE, ..., no prevén tal obligación y, al contrario, excluyen de su ámbito de aplicación las solicitudes presentadas en las representaciones de los estados miembros...".*

<sup>112</sup> “Como excepción a lo dispuesto en el apartado 3, podrá considerarse admisible una solicitud que no cumpla los requisitos fijados en el apartado 1 cuando existan motivos humanitarios o razones de interés nacional, o en cumplimiento de obligaciones internacionales.” M<sup>a</sup>. D. BOLLO AROCENA, “Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el derecho de la Unión: el incierto futuro del visado humanitario europeo y del marco europeo de reasentamiento” Cuadernos Europeos de Deusto, n°60, 2019, pp. 219 – 264.

<sup>113</sup> Informe de 4 de diciembre de 2018, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los visados humanitarios (2018/2271 (inl). Comisión de Libertades, Justicia y asuntos de Interior (iniciativa artículo 46 del Reglamento interno del Parlamento Europeo).

<sup>114</sup> De hecho, tenemos el ejemplo reciente de todos los ciudadanos afganos que han trabajado en embajadas de países UE y han sido acogidos por dichos EEMM, España entre ellos, en base a razones humanitarias. El País: España comienza a recibir a refugiados afganos antes que otros países de la Unión Europea (19 de agosto de 2021) <https://elpais.com/espana/2021-08-19/espana-comienza-a-recibir-a-afganos-solicitantes-de-asilo-antes-de-enviarlos-a-otros-paises-de-la-union-europea.html> [consultado el 19 de septiembre de 2021].

<sup>115</sup> L. JUBILUT, C. MUIÑOS DE ANDRADE SOMBRA, A. DE LIMA MADUEIRA, “Visados humanitarios: la experiencia de Brasil como base”. Migraciones forzadas 53. octubre 2016, pp. 76-78 [www.fmreview.org/es/proteccion-comunitaria](http://www.fmreview.org/es/proteccion-comunitaria)

tener lugar en dicho espacio, el tránsito, llegada y salida de personas y mercancías<sup>116</sup>. En este sentido, el anexo 9 del Convenio de Chicago<sup>117</sup> fija las zonas de tránsito internacional de los aeropuertos bajo la jurisdicción inmediata del Estado en cuyo territorio figure dicho aeropuerto. Por todo ello, surge la figura de un visado de naturaleza jurídica muy particular, el visado de tránsito aeroportuario<sup>118</sup>. Este permiso se caracteriza, a diferencia del resto de visados, en que no permite que su titular pueda cruzar las fronteras exteriores del ELSJ, autorizando solamente a que su poseedor realice una conexión aérea internacional en un aeropuerto del ELSJ.

**59.** El visado de tránsito aeroportuario se encuentra regulado en los artículos 2.5 y 3 del Código de Visados<sup>119</sup> y es desarrollado reglamentariamente por los artículos 25, 26 y 27 del RLOEX. Este permiso se exige a los nacionales de determinados estados cuando transiten en conexión aérea internacional en algunos de los aeropuertos del ELSJ y no estén en posesión de un visado Schengen ordinario. Concretamente y de acuerdo con el anexo IV del Código de Visados, se exige a las siguientes nacionalidades<sup>120</sup>: Afganistán, Bangladesh, Eritrea, Etiopía, Ghana, Irán, Irak, Nigeria, Pakistán, República Democrática del Congo, Somalia y Sri Lanka. En el caso concreto de tránsitos internacionales en aeropuertos españoles, España lo exige además a las siguientes nacionalidades: Camerún, Costa de Marfil, Cuba, Djibuti, Gambia, Guinea, Guinea Bissau, India, Liberia, Mali, República del Congo, Sierra Leona, Siria, Togo y Yemen. También necesitan visado los titulares de pasaportes expedidos por la Autoridad Palestina. Asimismo, el anexo V del Código de Visados determina que los titulares de permisos de residencia de larga duración de Andorra, Canadá, Japón, San Marino, Estados Unidos y de cualquier país del EEE que sean nacionales de algunos de los países sujetos a la obligatoriedad de un visado de tránsito, estarán exentos de dicho requisito cuando hagan escalas aéreas internacionales en el ELSJ.

**60.** Por otro lado, y dada la singularidad de este visado, existe abundante jurisprudencia española<sup>121</sup> que convalida estas previsiones y ratifica la obligatoriedad de un visado de tránsito aeroportuario en las condiciones reseñadas en el Código de Visados y desarrolladas por el RLOEX. De hecho, la razón de ser de este permiso radica en que, con su exigencia, se busca impedir que determinadas nacionalidades lleguen a la zona internacional de un aeropuerto del ELSJ y soliciten asilo, tergiversando el espíritu de esta institución y abusando de los mecanismos del derecho de asilo y/o refugio al eludir su cauce habitual de funcionamiento. Estableciéndose al mismo tiempo una excepción al principio de libre circulación de las zonas

<sup>116</sup> A. DEL VALLE GÁLVEZ, “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza” en Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI), núm. 9, 2005

<sup>117</sup> Anexo 9 a la Convención sobre Aviación Civil Internacional de 7 de diciembre de 1944 sobre la Facilitación al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, undécima edición, julio de 2002, Capítulo 1.a, pág. 1-1.

Asimismo, existe abundante jurisprudencia que confirma la soberanía estatal sobre las zonas de tránsito internacional de los aeropuertos.

<sup>5</sup>TEDH, 25 de junio de 1996, Amuur c. Francia cit., apartado 52.

<sup>5</sup>TJUE, 12 de mayo de 1998, Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea, Asunto c-170/96.

TC, Auto del Tribunal Constitucional de 6 de marzo 1996, 55/1996.

<sup>118</sup> G. ALONSO MARTÍNEZ, “La regulación jurídica del visado de tránsito aeroportuario en el código de visados” en Anuario Hispano – Luso – Americano de Derecho Internacional, vol. 24 (2019 – 2020), pp. 325 – 357.

<sup>119</sup> El artículo 2.5 del Código lo define de la siguiente manera: “*«visado de tránsito aeroportuario»: el visado válido para transitar por las zonas internacionales de tránsito de uno o varios aeropuertos de los estados miembros*”

<sup>120</sup> Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Visados de Tránsito aeroportuario (31 de enero de 2020) [http://www.exteriores.gob.es/portal/es/serviciosalciudadano/informacionparaextranjeros/paginas/visadosdetr% c3%a1nsto aeroportuario.aspx](http://www.exteriores.gob.es/portal/es/serviciosalciudadano/informacionparaextranjeros/paginas/visadosdetr%c3%a1nstoaeroportuario.aspx) [consultado el 5 de noviembre de 2021].

<sup>E1</sup> cribado de naciones a las que se exige un visado de tránsito aeroportuario, se realiza en base al concepto de país seguro que viene definido en las págs. 13 y 60 respectivamente del anexo 2 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005. DOUE L 326 de 13 de diciembre de 2005 y del anexo I de la directiva 2013/32/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013. DOUE L 180 29 de junio de 2013. Se considerará un país de origen seguro cuando, “*atendiendo a la situación jurídica, a la aplicación del derecho dentro de un sistema democrático y a las circunstancias políticas generales, pueda demostrarse que de manera general y sistemática no existen persecución, tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto amado internacional o interno*”.

<sup>121</sup> A título de ejemplo: STSJ de Madrid, 20 de septiembre de 2006, nº 683/2006. STS, 31 de mayo de 2006, nº 4261/2003.

de tránsito internacional de los aeropuertos y cerrando la puerta a la posibilidad que un permiso de tránsito aeroportuario se pueda erigir en un visado humanitario dentro del ordenamiento jurídico español<sup>122</sup>.

61. En este sentido, múltiples organizaciones de la sociedad civil y especialmente la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) han exigido a las autoridades españolas la articulación de visados humanitarios, así como la eliminación de la exigencia de un visado de tránsito aeroportuario para los nacionales de terceros estados inmersos en una situación de conflicto. Puesto que en definitiva con este permiso se está realizando una labor de control y cribado migratorio por los países de origen y con carácter previo a la llegada al ELSJ<sup>123</sup>.

#### 4. Programa Defensores DDHH

62. Ahora bien, el hecho que ni el VTL ni el visado de tránsito aeroportuario sean permisos de carácter humanitario “per se”, no es óbice para que España siga cumpliendo con sus compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos. En este sentido, se ha incluido una línea de acción exterior *ad hoc*<sup>124</sup> y además se ha puesto en marcha un Programa específico de protección de los Defensores de Derechos Humanos gestionado por la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores<sup>125</sup>.

63. Según Amnistía Internacional<sup>126</sup>, se puede definir a los Defensores de Derechos Humanos como “aquellas personas que, a título individual o colectivo, trabajan para hacer realidad los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en las diversas normas que la desarrollan. Ese compromiso se ha demostrado fundamental para visibilizar situaciones de injusticia social, combatir la impunidad e impulsar los procesos democráticos en todo el mundo”. Esta necesidad de protección de los Derechos Humanos y el importante papel desempeñado por los Defensores de Derechos Humanos, fue reconocido por la propia Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 53/144<sup>127</sup> sobre “el Derecho y Deber de los Individuos, los grupos y las instituciones de

<sup>122</sup> G. ALONSO MARTÍNEZ, “La regulación jurídica del visado ...” op. cit.

Extremo confirmado por el artículo 2.3 del código de visados: “el presente reglamento determina asimismo los terceros países a cuyos nacionales se exige estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario, como excepción al principio de libre tránsito consagrado en el anexo 9 del Convenio de Chicago sobre aviación civil internacional, y establece los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados para transitar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos de los estados miembros”.

<sup>123</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Informe 2016. [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/informe\\_cear\\_2016.pdf](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/informe_cear_2016.pdf) p.55 [consultado el 3 de diciembre de 2021] y Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Informe 2020. [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/06/informe-anual\\_cear\\_2020\\_.pdf](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/06/informe-anual_cear_2020_.pdf) pág. 121 [consultado el 20 de agosto de 2021].

B. RYAN, y V. MITSILEGAS, *Extraterritorial immigration control*, Brill Nijhoff, 2010, p. 14 y M. TRÉMOLIÈRES, (Dir) “Cahiers de l’Afrique de l’ouest. Les enjeux régionaux des migrations ouest-africaines. Perspectives africaines et européennes”. <https://www.oecd.org/fr/publications/les-enjeux-regionaux-des-migrations-ouest-africaines-9789264056039-fr.htm> [consultado el 13 de agosto de 2021].

<sup>124</sup> Artículo 16 de la Ley de Acción Exterior.

“1. La Acción Exterior en materia de derechos humanos promoverá la extensión, reconocimiento y efectivo cumplimiento de los principios fundamentales defendidos por la comunidad internacional de Estados democráticos y reconocidos en la propia Constitución Española, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los demás pactos y tratados ratificados por España en esta materia, en especial las Directrices de derechos humanos de la Unión Europea.

2. Asimismo, promoverá la cooperación internacional en materia de defensa y garantía de los derechos humanos y contará para ello con el trabajo de proyección exterior de los órganos constitucionales”.

<sup>125</sup> Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Derechos Humanos. <http://www.exteriores.gob.es/portal/es/politicaexteriorcooperacion/derechoshumanos/paginas/inicio.aspx> [consultado el 17 de agosto de 2021].

Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Prioridades Españolas en materia de Derechos Humanos. <http://www.exteriores.gob.es/portal/es/politicaexteriorcooperacion/derechoshumanos/paginas/prioridades.aspx> [consultado el 5 de octubre de 2021].

<sup>126</sup> Amnistía Internacional. Defensores de Derechos Humanos. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/defensores/> [consultado el 16 de agosto de 2021].

<sup>127</sup> Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución de 8 de marzo de 1999. <https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/proteccion-ddhh/1998-derecho-deber-promover-y-protoger-ddhh.pdf> [consultado el 16 de agosto de 2021].

*promover y proteger los Derechos Humanos y las Libertades Universales universalmente reconocidas*” de 8 de marzo de 1999.

64. De esta manera y además de toda la actividad diplomática desplegada, gracias al Programa señalado anteriormente, España cuenta con un catálogo de medidas para garantizar la protección real y efectiva de quienes propugnan el cumplimiento real y efectivo de los Derechos Humanos. Estas disposiciones, recogidas en el Real Decreto 1257/2007<sup>128</sup> contemplan el apoyo y acompañamiento diplomático y financiero para la persona amenazada y en los casos en que haya un riesgo real para su vida y/o integridad física, se contempla su acogimiento temporal en España. De hecho, el mencionado Real Decreto realiza la siguiente mención en su exposición de motivos: “*así, el compromiso de nuestro Gobierno en la promoción internacional de los derechos humanos, en sus distintas dimensiones, se concreta, entre otras muchas actuaciones, en la acogida temporal en España de aquellos extranjeros que se ven sometidos a este tipo de riesgos o amenazas por su compromiso con los derechos humanos*”.

65. Para ello, nuestro ordenamiento ha previsto una cauce extraordinario para garantizar la llegada a España del Defensor a través del artículo 50 del RELOEX, que recoge la posibilidad que el Ministerio de Asuntos Exteriores ordene la emisión de un visado de residencia de carácter extraordinario cuando circunstancias de política exterior o el interés de España así lo aconsejen<sup>129</sup>.

## VII. Conclusiones

66. No podemos negar que la Sociedad Internacional ha sufrido una notable evolución desde la configuración del Estado – nación soberano e independiente en 1648 hasta la articulación de la realidad que conocemos hoy en día; donde la singularidad estatal se ha visto subsumida en realidades supranacionales que han asumido competencias soberanas por delegación y además han auspiciado toda una serie de compromisos en materia de Derechos Humanos que ha matizado las competencias territoriales del Estado soberano. Esta es la situación en la que se encuentra España tanto en su realidad nacional como en su dimensión comunitaria.

67. Por otro lado, la escena internacional se ha visto profundamente afectada también por un fenómeno migratorio de carácter mixto donde una combinación de migrantes irregulares y potenciales solicitantes de asilo se han agolpado en las fronteras exteriores de Europa. Surgiendo en España y Europa el dilema de cómo aunar el compromiso con la dignidad humana con la gestión de toda una maquinaria institucional donde deben ponderarse otras consideraciones de carácter estratégico. De esta manera, ¿cómo encajamos el visado humanitario en esta ecuación?

68. En primer lugar, el TJUE ha señalado que en el Derecho de la UE no se reconoce la obligatoriedad de la emisión de un visado VTL por razones humanitarias quedando situada dicha decisión en el ámbito del derecho nacional, es decir, en la voluntad del Estado. Asimismo, este pronunciamiento ha puesto de manifiesto la existencia de una laguna jurídica en el ordenamiento jurídico europeo puesto que

<sup>128</sup> Real Decreto 1257/2007, de 21 de septiembre, por el que se aprueban las normas reguladoras de la concesión directa de ayudas a personas que se vean amenazadas o perseguidas por su actividad en defensa de los derechos humanos, en sus países de residencia habitual fuera de España. BOE nº 238 de 4 de octubre de 2007.

<sup>129</sup> “1. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para atender circunstancias extraordinarias y en atención al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, en especial la política de inmigración, la política económica y la de seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España, podrá ordenar a una misión diplomática u oficina consular la expedición de un visado de residencia.

2. La Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios informará de dicha expedición a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y remitirá copia de los documentos mencionados en los apartados a), b) y d) del artículo 48.2 de este reglamento, a los efectos de concesión al interesado, previo informe del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, de una autorización extraordinaria de residencia.”.

A. KIRKPATRICK DE LA VEGA, y G. GONZÁLEZ GARCÍA, op. cit., pág. 282 y ss.

no se han articulado mecanismos para comenzar un procedimiento de admisión incoado en el país de origen o tránsito de personas que necesiten protección internacional, obligándoles a recurrir a las rutas migratorias irregulares<sup>130</sup>. Igualmente, el SECA sigue siendo un acuerdo de mínimos y los EEMM no han adquirido un compromiso político de reasentar en sus territorios a aquellas personas necesitadas de protección internacional, a pesar de que ya existen precedentes al respecto. De modo que la Comisión ha presentado una propuesta formal al respecto con el fin de pasar de un acuerdo informal a un marco jurídico estable<sup>131</sup>.

**69.** En segundo lugar, la reciente reforma del Código de Visados no ha tenido en cuenta las propuestas al respecto presentadas por el Parlamento Europeo, pesando la voluntad del Consejo, es decir de los EEMM<sup>132</sup>. Ahora bien, todos los EEMM recogen de una u otra manera permisos asimilables a un visado humanitario que no se han podido generalizar por las carencias del SECA. De modo que su concesión ha quedado circunscrita a la discrecionalidad de los EEMM<sup>133</sup>.

**70.** En tercer lugar, estas disyuntivas también aparecen en el ordenamiento jurídico español. A pesar de lo cual, con la Ley 12/2009 se intentan hacer realidad el compromiso de España con los solicitantes de protección internacional. Completándose además esta norma con diversos pronunciamientos judiciales. Asimismo, España ha puesto en funcionamiento programas institucionales para acoger a posibles solicitantes de asilo y/o refugio. Además de emitir, visados de estancia, VTLs o visados nacionales cuando la realidad internacional así lo ha exigido, siendo la reciente crisis de Afganistán, el caso más paradigmático.

<sup>130</sup> M<sup>a</sup>. D. BOLLO AROCENA, “Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el derecho de la Unión: el incierto futuro del visado humanitario europeo y del marco europeo de reasentamiento” Cuadernos europeos de Deusto, nº60, 2019, pp. 219 – 264.

<sup>131</sup> Recomendación (UE) 2015/914 de la Comisión de 8 de junio de 2015 sobre un Programa Europeo de Reasentamiento. DOUE L 148/32. En la misma, se fijaba un cupo para cada Estado al que se llegaba tomando en consideración los siguientes factores: tamaño de la población, como reflejo de la capacidad del estado de acoger un determinado número de refugiados; PIB total, expresión de la riqueza absoluta de un país, y por tanto como indicador de la capacidad de una economía de absorber e integrar a los refugiados; número medio de solicitudes de asilo espontáneas y número de refugiados reasentados por cada millón de habitantes durante el período 2010-2014, como reflejo de los esfuerzos realizados por los estados en el pasado reciente, y, finalmente, tasa de desempleo (cifras de 2014), como indicador de la capacidad de absorción de los refugiados.

Conclusiones del consejo de la unión europea de 20 de julio de 2015 disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/st-11130-2015-init/es/pdf>.

COM (2016) 468 final, 13 de julio de 2016 (2016/0225 cod). Sobre el desarrollo de las negociaciones y los trilogos ver M. GÓMEZ LEAL PÉREZ, “El procedimiento legislativo ordinario en la práctica: los acuerdos en primera lectura”, Cuadernos Europeos de Deusto, 52 (2015), pp. 101-118. Disponible en <http://dx.doi.org/10.18543/ced-52>

En este sentido, como señala M<sup>a</sup>. D. BOLLO AROCENA, “Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante ...” la pelota está en el tejado del COREPER y puede que esta propuesta haga del reasentamiento un instrumento de control migratorio.

<sup>132</sup> Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 810/2009 por el que se establece un código Comunitario sobre visados (código de visados), comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior. ponente: Juan Fernando López Aguilar, 6 de diciembre de 2018 (ref. a8- 0434/2018).

Las enmiendas fueron aprobadas con el apoyo de una importante mayoría de europarlamentarios: 401 votos a favor, 222 en contra y 40 abstenciones.

M<sup>a</sup>. D. BOLLO AROCENA, “Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el derecho de la Unión: el incierto futuro del visado humanitario europeo y del marco europeo de reasentamiento” Cuadernos europeos de Deusto, nº60, 2019, pp. 219 – 264.

<sup>133</sup> G. NOLL, y J. FAGERLUND, y F. LIEBAUT, *Study on the feasibility of processing asylum claims outside the EU against the background of the common asylum system and the goal of a common asylum procedure*, European Commission & The Danish centre for Human Rights, 2002, pp. 95 y ss.

Similares aproximaciones, realizadas en desarrollo del citado estudio, O. LEPOLA, *Counterbalancing externalized border control for international protection needs: humanitarian visa as a model for safe access to asylum procedures*, Åbo Akademi University, Institute for Human Rights 2011, pp. 14 y ss.; EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Visa policy as migration channel produced by the European migration network, synthesis report*, 2012, pp. 19 y ss.

Para un reciente estudio del sistema de Dublín y unas propuestas de reforma que no alteran la esencia de un modelo firmemente asentado sobre la regla del país de entrada, véase J. ABRISKETA URIARTE, *Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea*, Cizur menor, 2020. V. MORENO-LAX, *Europe in crisis. Facilitating access to protection, (discarding) offshore processing and mapping alternatives for the way forward*, Red Cross EU Office, 2015, p. 37.

**71.** Finalmente, queremos dejar constancia una vez más del compromiso español con los potenciales solicitantes de asilo, trayendo a colación el Real Decreto 882/2021 de 11 de octubre que prevé la acogida en España de 130.000 potenciales solicitantes de asilo en 2022<sup>134</sup>, articulando el correspondiente apoyo presupuestario. De ahí que queremos concluir este trabajo con esta mención. Puesto que no estamos hablando de un debate jurídico, sino más bien de una cuestión de voluntad política y España se encuentra en la vanguardia en el respeto de los Derechos Humanos.

---

<sup>134</sup> Real Decreto 882/2021, de 11 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a determinadas entidades para la financiación del Sistema Nacional de Acogida e Integración de Personas Solicitantes y Beneficiarias de Protección Internacional y la atención sociosanitaria en los centros de estancia temporal de inmigrantes de Ceuta y Melilla. BOE, núm. 244 de 12 de octubre de 2021.