
EL CONCEPTO DE REFUGIADO
EN LA CONVENCIÓN DE GINEBRA
Y LA REALIDAD DE LOS FLUJOS
DE PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN

Héctor Silveira Gorski*

«Sí, nosotros éramos “inmigrantes”
o ‘recién llegados’ que habíamos dejado nuestro país
porque un buen día ya no nos convenía quedarnos,
o por razones puramente económicas.
Queríamos rehacer nuestras vidas,
eso era todo»¹

«¿Son los refugiados “la vanguardia
de los pueblos”?»²

1. INTRODUCCIÓN

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas fue aprobada por una conferencia de plenipotenciarios, convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 28 de junio de 1951 en Ginebra. Ese mismo año, Hannah Arendt publicaba en Nueva York su monumental obra *Los orígenes del totalitarismo*. En el capítulo titulado *La decadencia de la Nación-Estado y el final de los derechos del hombre* (IX), Arendt nos explica cómo las políticas de los gobiernos europeos de las primeras décadas del siglo xx con los refugiados, apátridas y minorías pusieron de manifiesto la carencia de leyes e instituciones que protegieran los derechos humanos de millones de personas afectadas por la desintegración de Rusia y Austria-Hungría, dos estados multinacionales, tras la Gran Guerra. En esos años

* Profesor Agregado Serra Húnter de Filosofía del Derecho, Universitat de Barcelona.

¹ Arendt, Hannah, «Nosotros, los refugiados», en Id., *Escritos Judíos*, Barcelona, Paidós, 2016, p. 353.

² Mate, Reyes, «¿Son los refugiados “la vanguardia de los pueblos”?», *Las Torres de Luca*, 2018, n.º 12, p. 25.

el derecho de asilo, que desde tiempos antiguos protegía a la persona cuya vida o libertad estaba en peligro en otro estado, no tenía reconocimiento legal, no se hallaba en ninguna constitución o tratado internacional, ni llegó a mencionarse en el Pacto de la Sociedad de Naciones (1919). Esto era relevante porque en esos trágicos años los derechos humanos dejaron de existir para miles de europeos por el mero hecho de huir de sus países de origen y de haber perdido su condición de ciudadanos, se encontraron en tierra de nadie, desprotegidos y a expensas de la arbitrariedad de unos gobiernos que no sabían qué hacer con ellos³. El hecho de que se hubiesen convertido *de facto* en refugiados o apátridas, sin ningún tipo de reconocimiento jurídico por los estados, sacó a la luz, nos cuenta Arendt, la importancia de «la existencia de un derecho a tener derechos», de un «derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada»⁴. Desde entonces, este sigue siendo uno de los desafíos principales para el derecho internacional: conseguir que los Estados respeten a todos los seres humanos su derecho a tener derechos, sus derechos humanos fundamentales, entre ellos el derecho al asilo.

La aprobación de la Convención de los Refugiados fue la primera respuesta de envergadura de la comunidad internacional a la barbarie que habían vivido miles de personas privadas de su ciudadanía en las décadas anteriores. La Convención fue completada posteriormente con el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, firmado en Nueva York en 1967⁵. La Convención de Ginebra supuso un antes y un después en el reconocimiento y en las garantías de los derechos fundamentales de los refugiados y apátridas. Por primera vez, los Estados y la comunidad internacional reconocían el estatuto de refugiado como un derecho fundamental para toda persona perseguida por alguna de las cinco razones siguientes: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. El derecho de asilo se convertía en un derecho humano fundamental que, como tal, hoy sigue comprometiendo a los Estados parte de la Convención a desarrollar las leyes correspondientes para su cumplimiento.

Setenta años después es uno de los tratados con más Estados parte del conjunto de la comunidad internacional y sigue desempeñando un papel fundamental en la defensa de los derechos de las personas que se ven obligadas a huir de sus países por ver peligrar su vida o sus derechos fundamentales. La invasión de Ucrania por el ejército ruso, el 24 de febrero de 2022, ha vuelto a traer al corazón de Europa la tragedia de la guerra y el éxodo masivo de miles de personas. Europa ha respondido solidariamente y ha abierto sus fronteras para acoger a todas las personas que huyen de Ucrania esca-

³ Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1987, p. 409.

⁴ *Ibid.* p. 430.

⁵ La Convención de Ginebra entró en vigor el 22 de abril de 1954 y el Protocolo de Nueva York el 4 de octubre de 1967 (en adelante Convención).

pando de la barbarie de la guerra en estas semanas⁶. El derecho de asilo es un derecho fundamental que todo Estado de derecho tiene la obligación de garantizar. Como derecho universal, su aplicación no puede depender nunca de criterios raciales, culturales o de clase, algo que no siempre han respetado algunos países europeos, según el origen de las personas que solicitaban protección internacional. Varios de los Estados que están acogiendo hoy de manera acelerada a centenares de miles de ucranianos, como Polonia y Hungría, meses atrás mantuvieron cerradas sus fronteras a cal y canto, llegando incluso a construir nuevos muros para impedir el acceso a sus territorios a personas procedentes de Siria, Afganistán o Irak. El rechazo y el abandono en campos de internamiento en Grecia y Turquía de miles de personas originarias de estos países, también en guerra, es una de las más grandes vergüenzas e ignominias de la Unión Europea de los últimos años. Los Estados miembros de la Unión Europea, como Estados parte de la Convención, tienen la obligación jurídica de acoger y dar asilo o algún tipo de protección internacional a todas las personas que huyen de la violencia, de las guerras y que ven peligrar sus vidas y libertades, sean cuales sean sus países de origen.

2. CONCEPTO DE REFUGIADO EN LA CONVENCIÓN DE GINEBRA

La *Convención* define al refugiado como aquella persona que necesita protección internacional por estar fuera de su país de origen y no pueda o no quiera acogerse a la protección de su país por un temor fundado de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas (artículo 1.A.2). Si la persona tiene un temor fundado de ser perseguida por algunos de estos motivos debe ser reconocida como refugiada. Es importante tener presente que el reconocimiento de la condición de refugiado tiene carácter declarativo, no constitutivo⁷. Lo deja claro ACNUR en su Manual para determinar la condición de refugiado: «una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición

⁶ Para ello la UE ha activado la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DOCE L 212, de 7 de agosto de 2001, pp. 12-23).

⁷ Así se recoge expresamente en varias leyes y sentencias, por ejemplo, en el considerando 21 de la Directiva 2011/95 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) (de ahora en adelante Directiva 2011/95 o Directiva de asilo), en el artículo 2 de la Ley n.º 26.125 de 2006 de Argentina, en el artículo 47 de la Ley mexicana sobre Refugiado y Protección Complementaria de 2011 y en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 25 de noviembre de 2013, caso Pacheco Tineo c. Bolivia, Serie C No. 272, pár. 145.

de refugiado»⁸. Es decir, la condición de refugiado se deriva de las circunstancias que vivió en su país, fácticamente, y no del acto administrativo o judicial que reconoce formalmente la condición de refugiado. El Estado debe reconocer a la persona como refugiada, aunque no se haya aún pronunciado formalmente sobre ese reconocimiento. Los actos que concluyen el procedimiento de determinación del estatuto de refugiado sólo tienen como finalidad «evaluar si una persona que busca protección internacional reúne los requisitos de la definición para llegar a ser reconocida como refugiada de acuerdo con las normas internacionales, regionales y nacionales»⁹. Esto debe ser así porque si fuera al revés, que el reconocimiento gubernativo tuviera un carácter constitutivo de la condición de refugiado, llevaría a que los estados pudieran incumplir por ejemplo el principio de no devolución. En suma, considerar el reconocimiento oficial como algo meramente declarativo de la condición de refugiado es una buena práctica que busca proteger a la persona refugiada ante los estados, y que se respeten los principios del derecho de protección internacional, en especial el principio de no devolución.

Veamos con más detenimiento el significado de la definición de refugiado de la Convención, según la doctrina elaborada por ACNUR y la jurisprudencia de los jueces de la Unión Europea, en especial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuyas sentencias son vinculantes para todos los estados de la UE, a la hora de aplicar la Convención y la legislación europea sobre protección internacional de los últimos años¹⁰. La Convención, dice el TJUE, es la piedra angular del régimen jurídico de la protección internacional de los refugiados¹¹. La Directiva 2011/95, precisamente,

⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *ACNUR: Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional*, Reedición, Ginebra, febrero de 2019, p. 28, [en línea], (última visita: 15 de octubre de 2022), Recuperado de: <https://www.refworld.org/docid/5d9e13214.html>.

⁹ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH), *Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida en el otorgamiento de protección complementaria*, OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II, Doc. 255, 5 de agosto de 2020, p. 15, [en línea], (última visita: 15 de abril de 2022), Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DebidoProceso-ES.pdf>. La determinación de la condición de refugiado pasa por dos etapas: primero se comprueban los hechos y, en un segundo momento, se aplican las normas a los hechos comprobados.

¹⁰ Para ello nos ayudaremos del *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional* de la Agencia de la ONU para los Refugiados, en su versión de febrero de 2019 (reedición), elaborado a petición de los Estados miembros del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado (de ahora en adelante Manual ACNUR o Manual), y del documento *Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)*, elaborado por la Asociación Internacional de Jueces en Derecho de los Refugiados (AIJDR-Europa) para la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) de la Unión Europea, acabado en diciembre de 2016 y publicado por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea en 2018 (de ahora en adelante EASO).

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de marzo de 2016, asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14, caso Alo y Osso, ECLI:EU:C:2016:127, p. 29. Para el TJUE las consideraciones relativas a la Convención de Ginebra para la interpretación de la Directiva 2011/95, de

ha sido adoptada por la UE para guiar a las autoridades de los Estados miembros en la aplicación de la Convención «sobre la base de conceptos y criterios comunes»¹². La legislación sobre protección internacional, asilo y desplazados de la UE¹³, dice el alto tribunal europeo, debe interpretarse «a la luz de la estructura general y de la finalidad de la misma, con observancia de la Convención de Ginebra», otros tratados pertinentes mencionados en el artículo 78.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁴ y el Derecho primario de la UE, incluida la Carta de los Derechos Funda-

reconocimiento del derecho de asilo (refundición) de la UE, se deben aplicar únicamente a los requisitos para la concesión del estatuto de los refugiados y no a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria (véanse considerandos 6 y 33 de la Directiva 2011/95). El legislador de la UE, sin embargo, optó por establecer un estatuto uniforme para todos los beneficiarios de protección internacional y concedió a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria los mismos derechos y prestaciones a que tienen derecho los refugiados, salvo las excepciones que sean necesarias y estén justificadas (véanse considerandos 8, 9 y 39 de la Directiva 2011/95). El capítulo VII de la Directiva de asilo, relativo al contenido de la protección internacional, se aplica tanto a los refugiados como a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria, salvo indicación en contrario (véase artículo 20.2 Directiva 2011/95) (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso *Alo y Osso*, *cit.*, párs. 31-33).

¹² EASO, «*Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)*», *cit.*, p. 22. La Directiva sigue al pie de la letra el redactado del artículo 1.A.2 de la Convención y define al refugiado como: «el nacional de un tercer país que, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él y al que no se aplica el artículo 12» (artículo 2.d).

¹³ Desde el Consejo Europeo de Tampere, del 15 y 16 de octubre de 1999, la Unión Europea (UE), como consecuencia de la guerra de los Balcanes, viene intentando construir un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), que no se limita a establecer normas mínimas, sino que busca crear un estatuto común de protección internacional en beneficio de los nacionales de terceros Estados y apátridas que lo soliciten. El 20 de octubre de 2004 entró en vigor la Directiva del Consejo 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004 (DOUE L 304, de 30 de septiembre de 2004, pp. 12-23), donde se recogían normas mínimas para los Estados relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países como apátridas, refugiados o personas que necesitan de otro tipo de protección internacional, con amplia flexibilidad para los Estados aplicar medidas adicionales. Años después, el 21 de diciembre de 2013, entró en vigor una nueva Directiva del Parlamento y del Consejo 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) (DOUE L 337, de 20 de diciembre de 2011, p. 9-26) (Directiva de asilo o Directiva 2011/95). Además, para los casos de afluencia masiva de personas desplazadas, la UE ha dictado normas mínimas para la concesión de protección temporal, y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de esta acogida (Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001). Este es un procedimiento excepcional que garantiza la protección inmediata y temporal de un número importante de personas, durante el plazo de un año, como es el caso hoy de los refugiados ucranianos.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, caso X e Y, y Z, ECLI:EU:C:2013:720, p. 40.

mentales de la Unión Europea (2000)¹⁵. A continuación, iremos presentando los distintos conceptos que caracterizan y definen al estatus de refugiado, teniendo presente que siempre nos estamos refiriendo a una persona que es un nacional de un tercer país. El primero que debemos tener presente es el de «temores fundados».

2.1. Persona (o nacional de un tercer país) que necesita protección internacional por temores fundados...

La persona refugiada debe tener «fundados temores de ser perseguida». La Convención y la Directiva 2011/95 no dan una definición de este término y tampoco establecen los criterios de las pruebas que los Estados deben hacer para comprobar estos temores. Para la doctrina, «fundados temores» contiene dos elementos: uno subjetivo, esto es, la existencia de temor, miedo o preocupación, en la mente del solicitante, y otro objetivo, consistente en disponer de información sobre la situación del país de origen y de otros factores, que ayuden a justificar el temor de la persona. El elemento subjetivo necesita del objetivo para fundamentar el temor, que respalde el temor y que deberá ser comprobado para que la persona sea reconocida como refugiada¹⁶. Esta doble valoración del temor se llama «prueba bipartita» o «prueba subjetiva/objetiva». En la evaluación del elemento subjetivo el Estado debe evaluar la credibilidad de la solicitud, en especial cuando «el caso no resulte suficientemente claro a la luz de los hechos de que se tenga constancia». Para ello deberá tener en cuenta la personalidad del solicitante, sus antecedentes personales y familiares, y si pertenece o no a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político. En cuanto a la evaluación del elemento objetivo, el conocimiento de la situación del país es un elemento importante a tener en consideración para determinar el grado de credibilidad de la persona. El Estado debe estudiar todos aquellos hechos que permitan determinar si el motivo predominante de la solicitud es la existencia de un temor razonable¹⁷.

Para los jueces del TJUE el temor se puede considerar fundado si se establece que existe una posibilidad «razonable de que se materialice en el futuro»¹⁸. Por otra parte, la Directiva 2011/95 extiende la protección no solo a las personas que han sufrido ya persecución, sino a las que corren el riesgo de «ser perseguidas». La simple

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 5 de septiembre de 2012, asuntos acumulados C-71 y C-99, caso Y y Z, ECLI:EU:C:2012:518, párr. 48.

¹⁶ EASO, «Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)», *cit.*, p. 85.

¹⁷ *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional* de la Agencia de la ONU para los Refugiados, *cit.*, p. 19.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Y y Z, *cit.*, párr. 51.

amenaza de persecución puede bastar para que se considere que existe persecución¹⁹. Los temores del solicitante, dice ACNUR, «pueden considerarse fundados si puede demostrar, en medida razonable, que la permanencia en su país de origen se le ha hecho insoportable por las razones indicadas en la definición o que, por esas mismas razones, le resultaría intolerable en caso de que regresara a él»²⁰. Para determinar la posibilidad razonable de que el temor es fundado es necesario evaluar las declaraciones de solicitantes a la luz de todos los hechos relevantes del caso, tener en cuenta su credibilidad, revisar las circunstancias imperantes en el país de origen y evaluar las pruebas y la conducta de los agentes de persecución²¹.

2.2. Fundados temores de *ser perseguido*...

Un refugiado es un nacional de un tercer país que tiene fundados temores de ser perseguido. Para ser refugiado debe existir persecución y la persona debe sentirse perseguida. Cualquier otra razón que esté detrás de la huida o salida del país no se tendrá en cuenta para conceder el estatus de refugiado. Así, por ejemplo, las personas que huyen del hambre o de los desastres naturales no son reconocidas como refugiadas por la Convención y los estados las consideran migrantes y les aplican la legislación de extranjería.

La Convención tampoco define qué entiende por «persecución», pero del artículo 33 de la misma se puede deducir que existe persecución cuando una persona ve amenazada su vida o su libertad o sufre violaciones graves de sus derechos fundamentales por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas²². Por su parte, el artículo 9.2 de la Directiva 2011/95 regula de manera no exhaustiva los actos o medidas que pueden constituir persecución. Entre ellos están: a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual, b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias; c) procesos judiciales o penas que sean desproporcionados o discriminatorios, d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias.

¹⁹ EASO, «Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)», *cit.*, p. 87.

²⁰ *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional* de la Agencia de la ONU para los Refugiados, *cit.*, p. 20.

²¹ Sin embargo, en algunas de sus sentencias el TJUE no menciona el elemento subjetivo a la hora de analizar este concepto de «fundados temores». Ello parecería indicar que la evaluación de fundados temores no requiere una evaluación del estado psíquico del solicitante, por lo que bastaría la comprobación objetiva. Mas no es así ya que los jueces a la hora de evaluar las circunstancias objetivas tienen también en consideración aspectos específicos de la persona, sus creencias y compromisos, con el fin de evaluar si los actos del solicitante en su país de origen «darán lugar a un riesgo auténtico de (...) sufrir persecución» (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Y y Z, *cit.*, párr. 69).

²² *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional* de la Agencia de la ONU para los Refugiados, *cit.*, p. 21.

rias, e) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños, etc. Esta lista no es exhaustiva ya que otros actos pueden ser también constitutivos de persecución como, por ejemplo, privar arbitrariamente de la nacionalidad a una persona. Por otro lado, en el artículo 9.1 de la Directiva de asilo se determina que los actos de persecución deben ser actos: a) «suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado 2 del artículo 15 del CEDH²³», o bien, b) «ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a)». Para la doctrina la diferencia entre la letra a) y la b) estriba en que el ámbito de aplicación de la b) es más amplio que el de la a). Las medidas, según la b), no han de ser «violaciones de derechos humanos fundamentales» mientras sean violaciones suficientemente graves de derechos humanos que afecten a una persona de manera similar²⁴.

En suma, para que un acto sea considerado persecución deberá ser suficientemente grave, ya sea porque constituye una violación grave de los derechos fundamentales o bien por su carácter reiterado, ya que por sí solo no puede considerarse grave. El derecho humano fundamental afectado debe haber sido violado o correr el peligro de serlo. La cuestión es determinar cuándo hay un daño grave o gravedad suficiente. Así, por ejemplo, ACNUR considera que los actos de discriminación son constitutivos de persecución sólo en determinadas circunstancias: cuando las medidas de discriminación tengan consecuencias de carácter esencialmente lesivo para la persona; en aquellos casos, escribe ACNUR, en los que la persona ve limitado «gravemente su derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios de enseñanza normalmente asequibles». La intolerancia religiosa es considerada equiparable a persecución allí donde «importantes sectores de la población no respetan las creencias religiosas de sus conciudadanos». Ahora bien, aunque las medidas de discriminación no sean graves también «pueden dar lugar a temor justificado de persecución si crean en el fuero interno de la persona de que se trate un sentimiento de desconfianza e inseguridad con respeto a su existencia futura»²⁵. El derecho humano fundamental en cuestión debe haber sido violado o correr el peligro de serlo.

Otra de las cuestiones que necesitamos aclarar es a qué derechos fundamentales se están refiriendo ACNUR y el legislador europeo en relación con los casos de perse-

²³ Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

²⁴ EASO, «*Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)*», cit., p. 28.

²⁵ *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional* de la Agencia de la ONU para los Refugiados, cit., p. 21.

cución de refugiados. Aquí también hay una laguna porque ni el Convenio ni la Directiva de asilo definen el concepto de derechos humanos fundamentales. Sin embargo, algunas indicaciones se pueden extraer de la misma Directiva. Por ejemplo, el artículo 9.1 hace referencia a los derechos inderogables con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15.2 CEDH, esto es: el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre y el derecho a no ser condenado a una pena con carácter retroactivo. La violación de un derecho inderogable se considera ya de por sí una violación grave de los derechos humanos fundamentales. Ahora bien, la referencia al CEDH no es exclusiva ya que la Directiva dice «*en particular* los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15.2» (cursiva nuestra). Por tanto, también podrán ser considerados derechos humanos fundamentales otros derechos inderogables. Por ejemplo, la sentencia del TJUE en el caso Y y Z (2012)²⁶, declaró que la libertad de religión es uno de los pilares de la sociedad democrática y es también un derecho humano fundamental. En estos casos la cuestión esencial es determinar la gravedad, ya que no toda violación de derechos fundamentales alcanza el grado de gravedad que los jueces consideran necesaria para que los actos sean considerados «de cierta gravedad»²⁷.

Otra posible fuente utilizada por la doctrina y la jurisprudencia para identificar el carácter fundamental de un derecho humano, distinto a los previstos como inderogables en el CEDH, es el criterio de la proximidad del derecho fundamental con la dignidad humana²⁸. Esta vía, asimismo, abre la puerta a la posibilidad de consultar otros tratados internacionales como, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre los derechos del niño y otros, tal y como autoriza el artículo 78 del TFUE. El objetivo es poder discernir, vía interpretación, «si los derechos humanos citados en estas convenciones pueden ser considerados “fundamentales” para así, a su vez, poder decir si existe o no persecución»²⁹. Al respecto, el TJUE

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Y y Z, *cit.*, p. 57.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso X e Y, y Z, *cit.*, p. 53.

²⁸ En palabras de los autores del documento EASO, la «dignidad humana, garantizada en el artículo 1 de la Carta de la UE, debe ser considerada en sí misma un derecho humano fundamental y, al mismo tiempo, la base subyacente de los derechos fundamentales, como los previstos en el capítulo 1 de la Carta» (EASO, «*Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)*», *cit.*, p. 32).

²⁹ EASO, «*Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)*», *cit.*, pp. 32-33. El artículo 4.2 del PIDCP reconoce como inderogables, además de los derechos mencionados en el artículo 15.2 CEDH, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de una persona, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y el derecho a no ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

ha determinado que los actos que «constituyen limitaciones al ejercicio de un derecho humano fundamental autorizados por el artículo 52.1 CDFUE³⁰ no pueden ser considerados persecución»³¹.

Otro frente interpretativo, aún abierto³², es el que tiene que ver con los derechos económicos y sociales garantizados, por ejemplo, en la Carta Social Europea (1961) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996). ¿Pueden ser considerados derechos humanos fundamentales? Esto dependerá, parece ser, «de la gravedad potencial de una injerencia en las condiciones de vida fundamentales de una persona»³³. Para los jueces y expertos, autores del EASO, los derechos económicos y sociales no cumplen, en general, el requisito de gravedad potencial comparable a una vulneración de derechos inderogables³⁴. Y, por tanto, en estos casos no habría tampoco persecución. En cambio, sí que consideran que hay persecución cuando la acumulación de medidas sobre estos derechos desemboca en una privación suficientemente grave de las condiciones de vida, algo que para la doctrina judicial se considera equivalente a una violación de los derechos humanos fundamentales a los que no cabe aplicar excepciones³⁵.

2.3. Fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas...

El refugiado, además de tener fundados temores de persecución, debe tenerlos por unos motivos específicos: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. El Manual de ACNUR y el artículo 10.1 de la Directiva 2011/95 ayudan a determinar el significado de cada uno de estos conceptos en el ámbito de la protección internacional. Así, el concepto de:

³⁰ Artículo 52.1: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

³¹ EASO, «Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)», cit., p. 34.

³² Decimos aún abierto porque una parte importante de la doctrina jurídica sigue siendo muy reticente a considerar los derechos sociales como derechos fundamentales de las personas. Sobre este tema véase Caicedo, Natalia, «Social Rights and Migrants before the European Court of Human Rights», en Moya, David y Milios, Georgios (eds.), *Aliens before the European Court of Human Rights: Ensuring minimum standards of human rights protection*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2021. Para una defensa de los derechos sociales como derechos fundamentales véase Ferrajoli, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, Madrid, Trotta, 2019.

³³ EASO, «Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)», cit., p. 33.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Los actos que privan gravemente de las condiciones de vida a una persona deben ser atribuibles a un agente (artículo 6 de la Directiva 2011/95).

- *raza* comprende consideraciones de color, origen o pertenencia a grupos étnicos e incluso puede implicar la pertenencia a un grupo social determinado, con una ascendencia común y que constituye una minoría en el seno de una colectividad más amplia. Se le debe dar, por tanto, el sentido más amplio posible.
- *religión* comprende la profesión de creencias de diverso tipo, teístas, no teístas y ateas, y también puede aludir a la participación o a la abstención de participar en cultos formales en privado o en público.
- *nacionalidad* va más allá del concepto de ciudadano nacional y designa también la pertenencia a un determinado grupo, ya sea por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes, e incluso puede coincidir con el concepto de raza.
- *pertenencia a determinado grupo social* comprende a las personas que tienen antecedentes, costumbres o condiciones sociales comunes o similares³⁶. Para ACNUR, un grupo social estaría definido por dos elementos: a) los miembros del grupo, que comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella; y b) el grupo posee una identidad diferenciada basada en ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.
- *opinión política* se refiere a las opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los potenciales agentes de persecución y con sus políticas o métodos, más allá de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias. En este caso, el solicitante debe mostrar que teme ser perseguido por sostener opiniones políticas, dice ACNUR «no toleradas por las autoridades, que expresan una crítica de su política o de sus métodos»³⁷.

La Directiva y la Convención ofrecen protección internacional sólo a aquellas personas cuyos temores de ser perseguidos se deriven de algunas de estas cinco razones. Además, los motivos de persecución han de estar relacionados con los actos de persecución o la ausencia de protección de los mismos. Debe haber «un nexo cau-

³⁶ El legislador europeo hace referencia explícita en el artículo 10.1 de la Directiva 2011/95 a la orientación sexual y al sexo como características comunes que pueden constituir un determinado grupo social, y los jueces, por su parte, también han considerado como grupos sociales a las familias, a los niños o a las víctimas de la trata (EASO, «Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)», cit., p. 52).

³⁷ Artículo 10.1.a),b),c),d),e) Directiva 2011/95 y *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional* de la Agencia de la ONU para los Refugiados, cit., pp. 18-19.

sal entre los motivos de persecución, es decir, la raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social, y los actos de persecución o la ausencia de protección contra los mismos» (considerando 29 Directiva 2011/95). El requisito de la conexión queda demostrado si una de las razones es un factor de peso que ha contribuido a ello. La existencia de un motivo de persecución puede demostrarse por la motivación subjetiva del autor o el efecto objetivo de la medida en cuestión, teniendo en cuenta que los motivos de persecución también pueden estar relacionados con la ausencia de protección contra tales actos³⁸.

2.4. Fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas *causados por la conducta de un agente de persecución estatal o por un agente de persecución no estatal...*

La conducta de un tercero, un agente humano, debe ser la causa de la persecución y del fundado temor³⁹. Este puede ser un agente estatal o no estatal (o civil). Por agente estatal debemos entender el propio estado, mediante los actos de algunos de sus funcionarios y autoridades, pero también sectores de la población, partidos u organizaciones que no respetan las leyes y que controlan el estado o una parte considerable de su territorio. El concepto de agente no estatal (o civil) debe interpretarse en sentido amplio, incluye incluso a los particulares, siempre que cometan actos de persecución⁴⁰. A los agentes no estatales se los considera también agentes de persecución o, en su caso, causantes de daños graves si el estado o los partidos u organizaciones que controlan el estado no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves (artículo 6c Directiva 2011/95)⁴¹. Este requisito, por tanto, deja fuera del estatuto de los refugiados a aquellas otras razones que dos por tres están en los motivos de la huida del país como, por ejemplo, las condiciones socioeconómicas o las sanitarias del país de origen

³⁸ EASO, «Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)», *cit.*, p. 46-47.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 18 de diciembre de 2014, C-542/13, caso M'Bodj, ECLI:EU:C:2014:2452, p. 35.

⁴⁰ Véase la Sentencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (Alemania), de 18 de julio de 2006, BVerwG 1 C.15.05, p. 23. También *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional* de la Agencia de la ONU para los Refugiados, *cit.*, p. 22.

⁴¹ Algunas entidades no estatales reconocidas como agentes de persecución o de daños graves son: clanes y tribus, guerrillas y paramilitares, líderes militares, grupos religiosos extremistas o terroristas, delincuentes, bandas y mafias, partidos políticos y familia directa y otros miembros de la familia (EASO, Guía Práctica «Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)», *cit.*, p. 63).

y que no están provocadas por un agente humano en concreto. Para que haya persecución debe haber un agente humano de persecución o causante de daños graves identificable⁴².

3. UN CONCEPTO DE REFUGIADO IMPRESCINDIBLE PERO INSUFICIENTE ANTE LOS ACTUALES FLUJOS MIGRATORIOS

El concepto de refugiado de la Convención de Ginebra sigue jugando un papel fundamental en la asistencia y protección de miles de personas refugiadas que deben huir de sus países por las razones que hemos comentado precedentemente. El ejemplo más claro es el flujo masivo de ucranianos hacia los países europeos. Se calcula que estos, un año después del inicio de la guerra, dan refugio y asistencia a más de ocho millones de personas procedentes de Ucrania.

A finales del 2020 había en el mundo 82,4 millones de personas desplazadas y refugiadas, cifra que seis meses después ya era de 84 millones⁴³. Uno de los principales desafíos para la comunidad internacional, en relación con la protección internacional de los refugiados y de los migrantes, está en que la Convención y las legislaciones estatales de asilo sólo se ocupan de una parte de los casos de las solicitudes de protección internacional de los actuales flujos migratorios. La Convención nació en un contexto internacional de guerra fría mientras hoy estamos bajo una importante globalización económica, con un nuevo marco geopolítico, en el que EEUU y China se disputan la hegemonía mundial, y frente al urgente desafío de las consecuencias del cambio climático⁴⁴. Hoy millones de personas exigen respuestas urgentes y radicales por parte de la comunidad internacional para evitar catástrofes y males mayores⁴⁵. A ello tampoco ayudan unas leyes que pretenden regular el fenómeno de los flujos migratorios desde una perspectiva individual, atendiendo básicamente a las circunstancias personales

⁴² EASO, «*Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)*», cit., p. 58.

⁴³ Un año antes, en julio de 2020, eran 79,9 millones las personas desplazadas, el doble de las que había en 2010 (41 millones). Y de estas 79,9 millones: 26,4 millones eran refugiados, 20,7 estaban bajo el mandato de ACNUR y 5,7 millones eran refugiados palestinos bajo la protección de la UNRWA, 45,7 millones eran personas desplazadas internamente dentro de su propio país, 4,2 millones eran solicitantes de asilo y 3,6 millones eran venezolanos desplazados en el extranjero (CEAR, Informe CEAR 2021. Las personas refugiadas en España y Europa, [en línea], (última visita: 15 de octubre de 2021), Recuperado de: <https://www.cear.es/informe-cear-2021/>).

⁴⁴ Millones de personas se ven obligadas hoy a huir por razones medioambientales, alrededor de unos 25 millones de personas cada año, y se calcula que otros 235 millones de personas necesitan asistencia humanitaria para sobrevivir.

⁴⁵ Hoy apenas un 2% de la superficie terrestre es demasiado caliente para ser ocupada por humanos, pero el valor crece con rapidez y en solo 50 años podría subir al 19%. Y aun cumpliendo el acuerdo de París de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, las migraciones climáticas aumentarían un 50% para finales de siglo. Pero si no lo cumplimos podrían aumentar hasta un 350%.

que concurren en las personas solicitantes, algo que no ayuda mucho cuando las demandas de protección se solicitan de modo masivo⁴⁶. A todo esto, hemos de añadir los límites que presenta el mismo concepto de refugiado de la Convención y de las legislaciones estatales, que exigen, como hemos visto, que se cumplan los requisitos de: a) persecución, b) fundado temor, c) por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y d) agente perseguidor estatal o no estatal. Si no se cumplen estos cuatro requisitos no es posible acogerse al estatuto de refugiado, lo que significa que millones de personas pasan a ser tratadas como inmigrantes irregulares y por leyes de extranjería que sancionan la irregularidad con expulsiones y retornos a los países de procedencia. Estas exigencias legales permiten a los Estados sostener que no tienen obligación de acoger a los que son inmigrantes, a diferencia de los que son reconocidos como refugiados, que deben acoger obligatoriamente. Con lo cual miles de personas que merecerían algún tipo de protección internacional no la tienen y quedan expuestos, en cambio, a la quiebra de sus derechos fundamentales.

3.1. ¿Qué hacer con los desplazados por causas ambientales y pobreza extrema?

La gran migración ya ha comenzado y cada vez son más numerosas las personas que se desplazan por razones climáticas o económicas entre los países en vías de desarrollo. Los expertos calculan que hoy más del uno por ciento de la humanidad se está ve forzada a huir de sus lugares de residencia como consecuencia de la suma de varios factores, entre los están la pobreza, los graves abusos contra los derechos humanos, las situaciones de violencia generalizada y los efectos del cambio climático o de los desastres naturales.

Los países del norte tienen responsabilidades que no pueden eludir ante la gran migración. En primer lugar, porque son los mayores emisores de gases invernaderos del mundo y, en consecuencia, también son una de las causas que están detrás de los flujos migratorios. La contaminación y las emisiones de gases influyen directamente en el cambio climático, lo que, a su vez, produce cambios en la vida de otras personas alrededor del mundo, obligando a muchos de ellos a emigrar de sus países de residencia. Y en segundo lugar, porque, incluso en relación con los mecanismos de protección internacional, se benefician de lo que hacen precisamente los que menos recursos disponen a la hora de proteger a los refugiados y migrantes. El 90% de las personas refugiadas se encuentran en los países del sur y, en cambio, sólo un 10% en los países del norte. Somos causantes del cambio climático al mismo tiempo que sólo nos ocupamos de un porcentaje bajo de refugiados.

⁴⁶ En previsión de esto la Unión Europea elaboró la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, y que hoy se está utilizando con los casos de los refugiados ucranianos.

Como en otros ámbitos de las sociedades capitalistas, en los flujos migratorios predomina también la lógica de la externalización. Esto es, aquella que permite vivir «a costa y a expensas de otros», explotando recursos ajenos, transfiriendo los costes a personas ajenas, contaminando otros lugares, lejos de nuestras casas, acaparar las ganancias y fomentar el ascenso propio a base de obstaculizar e impedir el progreso de otros⁴⁷. Por ejemplo, los ciudadanos occidentales se pueden desplazar, por trabajo o turismo, allí donde quieran ir, mientras que los «otros», ciudadanos de los países pobres y del sur, deben afrontar innumerables dificultades legales, superar barreras y muros de todo tipo, para acceder a los países del norte como consecuencia de las políticas migratorias establecidas por estos. Como dice Lessenich, la sociedad de la externalización se basa «en un régimen de movilidad dividido globalmente»⁴⁸.

Los actuales flujos migratorios son mixtos, con refugiados, migrantes económicos, solicitantes de asilo, desplazados por causas climáticas y otros migrantes, y en ellos es cada vez más difícil distinguir entre refugiados y emigrantes⁴⁹. El aumento de las desigualdades, el cambio climático, la pobreza y el incremento de la violencia generalizada hacen difícil determinar las causas objetivas y subjetivas de las personas que se desplazan. Todos, refugiados y migrantes, se ven obligados a abandonar sus países de residencia y afrontan en sus viajes los mismos peligros y situaciones de extrema vulnerabilidad, —inclemencias del tiempo, violencia, extorsión, trata de personas, privación de libertad, violaciones, muerte. La diferencia principal entre los refugiados y los migrantes económicos está en que estos últimos abandonan su domicilio con el fin de establecer su residencia en otro país de forma voluntaria y por motivos distintos de los enunciados en la definición de refugiado de la Convención. Los migrantes no salen de sus países por estar perseguidos sino por razones económicas⁵⁰. «Si obedece exclusivamente a consideraciones de tipo económico, señala ACNUR, es un emigrante y no un refugiado»⁵¹. Los refugiados, en cambio, escapan obligados por violaciones de los derechos humanos y porque su Estado no los protege. En el marco de los flujos mixtos, lo relevante para determinar el estatus de refugiado es tener presente lo que le pasaría a esa persona si volviera a su país de residencia. Sin embargo, en innumerables ocasiones esta frontera no está

⁴⁷ Lessenich, Stephan, *La sociedad de la externalización*, Barcelona, Herder, 2019, pp. 27-28.

⁴⁸ *Ibid.* p. 146.

⁴⁹ OIM, *Informe sobre las Migraciones en el mundo 2020*, OIM, p. 21, [en línea], (última visita: 10 de abril de 2022), Recuperado de: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf y Aguelo, Pascual, «Refugiados, desplazados, migrantes», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, vol. 41, 2016, p. 175.

⁵⁰ Los considerados migrantes encuentran una cierta protección en el *Convenio sobre los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares* (1990), en vigor desde 2003.

⁵¹ *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional* de la Agencia de la ONU para los Refugiados, *cit.*, p. 22.

tan clara y no es fácil determinar entre el que es migrante, tras resultar directamente afectado por un desastre, y el que se marcha por razones económicas, cuando estas vienen provocadas por el cambio climático o por medidas económicas del gobierno que buscan destruir los medios económicos de algunos sectores de la población⁵².

Las políticas de protección internacional de los refugiados y apátridas deberían responder a la nueva realidad de los flujos migratorios mixtos. Los Estados, en especial los del norte, no pueden seguir escondiendo la cabeza ante las situaciones de extrema necesidad en que se encuentran millones de personas en el mundo. En un contexto de cambio climático severo, con previsiones de aumento de las desigualdades, de la pobreza y de los flujos migratorios, la responsabilidad de los Estados y de las organizaciones internacionales deja de ser algo opcional para convertirse en algo obligatorio. Es verdad que la protección internacional de los refugiados se ha venido fortaleciendo en los últimos años con otras normas relacionadas con los derechos de las mujeres, de los niños, de las personas con discapacidad y de las personas LGBTIQ⁺⁵³. Estos avances son importantes e indispensables. Pero se sigue sin afrontar el problema de fondo de los flujos migratorios: los nuevos refugiados derivados de la situación traumática en que se encuentran millones de personas en sus países de origen y que se ven obligadas a abandonar su forma de vida por razones climáticas y económicas.

La comunidad internacional y, en particular, los Estados deben aceptar que toda persona que se encuentra en una situación de necesidad extrema, que ve peligrar su vida si no huye de su lugar de residencia, debería recibir algún tipo de protección internacional, ya sea como desplazada, refugiada o bajo otro concepto jurídico. Para ello es necesario escapar de los límites del actual concepto de refugiado de la Convención de Ginebra y seguir la senda que han abierto nuevos tratados internacionales. Por ejemplo, la Convención sobre los aspectos inherentes a los problemas de los refugiados en África de la OUA (1969), en vigor desde 1974, amplía el concepto de refugiado a toda persona que se vea obligada a abandonar su país de origen debido a la «violencia generalizada» y por «eventos que provocan una alteración grave

⁵² Detrás de las medidas económicas «que afectan a los medios de vida de una persona pueden ocultarse intenciones o propósitos de orden racial, religioso o político dirigidos contra un grupo determinado. En los casos en que las medidas económicas destruyen los medios económicos de determinado sector de la población (...), las víctimas pueden, de acuerdo con las circunstancias, convertirse en refugiados al abandonar el país» (*Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional* de la Agencia de la ONU para los Refugiados, *cit.*, p. 22).

⁵³ Véanse Directrices sobre protección internacional n.º 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los refugiados; y Directrices sobre protección internacional n.º 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1(A)2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967; Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; y <https://www.acnur.org/personas-lgbti.html> y <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/>.

del orden público». Y la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)⁵⁴, sensible al fenómeno de los flujos masivos existentes en Centroamérica, requiere que los Estados consideren «también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la *violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos* u otras *circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*» (cursiva nuestra).

3.2. La protección subsidiaria de la Unión Europea

La Unión Europea dispone de otra figura jurídica de protección internacional⁵⁵ que complementa a la del refugiado: la protección subsidiaria (artículo 2, f) y g) Directiva 2011/95)⁵⁶. Esta protección subsidiaria no se deriva de la Convención, sino que es una legislación propia y única del Derecho de la UE que opera como una forma de protección internacional complementaria a la de los refugiados. Sólo puede concederse a nacionales de un tercer país o apátridas que no reúnan los requisitos para el estatuto de refugiados. Es una opción que tienen los Estados una vez han constatado que la persona no puede ser reconocida como refugiada⁵⁷.

La protección subsidiaria gira en torno al concepto de daños graves. El artículo 15 de la Directiva subdivide los daños graves en tres categorías diferentes: a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o c) las amenazas graves e individuales

⁵⁴ Adoptada por el «Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios», celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. Esta Declaración no es un tratado internacional y por tanto no es jurídicamente vinculante para los estados, pero aun así unos quince estados han incorporado esta definición regional de refugiado a su legislación nacional. Sobre esta definición regional de refugiado véase ACNUR https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9203.pdf y Mondelli, Juan Ignacio, «La obligatoriedad de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena en el Derecho Internacional», *Revista Temas de Derecho Constitucional*, 2019, n.º 1.

⁵⁵ La solicitud de protección internacional es la «petición presentada a un Estado miembro por un nacional de un tercer país o un apátrida que pueda presumirse aspira a obtener el estatuto de refugiado o el estatuto de protección subsidiaria, y que no pida expresamente otra clase de protección que esté fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva y pueda solicitarse por separado» (artículo 2.h) Directiva 2011/95).

⁵⁶ Tiene derecho a la protección subsidiaria el «nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida al país de su anterior residencia habitual se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplican los apartados 1 y 2 del artículo 17, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país» (artículo 2.f Directiva 2011/95).

⁵⁷ EASO, «Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)», *cit.*, p. 101.

contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno. Los jueces y expertos autores del documento EASO consideran que la definición que contiene este artículo es exhaustiva. Es decir, para ellos, para que haya protección subsidiaria por daños graves se deben cumplir las condiciones de las letras a), b) y c) del artículo 15 de la Directiva. Pero también sostienen que además debe haber una coherencia en las relaciones entre los casos de este artículo. Para que haya protección subsidiaria debe haber daños graves y coherencia entre estos casos⁵⁸. Para el TJUE las letras a) y b) del artículo 15 cubren situaciones en las que el solicitante de protección subsidiaria está específicamente expuesto al riesgo de un determinado tipo de daño, mientras que la letra c) cubre un riesgo más general de daños⁵⁹. Y los daños de las letras a) y b) requieren un grado claro de individualización, mientras que los elementos colectivos juegan un papel importante en la aplicación de la letra c)⁶⁰.

La protección subsidiaria presenta unos requisitos diferentes a los requeridos para obtener el estatuto de refugiado. Los «daños graves», en contraposición a la «persecución», pueden existir independientemente de los motivos de persecución del artículo 10 de la Directiva 2011/55, cuando concurren motivos fundados para creer que el solicitante se enfrenta a un *riesgo real* de sufrir tales daños en caso de expulsión al país de origen⁶¹. Por otro lado, a diferencia de la definición de refugiado del artículo 2 letra d) de la Directiva, que exige la existencia de «fundados temores» sin exigir más explicaciones, el artículo 2 f) exige que haya «riesgo real» de que la persona pueda sufrir daños graves en el caso de que regresara a su país de origen. Un elemento importante para evaluar el riesgo de sufrir daños graves es si el solicitante ha sido ya objeto de daños o de amenazas directas de esos daños⁶². Al respecto, el TEDH exige algo más que «la mera posibilidad» de sufrir malos tratos para alcanzar el umbral requerido para que se considere que hay un «riesgo real»⁶³. Por ejemplo, para los jueces, los casos de persecución y sanción de los delitos ordinarios no se pueden definir como tratos inhumanos a menos que concurren circunstancias agravantes especiales que jus-

⁵⁸ *Ibid.* p. 109. Para los jueces y expertos autores del documento EASO la sugerencia propuesta por la Comisión de considerar que «una violación de un derecho humano» se podía considerar suficientemente grave para generar las obligaciones internacionales de un Estado miembro, «no es suficiente para establecer daños graves a menos que pueda subsumirse en las letras a) a la c) el artículo 15» (*Ibid.* p.109).

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 17 de febrero de 2009, C-465/07, caso Elgafaji, ECLI:EU:C:2009:94, párs. 32 y 33.

⁶⁰ EASO, «*Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)*», *cit.*, p. 110.

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso M'Bodj, *cit.*, p. 30.

⁶² EASO, «*Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)*», *cit.*, p. 122.

⁶³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Vilvarajah y otros c. Reino Unido, de 30 de octubre de 1991, p. 111.

tifiquen la consideración de que el castigo es extremadamente desproporcionado. Algo similar ocurre para las solicitudes de protección internacional basadas en padecimientos de condiciones económicas y humanitarias extremas, las cuales tampoco serían consideradas equivalentes a tratos inhumanos por los jueces⁶⁴.

La Directiva 2011/95 aboga por el establecimiento de criterios comunes entre los Estados a la hora de conceder la protección subsidiaria a los solicitantes de protección internacional. Estos criterios deben extraerse de «las obligaciones internacionales impuestas por los instrumentos sobre derechos humanos y las prácticas existentes en los Estados miembros» (considerando 34 Directiva 2011/95). Uno de los más importantes es el principio de no devolución vinculado a los artículos 3 del CEDH, al 3 de la Convención contra la tortura⁶⁵ y al 7 del PIDCP⁶⁶. En relación con este principio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la protección que ofrece el Convenio de Roma contra la expulsión de los demandantes de asilo es más extensa que la que brinda la Convención de Ginebra, al ser más amplio su ámbito de aplicación personal y no contemplarse, a los efectos de justificar la expulsión, la invocación de peligros para la seguridad o la amenaza que pueda representar para el país de acogida⁶⁷. Asimismo, el alto Tribunal de Estrasburgo ha insistido en el deber contraído por los Estados signatarios del Convenio de Roma de no expulsar o devolver al solicitante de protección si se demuestra la pertenencia del mismo a un colectivo considerado especialmente vulnerable y en tanto potencial víctima de tratos inhumanos o degradantes en su país de origen⁶⁸. En fin, el TEDH prohíbe también la expulsión o devolución de los solicitantes de protección internacional en los casos en que no se ha examinado el fondo de la solicitud de asilo, o se ha rechazado el derecho al recurso contra la resolución denegatoria del mismo⁶⁹, o en los casos en que se ha comprobado que el recurso carece de efectos suspensivos

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Sufi y Elmi c. Reino Unido, de 28 de junio de 2011, p. 53.

⁶⁵ Véase Consejo Europeo, Nota de la Presidencia al Grupo de trabajo de asilo, *Discussion Paper on Subsidiary Protection*, 19 de noviembre de 1999, EU Doc 13167/99 ASILE 41, p. 2.

⁶⁶ Véanse Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 20: Artículo 7 (*Prohibición de la tortura o los tratos o penas crueles*), 10 de marzo de 1992, apartado 9 y Comité de Derechos Humanos, Observación General 31: *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 26 de mayo de 2004, apartado 12.

⁶⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989 y, más específicamente, a partir de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Ahmed c. Austria, de 17 de diciembre de 1996.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Hilal c. Reino Unido, de 6 de marzo de 2001.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso A.C c. España, de 22 de abril de 2014.

de la expulsión ya acordada⁷⁰. Asimismo, hay que tener presente que como la Directiva 2011/95 establece su propio criterio sobre el estatuto de protección subsidiaria, distinto al del artículo 3 del CEDH y al de otras obligaciones derivadas del Derecho Internacional sobre derechos humanos, la persona que no obtenga la protección subsidiaria en la UE podría beneficiarse aún de la protección del CEDH frente a un posible procedimiento de devolución⁷¹. En su considerando 16⁷² la misma Directiva se reafirma en el cumplimiento de los derechos fundamentales y de los principios y garantías consagrados en la Carta de la UE, los cuales deberán, por tanto, interpretarse de modo coherente con los derechos de esa Carta, los cuales, por otro lado, no se corresponden exactamente con los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷³.

Por otro lado, el artículo 3 de la Directiva de asilo deja la puerta abierta a que los Estados europeos introduzcan normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para la protección subsidiaria, y también como refugiado, en la medida en que dichas normas sean compatibles con la Directiva. Ahora bien, para los jueces, la compatibilidad que exige el legislador europeo requiere que la situación de la persona que solicita ayuda tenga un nexo con la lógica de la protección internacional⁷⁴. El TJUE se ha pronunciado explícitamente sobre ello diciendo que el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/55 «no se extiende a las personas autorizadas a residir en el territorio de los Estados miembros por otras razones, es decir por compasión o por motivos humanitarios y sobre una base discrecional»⁷⁵. Asimismo, los jueces y expertos autores del documento EASO, consideran

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Khlaifia y otros c. Italia*, de 16 de diciembre de 2016.

⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso *M'Bodj*, *cit.*, p. 40.

⁷² «La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En especial, la presente Directiva tiene por fin garantizar el pleno respeto de la dignidad humana y el derecho al asilo de los solicitantes de asilo y los miembros de su familia acompañantes, así como promover la aplicación de los artículos 1, 7, 11, 14, 15, 16, 18, 21, 24, 34 y 35 de la citada Carta, y debe, por lo tanto, aplicarse en consecuencia» (considerando 16 Directiva 2011/95).

⁷³ EASO, «*Requisitos para el reconocimiento como beneficiario de protección internacional (directiva 2011/95/UE)*», *cit.*, p. 106. Véase también EASO, Introducción al sistema europeo común de asilo para órganos jurisdiccionales. Análisis judicial, elaborado por la Asociación Internacional de Jueces en Derecho de los Refugiados (AIJDR-Europa) para la Oficina Europea de Apoyo al Asilo de la Unión Europea. EASO, sección 2.1.3., 2018 [en línea], (última visita: 10 de octubre de 2021), Recuperado de: https://euaa.europa.eu/sites/default/files/easo-introduction-to-ceas-ja_es.pdf.

⁷⁴ Por ejemplo, una persona de un tercer país que sufre una enfermedad grave y que su salud podría deteriorarse por no disponer de tratamiento adecuado en su país de origen, en el caso de que fuera expulsado de la UE, no tendría, para el TJUE, ese nexo con la lógica de protección internacional. Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso *M'Bodj*, *cit.*, párs. 43 y 44.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso *M'Bodj*, *cit.*, p. 37.

que a partir de los principios recogidos en las sentencias M'Bodj y Abdida se puede construir un marco sobre qué tipos de protección nacional no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva de asilo. Al respecto, para que haya protección internacional debe haber como mínimo persecución o daños graves y un agente de persecución o causante de daños graves. Los casos que no cumplan con estos requisitos carecen de la conexión necesaria con la lógica de la protección internacional. Estarían en esta situación los casos en los que la privación de derechos humanos básicos está relacionada con situaciones de pobreza extrema o como consecuencia de haber sufrido una catástrofe. Estas solicitudes no cumplirían, para el legislador europeo y los jueces del TJUE, con los requisitos para conseguir la protección internacional de la Directiva 2011/95 o de la Convención⁷⁶. Podrían dar lugar a otro tipo de protección, por razones humanitarias o por compasión, concedida de forma discrecional por el Estado, pero siempre quedarían fuera del ámbito propio del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria (considerando 15 de la Directiva de asilo)⁷⁷.

4. LA URGENCIA DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL PARA PROTEGER A LAS PERSONAS DESPLAZADAS POR CAUSAS DE EXTREMA NECESIDAD MEDIOAMBIENTALES Y ECONÓMICAS

Ante la falta de una legislación de protección internacional adecuada a las nuevas realidades los estados terminan por echar mano de las leyes de extranjería para hacer frente a los flujos migratorios. Esto provoca situaciones de injusticia ya que las personas que huyen de sus países por causas de extrema necesidad (estados de necesidad), desplazadas por causas climáticas o socioeconómicas, quedan desprotegidas y expuestas a sufrir unas sanciones administrativas que pueden conllevar la pérdida de libertad en centros de internamiento y expulsiones a sus países de origen⁷⁸. Cuando, en cambio, deberían ser tratadas como otras personas refugiadas o bajo un estatus jurídico similar por encontrarse en un estado de extrema necesidad. Los Estados, sin embargo, no tienen ningún interés en ampliar las razones que dan lugar a la protec-

⁷⁶ Por ejemplo, una persona de un tercer país que sufre una enfermedad grave y que su salud podría deteriorarse por no disponer de tratamiento adecuado en su país de origen, en el caso de que fuera expulsado de la UE, no tendría, para el TJUE, ese nexo con la lógica de protección internacional. Los daños graves del artículo 15 de la Directiva de asilo no abarcarían la situación de trato inhumano o degradante que un solicitante aquejado de una grave enfermedad podría sufrir en caso de retorno a su país de origen. Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso M'Bodj, *cit.*, párs. 43 y 44.

⁷⁷ «Los nacionales de terceros países o los apátridas a los que se autorice a permanecer en el territorio de un Estado miembro por motivos que no sean la necesidad de protección internacional, sino por compasión o por motivos humanitarios y sobre una base discrecional, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva» (considerando 15 Directiva 2011/95).

⁷⁸ Silveira, Héctor, «Biopolítica de Estados expulsores», *Política y Sociedad*, vol. 49, 2012, n.º 3, p. 497.

ción internacional porque ello supondría asumir más obligaciones y aportación de recursos económicos y sociales. Al contrario, antes que crear de nuevos mecanismos de protección internacional o de mejorar el funcionamiento de los existentes, prefieren disponer de más instrumentos de exclusión más que de inclusión, y por ello reforman las leyes de asilo para hacerlas más restrictivas⁷⁹, cierran sus fronteras, construyen nuevos muros⁸⁰, externalizan los mecanismos de control y gestión de los flujos⁸¹, fortalecen a Frontex⁸² como el guardián policial por excelencia de las fronteras europeas, y demandan leyes que faciliten el internamiento y las expulsiones de los inmigrantes y de los solicitantes de refugio del territorio de la UE⁸³. Esto es lo que denuncia CEAR en su último informe *Las personas refugiadas en España y Europa (2021)*⁸⁴ en relación con la propuesta que ha hecho la Comisión Europea sobre el nuevo Pacto de Migración y Asilo para la Unión Europea. Para CEAR, la Comisión busca entre otras cosas, acentuar aún más la restricción de los derechos de las personas necesitadas de protección internacional, incrementar las preevaluaciones y los procesos exprés en las fronteras, incentivar las políticas de retorno con escasas o sin garantías jurídicas y externalizar aún más hacia terceros países el control de los flujos. Los temas de la propuesta de la Comisión que obtuvieron más consenso entre los Estados fueron los del blindaje de fronteras y las políticas de retorno y de externalización de los con-

⁷⁹ España es uno de los países europeos con uno de los porcentajes más bajos de aprobación de las solicitudes de protección internacional. En el 2019 y en el 2020 fue de un 5%, muy alejado de la media de la Unión Europea que es del 33%. Otros países europeos tuvieron tasas notablemente superiores: Grecia un 55%, Alemania un 44%, Bélgica un 35%, Italia y Suecia un 23% y Francia un 22%. En España de las 114.919 personas cuyo expediente fue resuelto, sólo 5.738 tuvieron una resolución favorable en el año 2020, frente a las 3.156 de 2019, de las cuales, 4.360 lograron la concesión del estatuto de personas refugiadas y 1398 la protección subsidiaria. En el 95% se denegó la protección internacional, si bien a 40.726 personas se concedió la residencia por razones humanitarias (35%). Pero para 68.435 personas solicitantes, la respuesta fue negativa (60%), un porcentaje elevado, cuando en el año 2019 fue del 29%. El 87% de las solicitudes se cumplimentaron dentro de España y sólo el 3% se formalizó en puesto fronterizo, en los CIE y, a través de extensiones familiares en embajadas, frente al 9% de 2019 (CEAR, *Informe CEAR 2021. Las personas refugiadas en España y Europa*, cit., p. 67).

⁸⁰ Sobre los muros véanse Brown, Wendy, *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, Herder, 2015, Aguelo, Pascual y Granero Sánchez, Hipólito V., «Los muros fronterizos desde la perspectiva jurídica del ius migrandi», *Modulema*, 2017, n.º 1 y Velasco, Juan Carlos, «Alternativas a la funesta manía de erigir muros», *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, 2021, n.º 153.

⁸¹ Dinamarca y Gran Bretaña han decidido dar un paso más allá y enviarán a los solicitantes de refugio a algún país de África hasta que la solicitud sea revisada.

⁸² Véase Fundación porCausa, *Frontex: el guardián descontrolado*, 2021, [en línea], (última visita: 10 de abril de 2022), Recuperado de: <https://porcausa.org/wp-content/uploads/2021/06/dos-Frontex-informe-porCausa.pdf>.

⁸³ Moya, David, «Immigrant and Refugees' Administrative Detention cases and Habeas Corpus», *European Review of Public Law/Revue Européenne de Droit Public*, 2017, n.º 29, p. 255.

⁸⁴ CEAR, *Informe CEAR 2021. Las personas refugiadas en España y Europa*, cit.

troles fronterizos. En cambio, no fue posible alcanzar un consenso en las cuestiones de solidaridad y de reparto de la carga o cuota de los refugiados entre los países⁸⁵.

Por todo ello, organizaciones internacionales como ACNUR tienen ante sí un trabajo titánico para lograr proteger a las personas que huyen de sus países por afrontar situaciones de vulnerabilidad extrema y que no encajan dentro del actual concepto de protección internacional de los refugiados. Una de estas nuevas realidades es la del desplazado o refugiado climático o ambiental. Este es una persona que se ve obligada a huir de su lugar de residencia de manera involuntaria, temporal o permanente por causa de un factor medioambiental extremo —inundación, sequía, desertización y deforestación— y por no tener la protección y ayuda de su país⁸⁶.

En sus informes y documentos ACNUR utiliza el concepto de «personas desplazadas en contextos de desastres y cambio climático» y no el de «refugiados climáticos». Con ello quiere evitar que los Estados no se tomen en serio a estas personas desplazadas por entender que como no cumplen las exigencias de la Convención, no están entre las cinco razones estatuidas, nunca podrán ser tratadas como refugiadas. ACNUR intenta evitar que los Estados se laven las manos ante estas personas, meramente las califiquen como migrantes y afronten su situación con leyes de extranjería que abren la puerta a la legalarbitrariedad, a la quiebra de sus derechos fundamentales y a la conversión de los Estados constitucionales en Estados expulsores⁸⁷. Los actuales flujos migratorios, de carácter estructural y masivos, exigen el establecimiento en el derecho internacional de nuevas y específicas obligaciones para los Estados para cuando tengan que hacer frente a la entrada y acogida de las personas migrantes en sus territorios, tales como las que ya existen para los refugiados y apátridas. Esta es una cuestión

⁸⁵ Fundación por Causa, *Balace de un año del Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea. Investigación por causa*, p. 2, [en línea], (última visita: 10 de abril de 2022), Recuperado de: https://porcausa.org/wp-content/uploads/2022/01/Un-an%CC%83o-del-Nuevo-Pacto-de-Migracio%CC%8In-y-Asilo-de-la-Comisio%CC%8In-europea_nov2020_ENSAMBLADO.pdf.

⁸⁶ El egipcio El-Hinnawi es quien utiliza por primera vez el término «refugiados ambientales» en un informe del Programa de Naciones para el Medio Ambiente. En este informe se distinguen tres tipos de «refugiados ambientales»: a) los que responden a movimientos temporales que se producen como consecuencia directa del estrés ambiental; en estos casos se hace referencia a contaminación ambiental provocada por una actividad contaminante generalmente industrial (p.e, derrame de petróleo, fuga de gases (Bhopal); b) los que tienen que ser desplazados de manera permanente y son realojados en una nueva área; hay una degradación ambiental permanente; c) aquellos que se desplazan como consecuencia de cambios físicos, químicos o biológicos en el ambiente, son individuos o grupos de personas que emigran de su hábitat original, temporal o permanentemente, en busca de una mejor calidad de vida (El-Hinnawi, Essam, *Environmental Refugees*, United Nations Environment Programme (UNEP), 1985, pp. 4-5, [en línea], (última visita: 10 de octubre de 2021), Recuperado de: <https://digitallibrary.un.org/record/121267>).

⁸⁷ Silveira, Héctor, «Las mascararas del Estado constitucional», en Anitua, Gabriel, Bodelón, Encarna, Machado, Bruno Amaral, Monclús, Marta y Rivera, Iñaki (comps.), *La sociología del control penal en España y Latinoamérica. Homenaje a Roberto Bergalli*, Barcelona, J.M. Bosch editor, 2021, pp. 423-458.

fundamental que nos obliga en primer lugar a pensar en cómo denominar a las personas desplazadas por causas climáticas y también a las que lo hacen por extrema necesidad económica con el fin de conseguir su máxima protección ante los Estados. Lo cierto es que hasta ahora no existe ninguna norma jurídica en el ámbito internacional que establezca obligaciones explícitas a los Estados relativas a la protección de las personas forzadas a moverse por el cambio climático, en concreto en lo que ya se ha regulado en los tratados internacionales sobre aquél.

En los últimos años, Naciones Unidas ha venido impulsando iniciativas diversas con el objetivo de disponer de nuevos instrumentos jurídicos que le permitan afrontar la nueva realidad de los flujos migratorios. Uno de los primeros intentos más sólidos para asistir y garantizar a nivel internacional la situación de las personas que se ven afectadas por el cambio climático es la denominada Iniciativa Nansen. Entre el 5 y 7 de junio de 2011 se celebró en Oslo la Conferencia Nansen sobre cambio climático y desplazamiento en el siglo XXI con el fin de conseguir un enfoque más coherente y congruente a nivel internacional que ofrezca respuesta a las necesidades de protección de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres repentinos. Esta iniciativa se fundamenta en el párrafo 14(f) del Acuerdo de Cancún 2010 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) que reclama medidas para mejorar la comprensión, coordinación y cooperación con respecto al desplazamiento, la migración y la reubicación planificada inducida por cambio climático, y en los diez principios Nansen. En estos principios se considera que, entre las obligaciones principales del derecho internacional y de los Estados, está la «obligación de la actuación cooperativa para proteger y promover los derechos humanos fundamentales, también en el contexto del cambio climático y sus efectos sobre la capacidad de las personas para ejercerlos». La Plataforma sobre Desplazamiento por Desastres (PDD), liderada por Estados, ha dado seguimiento a Nansen con el fin de apoyar a los propios Estados a implementar las recomendaciones de la Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático de la iniciativa Nansen (2015).

Por otro lado, la Asamblea de las Naciones Unidas, en la *Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes* (19 de septiembre de 2016), identificó el cambio climático, los desastres y la degradación ambiental como factores que están detrás de los desplazamientos de personas y que requieren respuestas específicas. Para ello adoptó también un conjunto de compromisos enfocados a mejorar los mecanismos de protección internacional y estableció las bases para la realización de dos pactos mundiales que vieron la luz dos años después: el *Pacto Mundial sobre los Refugiados* y el *Pacto Mundial para una Migración segura, ordenada y regular*. En el primero, ratificado por mayoría en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de septiembre de 2018, se dice que «el clima, la degradación ambiental y los desastres naturales no provocan, en sí mismos, los desplazamientos de refugiados, pero interactúan cada vez más con los impulsores de los movimientos de refugiados». Posteriormente,

en la Cumbre del Clima Madrid de 2019 (COP25) se continuó en esta línea, insistiendo en los vínculos entre la movilidad humana y la degradación ambiental y climática, en consonancia también con el Acuerdo de París de 2015. En fin, podemos decir que tras la Declaración de New York de 2016 se ha ido afianzando en el marco internacional la necesidad de asegurar la protección internacional de las personas que se ven obligadas a desplazarse por un conjunto de fenómenos que están interrelacionados con las consecuencias del cambio climático.

Con este objetivo, ACNUR promueve la denominada dinámica de *nexos*, con la que pretende convencer a los Estados de los vínculos, ya indiscutibles, existentes entre las diversas causas de los desplazamientos —conflictos, violencia, pobreza, mala gobernanza— con los efectos del cambio climático⁸⁸. El Alto Comisionado tiene claro que hoy las personas se desplazan y buscan refugio:

debido a la pobreza extrema, al colapso de los medios de subsistencia tradicionales en un contexto de globalización y rápida urbanización, los efectos del cambio climático, los desastres naturales y la degradación ambiental, que a menudo agravan la competencia por los escasos recursos. Muchas veces, estos factores diversos se solapan o se refuerzan unos a otros⁸⁹.

El objetivo de *nexos* es poner sobre la mesa la urgente e imprescindible necesidad de actualizar los conceptos de desplazado y refugiado en función de esta nueva realidad de los flujos, y relacionar ambos conceptos con los principios básicos del derecho ambiental establecidos, por ejemplo, en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)^{90 91}. En su *Marco Estratégico contra el cam-*

⁸⁸ Sobre el papel de ACNUR y su relación con los estados que tienen desplazados climáticos véase el informe elaborado para ACNUR por Goodwin y McAdam. Goodwin Gill y McAdam, Jane, *ACNUR & Cambio Climático, Desastres y Desplazamientos*, 2017 [en línea], (última visita: 16 de abril de 2022), Recuperado de: <https://www.acnur.org/5d4c9b7f4.pdf>.

⁸⁹ Goodwin y McAdam. Goodwin, Gill y McAdam, Jane, *ACNUR & Cambio Climático, Desastres y Desplazamientos*, *cit.*, p. 7.

⁹⁰ Pajares, Miguel, «Migraciones climáticas. Protección internacional para las personas que huyen de la devastación climática», en CEAR, *Informe 2020. Las personas refugiadas en España y Europa*, Madrid, CEAR, 2020, p. 142.

⁹¹ En *Expuestos al daño*, ACNUR hace recomendaciones para fortalecer la implementación de los marcos de protección internacional basados en el derecho de los refugiados ante movimientos transfronterizos en el contexto de dinámicas de nexos. Presenta los ejemplos de las medidas que adoptaron países como Kenia, Etiopía, México y Brasil, donde un conflicto o conflictos preexistentes exacerbaron los efectos del desastre y el cambio climático. O viceversa, el desastre exacerbó aún más la fragilidad del estado, como Haití. Para ACNUR, el objetivo final es el de cómo fortalecer la implementación del derecho de los refugiados ante movimientos transfronterizos en el contexto de la dinámica de nexos. Los Estados favorecieron el uso de mecanismos que permitían intervenciones con base en grupo o categoría. Buscar dar forma a respuestas apropiadas a movimientos de gran escala en el contexto de dinámicas de nexos, podrían hacer falta enfoques funcionales basados en grupo para llevar a cabo la determinación de la condición de refugiados (Weerasinghe, Sanjula, *Expuestos al daño: Protección internacional en el contexto*

bio climático (2021) propone expresamente que se aplique la Convención de Ginebra para reconocer como refugiadas a las personas desplazadas cuando los efectos del cambio climático interactúan con otras causas:

La mayoría de las personas desplazadas por los desastres y los efectos adversos del cambio climático se convierten en personas desplazadas dentro de su propio país (...). En el caso de las personas que se ven obligadas a cruzar una frontera internacional, puede aplicarse el marco jurídico mundial de protección internacional de refugiados. En particular cuando los efectos del cambio climático y los desastres interactúan con la violencia, el conflicto o la persecución que conducen al desplazamiento, es posible reconocer a las personas como refugiadas en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951⁹².

Para ello es necesario conseguir que aquellos que evalúan las solicitudes de protección internacional adopten un punto de vista amplio y no estricto sobre los efectos del cambio climático y su interrelación con otros factores. En el sentido de que el cambio climático y los desastres naturales pueden «tener importantes efectos adversos en las estructuras del Estado y la sociedad, así como en el bienestar individual y en el disfrute de los derechos humanos»⁹³. El objetivo final de todo esto debería ser el de evitar que todas estas personas acaben siendo devueltas a sus países de origen, poniendo en primer lugar sus necesidades básicas y derechos fundamentales.

La ampliación de los conceptos de desplazado y de refugiado vinculados con el cambio climático se propugna también en conexión con los estándares básicos de los derechos humanos del derecho internacional. Al respecto, se trataría de impulsar una interpretación progresiva y dinámica de los derechos humanos en el Derecho Internacional por parte de aquellos que deben aplicarlo. Que la autoridad gubernamental y los jueces realicen una interpretación extensiva y garantista del concepto de refugiado o de desplazado en conexión con otros derechos fundamentales, además de con el cambio climático, y teniendo siempre presente que detrás de los flujos migratorios hay razones de muy diversa naturaleza, y nexos con otros factores, que van más allá de los cinco reconocidos específicamente en la Convención. Este enfoque encontraría también fundamento en el principio de solidaridad, el cual plantea que en el ámbito in-

de las dinámicas de nexos: entre conflicto o violencia y el desastre o cambio climático, 2018, [en línea], (última visita: 15 de octubre de 2021), Recuperado de: https://www.acnur.org/es-es/publications/pub_clima/5e58788c4/expuestos-al-dano-proteccion-internacional-en-el-contexto-de-las-dinamicas.html).

⁹² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Marco estratégico de ACNUR para la acción climática*, Ginebra, ACNUR, 2021, p. 8, [en línea], (última visita: 16 de abril de 2022), Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/docid/620dab164.html>.

⁹³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Consideraciones jurídicas sobre las solicitudes de protección internacional en el contexto de los efectos adversos del cambio climático y los desastres*, Ginebra, ACNUR, 2020, p. 3, [en línea], (última visita: 16 de abril de 2022), Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/docid/62203a324.html>.

ternacional las causas que están detrás de los desplazamientos forzados exigen que los Estados colaboren entre ellos, algo que propugna también la Convención de Ginebra. Se trataría, en suma, de garantizar los derechos humanos de todas las personas, como, por ejemplo, el derecho a la vida, estableciendo una relación entre tales derechos y el cambio climático⁹⁴. Una parte de la doctrina científica defiende esta postura consistente en establecer nexos entre los refugiados y desplazados con el cambio climático y la degradación de las condiciones de vida. El impacto del cambio climático y la degradación del medio ambiente pueden llegar a generar lesiones y daños graves a las personas, especialmente si los Estados y las empresas contaminantes no toman las medidas necesarias para evitar el cambio climático y la contaminación del medio ambiente, incumpliendo con la obligación de respetar el principio de precaución⁹⁵.

Sin embargo, los obstáculos a integrar nuevos elementos en el concepto de refugiado, como la quiebra de los derechos humanos básicos y el cambio climático, son grandes aún. Y no sólo por la reticencia de los Estados a ampliar los motivos para conceder refugio sino también como consecuencia de la cultura jurídica predominante entre aquellos que interpretan y aplican el derecho⁹⁶. Uno de estos obstáculos es la exigencia de que debe haber persecución por alguno de los cinco motivos que marca la Convención, algo imprescindible para los jueces para que se conceda el estatuto de refugiado. Si no hay persecución no es posible ser reconocido como refugiado. Esta postura fue la que mantuvo la Suprema Corte de Nueva Zelanda en el caso de Ioane Teitiota, quien presentó su solicitud de refugio por causas medioambientales. Todos los jueces de los distintos tribunales por los que pasó el caso rechazaron la solicitud por entender que en el caso no había persecución ni vulneración de derechos humanos. El caso llegó también al Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas que, si bien confirmó que Nueva Zelanda actuó legalmente al rechazar la solicitud de asilo, también reconoció explícitamente en el párrafo 9.11 que:

los efectos del cambio climático en los Estados receptores pueden exponer a las personas a la violación de sus derechos dimanantes de los artículos 6 o 7 del Pacto [PIDCP], haciendo que entren en juego las obligaciones de no devolución de los Estados de ori-

⁹⁴ Véanse resoluciones del CDH de Naciones Unidas, 7/23 (2008), 10/4 (2009), 18/22 (2011), 26/27 (2014), 29/15 (2015), 32/33 (2016).

⁹⁵ Ferro, Mauricio, «El reconocimiento del Estatuto de Refugiado por la afectación a Derechos Fundamentales como consecuencia del Cambio Climático», *Observatorio Medioambiental*, vol. 19, 2016, pp. 71-89, p. 80.

⁹⁶ En su obra *Climate Change, Disasters, and the Refugee Convention*, Matthew Scott pone de relieve que los jueces están «mucho más preparados para reconocer a las personas como refugiadas en situaciones en las que se podía identificar a un actor humano como agente persecutor que, por ejemplo, en los casos en los que la amenaza de violencia surgió en un entorno de desastre». Scott, Matthew, «Cambio climático, desastres y la Convención sobre el Estatuto de los refugiados», 2020, pp. 1-2 [en línea], (última visita: 10 de abril de 2022), Recuperado de: <https://migracionesclimaticas.org/cambio-climatico-desastres-y-la-convencion-sobre-el-estatuto-de-los-refugiados/>.

gen. Asimismo, dado que el riesgo de que todo un país quede sumergido bajo el agua es tan extremo, las condiciones de vida en tal país pueden volverse incompatibles con el derecho a una vida digna antes de que el riesgo se materialice⁹⁷.

Por otro lado, el Dictamen del CDH contó con dos votos particulares que consideraron que la expulsión de Ioane Teitiota de Nueva Zelanda a la isla de Tarawa en Kiribati sí que puso en cuestión su derecho a la vida del artículo 6.1 del PIDCP. Este Dictamen es de suma importancia ya que por primera vez un organismo internacional se relaciona de manera explícita el derecho de asilo con el cambio climático. Y esto puede abrir la puerta para que los jueces comiencen a realizar interpretaciones extensivas de «los estándares internacionales existentes en el ámbito de los derechos humanos y de la Convención de Ginebra con el fin de dar una mayor protección internacional al desplazado o refugiado climático»⁹⁸.

Pero no son buenos tiempos para los desplazados y los refugiados. Pensemos en la sentencia N.D y N.T c. España, de 13 de febrero de 2020, en la que el TEDH dictó que España no había vulnerado la prohibición de realizar expulsiones colectivas del artículo 4 del Protocolo n.º 4, ni el derecho a un recurso efectivo garantizado por el artículo 13 CEDH. Una de las cuestiones más graves de este fallo es la nueva valoración que hace el tribunal de la «conducta del interesado» al considerar que los demandantes se habían puesto ellos mismos en una conducta ilegal al no utilizar las vías de acceso al territorio español establecidas en la ley (párrafo 231). Esta interpretación supone un ataque en toda regla a la línea de flotación del derecho de asilo ya que en la práctica lo deja sin sentido. Una persona que huye de su país, incluso de las propias autoridades, ¿está en condiciones de seguir las vías legales de acceso a otro país? Además, no podemos olvidar que toda persona tiene unos derechos humanos fundamentales, entre ellos el derecho de asilo, que todo Estado de derecho debe respetar y garantizar, independientemente de la conducta que haya realizado la persona⁹⁹. Por eso, como veíamos antes, las leyes y los jueces dejan claro que el reconocimiento del estatuto de refugiado es meramente declarativo y no constitutivo. Este tipo de sentencias nos vuelven a plantear la urgencia de disponer de una legislación sobre los refugiados y migrantes mucho más precisa, completa

⁹⁷ CDH, Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016, de 24 de octubre de 2019, PIDCP de las Naciones Unidas, (CCPR/C/127/D/2728/2016).

⁹⁸ Solanes, Ángeles, «Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas medioambientales», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2021, n.º 55, p. 453.

⁹⁹ CEAR, «Análisis de la Sentencia N.D y N.T. contra España de 13 de febrero de 2020», 2020 <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf>.

y garante de los derechos humanos fundamentales, que impida especialmente actos de legalarbitrariedad por parte de las autoridades gubernativas y judiciales¹⁰⁰.

A la falta de una jurisprudencia y de una legislación que estén a la altura de la realidad de los actuales flujos migratorios y que a su vez sea respetuosa con los derechos fundamentales de los refugiados y migrantes se une, además, el poco interés de los Estados por afrontar las causas que están detrás de las migraciones. Estos prefieren construir nuevos muros, externalizar los controles migratorios¹⁰¹ y aumentar la disuasión y los obstáculos legales a la movilidad, a la vez que les interesa crear inseguridad y potenciales amenazas en la opinión pública. Todo esto, es también «una manifestación de la violencia que va a ser precisa para mantener a raya a la “humanidad sobrante”», que no está afectando sólo a los migrantes y refugiados sino también a un número creciente de los ciudadanos de los estados del primer mundo¹⁰². Por otro lado, la imposición de limitaciones ante los flujos migratorios son una parte importante del mal llamado problema migratorio y no de su solución como defienden los Estados. Sin embargo, las restricciones y las medidas represivas favorecen la creación de mercados laborales clandestinos y de redes de tráfico ilícito de migrantes. En realidad, la llamada crisis migratoria está impulsada por las políticas migratorias que los propios Estados receptores de los flujos ponen en marcha. Esto es lo que denuncia François Crépeau, Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes¹⁰³, en su informe ante el Consejo de Derechos Humanos, de junio de 2017, donde además propone crear una agenda 2035 con el fin de facilitar la movilidad humana. Los Estados, en vez de favorecer con sus políticas la crisis migratoria, deberían, en cambio, ocuparse de las causas de las migraciones en los países de origen y de implementar de manera coordinada políticas de movilidad a nivel internacional con el fin de que las personas puedan desplazarse de manera segura, regular, accesible y asequible¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Silveira, Héctor, «La legalarbitrariedad como mecanismo jurídico de control de la inmigración irregular», *Crítica Penal y Poder*, 2017, n.º 17, p. 34.

¹⁰¹ Sobre el acuerdo de la UE con Turquía para que haga de policía e impida el acceso a las fronteras europeas de personas refugiadas procedentes de Siria, Irak, Afganistán véase Moya, David y Milios, Georgios, «The EU-Turkey Joint Statement of March 2016. An “ad-hoc” solution to the Refugee crisis or a new pillar for the European Common Asylum System external dimension», en Petroff, Alisa, Milios, Georgios y Pérez, Marta (eds.), *Refugiados en movimiento: retos políticos, legales y sociales en tiempos de inestabilidad*, Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona, CER-MIGRACIONES, Servei de Publicacions (Focus on international migration, 5), 2018.

¹⁰² Zamora, José A., «De la crisis migratoria a la crisis sistémica: desplazamiento forzado en la crisis terminal del capitalismo», *Bajo Palabra (Monográfico Migraciones y fronteras de la justicia)*, 2020, n.º 23, p. 68.

¹⁰³ Designado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU como Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, años 2011-2017.

¹⁰⁴ Consejo de Derechos Humanos (CDH) (2017), Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana, 28 de abril de 2017, A/HRC/35/25, pp. 7-8, [en línea], (última visita: 15 de octubre de 2022), Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/docid/593a6f8c4.html>.

Los migrantes y los refugiados seguirán desplazándose y llegando allí donde piensen que puedan sacar adelante sus vidas. Las medidas securitarias, las externalizaciones, la represión y las expulsiones individuales y colectivas no van a frenar el flujo migratorio. Al contrario, lo que hacen es hacerlo aún más inseguro y peligroso, a la vez que ponen en cuestión los derechos humanos y el Estado de derecho¹⁰⁵. Ante esto es muy importante conseguir que las instituciones gubernamentales se ocupen en serio de las causas que provocan los desplazamientos masivos de personas. No sólo para intentar reducirlos sino también para garantizar el derecho que tiene toda persona a no emigrar de su país de origen. Así como hay un «derecho a emigrar» debemos también reivindicar el «derecho a no emigrar», que alude a que toda persona tiene el derecho a vivir en su país de origen bajo unas condiciones dignas y a poder desarrollarse en todas sus dimensiones¹⁰⁶. El reconocimiento de este derecho a no emigrar como un nuevo derecho fundamental significaría un paso muy importante para la protección internacional de las personas desplazadas y refugiadas.

Los refugiados y los migrantes son hoy la vanguardia de los pueblos, como afirma Reyes Mate siguiendo la estela abierta por Arendt en su texto «Nosotros, los refugiados»¹⁰⁷. Son una vanguardia que, por otro lado, nos cuestiona y nos hace repensar nuestras políticas, nuestras instituciones y nuestros principios morales y éticos. Nos interpelan por la brecha existente aún entre los derechos de las personas y los derechos del ciudadano, y por los muros, los centros de internamiento y las cárceles que construimos ante los flujos migratorios¹⁰⁸.

Por todo ello, así como a mediados de los años 50 del siglo pasado la Convención de Ginebra dio respuesta a las demandas de los refugiados que huían de sus países y reconoció el derecho al asilo como un derecho fundamental, hoy deberíamos ser capaces también de hacerlo ampliando los motivos para ser refugiado a las nuevas causas que están detrás de los desplazamientos, entre ellas la pobreza extrema y el cambio climático. Y se deben ampliar los motivos porque, como escribe Habermas, «dignos de igual protección son también, aquellos que quieren escapar de una existencia miserable en su propia patria»¹⁰⁹. De todos modos, esto requiere, como señala Velasco, que los ciudadanos deben ser capaces de superar la «limitada

¹⁰⁵ Silveira, Héctor, «Estado constitucional y migrantes: entre la legalarbitrariedad y los centros de internamiento», en AAVV, *Criminología y Derecho Penal, para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli*, Bogotá, Temis, 2021, p. 623.

¹⁰⁶ Chueca, Angel G. y Aguero, Pascual, «Contenido y límites del “Ius migrandi”», *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2013, n.º 7, pp. 2-3.

¹⁰⁷ Arendt, Hannah, «Nosotros, los refugiados», *cit.*, p. 353.

¹⁰⁸ Mate, Reyes, «¿Son los refugiados “la vanguardia de los pueblos”?», *cit.*, pp. 37-38. Silveira, Héctor, «Biopolítica de Estados expulsores», *cit.*, pp. 497-517. https://doi.org/10.5209/rev_POSO.2012.v49.n3.38551.

¹⁰⁹ Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 220.

capacidad moral de los humanos para extender nuestra responsabilidad ante quienes no son nuestros conciudadanos, esto es, a círculos más amplios que sobrepasen las fronteras estatales»¹¹⁰.

Hace setenta años, la comunidad internacional consiguió imponer a los Estados obligaciones específicas de acogida y solidaridad con los refugiados y apátridas. El derecho de asilo fue reconocido universalmente como un derecho humano fundamental. Ahora se trata de ir más allá y de lograr que el derecho internacional y los derechos nacionales llenen de nuevo contenido el derecho de asilo. Los Estados constitucionales deben dar protección internacional a todas aquellas personas que huyen de su lugar de residencia por razones de extrema necesidad, tengan su origen estas razones en las consecuencias del cambio climático, en la pobreza o en situaciones de violencia generalizada. Porque, como nos recordaba Hannah Arendt en la cita que recogemos en el inicio de este texto, escrita en 1943, las personas refugiadas solo quieren rehacer sus vidas.

¹¹⁰ Velasco, Juan Carlos, «La respuesta europea a los refugiados ucranianos, ¿una excepción?», *The conversation*, 8 de marzo de 2022, p. 2.