

Víctor Merino i Sancho
Universitat Rovira y Virgili
victor.merino@urv.cat

Implicaciones del discurso sobre la irregularidad en el derecho de asilo

1. Fenomenología de las migraciones y las políticas migratorias nacionales.

Entre las movilidades transfronterizas se incluyen las corrientes de refugiados y solicitantes de asilo, manifestación específica de desplazamiento forzado¹. Los intereses primordiales de los Estados frente al fenómeno migratorio se basan en la creación y consolidación de categorías diferenciadas según las experiencias de que se trate, con el objetivo de ampliar el ámbito de aplicación de las normas de extranjería frente a la extensión de la protección del estatuto del refugiado. Como consecuencia de ello, las políticas nacionales que regulan el fenómeno migratorio tienen como presupuesto esta posibilidad de distinción², y sus caracteres están condicionados a las visiones reduccionistas, en cuanto se reconoce su heterogeneidad, no en favor de los sujetos

¹ Cabe advertir, que en un inicio, las corrientes de refugiados se debían en gran medida a motivos políticos, se huían de regímenes antidemocráticos. En la actualidad, las circunstancias han cambiado. Como sostiene de Lucas, la inmigración es un “fenómeno complejo, por heterogéneo, plural”. De Lucas, Javier: “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en *Justicia, Migración y Derecho*. Miraut, Laura (ed.). Dykinson. Madrid. 2004. pp. 15 – 54. p. 19.

² Castles, Stephen: “La Era Migratoria. Cultura, Incertidumbre y Racismo”, en *Nueva Sociedad*. núm. 127. Septiembre – Octubre. 1993. pp. 48 – 59. p. 52. Se ha tratado de establecer criterios para distinguir la “verdadera y falsa inmigración”. De Lucas, Javier: “Cómo introducir el principio de justicia...”, ob. cit., p. 21. La utilización, por parte de los poderes públicos de los términos referidos, pretende legitimar políticas fuertemente basadas en la restricción del acceso a sus territorios.

migrantes, sino para legitimar políticas restrictivas de derechos. Se crea una clasificación inestable y falaz de categorías simples con débiles límites distintivos (pese a su complejidad), y, entre ellas, se incluyen las de solicitantes de asilo y refugio³.

La desestabilización de la distinción entre las categorías creadas, entre la migración forzada y la libre, afecta al asilo o refugio. Un claro ejemplo de ello es la configuración de una respuesta jurídica específica para los supuestos de aquellos solicitantes que no cumplen los requisitos exigidos en la *Convención sobre el Estatuto de Refugiados* (la llamada Convención de Ginebra de 1951), pero cuya situación se asemeja. Como trato de mostrar en lo sucesivo, ha sido esta una ocasión perdida para extender la protección del estatuto de refugiado, dado que, contrariamente a ello, lo que se ha producido ha sido una intromisión de las políticas migratorias en los supuestos de asilo/refugio⁴. El mayor impedimento a una evolución del derecho de asilo hacia la inclusión de los supuestos de nuevos motivos, atendiendo a las condiciones actuales en las que se generan corrientes de refugiados (supuestos de hecho asimilables a los motivos inicialmente incluidos el texto convencional), es consecuencia de la vaguedad y la rigidez conceptual del marco de referencia⁵ y de la voluntad de los Estados, manifestada en las concepciones (y las categorías) que inspiran las políticas migratorias actuales.

2. Las motivaciones mixtas como causa de los desplazamientos forzados.

Las experiencias migratorias tienen su origen en motivos y causas diferenciadas. En ocasiones, pueden coincidir y surge entonces lo que el ACNUR ha llamado

³ A esta clasificación hay que añadir aquella acerca de la “migración económica, la reagrupación familiar y los migrantes en situación irregular”, según Castles y de Lucas. Castles, Stephen: “Migrations and Minorities in Europe. Perspectives for the 1990s: Eleven Hypotheses”, en *Racism and Migration in Western Europe*. Solomos, John y Wrench, John (ed.). Berg. Oxford Providence. 1993. pp. 17 – 34. pp. 18 y 19. De Lucas, Javier: “Cómo introducir el principio de justicia...”, ob. cit., p. 21

⁴ Castles la define como el “ejemplo clásico” de la ruptura de la “erosión de la clasificación”. Castles, Stephen: “Migrations and Minorities in Europe ...”, ob. cit., p. 19.

⁵ Mientras la rigidez se debe a las dificultades de modificación de la *Convención* y sus elementos, la vaguedad exige una interpretación de los mismos (piénsese en la indefinición de la persecución), con resultados en un doble sentido. Se ha podido avanzar hacia la interpretación de nuevas realidades dentro de la protección de la *Convención*, por ejemplo, en algunos aspectos de las demandas basadas en el género. Sin embargo, también se ha interpretado de modo restrictivo la aplicación del derecho de asilo a otras situaciones que *stricto sensu* no tienen cabida en la definición convencional. Fitzpatrick, Joan: “Revitalizing the 1951 Refugee Convention”, en *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 9. Núm. 2. 1996. pp. 229 - 253. pp. 239 y 240.

desplazamientos basados en “motivaciones mixtas”⁶. En este supuesto, puede hallarse una posible combinación de razones relativas a experiencias migratorias forzadas y libres. En las primeras, la decisión de emprender un proyecto migratorio depende de factores externos a la libre voluntad del sujeto; en cambio, las migraciones libres se presumen consecuencia de decisiones libres, sin ningún condicionante externo. A modo de ejemplo, podemos señalar las persecuciones (en las que se corre cierto riesgo para la vida misma o los derechos y libertades fundamentales), propias de las primeras, y la decisión de alcanzar un mayor grado de satisfacción de necesidades no básicas, respecto de las segundas. Se está pensando en los fundamentos del reconocimiento del derecho de asilo frente a las migraciones económicas. Esta distinción, que presume una rigidez conceptual entre las categorías enuncias, es el presupuesto, a su vez, de los regímenes de asilo y de extranjería. Ahora bien, las situaciones de vulneraciones de derechos humanos, conflictos armados y aquellas de inestabilidad social y restricción en el acceso a los recursos⁷ se han interpretado como supuestos que quedan fuera del ámbito de protección del derecho de asilo. Vuelvo sobre ello más adelante.

La duda se plantea cuando se insiste en la posibilidad de distinguir entre situaciones de protección internacional y otras no necesitadas, que se conducen entonces a las normas de extranjería. Este supuesto se diferencia de los “flujos migratorios mixtos”⁸, entre cuyos componentes pueden discernirse personas en ambas situaciones y que preocupa al Alto Comisionado de las Naciones Unidas (conocido como ACNUR) por su afectación del derecho de asilo. El ACNUR extendió su protección a aquellas situaciones no cubiertas bajo la protección de la *Convención*⁹, pero reafirma la necesidad de distinguir entre las personas migrantes y las personas que buscan protección internacional. Es en este contexto donde comienza el cambio en la tendencia regulatoria, dado que frente a las obligaciones asumidas con la firma de la

⁶ ACNUR: *Documentos de discusión. Protección de refugiados y soluciones duraderas en el contexto de las migraciones internacionales. Diálogo del Alto Comisionado sobre los retos de la protección*. ACNUR/DPC/2007/Doc.02. 19 de noviembre de 2007. p. 9.

⁷ Si la distinción entre víctimas de persecución y víctimas de guerra y conflictos civiles se basa en la “falta de protección”, coincido con Gunning en la duda sobre si entonces es una distinción meramente semántica. Gunning, Isabelle R.: “Expanding the International Definition of Refugee: A Multicultural View”, *Fordham International Law Journal*. Vol. 13. Núm. 1. 1989 - 1990. pp. 35 - 85. p. 54.

⁸ ACNUR: *Documentos de discusión...*, ob. cit., p. 7.

⁹ Goodwin-Gill, Guy S.: “The Language of Protection”, en *International Journal of Refugee Law*. Vol. 1. Núm. 1. 1989. pp. 6 – 19. p. 12.

Convención, el Estado tiene una mayor disponibilidad para regular las vías de acceso y reconocimiento de derechos de las personas migrantes. En esta dirección tenderán a apuntar la mayoría de ordenamientos nacionales.

La necesidad de particularizar las situaciones de refugiados y solicitantes de asilo de otras situaciones se basa en el carácter grave de la persecución a la que se enfrentan y que debe ser individualizada. La atención a los llamados “*nexos entre migración y asilo*”¹⁰ lleva al ACNUR a plantearse estrategias en relación con las consecuencias de las realidades cambiantes por los movimientos migratorios y los flujos de refugiados. A diferencia de la concepción de Castles¹¹, esta posición no cuestiona los motivos o la propia distinción entre las categorías. Por esta razón, el ACNUR se compromete a extender su labor a aquellas situaciones en las que los derechos de las personas migrantes pueden verse comprometidos como consecuencia de su situación. Sin embargo, insiste en la necesidad de reforzar los mecanismos de protección de los refugiados, debido a las consecuencias negativas de dichos nexos en un escenario de endurecimiento de las políticas de entrada a los países occidentales.

El origen de la confusión entre las categorías puede encontrarse en la noción de migración forzada, y la indeterminación de los elementos de la definición del estatuto de refugiado. El modelo de refugiado y los caracteres de la protección internacional establecidos tras la *Convención de 1951* se deben a su origen y la finalidad¹². La

¹⁰ ACNUR: *Documentos de discusión...*, ob. cit., p. 3. El ACNUR utiliza dicho concepto para referirse a “aquellos aspecto que surgen de las situaciones de flujos migratorios mixtos”. Castles define la noción de nexos entre asilo y migración (*‘asylum-migration nexus’*) en relación con las diversas razones para la movilidad y la imposibilidad de distinguir, en ocasiones, razones económicas y motivaciones relacionadas con los derechos humanos. Por ello califica como falaz la distinción anteriormente mencionada entre las categorías. Castles, Stephen: “Towards a Sociology of Forced Migration”, en *Sociology*. Vol. 37. Núm. I. Febrero 2003. pp. 13 – 34. p. 17. Véase también Gortázar Rotaeche, Cristina: “La protección internacional de los solicitantes de asilo y refugiados como supuestos diferenciados del fenómeno general de las migraciones internacionales. Especial referencia al marco legal de la Unión Europea”, en *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las migraciones*. Mariño Menéndez, Fernando M. (coord.). Los libros de la Catarata. Colección Investigación y Debate. Madrid. 2006. pp. 218 – 239.

¹¹ Los diferentes enfoques llevan a Castles a advertir sobre la viabilidad y la necesidad de generar nuevas políticas internacionales, especialmente por la opinión favorable del ACNUR a distinguir las situaciones de los “refugiados reales” de quienes no lo son. Castles, Stephen: “Migrations and Minorities in Europe...”, ob. cit., p. 19.

¹² Ramón Chornet se refiere a un “erróneo análisis acerca de su alcance y utilidad”, en relación con la consideración de los refugiados “como un problema europeo” y temporal”. Ramón Chornet, Consuelo: “Los refugiados del nuevo siglo”, en *Los retos humanitarios del Siglo XXI*. Ramón Chornet, Consuelo (ed.). Derechos Humanos 2. Publicacions de la Universitat de València. València. 2004. pp. 187 – 204. p. 190.

división política vigente en el momento de la adopción de la *Convención* ha quedado vaciada de contenido en la actualidad, pero se ha desplazado a una nueva división radicalmente distinta, la división Norte/Sur. Esta nueva barrera no es geográfica, sino social y política (la división se extiende hacia el interior de ambas, dando lugar a subdivisiones), donde se originan las corrientes de migrantes, y que supedita los modos en los que se trata de ofrecer soluciones a dichas situaciones¹³.

Las actuales circunstancias condicionan las múltiples posibles peculiaridades de la naturaleza o las dimensiones, pero también las motivaciones o las razones que llevan a migrar y a forzar la salida del país de origen. Esto ha llevado a los reduccionismos en las políticas migratorias que han afectado a los solicitantes de asilo, quienes han visto cómo los Estados han restringido las posibilidades de acceso a territorio y dificultado el procedimiento para demandar asilo¹⁴. Las formas de restricción de entrada de los solicitantes de asilo se establecen mediante determinadas exigencias para la entrada regular en un país. El tendencial endurecimiento de estas políticas suele justificarse en la restricción referida de los llamados migrantes económicos en un territorio, mediante el recurso al discurso de la seguridad y la necesidad del control de los flujos migratorios. A consecuencia de ello, se legitiman los más variados discursos sociales y políticos¹⁵. Estas barreras suelen sumarse a las que se derivan de una situación de persecución en su país de origen, lo que agrava las posibilidades de acceso a países.

¹³ Castles, Stephen: "Towards a Sociology of Forced Migration"..., ob. cit., p. 17. Las políticas migratorias inciden en el ámbito del refugio y asilo, en cuanto su aplicación lleva a situaciones de detención de refugiados y asilados. Esta situación se ha narrado respecto del supuesto concreto de nacionales chinos que huyen de su país y llegan a Estados Unidos. Adler, Enid H.: "Throw them to the Wolves: Asylum and Asylum Law", en *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol. 3. Núm.2. 1996 – 1997. pp. 537 – 570.

¹⁴ Coincido con de Lucas cuando indica los riesgos que se asumen cuando se tiende a identificar categorías diferenciadas de un fenómeno complejo como la inmigración, porque si la finalidad primordial es controlar los flujos migratorios, se desconoce y "se deforma esa realidad", y además, en tanto que deformada, no se articulan respuestas jurídicas adecuadas. De Lucas, Javier: "El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: Acerca del derecho a ser inmigrante", en *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*. Mariño Menéndez, Fernando M. (coord.). Los libros de la Catarata. Colección Investigación y Debate. Madrid. 2006. pp. 29 – 56. Esto ocurre con la reconducción de la protección por razones humanitarias de la legislación de asilo a la normativa de extranjería, porque en ésta última existen unos plazos, unos elementos que poco tienen en cuenta el presupuesto que da lugar a la desprotección.

¹⁵ Con el objetivo de institucionalizar un control absoluto, los refugiados se han convertido en un problema para los Estados en Europa. De Lucas, Javier: "La inmigración y la lógica de "Estado de sitio" (a propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)", en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*. De Lucas, Javier y Solanes, Ángeles (ed.). Dykinson. Colección

3. La “clandestinización” de los refugiados como consecuencias de las políticas migratorias nacionales.

La “clandestinización”¹⁶ de los solicitantes de asilo o refugiados, quienes se ven obligados a recurrir a la migración para poder huir de la violencia o la persecución a la que son sometidos, debido principalmente a las dificultades creadas para solicitar asilo, se deben en gran medida a las restrictivas políticas migratorias. Los caracteres de las experiencias persecutorias, o el temor a sufrirlas, parten de una afectación grave de la seguridad personal y de otros derechos y libertades. El carácter excepcional del derecho de asilo implica, en muchas ocasiones, el desconocimiento por parte de los sujetos que emigran del derecho del que son titulares, siempre que concurren unas determinadas condiciones previstas en la *Convención de 1951* (que son aquellas que la mayoría de los Estados han incorporado en sus ordenamientos). La escasa evolución que ha tenido este régimen desde sus inicios se complementa con la rigidez en su interpretación por parte de los agentes que intervienen en los procesos de reconocimiento del estatuto de refugiado y, en última instancia, del legislador. Si a ello añadimos el cambio de tendencia en las políticas de asilo (en un primer momento caracterizadas por pretender la integración de los refugiados; y en un segundo, con la temporalidad y excepcionalidad como criterios distintivos¹⁷), se pone de manifiesto el retroceso en el

Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Madrid. 2009. pp. 21 – 40, pp.21 y siguientes. Schuster, Liza: “Common sense or racism? The treatment of asylum-seekers in Europe”, en *Patterns of Prejudice*. Vol. 37. Núm. 3. 2003. pp. 233 – 255. p. 238.

¹⁶ La *Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro sobre los trabajadores migrantes* emite en 2002 un *Informe sobre Grupos Específicos e Individuos. Trabajadores Migrantes* en el que considera que el endurecimiento de las políticas de asilo lleva a los demandantes a utilizar los canales de entrada irregulares a un país, al mismo tiempo que los migrantes recurren a los mecanismos de asilo, produciendo la creación de flujos migratorios mixtos que redundan en una disminución de las posibilidades de fortalecimiento del régimen de asilo. *Informe sobre Grupos Específicos e Individuos. Trabajadores Migrantes*. E/CN.4/2002/94 de 15 de febrero de 2002.

¹⁷ Joly distingue entre dos regímenes europeos de asilo, resultado de una evolución temporal que ha limitado, debido a las mencionadas tendencias actuales de restricción de entrada y permanencia y las características estructurales ocurridas a finales de la década de los noventa, el contenido inicial de la protección creada a partir del marco de la Convención de 1951 y la práctica de los Estados europeos al respecto. Joly, Danièle: “A new asylum regime in Europe”, en *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*. Nicholson, Frances y Twoney, Patrick (ed.). Cambridge University Press. Cambridge. 1999, pp. 336 - 356. También, se ha dicho que “‘(p)rotection’ has two meanings. Within the UNHCR it is a fundamentally legal concept, based on the idea of conferring legal protection on individuals within the receiving state following a determination that they are entitled to the particular status of refugee. But in situations of ongoing armed conflict ‘protection’ necessarily means something

régimen de asilo, diluyendo su sentido y la finalidad para la que se creó. La protección de los derechos humanos y la igualdad en derechos, plataforma de universalidad que supera la identificación del vínculo de la ciudadanía como fundamento de su titularidad¹⁸.

La clandestinización de los refugiados es consecuencia inmediata de las medidas restrictivas de acceso a terceros países, dirigidas al control, reitero, de los migrantes económicos, especialmente aquellos que no cumplen con los requisitos que dispone el país de recepción. La articulación de categorías distintas a realidades *prima facie* diferentes obstaculiza el acceso de los solicitantes de asilo a los mecanismos de protección. Si las políticas migratorias se erigen sobre dicha categorización, ésta a su vez legitima su adopción, del mismo modo se está construyendo el discurso relativo a la necesidad de distinción de las experiencias de movilidad transfronteriza. Las medidas restrictivas se fundan en la necesidad de agilizar los trámites para la identificación de los “verdaderos” solicitantes de asilo, frente a los migrantes que “fraudulentamente” utilizan los procedimientos del asilo. Dicha finalidad endurece las posibilidades de acceso a territorios de terceros países, lo que lleva a que los solicitantes de asilo utilicen otros mecanismos (no formales) que aseguren la entrada, dado que las exigencias para un acceso “regular” también están limitadas. No obstante, sobre este sujeto se presume ya una condición de irregularidad que va a obstaculizar la protección de sus derechos y que va a convertirse en el sujeto contra el que se dirigen las medidas restrictivas.

La situación en la que puede encontrarse un virtual demandante de asilo se caracteriza por la ausencia de protección de sus derechos y el miedo por su integridad física y demás derechos y libertades. El temor a ser identificado o a sufrir dicha persecución le obliga a utilizar todos aquellos recursos de los que dispone para huir de ella, sin que su objetivo más inmediato sea la solicitud de asilo. Por esta razón, la aparición de flujos mixtos, formados por demandantes de asilo y migrantes económicos, especialmente en situación irregular, y el endurecimiento en el acceso a territorio

else: physical protection, whether by the armed forces of a belligerent or those of some outside power. There has to be a much more rigorous and open debate about what forms such protection can take, who can provide it, and why it so often fails”. Roberts, Adam: “More Refugees, less Asylum: A Regimen in Transformation”, en *Journal of Refugee Studies*, Vol. 11, núm. 4, 1998, pp. 375 – 395, p. 392.

¹⁸ de Lucas, Javier: “Dos tests sobre la consistencia del Estado de Derecho. Ante los proyectos de reforma de asilo y de extranjería”, en *Jueces para la Democracia*. Núm. 64. 2009. pp. 15 – 23.

nacional de terceros países, no sólo empuja a un uso abusivo de los mecanismos del asilo, sino también a que quienes buscan protección efectiva no utilicen dichos mecanismos formales buscando la entrada en otro país. Esto, dicho sea de paso, tampoco debe ser obstáculo para que el solicitante de asilo llegue al país de destino que considere oportuno, dado que no existe una previsión explícita en el régimen de asilo que le obligue a limitar la elección de un país de destino concreto. Todo ello lleva a reforzar la distinción entre dos categorías que no pueden ser enteramente diferenciadas, con regímenes distintos que afectan especialmente al asilo, y que tiende al establecimiento de criterios que se pretenden necesarios para distinguir entre tipos de desplazamientos y, entienden los Estados, identifican a los “verdaderos refugiados”¹⁹. Sin embargo, se produce el efecto contrario, se dificulta el propio acceso a territorio nacional incluso a quienes huyen por temer o sufrir persecución.

4. Las “razones humanitarias” y la regulación de supuestos de protección internacional en las normas de extranjería.

En el proceso que vivimos de constante modificación del derecho de extranjería, frente a la escasa variabilidad del régimen de asilo, han aparecido nuevas figuras de protección internacional basadas en “razones humanitarias”. Ello ha supuesto la inclusión de los llamados refugiados de *facto*²⁰, concibiendo como tales a aquellas

¹⁹ Las implicaciones del desarrollo normativo que se establezca respecto de cada situación va a incidir también en las cuestiones acerca de las políticas de asilo. Por ello, Singh Juss afirma que “the technical distinction between refugees and other immigrants is of limited practical use if states themselves fail to observe it. The distinction may or may not be normatively better, but it needs to be addressed as a matter of practical necessity if a long-term refugee policy is to be implemented successfully (...) What is needed, therefore, is an approach to refugee law that makes connections between refugee law and general immigration rights, and integrates immigration law and refugee law into human rights laws, in the context of more general rights to free movement”. Singh Juss, Satvinder: *International Migration and Global Justice*. Law and Migration Serie. Ashgate. Hampshire. 2006, p. 239.

²⁰ López Garrido llama “situaciones atípicas o de no derecho” a estas situaciones, cuyo origen extraconvencional limita su sentido. Véase López Garrido, Diego: *El derecho de asilo*. Trotta. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid. 1991, pp. 121 y 123 y siguientes). Esta creación es común a la mayoría de Estados europeos, y de hecho se incluye este tipo de protección secundaria en la Directiva. El cambio en la naturaleza y las dimensiones de solicitantes de asilo que ocurrieron en Europa en la década de los 70 obligaron a los Estados a adoptar mecanismos diferenciados en cada uno de ellos, dado que se trata de supuestos no previstos en la Convención. Se ha dicho que “it comes under various titles, such as B-status; Humanitarian status; in the US is called ‘temporary protection’ and in the UK ‘exceptional leave to remain’”. Además, Van Selm-Thorburn, siguió afirmando que estas categorías “are essentially political (rather than legal) categorizations of refugees who do not meet the legal requirements for the granting of Convention status. This exceptional

personas en cuyas solicitudes de protección no concurren los elementos necesarios para el reconocimiento del estatuto de refugiado, aunque sí se intuyen. Son los supuestos a los que el ACNUR ha extendido su esfera de protección, lo que implica un reconocimiento débil de su situación; dado que se trata de formas cercanas a las experiencias de solicitantes de asilo, a pesar de que no se les extiende - formalmente - la protección del estatuto, lo que disminuye su contenido y lo convierte en un concepto rígido. Su regulación, en cambio, se contiene en las normas de extranjería. Suele preverse para dichos supuestos una autorización de residencia temporalmente limitada y la autorización para desarrollar actividades económicas²¹. Esta reducción de contenido, esto es, de derechos de sus titulares, ha fomentado su extensión a aquellas situaciones que no se distinguen fácilmente de las convencionales, en detrimento de la aplicación extensiva del estatuto de refugiado.

El grave problema de la creación de estas figuras, que, por otra parte, puede considerarse como mecanismos de ampliación de la protección, es la aplicación restrictiva del estatuto de refugiado. Del mismo modo, puede entenderse que las obligaciones internacionales asumidas no operan como límites a la acción de los poderes públicos, al tratarse de una política nacional fuera del ámbito objetivo de aplicación de la *Convención*²². La implementación de estas nuevas categorías de protección es consecuencia del carácter restrictivo de los criterios establecidos en los ordenamientos europeos para el reconocimiento de la situación de refugiado (el llamado “asilo restringido”²³), pero en cumplimiento de las obligaciones asumidas especialmente

form of protection first arose in the 1970s, as a response to the changing character of refugee movements”. Van Selm-Thorburn, Joanne: *Refugee Protection in Europe: Lessons of the Yugoslav Crisis*. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague. 1998, p. 37.

²¹ López Garrido califica esta protección como la concesión de “un derecho de residencia temporal precario y revocable, con un sentido puramente humanitario”. López Garrido, Diego. *El derecho de asilo...*, p. 123.

²² Hathaway, James C.: “The Conundrum of Refugee Protection in Canada: From Control to Compliance to Collective Deterrence”, en *Refugees and the Asylum Dilemma in the West*. Loescher, Gil (ed.). The Pennsylvania University State Press. Pennsylvania. 1992. pp. 71 – 92, p. 78.

²³ La transición entre los dos regímenes de asilo europeos, caracterizados, entre otros, por los caracteres de la protección concedida, afirmando el carácter contradictorio del nuevo régimen, por cuanto “la Unión Europea se ha convertido en un agente líder en la formulación de un nuevo régimen de asilo mediante el cual las tendencias europeas y globales convergen. Éstas se caracterizan por una política integral y restricciones de entrada diseñadas para mantener a los refugiados en sus regiones/ubicaciones de origen, y para permitir estancias temporales con derechos sociales reducidos en los Estados de la Unión Europea, todo ello combinado con un fuerte énfasis en la repatriación”. Joly, Danièle: “Asilo europeo y convergencia global. El Refugiado: Héroe antaño, paria hogaño”, en *Migraciones. Nuevas moviidades en*

a través del principio de *non refoulement*, del artículo 33 de la Convención. Las consecuencias principales de la creación de nuevas formas de protección, sin duda, son la inclusión de las realidades que quedan fuera del ámbito del artículo 1(A)2 de la Convención, o de su interpretación, en el régimen de protección; junto a la modificación de los estándares y contenido de la misma.

Las restricciones en los criterios del estatuto de refugiado, el endurecimiento de las medidas de acceso a los estados europeos (justificado en el discurso de la utilización del asilo por parte de “falsos solicitantes”²⁴, generando una presunción negativa de los solicitantes de asilo) no impiden que ante una demanda de protección, en cuyo caso se aducen determinadas circunstancias insuficientes para el reconocimiento del estatuto de refugiado (protección internacional por parte de un Estado), se asuman ciertas obligaciones motivadas en razones humanitarias (i.e., la protección física de la persona). El carácter subsidiario de esta protección para dichas circunstancias exige una valoración que tenga presente las limitaciones no sólo en el reconocimiento de la misma, sino también en el estatuto previsto para las mismas.

Las limitaciones temporales de la protección, correlativas al carácter excepcional y particular de las circunstancias que la provocan, así como la disparidad de formas y diversidad de regulaciones que todavía hoy existen al respecto, siguen debilitando el régimen general del derecho de asilo. La fragmentación de la protección en un proceso de recorte de garantías y criterios de la interpretación de los elementos, así como la fragilidad de las nuevas formas de protección, con todas las limitaciones que *per se* contienen (respecto de la temporalidad de la protección, a pesar del establecimiento de las causas de cesación en la Convención), son manifestaciones de las consideraciones negativas que afectan a la figura de los solicitantes de asilo y a quienes se ha reconocido su estatuto de refugiado.

5. Un “débil” régimen de protección de los derechos.

un mundo en movimiento. Blanco, Cristina (ed.) Anthropos. Bilbao. 2006. pp. 115 – 138. pp. 124 y siguientes.

²⁴ A pesar de reconocer la inexactitud de la distinción, según Castles y de Lucas. Entre otras, véase la nota 2.

El llamado ‘nuevo’ régimen de asilo se caracteriza por la temporalidad de la protección, con el retorno de los refugiados de facto a sus países de origen como objetivo esencial. La integración deja de constituir una práctica común en beneficio de los estándares de protección. Con el paso del tiempo, se han añadido algunos de los presupuestos que deben concurrir y que se han convertido en elementos de las actuales regulaciones, como la noción de país seguro (que ha incluido la determinación ya no de forma individual de las demandas de asilo, en cuanto que existe un listado de países que se considera ofrecen protección a sus ciudadanos, presumiendo cualquier solicitud como infundada) o la relocalización o viaje interno alternativo (en aquellos casos en los que en el país de origen exista una zona segura y si se entiende que el solicitante pudiera haberse desplazado a la misma, no se reconocerá el estatuto).

La actual tendencia de los estados occidentales a fortalecer sus fronteras y obstaculizar el acceso a sus territorios se ha basado en discursos múltiples, y por su cercanía con los movimientos migratorios no ha escapado al discurso sobre la seguridad nacional de los estados²⁵ y el control de las migraciones. En este sentido debe entenderse el artículo decimonoveno, párrafo primero, de la actual Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, según el cual, el principio de non refoulement es efecto primordial tras la solicitud de la protección, y pilar fundamental de la institución del asilo, pero permite la aplicación de medidas cautelares, establecidas en la legislación de extranjería e inmigración, a los peticionarios de asilo “por motivos de salud o seguridad públicas”. Ello provoca el alejamiento de los fundamentos del régimen de asilo y es consecuencia de la permeabilidad de la débil línea que separa las leyes de asilo y de extranjería y la intromisión de los presupuestos de esta última en las primeras. Todo ello muestra las implicaciones de los discursos sobre migraciones, e irregularidad, en el derecho de asilo.

²⁵ Harvey, Colin: “Judging Asylum”, en *The Challenge of Asylum to Legal Systems*, Shah, Prakash (ed). Cavendish Publishing Limited. London. 2005. pp. 169- 199).