

**FAGGIANI, V., *La necessaria riformulazione del diritto di asilo europeo. Tra crisi migratoria e involuzione democratica*, Franco Angeli, col. Studi di Diritto Pubblico, Milano, 2024, 276 pp.**

La crisis migratoria en la que nuestro país, y otros del entorno europeo, nos hallamos inmersos hacen que la publicación de esta obra de la doctora Faggiani sea especialmente oportuna. No cabe duda de que el tema es de gran relevancia y actualidad, no solo en el contexto de la política migratoria europea sino también en el de los desafíos democráticos que enfrenta nuestro continente. La autora realiza un profundo y pormenorizado análisis del sistema europeo común de asilo y cómo se ha visto comprometido, en muchos casos, por la presión política y social, deteniéndose especialmente en los casos de España e Italia. La aproximación al tema se corresponde con el perfil de la autora, profesora de Derecho constitucional en la Universidad de Granada, que aboga ya en el título de la obra por una reformulación del sistema de protección internacional europeo que, en su opinión, debe desarrollarse en dos niveles conectados: la dimensión interna y la dimensión externa del derecho de asilo, en relación con la tendencia a extender los efectos de la política migratoria más allá de las fronteras del Estado. Para ello la obra se divide en cuatro partes:

En la primera, de carácter introductorio y titulada “Diritti e immigrazione nell’UE come questione di Stato di Diritto”, se estudia la relación entre el Derecho migratorio de la UE y el Estado de derecho analizando cómo la respuesta europea a la migración ha sido, en ocasiones, reactiva y descoordinada, lo que ha llevado a una erosión de los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo. Se pone aquí de manifiesto la conexión entre la crisis migratoria y la involución democrática. Específicamente, indica que la erosión progresiva de los elementos constitutivos del Estado de Derecho se ha visto favorecida por la inestabilidad de los partidos tradicionales y el auge en algunos países de partidos populistas y de nuevos movimientos antisistema de derechas e izquierdas. Ese proceso de involución adopta la forma de una serie de transformaciones graduales. De hecho, se observa que las numerosas reformas adoptadas por estos países no producen una ruptura inmediatamente perceptible con la democracia, sino que la transforman en un sistema «híbrido», un *tertium genus*, intermedio entre los modelos autoritario y antiliberal. Advierte del peligro que supone el que estos nuevos Estados antiliberales utilicen los mecanismos democráticos, que no se suprimen formalmente, pero se anula la autonomía de las instituciones de control y garantía, como el poder judicial, los tribunales constitucionales, las fuerzas de seguridad y los medios de comunicación, que se convierten en instrumentos al servicio de la política. En estos Estados antiliberales las técnicas utilizadas en materia migratoria según la autora son dos: en primer lugar, la referencia constante a la soberanía nacional perdida y la falta de solidaridad tanto con las personas de terceros países que buscan ayuda como con los Estados miembros más afectados por la crisis migratoria y, en segundo lugar, el abuso del binomio identidad constitucional-pluralismo político. Otro elemento común a estos Estados es la presentación de la inmigración como una amenaza a la seguridad nacional: así, la necesidad de reforzar la seguridad nacional lleva a adoptar un conjunto de medidas dirigidas a restringir la entrada de migrantes en estos países, criminalizarlos y atacar a la sociedad civil implicada en las operaciones de ayuda humanitaria. El epígrafe final de esta primera parte ilustra estas afirmaciones de la doctora Faggiani con el análisis del caso de

Hungría y el trato otorgado a los inmigrantes en los campos de Rösztke y Tompa, las llamadas «cárceles de refugiados» ante el Tribunal de Luxemburgo y el de Estrasburgo.

La segunda parte de la obra aborda el estatuto del solicitante de protección internacional. La autora señala que, frente a la concepción de una ciudadanía antes excluyente y discriminatoria, surge una nueva concepción más inclusiva y social, alimentada por nuevos derechos otorgados a los extranjeros y a otros colectivos. Se abordan los modelos de inclusión desarrollados en Italia y España, dos Estados descentralizados, que en las últimas décadas se han transformado de “países de emigrantes” a epicentros de fenómenos migratorios. En ambos países se identifican cuatro niveles en función de los diferentes estatutos reconocidos, con un catálogo más o menos extenso de derechos: ciudadano, ciudadano de la UE, ciudadano extracomunitario con permiso de residencia regular, solicitante o titular de protección internacional y ciudadano extracomunitario sin permiso de residencia. En el análisis de la situación de cada uno de estos niveles la autora se detiene en la legislación y jurisprudencia de ambos países, haciendo un excelente ejercicio de Derecho comparado concluyendo que si bien ambos ordenamientos intentan equiparar básicamente a los extranjeros regulares con los ciudadanos, en relación al cuarto nivel, los extranjeros irregulares, ni España ni Italia han logrado resolver los problemas derivados de la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales de las personas en tales condiciones sean efectivamente respetados.

Se aborda seguidamente el derecho de asilo como derecho complejo o “derecho de frontera”, del que la autora destaca su ambivalencia, como protector de otros derechos y, por otra parte, como derecho de reconocimiento discrecional dependiente de una situación de vulnerabilidad. Además, destaca que, aunque la política migratoria sigue muy ligada al núcleo duro de la soberanía estatal, la base y el principal desarrollo normativo se encuentran en el Derecho internacional y en el Derecho de la UE, ordenamientos que han afectado directamente a los sistemas internos, determinando su desarrollo. Si en el Derecho internacional el asilo se configura como un derecho político, ligado a la discrecionalidad de la soberanía estatal, en el Derecho de la UE se concibe el asilo como una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, destinada a establecer un estatuto adecuado a cualquier nacional de un tercer país que necesite protección internacional y que garantice el principio de no devolución (art. 78 TFUE) y también como un derecho. La doctora Faggiani propone seguidamente el análisis de la experiencia italiana y española para comprender el impacto de este fenómeno en los Estados miembros de primera línea y desarrollar una respuesta al mismo. En relación al ordenamiento español destaca una crítica en relación al ámbito subjetivo de aplicación de la ley 12/2009, que no incluye a los ciudadanos de la UE por entender que los Estados miembros son países de origen seguro, lo que para la autora debería modificarse teniendo en cuenta el contexto de involución democrática en Polonia, Hungría, Rumanía o Bulgaria. También es objeto de crítica el desarrollo de prácticas contrarias a los estándares mínimos como la externalización de fronteras a través de acuerdos de readmisión, como el de Marruecos, la legalización en la Ley Mordaza de “devoluciones en caliente” o “rechazo en frontera”, realizado por la Guardia Civil contra inmigrantes que intentan entrar irregularmente en España desde Marruecos. En cuanto al ordenamiento italiano, la autora señala que la transposición en Italia de la legislación adoptada en el seno de la UE ha creado un sistema pluralista en el que el llamado “derecho constitucional de asilo” estaría integrado por el asilo, el refugio y la protección subsidiaria,

que constituyen tres categorías jurídicas autónomas. Así, según la ley italiana, el asilo y el estatus de refugiado no coinciden y en este marco, el permiso de residencia por razones humanitarias constituía una de las “tres caras del asilo”, la “tercera pata”, otro mecanismo adicional cuya adopción se dejaba a la discreción de los Estados. Esto es criticado por la autora pues la previsión detallada de los distintos tipos de permisos ha afectado al alcance de esta institución, perdiendo el carácter de cláusula abierta y general, que era en realidad uno de sus puntos fuertes. Además, el sistema creado es demasiado heterogéneo, mezclando supuestos que, en realidad, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 10 de la Constitución italiana.

En los últimos epígrafes de esta segunda parte la autora señala la necesidad de reflexionar sobre el concepto de vulnerabilidad, sobre el impacto de la afluencia masiva de personas procedentes de terceros países y sobre la consiguiente necesidad de objetivar el concepto de crisis, para favorecer la adopción de respuestas comunes por parte de la UE y ampliar los supuestos en los que es posible solicitar y obtener protección internacional, haciendo el sistema más inclusivo y dotando al individuo de más herramientas para garantizar su ejercicio efectivo. Especialmente se fija en algunos casos especiales: el de los menores solicitantes de asilo y menores no acompañados, que carecen de una Directiva *ad hoc* que sí existe en otros campos (como la Directiva 2016/800 sobre garantías procesales para los menores involucrados en procesos penales en la UE) y que esté basada en el principio del interés superior del menor. También estudia el caso de los refugiados en caso de conflicto armado, situación no incluida en la Convención de Ginebra, pero sí en el derecho de la Unión, dentro del ámbito de aplicación de la protección subsidiaria (Directiva 2011/95/UE). Concretamente, el TJUE ha aclarado que la protección subsidiaria puede otorgarse no sólo en el caso de “conflicto armado internacional” y “conflicto armado que no tiene carácter internacional”, de conformidad con el derecho internacional humanitario, sino también en el caso de “conflicto armado interno”. Finalmente, la autora aborda el caso de los refugiados climáticos, cuya difícil situación, sin reconocimiento en el Derecho internacional ni en el de la Unión Europea, los excluye del sistema de asilo. Sin embargo, apunta Faggiani los casos de Finlandia y Suecia como los primeros Estados miembros en implementar el concepto de “refugiado climático” en sus respectivas leyes en materia de inmigración.

La autora, tras el análisis de estos casos especiales, busca en la legislación comunitaria una solución a estas lagunas legales, indicando que el artículo 78.3 del TFUE ha sido incapaz de resolver los problemas del SECA. La propuesta es acudir al Reglamento relativo a situaciones de crisis, sobre el que se alcanzó un acuerdo en diciembre de 2023, que introduce una nueva definición de crisis que podría incluir categorías de personas que actualmente no se encuentran recogidas en el sistema europeo de asilo. Este Reglamento concibe la emergencia como un caso específico que justifica la aplicación de medidas específicas, por lo que crea un marco legislativo común y específico, que “funciona como una *lex specialis*”, permitiendo el establecimiento de excepciones temporales a las normas ordinarias del Derecho de la UE, lo que en opinión de la autora genera consecuencias muy interesantes para la solución de los casos mencionados como la armonización de la gestión de estas situaciones o el refuerzo de las garantías para estos nacionales de terceros países y apátridas.

La tercera parte de la obra analiza la ineficacia del derecho de acceso al territorio de la Unión en materia de protección internacional. Dicha ineficacia, señala la autora, se deriva en primer

lugar, del contenido del Reglamento de Dublín. Efectivamente, en este instrumento la protección internacional se somete al respeto del principio de territorialidad, criterio restrictivo que se ve acentuado por la inexistencia de mecanismos que permitan el ejercicio concreto del derecho a entrar legalmente en el territorio de los Estados miembros. Esta laguna ha contribuido a crear un sistema contradictorio que repercute en la estabilidad del SECA. La autora propone como alternativa a estos problemas el establecimiento gradual de procedimientos de acceso legal a la protección, complementarios a los ya existentes, como la reagrupación familiar o la Directiva de Protección Temporal. Se analiza seguidamente por la autora el acceso al territorio de la UE por la vía del reasentamiento, que se plantea como acto de solidaridad, pero también como mecanismo de externalización de las obligaciones de protección internacional de los Estados. Sin embargo, tampoco es un instrumento eficaz a causa de la ausencia continuada de legislación europea vinculante para los Estados miembros, que distribuya las cargas y establezca normas de procedimiento. Faggiani critica también que el reasentamiento tras su aparente espíritu humanitario, esconda el objetivo de construir una «estrategia de externalización de fronteras» orientada al control de la inmigración y cita en relación con esta cuestión el acuerdo con Turquía de 2016. La aprobación de un Reglamento sobre reasentamiento, que está encima de la mesa desde 2016, conseguiría un nivel de convergencia mayor que el de una Directiva, pero también dejaría cuestiones sin resolver, en opinión de la autora, como el carácter voluntario del reasentamiento o que se garantice que los Estados miembros y la UE respeten los derechos fundamentales de las personas necesitadas de protección, principalmente el principio de no devolución. Se critica también la ausencia de un marco común armonizado a escala europea o incluso de un respaldo jurisprudencial del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a la concesión de visados humanitarios. En relación a esta cuestión la autora opina acertadamente que la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas nacionales conlleva un riesgo de fragmentación que debería evitarse, por lo que apuesta por un visado humanitario europeo como solución complementaria a las vías de acceso tradicionales.

El análisis del principio de *non refoulement* se centra en los casos de España, Polonia e Italia, casos en los que, en opinión de la autora, se producen violaciones de este principio con el objetivo de contener los flujos dirigidos hacia cada uno de esos territorios. Se realiza un detallado análisis de cada caso, bien apoyado en jurisprudencia nacional y de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo: en España se analizan las repatriaciones de menores, la situación de los menores no acompañados y las polémicas “devoluciones en caliente”, en Polonia la violación de la prohibición de las expulsiones colectivas y en Italia la política de puertos cerrados y casi cerrados y el actual estado de emergencia migratoria. El objetivo de este apartado, reflexionar sobre los aspectos comunes de las políticas de estos países e identificar su incompatibilidad con las normas de protección, se cumple con éxito sobrado.

La cuarta y última parte de esta obra propone el estudio del modelo europeo de externalización del asilo poniendo de manifiesto sus contradicciones e incompatibilidades con las normas de protección. Para ello se refiere a las dos dimensiones, interna y externa, de esta política europea, que requieren poner en relación la política migratoria con la cooperación judicial penal y la cooperación policial y con la PESC, pero también se refiere al recurso de algunos Estados con fronteras exteriores (cita los casos de España, Italia, Grecia, Malta y Chipre y el de la pro-

pia UE) a la externalización de las fronteras para contener los flujos masivos. Señala Faggiani que esta externalización puede darse de manera directa, con el traslado forzoso del solicitante del primer país de llegada a un tercer país considerado seguro que se encargará del examen de la solicitud, o por vía indirecta, cuando el Estado de primera llegada además de delegar el examen de la solicitud de asilo celebra acuerdos de readmisión con los Estados de origen y tránsito, acuerdos en el ámbito del *soft law*, que permiten a la UE y a los Estados miembros ejercer un control a distancia. Esto es criticado por la autora por considerar que estas prácticas consolidan la dimensión externa de la política de asilo evitando que los Estados miembros, y la propia Unión, asuman sus responsabilidades, a la vez que reproduce el patrón injusto y discriminatorio de la división Norte-Sur cuyo principal resultado es impedir el acceso adecuado al procedimiento de protección internacional. Así, en los siguientes epígrafes de esta cuarta parte la autora aborda algunos casos paradigmáticos de externalización:

El primero de ellos es el Acuerdo-Declaración entre la UE y Turquía de 2016, en el que la doctora Faggiani detecta varios problemas, que son puestos de manifiesto con sólidos apoyos doctrinales y jurisprudenciales, como su dudosa naturaleza jurídica, la falta de competencia de los órganos que participaron en su negociación, la falta de publicidad y de transparencia que afectan a la seguridad jurídica, su evidente lógica utilitarista o el hecho de que Turquía no ofrezca garantías suficientes para ser declarado país seguro, entre otros. Sin embargo, la crítica más importante para la autora es el hecho de que la UE ha pactado con un país que no garantiza la libertad de prensa ni el pluralismo político, que discrimina por razones de género y orientación sexual o pertenencia a minorías étnicas, culturales o religiosas, lo que considera, lógicamente, contrario a los principios fundamentales que deben guiar la actuación de la UE. El segundo es el reciente memorando de entendimiento sobre una asociación estratégica y global entre la UE y Túnez para reforzar la cooperación. En este caso la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa ya ha mostrado su preocupación en relación con la violación de los derechos humanos por parte de los terceros países implicados. A pesar de que la Comisión Europea ha manifestado que el acuerdo con Túnez está funcionando satisfactoriamente, la doctora Faggiani indica que hubiera sido interesante incorporar garantías que evitaran los efectos negativos, como la publicación de una evaluación de impacto sobre los derechos humanos, la transparencia en el desembolso de fondos, el establecimiento de mecanismos de seguimiento y la posible suspensión de actividades que puedan lesionar los derechos de estas personas. La situación es más grave si, como indica la autora, tenemos en cuenta que tomando este modelo se está preparando un acuerdo con Egipto, lo que implica una tendencia a bloquear los flujos *in situ*, tratando de fomentar el desarrollo de estos países y dejando de lado las garantías propias del proceso de construcción europea. Una situación similar se deriva del Memorando de entendimiento entre Libia e Italia de 2017, prorrogado en 2020 y 2023 sin modificaciones. Se trata de un acuerdo informal en el que ha faltado transparencia y que no ha seguido el procedimiento establecido ni por el Derecho nacional ni por la propia UE. La autora, de hecho, a pesar de que el acuerdo ha tenido el apoyo de la UE, valora su inconstitucionalidad, lo que es grave si, como ella indica, se trata de un tratado internacional vinculante y no, como en ejemplos anteriores, de una norma de *soft law*. Finalmente, el Protocolo Italia-Albania también establece un modelo *sui generis* con el objetivo de paliar la crisis sistémica del asilo en Italia. Para ello articula el traslado de inmigrantes en situación irregular en Italia a centros gestionados por la administración italiana en Albania. Este acuerdo es criticado duramente por la autora y lo



cierto es que, mientras se escriben estas líneas, los medios de comunicación europeos se hacen eco del envío al TJUE del asunto por parte de los tribunales italianos, que ya cuestionaban su legalidad desde hace tiempo.

La autora aborda también la protección de los derechos de los inmigrantes ante la Corte Penal Internacional, jurisdicción ante la que se denunciaron en 2019 las operaciones de rescate de migrantes en el mar Mediterráneo, llevadas a cabo por Mare Nostrum y Tritón, con la ayuda de Frontex, en las que presuntamente se cometieron crímenes de lesa humanidad. Posteriormente, en 2021, algunas ONG volvieron a presentar estos crímenes ante el Fiscal de la CPI, utilizando el mecanismo previsto en el artículo 15 del Estatuto de Roma, para verificar las responsabilidades no sólo de las autoridades libias, sino también de los funcionarios italianos y malteses y de otros actores implicados. Faggiani señala que la competencia de la CPI estaría justificada por el principio de complementariedad y, por otra parte, Libia no puede ser considerado un país seguro. En estos momentos y a pesar de que algunas mejoras recientes han permitido recopilar pruebas importantes, la cooperación sigue siendo difícil debido a problemas estructurales y de seguridad y al clima de violencia persistente en Libia.

La obra finaliza con unas conclusiones que sintetizan las ideas fundamentales expuestas, situando el derecho de asilo en el marco del retroceso del Estado de derecho y proponiendo la autora un “regreso” a la Constitución como referente para la gestión del fenómeno migratorio. Se trata de una obra muy completa, que analiza un fenómeno de plena actualidad y de gran complejidad. El reto es muy bien resuelto por la doctora Faggiani enmarcando el estudio en el campo de los derechos fundamentales y ofreciendo un panorama de la situación internacional, europea y nacional, especialmente centrada en Italia y España. La autora analiza con detalle y profundidad los problemas en presencia y ofrece propuestas realistas de solución. De todo ello se deduce un conocimiento profundo del tema tratado y un compromiso personal con la investigación llevada a cabo. Estos elementos hacen de este libro una obra de referencia obligada para el interesado en la política migratoria europea y por mi parte recomiendo vivamente su lectura.

**Carmen Tirado Robles**  
**Universidad de Zaragoza**