

# UN SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO: ¿DESDIBUJANDO LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS?

ZULIMA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo  
Universidad de Salamanca

Revista Española de Derecho Europeo 64  
Octubre – Diciembre 2017  
Págs. 77 - 112

SUMARIO: I. REDEFINICIÓN DE LA FIGURA DEL DERECHO DE ASILO: DE UN DERECHO DE LOS ESTADOS A UN DERECHO SUBJETIVO. II. EL DERECHO DE ASILO EN ESPAÑA: ¿SUFICIENTE ADAPTACIÓN A LA NORMATIVA EUROPEA?. III. CARÁCTER BIFRONTE DE LAS MEDIDAS MIGRATORIAS DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿SALVAGUARDANDO LA TRADICIÓN DE ACOGIDA O CIMENTANDO UNA FORTALEZA?. 1. *Contención de la entrada irregular de extranjeros*. 2. *Construir una Europa de asilo con un régimen común de asilo europeo*. IV. ALCANCE Y LÍMITES DE LA POTESTAD DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE ASILO. V. LA AGENDA EUROPEA DE MIGRACIÓN DE MAYO DE 2015: UNA POLÍTICA DE ASILO MÁS EFICAZ. 1. *Introducción: Instrumentos para una política común en materia de migración*. 2. *Medidas Urgentes: refuerzo de la coordinación de la vigilancia y rescate en fronteras exteriores y de la Agencia FRONTEX*. *Reubicación: incremento de solicitudes de asilo en todos los países*. 3. *Los cuatro pilares de la agenda europea de migración: implicaciones en la regulación interna de los Estados*. VI. CONCLUSIONES Y FUTURAS MEDIDAS.

**RESUMEN:** En los últimos años Europa se ha enfrentado a la crisis migratoria más importante desde la II Guerra Mundial: la crisis de los refugiados sirios. Sus efectos humanitarios han sido devastadores si bien jurídicamente ha tenido ciertos efectos beneficiosos. Se han adoptado una serie de medidas que han modificado instituciones jurídicas que tradicionalmente estaban vinculadas únicamente con la idea de soberanía de los Estados. Así ha sucedido con el derecho de asilo, que supone la salvación

**ABSTRACT:** In recent years Europe has faced one of the greatest migration crises since World War II: that of the Syrian refugees. Its humanitarian effects have been devastating, but there has also been a salutary lesson for Europe to respond by adopting a series of measures intended to modify institutions traditionally linked to the sovereignty of States, such as the Right to Asylum, which represent salvation for refugees but also for European migration policy. These transformations have defined a new

tanto para los refugiados como para la política migratoria de la Unión Europea. Estas transformaciones han definido una nueva política de control de fronteras, lucha contra el tráfico ilegal de personas, y los derechos de los solicitantes de asilo. La Agenda Europea de Migración de 2015 establece los criterios que deben seguir las reformas futuras de los Estados miembros de la Unión Europea. Siendo una competencia fundamentalmente de los Estados, el reto supone encontrar un complejo equilibrio entre los intereses de los países en política migratoria, el respeto a los Derechos Humanos y la aplicación del principio de solidaridad. Indudablemente la alternativa más adecuada sería buscar soluciones globales a la crisis migratoria, si bien hay países de la Unión que se resisten a esta solución.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de Asilo - migración - principio de solidaridad - refugiados

scheme with regards to border control, the fight against illegal migration and trafficking in human beings, and the rights of asylum seekers, that is to say, of those who seek refuge in Europe. The European Agenda on Migration 2015 sets the trend for present and future reforms that countries should undertake to deal with this situation and similar ones that may occur in the future. The competency belongs to the member states; therefore the challenge represents a complex balance between the interest of the States on migration policy, the principle of solidarity within the European Union member States and respect for Human Rights. Undoubtedly, despite the fact that many countries have resisted, the most viable alternative is to provide global solutions.

**KEYWORDS:** Right to asylum - migration - principle of solidarity - refugees

Fecha de recepción: 14/09/2017

Fecha de aceptación: 12/10/2017

## I. REDEFINICIÓN DE LA FIGURA DEL DERECHO DE ASILO: DE UN DERECHO DE LOS ESTADOS A UN DERECHO SUBJETIVO

En los últimos años, y en especial desde que se aprobara la Agenda Europea de Migración el 13 de mayo de 2015, se ha ido desdibujando la idea del derecho de asilo como un derecho «graciable» y consecuencia de la soberanía de cada Estado<sup>1</sup>. El derecho de asilo se ha configurado, en cambio, como un derecho público subjetivo. Durante muchos años una solvente doctrina configuró el derecho de asilo como un derecho de cada Estado y no del solicitante o eventual asilado<sup>2</sup>.

Esta concepción subjetiva se ha visto reforzada en la práctica tras la aprobación de la Directiva 2013/32/UE de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Esta Directiva amplía de facto las garantías de los solicitantes con un procedimiento común. Sólo el establecimiento de un único procedimiento europeo de tramitación de solicitudes podría dotar de garantías ese derecho subjetivo de asilo. Por ese motivo se pretende aprobar un Reglamento

1. Vid. CANO LINARES, M.A.: «Asilo y Refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo Común de Asilo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N.º 41, 2016, p. 209 a 234. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «La Agenda Europea de migración se despliega muy lentamente», *la Ley Unión Europea*, N.º. 29, 2015, p. 4.; RIPOL CARULLA, S.: La agenda europea de migración, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 114, N.º 3, 2015, p. 585 a 609.
2. Vid. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L.: *Asilo Político en España : Prólogo*, en BLANQUER, D.: *Asilo Político en España: Garantías del extranjero y garantías del interés general*. Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 21 a 34.

européico por el que se establecería un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y que derogaría la Directiva de 2013<sup>3</sup>. Esta propuesta busca un procedimiento mucho más garantista e implicaría una mayor posibilidad de control de legalidad y de discrecionalidad de las resoluciones y desdibujaría las competencias de los países en la tramitación de procedimientos. Esa es una de las razones por las que aún no se ha aprobado pese a haberse propuesto el 13 de julio de 2016.

Los tratados internacionales se preocuparon originariamente por buscar un especial amparo para los solicitantes de refugio. Se pretendía dar solución a grupos de personas que no encontraban protección en su propio país y se veían obligados a buscarlo fuera de las fronteras del mismo<sup>4</sup>. Tras la Segunda Guerra Mundial fue preciso encontrar un instrumento de protección mayor, más generalista y que permitiera dar cobertura a la realidad de desplazamientos masivos forzados por la política expansionista de la Alemania nazi. El instrumento que se aprobó fue la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, que fue reforzado posteriormente por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967<sup>5</sup>. La Convención en los artículos 10, 11 y 40 deja claro un régimen común de protección contra la persecución política y hace referencia a la dimensión territorial. Esa dimensión llevó a que la primera Ley española de asilo recalcará la soberanía territorial del Estado Español para su concesión<sup>6</sup>. Por tanto, estas herramientas reconocían un originario derecho de asilo fundamentalmente político que se aplicaría por los Estados en ejercicio de su soberanía.

La evolución de la regulación europea del asilo ha hecho que la soberanía estatal se matice provocando tensiones en ciertos Estados. El punto de partida de este cambio de rumbo fue la introducción de la política de asilo como un objetivo común en el tercer pilar de la Unión: espacio de libertad justicia y seguridad. El avance con respecto al régimen que establece Ginebra se centra en el reconocimiento de dos niveles de protección: el derecho de asilo, por un lado (en la Convención se habla de refugiados), y por otro el derecho a la protección subsidiaria que tiene la finalidad de proteger a aquellos que no pueden optar al asilo, pero que, de no tener protección, podrían sufrir daños graves si

3. Propuesta de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE COM(2016)467 final de 13 de julio de 2016, 2016/0224 (COD)
4. Vid. ORTEGA TEROL, J.M.: «Asilo y refugio en Europa, de la vocación protectora al temor al otro y a la pulsión por la seguridad» en VVAA: *Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley*, Ed. Sequitur, Madrid, 2010, p. 8.
5. Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. «BOE» núm. 252, de 21 de octubre de 1978, páginas 24310 a 24328
6. Vid. BLANQUER, D.: *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, Civitas, Madrid, 1997, p. 49. En este apartado el autor defiende que la Unión Europea no es Estado, y carece de soberanía territorial motivo por el que no puede dar asilo ni asumir competencias plenas en esta materia. Recuerda en ese sentido la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993. Pero Lisboa modificó esa visión, como se verá en esta obra.

se les obliga a retornar a sus países de origen. La legislación actual en España tiene esa doble nomenclatura fruto de la evolución en la regulación internacional y europea del derecho de asilo y ulterior protección humanitaria.

Este avance en la interpretación y reconocimiento de situaciones ha llevado a numerosos autores a reclamar modificaciones en la Convención de Ginebra ampliando los casos para la tramitación de solicitudes de asilo. Hasta el momento se está haciendo una interpretación extensiva de la Convención para que siga siendo efectiva y garantizando ese doble mecanismo de protección internacional<sup>7</sup>.

En nuestro país sería poco riguroso atribuir la evolución de la figura exclusivamente a las exigencias de la Unión Europea. El Consejo de Estado Español desde 1989, abrió un espacio para la redefinición de la configuración subjetiva del derecho de asilo<sup>8</sup>. Asimismo, se han ido sucediendo numerosas resoluciones del Tribunal Supremo desde 1991. El procedimiento de asilo, con el permiso de los Estados, va reconociendo más derechos al solicitante. Se controla la discrecionalidad con un nuevo procedimiento que se aleja de la figura afín del derecho de petición. De este modo se modifica el ordenamiento para afianzar su existencia como derecho subjetivo. Esta nueva regulación ha ido permitiendo al Tribunal Supremo ir controlando y reforzando los requisitos de la motivación, llegando al punto de otorgar protección a personas que cualificaban para conseguir el estatuto de refugiado a la vista de los informes aportados al expediente, pero que se obviaban en la motivación de la resolución<sup>9</sup>.

7. Vid. FOSTER, M.; MAROUF, F.; ANKER, D.: «International Refugee Law and Socio-Economic Rights: refuge from Deprivation», *American journal of international law*, vol. 103, Washington, 2009, p. 784 a 786.
8. Sobre la doctrina legal del Consejo de Estado, el voto particular al dictamen 53.126, de 22 de junio de 1989, al que también se refiere el dictamen 54.543, de 21 de marzo de 1990 y el de 1870.2008 de 27 de noviembre de 2008 sobre el anteproyecto de Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.
9. Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1993 (RJ, 1993, 8607): «La representación procesal de la demandante,... se limita a copiar los preceptos legales que justifican la concesión de asilo», STS de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8896) y STS 6 de octubre de 2006 (RJ 2006, 10068) y, más recientemente STS de 17 de junio de 2013 (RJ 2013, 5078). el Tribunal Supremo entiende que la falta de acceso a la información de la posibilidad de asistencia letrada puede suponer en la práctica una situación real y efectiva de indefensión. El Supremo incluso afirma que la falta de información en estos supuestos puede considerarse como una irregularidad invalidante del proceso. La Sentencia Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de febrero de 2014, fundamento jurídico séptimo se dice expresamente: «No consta que la Administración tuviera en cuenta lo apuntado por el ACNUR en sus informes de fecha 15 y 18 de febrero de 2011, en que recomendaban la admisión a trámite de la petición, pues no figura ninguna mención o razonamiento, lo que supone una evidente infracción de la Ley 12/2009, que atribuye a este organismo un trascendente papel en la investigación de las solicitudes de asilo, tal y como se resalta, en la propia exposición de motivos de la ley, que indica: "Mención específica debe hacerse en este punto al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), a quien se le reconoce el importante papel que desempeña en la tramitación de las solicitudes de asilo en España, reforzando así las garantías del procedimiento"».

Esta nueva concepción del derecho no debe desdibujar la razón de ser de la figura y de su procedimiento. Se permite que los Estados sopesen el interés general y no sólo el del solicitante. El primero prima sobre el derecho de los solicitantes cuando pueda suponer un peligro para la seguridad nacional. También en aquellos casos en los que la solicitud de asilo se utiliza de manera inadecuada por personas que, por motivos económicos, buscan un país al que trasladarse, pero que no cualifican para conseguir protección. En esos supuestos los procedimientos se aceleran para conseguir una resolución rápida y evitar la sobrecarga del sistema<sup>10</sup>.

Aunque la Ley 12/2009 de 31 de octubre de asilo actualmente en vigor en nuestro país, ya no habla de la soberanía y de un derecho graciable como si lo hacía la primera norma (la Ley 5/1984 de 26 de marzo), los países siguen teniendo un margen amplio de actuación en asilo. Ese margen encontró su principal restricción en la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Dicha norma no restringe la libertad de actuación de los Estados. Por tanto se siguen adoptando decisiones que tienen la finalidad de frenar los flujos y reducir el número de solicitudes<sup>11</sup>.

Es el caso del acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 y que entró en vigor el 13 de diciembre de 2012<sup>12</sup>. O la propia forma en que se tramita y resuelve el procedimiento de asilo en nuestro país, por ejemplo y que afecta de forma directa en el aumento o disminución de las solicitudes (plazos lentos en la resolución, índice alto de supuestos de inadmisibilidad...etc.).

Con razón autores como Fullerton o Cardwell creen que la inadmisibilidad es la suerte que han corrido buena parte de las solicitudes de asilo en España, y culpan de ello a la imprecisión de la Directiva 2013/32/UE de procedimiento que ha causado una crisis en la gobernanza europea en materia de asilo<sup>13</sup>. Por este motivo sería tan importante aprobar la iniciativa que pretende unificar el procedimiento y llenar de contenidos el derecho de asilo mediante un reglamento de procedimiento que, de ver la luz, tendría aplicación directa en los Estados.

Los objetivos que se deben conciliar en la actualidad regulatoria de asilo son: la garantía de los derechos de los solicitantes, el anhelo de uniformidad en el procedimiento

---

10. Vid. DE CASTRO SÁNCHEZ, C.: «Desarrollo histórico y perspectivas futuras de seguridad: una mirada desde Europa», en *Seguridad, Extranjería y otros estudios histórico-jurídicos* (Coord. A. R. MARTÍN MINGUIJÓN & R. MORÁN MARTÍN), Iustel, 2016, pp. 115-130.

11. Vid. O'NIONS, H.: *ASYLUM-A RIGHT DENIED. A critical Analysis of European Asylum Policy*, Ed. Routledge, New York, 2016.

12. BOE 299 de 13 de diciembre de 2012 páginas 85068 a 85068.

13. CARDEWELL, P.J.: *EU External Relations and Systems of Governance. The CFSP, Euro-Mediterranean Partnership and Migration*, ed. Routledge Research in EU Law, New York, 2009, p. 157. FULLERTON, M.: «Inadmissible in Iberia: The fate of Asylum Seekers in Spain and Portugal», *Int'l J. Refugee Law*, Vol. 17, 2005, p. 661.

européo de asilo, la protección de personas vulnerables y la necesidad de solidaridad en el reparto de aquellos que reclaman refugio. Pero estos objetivos que pretenden garantizar derechos de los solicitantes y aplicar un criterio de solidaridad en las solicitudes de asilo choca con la realidad soberana y la competencia de los países en la regulación de flujos migratorios y también del asilo.

La Unión Europea trata de conseguir un acuerdo solidario para contener la crisis migratoria y de solicitantes de asilo, en un marco normativo en el que la competencia sigue siendo de los Estados miembros. Cuenta con un único medio, infrutilizado, que es la sanción por incumplimiento. También pretende apoyarse en las Agencias renovadas en recursos (como es el caso de FRONTEX: European Border and Coast Guard Agency o la EASO: European Asylum Support Office), pero sin capacidad de control del cumplimiento. Se deberá librar la paradójica batalla entre la seguridad, el interés general, la solidaridad y la protección de los derechos.

Solo el Estado de Derecho, la adaptación de la Ley al caso concreto, la protección de los derechos en un procedimiento con garantías y que permita esclarecer si se dan los requisitos legales para la concesión del estatuto de refugiado o, en su caso, la protección subsidiaria podrá encontrar un cierto equilibrio y una solución a la crisis de los refugiados que tenga en cuenta el principio de la solidaridad entre los Estados. La solidaridad sólo puede darse si hay un procedimiento uniforme que se aplique de manera similar entre países.

## II. EL DERECHO DE ASILO EN ESPAÑA: ¿SUFICIENTE ADAPTACIÓN A LA NORMATIVA EUROPEA?

La Ley 12/2009, de 31 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la Protección Subsidiaria incorporó parte de las exigencias de Europa en materia de asilo. Esas novedades fueron fruto de la propia evolución que la materia había tenido en la Unión Europea. La aprobación de la Ley española se produce tras el Tratado de Lisboa que pedía un Sistema Europeo Común de Asilo. Este objetivo común se introdujo en un ambiente de restricciones al acceso de miembros de terceros países que contrastaba con una realidad tendente al incremento en los flujos migratorios<sup>14</sup>.

La norma española implementó Directivas que fueron aprobadas entre los años 2003 y 2006 por el Consejo<sup>15</sup>. Por eso algunas herramientas esenciales tuvieron que ser

14. La normativa europea se asienta en el artículo 63.1.c) y d), 2.a) y 3.a) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, reformado por el Tratado de Ámsterdam de 1997.

15. En ese período se aprueban las Directivas del Consejo 2003/86/CE, de 22 de septiembre, 2004/83/CE, de 29 de abril, y 2005/85/CE, de 1 de diciembre, relativas respectivamente, al «derecho a la reagrupación familiar», a las «normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida» y a las «normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado»

incorporadas a nuestro ordenamiento mediante la modificación de la Ley de extranjería y no en bloque en una norma que tuviera en cuenta el nuevo planteamiento de la política de asilo y refugio más acorde con los objetivos de la Unión Europea<sup>16</sup>. Además, la norma hizo una trasposición parcial que remitía a un desarrollo reglamentario ulterior que nunca vería la luz<sup>17</sup>.

La aprobación desacompasada con respecto a las exigencias de la Unión Europea de la Ley de asilo, se volverá a producir. Los acontecimientos ocurridos después de su promulgación como la crisis siria de refugiados o los atentados perpetrados por fundamentalistas en nombre del Estado Islámico en toda Europa hacen que la norma deba someterse a una reforma prácticamente inmediata para adaptarse a la realidad del momento y a la nueva política europea. La nueva realidad hizo a la Unión Europea reconsiderar las normas mínimas sobre solicitantes de protección internacional en el año 2013 y sobre el Sistema Europeo Común de Asilo en 2016. Así el 6 de abril de 2016 se publica una comunicación de la Comisión que avisaba sobre la puesta en marcha de un proceso de reforma del Sistema Europeo Común de Asilo.

La dilación en la trasposición se repite con la adaptación de la Directiva 2013/33/UE, que aprobó las normas mínimas comunes sobre las condiciones de vida de los solicitantes de protección internacional, así como la Directiva 2011/95 sobre los requisitos nuevos de asilo. La trasposición parcial en algunos aspectos o total en otros tuvo como consecuencia la iniciación por parte de la Comisión de procedimientos de infracción contra nuestro país por incumplimiento<sup>18</sup>.

Así comienza la andadura en el incumplimiento parcial del acuerdo de Tampere y posterior programa de la Haya, que buscaba un procedimiento europeo común de asilo además de un estatuto o regulación común para todas las personas a las que se le hubiera concedido asilo<sup>19</sup>. El incumplimiento de España no lo fue únicamente de la normativa europea sino también de la propia Ley de asilo de 2009, que indicaba que se implementarían las exigencias europeas por vía reglamentaria. Dicho reglamento sigue sin aprobarse. La situación provocó que la Comisión Europea iniciara un procedimiento que se resolvió con la condena por incumplimiento a España que confirmó El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de julio de 2009<sup>20</sup>.

---

16. Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre sobre los procedimientos y requisitos para que los extranjeros puedan beneficiarse del derecho de reagrupación familiar.

17. El contenido mínimo se estableció en el artículo 63 del Tratado de Roma.

18. Comisión Europea, infringement number 20150413/23-09-2015/Spain/Home Affairs, por infracción de la Directiva 2013/32/UE sobre procedimiento de asilo se inició un procedimiento de infracción: 2015/0413 por no comunicar la transposición de la Directiva (artículo 258 TFUE). Estos procedimientos obedecen al plausible incremento de la labor de control que realiza la Comisión Europea buscando una responsabilidad mayor en la gestión de la crisis de los refugiados derivada de los incumplimientos de los Estados que no trasponen las directivas y que ha provocado que el Sistema Europeo de Asilo no funcione.

19. Programa de la Haya 2005/C 53/01, 3.I.3.

20. STJCE (Sala Quinta), de 9.7.2009, as. C-272/08, Comisión contra España.

Sobre la Directiva 2013/33/UE de Condiciones de recepción de asilados se inició también un procedimiento de infracción en 2015<sup>21</sup> y sobre la Directiva 2011/95 UE relativa a los requisitos de asilo otro procedimiento de infracción en 2014<sup>22</sup>. Esta última norma se traspuso a nuestro ordenamiento modificando la Ley de Extranjería. Por tanto, por segunda vez, en lugar de optar por la reforma de la Ley, se introducen las modificaciones en la normativa de extranjería. Esta técnica legislativa, reprochable desde el punto de vista codificador, favorece la continuidad la Ley de asilo, un texto que se aleja de la idea de renovación y de adaptación a la realidad del momento que vive la política migratoria Europea.

Las medidas aprobadas en materia de migración y asilo en la Unión Europea de Migración han sido desoídas por varios Estados miembros, lo que demuestra la pugna de éstos por mantener su soberanía frente a la tendencia armonizadora de la Unión. La Comisión Europea inició 40 procedimientos de infracción por falta de trasposición de normas en materia de asilo como una de las medidas decisivas que se adoptaron el 9 de septiembre de 2015 para paliar las consecuencias de la crisis de los refugiados<sup>23</sup>. En ese paquete de medidas también se acordó la reubicación de emergencia de 120.000 refugiados que se encontraban en Italia, Grecia y Hungría, así como criterios de asignación de solicitudes de protección.

Estas medidas encontraron la oposición directa Hungría que solicitó salir del programa de reubicación. Esta solicitud fue atendida por la Comisión que dejó en el programa de ubicación de emergencia a Italia y Grecia, en que en la actualidad miles de refugiados esperan a ser reubicados. Esta espera obedece a la demora de muchos países en la tramitación de procedimientos de asilo, en concreto muchas personas esperan a que se inicie el procedimiento mediante la entrevista personal. La falta de personal cualificado para realizar dichas entrevistas es una de las causas que impiden la reubicación de las personas que se encuentran en Grecia e Italia. La EASO ha propuesto enviar personal de apoyo para poder iniciar procedimientos administrativos de asilo que permitan solucionar el problema de la reubicación.

Junto a estos problemas para la tramitación, la implementación de las medidas de reubicación también se paralizó debido a los procedimientos judiciales iniciados por algunos países ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hungría, Austria o Eslovaquia pretendían evitar la reasignación de solicitudes de Grecia e Italia, por entender que existía falta de proporcionalidad en la decisión de intervención de la Unión. Además, criticaban el procedimiento elegido para tomar la decisión de reubicación y se alegaba

21. Comisión Europea, infringement number 20150414/23-09-2015/Spain/Home Affairs.

22. Comisión Europea, infringement number 20140085/27-01-2014/Spain/Home Affairs/formal notice art. 258 TFEU y Comisión Europea, infringement number 20140085/23-09-2015/Spain/Home Affairs/Reasoned opinion art. 258 TFEU.

23. Vid. IP/15/6228: infracciones de Grecia, Croacia, Italia, Malta Hungría ante la falta de implementación de distintas normas. En febrero de 2016 la Comisión siguió actuando sobre nueve procedimientos de infracción en 2016 contra Alemania, Estonia Eslovenia, Grecia, Francia, Italia y Letonia.

que se había vulnerado con esta medida el principio de no devolución consagrado en el artículo 18 de la Convención de Ginebra.

La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, despeja las dudas sobre la validez de la actuación de la Unión en materia de reubicación y asignación de solicitudes en la crisis de los refugiados y también aclara los nuevos límites que los Estados tienen en cuanto al derecho de asilo. Las competencias de los Estados en materia de asilo se matizan en aplicación del principio de solidaridad entre los Estados de la Unión<sup>24</sup>.

El 4 de mayo de 2016 la Comisión Europea presentó un primer bloque de reformas legislativas del Sistema Europeo Común de Asilo al que siguió un segundo bloque de reformas el 13 de julio en materia procedimiento de asilo que modificarán la actual Directiva sobre reconocimiento de estatuto de refugiado y la Directiva sobre las condiciones de acogida. Por tanto, se prevé una modificación de la normativa para incorporar esta nueva reforma en el Sistema Europeo Común de Asilo. Si esto es así, nuestro país debería reaccionar y modificar por fin la Ley de asilo, adaptándola a la nueva situación actual. El nuevo procedimiento se perfila como más justo y humano, también más eficiente, con procedimientos mucho más rápidos y adaptados a las necesidades de ciertos grupos más vulnerables. Así se reflejaba en las conclusiones a la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento y Consejo de 6 de abril de 2016: hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa<sup>25</sup>.

Si la reticencia de los Estados hace que no se apruebe la norma al menos será una guía de buenas prácticas y un paso adelante en la consolidación de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Entendemos que la reforma de la Ley, por tanto, debería llevarse a cabo con independencia de la aprobación del reglamento para codificar y hacer más eficaz el procedimiento, dotando a los funcionarios que participan en su tramitación en nuestro país de una herramienta jurídica más clara, armonizada y efectiva. También acorde con las últimas Sentencias del Tribunal Supremo en la materia.

La simplificación del procedimiento, una fase de audiencia que exige una entrevista personal con el refugiado, el derecho a asistencia legal gratuita también en sede administrativa, la previsión de asistencia especial para solicitantes con necesidades especiales (mujeres víctimas de violencia o colectivos LGTB) y de menores no acompañados y el endurecimiento en la normativa sancionadora en materia de movimientos secundarios son parte de esas reformas. Se reconocen una serie de garantías como las sanciones a autoridades públicas que incumplan el procedimiento, declaren la inadmisibilidad del recurso sin motivar por qué lo consideran infundado o archiven el procedimiento con base en presunciones de retirada del recurso por el solicitante. Este debe ser el enfoque de una reforma necesaria de la actual legislación española.

24. Vid. Sentencia Supranacional N.º C-643/15, C-647/15, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 06 de septiembre de 2017.

25. Vid. COM (2016) 197 final.

En la práctica ni se produjo en 2009 la trasposición completa en materia de asilo ni, lo que es más grave, se ha hecho posteriormente, ya que España no sólo ha incumplido la normativa Europea de asilo sino también el mandato contenido en la propia Ley de asilo de 2009 que exigía la aprobación de un reglamento con estas medidas adicionales y necesarias que siete años después, con procedimientos sancionadores iniciados por la Comisión Europea y con una crisis humanitaria pendiente de solución no ha conseguido aprobar. La buena labor del Tribunal Supremo y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados han conseguido salvar la falta de reglamento. Pero es necesario modificar la regulación<sup>26</sup>.

En esta nueva situación sería conveniente que no se dilatara más la aprobación de las reformas y que nuestro país actuara de manera proactiva en la introducción de estos cambios, como en algún aspecto lo hizo cuando se aprobó la norma en 2009. Debe decirse que las exigencias de celeridad procedimentales que se pretenden establecer mediante una nueva regulación común europea, coinciden con la última norma aprobada en nuestro país en materia de procedimiento administrativo de 1 de octubre de 2015<sup>27</sup>. Sería adecuado aprovechar la necesidad de modificación procedimental común para cumplir con estos requisitos y para mejorar también la tramitación de los procedimientos de asilo, aunque aún no se haya aprobado la propuesta de reglamento de procedimiento común para Europa en la tramitación de solicitudes de asilo. Nuestra norma ha de adaptarse a los nuevos fundamentos europeos en materia de migración y que afectan directamente a la figura del asilo.

### III. CARÁCTER BIFRONTE DE LAS MEDIDAS MIGRATORIAS DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿SALVAGUARDANDO LA TRADICIÓN DE ACOGIDA O CIMENTANDO UNA FORTALEZA?

La Unión Europea se ha caracterizado por la defensa de derechos y libertades fundamentales que, por tanto, deberían favorecer la existencia de una regulación en materia de asilo tendente a preservar la tradición de acogida. Esa no ha sido la tendencia en los últimos años. La apertura de las fronteras interiores y la creación del espacio Schengen aseguraba la libertad de circulación interna y favorecía el flujo de ciudadanos y de mano de obra dentro de la propia Unión.

Dicha apertura ha ido de la mano de una política restrictiva y de control cada vez más intensivo en sus fronteras exteriores, tornándose menos propicia a la recepción de ciudadanos de terceros Estados y primando la seguridad sobre la libertad en el acceso debido, fundamentalmente, a la desaparición de las fronteras interiores.

---

26. Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2014 (RJ 1125/2014), sentencia de 10 de diciembre de 2015 (RJ 521/2015), Sentencia de 18 de julio de 2016 (RJ 3571/2016). Todas declaran contrarias a derecho la inadmisión de solicitudes de asilo en supuestos en los que la motivación no hace referencia.

27. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La consecuencia de dicha restricción en el acceso ha debilitado la tradición europea de defensa de derechos y libertades fundamentales que se refleja en los procedimientos de asilo. Se descuida la atención a los solicitantes en materia de información sobre el procedimiento, y el rechazo o inadmisión de solicitudes es elevado. Lo que provoca que muchos casos no merezcan un análisis de fondo y genere indefensión en los más vulnerables<sup>28</sup>.

Las tensiones entre las políticas de protección de los derechos y libertades de todo hombre y las que pretenden garantizar la seguridad de los ciudadanos europeos encuentran en la política migratoria de la Unión Europea y en regulación del derecho de asilo una metáfora de la lucha interna de valores que vive la Europa del Siglo XXI.

En la actualidad Europa se debate entre dar continuidad a la regulación proteccionista de derechos y libertades de los que piden refugio, pero también se esfuerza en garantizar y extremar las medidas que garanticen la seguridad de los ciudadanos europeos. La segunda medida obliga a un control más estricto en frontera y a una clara restricción de acceso al territorio de la Unión para miembros de terceros países y en ocasiones refugiados que deberían encontrar la debida protección. Toda esta situación también ha generado conflictos competenciales entre Estados y la Unión<sup>29</sup>.

La realidad social, humanitaria y política internacional de los últimos años ha hecho que el derecho de asilo, regulado por tratados internacionales, haya ido ganando terreno en el espacio europeo. Lo que fuera una tímida referencia en los iniciales tratados, en los últimos años se ha modificado y reforzado. Especialmente el cambio fundamental se ha producido tras el Tratado de Lisboa que marca un objetivo común: un Sistema Europeo Común de Asilo. Éste pretende una unificación de procedimientos que se refleja en una mayor incidencia de la Unión en la soberanía de los Estados.

El autor Sánchez Legido ya en 2010 y antes de la crisis de los refugiados de Siria, apuntaba una de las dificultades a la que se debería enfrentar esta nueva concepción europea del derecho de asilo. Indicaba que esta decisión europea de apertura y garantizadora del derecho de asilo surgía en un momento de recelos soberanistas que impediría que los Estados hicieran excesivas concesiones en materia de acceso, estancia y trabajo de nacionales de terceros Estados al propio territorio de la Unión Europea<sup>30</sup>. Esta realidad también implicaba restricciones en la admisión de solicitudes de asilo.

---

28. Vid. Defensor del Pueblo: Estudio sobre el Asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida, ed. Defensor del pueblo, Madrid, junio 2016. p. 4. Los problemas y trabas en las prácticas procedimentales quedan constatadas en el informe de 2016 realizado por la Defensora del Pueblo que, si bien aplaude las mejoras operadas en los últimos tres años, advierte de la necesidad de dar continuidad a esas mejoras

29. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto». *VVAA Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, t. 1. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016 pp. 333-378.

30. Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo» en *VVAA: Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley*, Ed. Sequitur, Madrid, 2010, p. 13.

Por tanto, la finalidad de la política migratoria de la Unión Europea es bifronte. Pretende, por un lado, asegurar la contención de la entrada irregular de extranjeros intentando evitar el tráfico de seres humanos y el acceso de personas vinculadas con el terrorismo fundamentalista. Y por otro se afana en construir una Europa de asilo con un procedimiento único que permita garantizar unos derechos mínimos comunes a los solicitantes de asilo, evitar las discrepancias procedimentales y también impedir los movimientos secundarios.

## 1. CONTENCIÓN DE LA ENTRADA IRREGULAR DE EXTRANJEROS

Esta medida tiene la finalidad de contener la entrada irregular de extranjeros en los Estados de la Unión. Uno de los objetivos es el cumplimiento de la legalidad en materia migratoria de todas aquellas personas de terceros Estados que permanecen en el territorio de la Unión Europea. La supresión de la migración irregular es el objetivo final. Para ello se adoptan una serie de medias que pretenden evitar los reiterados incumplimientos de los Estados miembros, así como darles apoyo en la consecución de dicho objetivo.

La Decisión n.º 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007 apostó por un control de la migración irregular creando un fondo para facilitar el retorno de migrantes a sus países de origen. Esta decisión formaba parte del programa de «Solidaridad y gestión de flujos migratorios». Su finalidad era controlar los flujos migratorios como consecuencia de los efectos producidos por la entrada en funcionamiento del espacio Schengen. En el mismo sentido nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia 53/2002, ya hacía patente que la desaparición de los controles de las fronteras interiores obligaría a fortalecer los exteriores<sup>31</sup>. También advirtió de este cambio el Consejo de Estado en varios informes y dictámenes que se enumeran incorporados al Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria<sup>32</sup>.

En medio del mayor éxodo desde la segunda Guerra Mundial, las últimas reformas mantienen este criterio y lo refuerzan<sup>33</sup>. Las modificaciones se van realizando mediante una serie de iniciativas que incluso imponen penalidades económicas ante el incumplimiento<sup>34</sup>. En el año 2015 destacan tres bloques de medidas que parten del acuerdo de 13 de mayo de la Comisión para modificar la Agenda Europea de Migración y que crean instrumentos comunes para la gestión de fronteras, el asilo y también la migración legal que pretende contener la entrada de inmigrantes irregulares<sup>35</sup>. Todas estas medidas

31. Vid. Sentencia 53/2002, de 27 de febrero de 2002 (RTC 2002, 53). Recurso de inconstitucionalidad 2994/94. Promovido por el Defensor del Pueblo contra el apartado 8 del artículo único de la Ley de Cortes Generales 9/1994, de 19 de mayo, que modificó un precepto de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de 1984.

32. Dictamen 1870/2008, de 27 de noviembre, al Anteproyecto de Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

33. Cfr. Informe 2015: *Las personas refugiadas en España y Europa*. Comisión Española de Ayuda al Refugiado, ed. CEAR, Madrid, 2015, p. 20.

34. En 2014 se abrieron cuarenta procedimientos sancionadores contra distintos países de la Unión, tres de ellos a España.

35. Vid. MARTÍNEZ, J.: Inmigración, asilo y refugio ante los retos actuales de la política exterior europea, *Revista de Derecho UNED*, 2016, p. 55-84.

suponen una redefinición de las competencias de los Estados en materia migratoria, de control de fronteras exteriores y en la tramitación del procedimiento de asilo. Sin duda una redefinición de sus competencias desde la Unión Europea.

Estas medidas de 2015 se reforzaron con tres paquetes de modificación de la Agenda Europea de Migración: uno de 27 de mayo de «Avances en la Agenda Europea de Migración» que se centraba en aspectos como el contrabando de inmigrantes o la respuesta de emergencia y ayuda ante la llegada masiva de solicitantes de refugio sirios. El 9 de septiembre se adoptaron medidas decisivas sobre la crisis de los refugiados con el fin de reubicarlos en Grecia, Hungría e Italia, elaborando un mecanismo de recepción para todos los Estados miembros; también se ayudaba en la consecución de una política de retorno más efectiva.

Estas medidas fueron recibidas con recelo por distintos países, por entender que eran excesivamente intrusivas y atentar contra el derecho soberano de los Estados al invadir competencias decisorias propias y exclusivas de los mismos. El Tribunal de Justicia en su Sentencia de 6 de septiembre de 2017, como hemos referido, marca los límites de los Estados en materia de asilo. En situación de crisis que exija adoptar medidas correctoras, la solidaridad y el reparto equitativo de cargas se superpone a los intereses individuales de los Estados, que deberán ayudar a aquellos que tienen más presión de flujos migratorios en sus territorios. Por tanto, la sentencia supone una clara limitación de las competencias de los Estados en materia migratoria en situaciones de crisis:

«Cuando uno o varios Estados miembros se encuentran en una situación de emergencia en el sentido del artículo 78 TFUE, apartado 3, las cargas que conllevan las medidas provisionales adoptadas en virtud de tal disposición en beneficio de dicho o dichos Estados miembros deben, en principio, distribuirse entre los demás Estados miembros con arreglo al principio de solidaridad y de reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros, al ser éste, de conformidad con el artículo 80 TFUE, un principio rector de la política de asilo de la Unión»<sup>36</sup>.

En esta situación no se tiene en cuenta el interés particular de los Estados en la aplicación de las medidas correctoras, y por tanto sus intereses soberanos, sino que se superpone el interés general de toda la Unión Europea. Esta medida vinculada con el principio de solidaridad y proporcionada desdibuja la competencia de los Estados en materia de asilo en situaciones de crisis:

«el que se intente lograr tal equilibrio sin tomar en consideración la situación particular de un solo Estado miembro, sino la de todos los Estados miembros, no puede considerarse contrario al principio de proporcionalidad (véase, por analogía, la sentencia de 18 de junio de 2015, Estonia/Parlamento y Consejo, C-508/13, EU:C:2015:403, apartado 39)»<sup>37</sup>.

36. Vid. Sentencia Supranacional N.º C-643/15, C-647/15, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 06 de septiembre de 2017, párrafo 291.

37. Vid. Sentencia Supranacional N.º C-643/15, C-647/15, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 06 de septiembre de 2017, párrafo 290, in fine.

Por último, el 15 de diciembre de 2015 se comenzaba a debatir sobre la creación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas para proteger las fronteras Exteriores de Europa. Una medida que reforzaba, sin duda, el papel de coordinación que la Agencia Europea FRONTEX venía desempeñando hasta el momento. El Reglamento sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 supone la cristalización de dichas medidas. Se aprobó en un tiempo record, otorga más competencias en materia de coordinación a la Agencia y en la actualidad supone una ayuda fundamental para el control de la migración irregular mediante el apoyo que presta en la ejecución de las órdenes de expulsión de migrantes irregulares.

Como puede verse, todos estos avances de 2015 y 2016 pretenden controlar el flujo de inmigrantes irregulares, así como el tráfico de seres humanos que es duramente perseguido y que ha obligado al cambio de la legislación penal de los Estados<sup>38</sup>. La Guardia Europea de Fronteras y Costas coordinará y controlará estas redes de traficantes, detectando los países que pueden ayudar a frenar sus operaciones mediante la firma de acuerdos<sup>39</sup>.

Cabe preguntarse qué sucede con el segundo objetivo: construir una Europa de asilo. Las medidas propuestas en la Agenda Europea de Migración en esta materia no han recibido la misma acogida por parte de los Estados. El tiempo record de aprobación del Reglamento que daba más competencias a la Agencia FRONTEX obedecía a su vocación de asegurar las fronteras exteriores y blindarlas de los flujos migratorios irregulares. La aprobación de un reglamento que regule un procedimiento de asilo con más garantías y que influya en la soberanía de los Estados sobre el control del Derecho de Asilo es mucho más complicada<sup>40</sup>. En este sentido Europa se aleja, en la práctica, de su tradición de acogida y refugio.

## 2. CONSTRUIR UNA EUROPA DE ASILO CON UN RÉGIMEN COMÚN DE ASILO EUROPEO

La expresión «construir una Europa de asilo», aparece en el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo ya en 2008, con la finalidad de ofrecer protección en el territorio europeo a los extranjeros perseguidos<sup>41</sup>.

Dicho pacto recuerda que «las migraciones internacionales son una realidad que perdurará mientras subsistan las diferencias de riqueza y desarrollo en las distintas re-

38. Vid. GOIG MARTÍNEZ, J.M.: «¿Una política común de inmigración en la Unión Europea? Evolución, retos y realidades», RDUE, número 29, 2015

39. Vid. MARTÍNEZ, J.: Inmigración, asilo y refugio ante los retos actuales de la política exterior europea, *Revista de Derecho UNED*, 2016, p. 55-84.

40. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto». *VVAA Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, t. 1. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016 pp. 333-378.

41. Consejo 13440/2008, de 24 de septiembre: Pacto europeo sobre migración y asilo, que reclama su continuidad a través del programa de la Haya de 2010. Apartado IV.

giones del mundo» y también que las mismas «pueden contribuir decisivamente al crecimiento económico de la Unión Europea».

El documento no habla de un régimen común de asilo, sino «de enfoque común en materia de asilo» que está inspirado en la Resolución del Consejo Europeo de 2005 sobre un Enfoque Global de la Migración. El objetivo de ese primigenio «enfoque común» era intentar evitar disparidades en el régimen de refugiados. Esa idea se materializó en la creación de la agencia que en la actualidad se conoce con el nombre en español de Oficina Europea de Apoyo al Asilo (European Asylum Support Office, EASO). Entre los objetivos de la Agencia está el de intentar dar mayor uniformidad a los procedimientos y jurisprudencia en materia de asilo. Con ese fin se marcó el 2012 como año para tener un procedimiento único de asilo y un estatuto único para los refugiados que aún no se ha traspuesto en su totalidad debido a la falta de implementación de las recomendaciones por ciertos Estados, lo que demuestra la poca intención de cooperar. La justificación, una vez más, la encontramos en esa concepción del derecho de asilo como un derecho de los estados que, en algunos países en los que parece no haber evolucionado su tratamiento como derecho subjetivo.

El cambio más importante hacia la configuración del derecho de asilo en Europa como un derecho subjetivo se produjo tras la aprobación, un año más tarde de lo esperado, de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición)<sup>42</sup>. Sin ese procedimiento, probablemente, la reacción de los Estados a la llegada masiva de solicitudes de asilo se habría gestionado, si cabe, de un modo mucho más restrictivo en la tramitación, con un mayor número de inadmisibilidades o sin tener consideración especial con grupos especialmente vulnerables<sup>43</sup>.

Su aprobación ha permitido establecer unas garantías mínimas de control de las decisiones adoptadas por los Estados y sus organismos tramitadores. La nueva regulación hace más fácil establecer unos mínimos de protección a los solicitantes en general y a aquellos que requieren una protección especial<sup>44</sup>. Además, establece unos criterios

---

42. DOUE 29 junio de 2013. El artículo 54 prevé su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE y los artículos 47 y 48 entran en vigor a partir del 21 de julio de 2015: sobre la impugnación por parte de las autoridades públicas de resoluciones y la obligación de las autoridades de aplicar el principio de confidencialidad sobre la información obtenida en el curso de su trabajo.

43. Vid. DÍAZ LAFUENTE, J.: Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género. Ed. Congreso de los Diputados, Cuadernos del Congreso de los Diputados, 14, Madrid, 2016, p. 149 a 155.

44. Por edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o consecuencias de torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual». Vid. JARDÍ, M. S.: «La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de las refugiadas y de las apátridas en el derecho europeo. *Revista De Derecho Político*, (95), (2016). 189-227, Ferreira, N.: Portuguese Refugee Law in the European Context: The Case of Sexuality-Based Claims, *International journal of refugee law*, ed. Lexis Nexis, 2015 vol:27 iss:3 p. 411-432.

Ver consideración 18 de las protestas.

más reglados en el proceso y motivación del reconocimiento del derecho. Por tanto, se ha avanzado mucho en la protección efectiva de los solicitantes tras la adopción de la Directiva de procedimiento.

Lo que cabe preguntarse es si todas estas medidas van a conseguir que exista una verdadera política común de asilo, refugio y migración. La respuesta inicialmente no es muy esperanzadora. En parte, por la propia negativa de los Estados miembros a que así sea. En la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia, en el parágrafo 223 así lo reconoce<sup>45</sup>:

«Por otra parte, el escaso número de reubicaciones efectuadas hasta la fecha en aplicación de la Decisión impugnada puede explicarse por un conjunto de factores que el Consejo no podía prever en el momento en que adoptó dicha Decisión, en particular, la falta de cooperación de determinados Estados miembros».

La reacción de muchos Estados ante la crisis migratoria y de refugiados ha sido la de reafirmar su propia soberanía. Ello se ha traducido en grandes diferencias entre sus políticas migratorias y de asilo. Las medidas adoptadas para solucionar el problema en algunos países tienen por objetivo la reducción de solicitudes a tramitar mediante la declaración de inadmisibilidad o la dejación en la obligación de enviar empleados públicos a Italia y Grecia para realizar entrevistas y poder iniciar el trámite de asilo.

Estas medidas se alejan del derecho a una buena administración que garantiza la tramitación eficiente de los procedimientos. También puede criticarse que las políticas migratorias han tenido en consideración las necesidades y reacciones internas de los países, necesidades éstas que han primado sobre la solidaridad y cooperación que requiere la Unión y se han alejado de la protección del interés común de todos los países que debe primar en esta excepcional situación de llegada masiva de personas que pretenden adquirir el estatus de refugiado<sup>46</sup>.

---

45. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017 presentada por Hungría y Eslovaquia contra la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia (DO 2015, L 248, p. 80).

46. Merece la pena recordar aquí la reflexión que el Profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer hiciera en el prólogo al libro de David Blanquer en el que vaticinaba la reacción normal de los Estados ante una situación como la actual. Haciendo referencia a la supresión en la Ley de asilo de 1994 del concepto de asilo como «una protección graciable, dispensada por el Estado, en ejercicio de su soberanía» y comentando los problemas que ello podría acarrear, predecía a la perfección la situación actual: *«Pero más que por eso, mi extrañeza deriva de que son esas cláusulas que ni estorban ni molestan, pero que pueden ser útiles en circunstancias que, eventualmente pudieran aparecer el día menos pensado. Cualquiera habrá considerado la hipótesis, absurda, pura entelequia, de que un día fuera tal el flujo de demandantes de asilo que desbordara realmente cualquier previsión, repito, en unas cifras inconmensurables. ¿Cómo no iba a reaccionar el Estado? Sin ir tan lejos, acaso no puede resultar extraño que un día la cooperación internacional actúe predeterminando los flujos, dándose preferencia así –excluyendo por supuesto los resultados discriminatorios y evitando que haya alguien que se quede sin opción alguna– para que acudan a determinados países*

La falta de objetivos comunes en materia migratoria y de refugio está revelando una crisis de gobernanza de la Unión Europea que está debilitando las garantías de los derechos de los solicitantes de asilo. Por ese motivo sería esencial que se aprobara la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y que derogaría la Directiva 2013/32/UE<sup>47</sup>. También sería esencial que se aprobaran las nuevas medidas que otorgan a la EASO una función supervisora de la implementación de las directivas y las garantías en cada Estado o sobre reubicación de refugiados. De este modo la Unión Europea, mediante esta agencia, servirá de ayuda a los Estados miembros para valorar la situación en los distintos países de forma global o para determinados colectivos como mujeres, niños y niñas, minorías étnicas o colectivos LGTB<sup>48</sup>.

La modificación en materia de asilo se enfrenta a los problemas de soberanía aquí mencionados. La Unión no se encuentra con reacciones de los Estados en el caso de aprobación de políticas que pretenden controlar fronteras. Esto provoca recelos en la ciudadanía con respecto al papel de las instituciones europeas para gestionar la crisis. Muchos autores piensan que no se está fortaleciendo de igual manera el control de fronteras exteriores que los derechos de los solicitantes de asilo, lo que retroalimenta la concepción de la Europa Fortaleza que se aleja cada vez más de la Europa como lugar de asilo<sup>49</sup>.

#### IV. ALCANCE Y LÍMITES DE LA POTESTAD DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE ASILO

En estos momentos, como sucedió tras la crisis de refugiados de la Segunda Guerra Mundial, es necesario que exista una política común de asilo y de protección de fronteras exteriores. El acuerdo Schengen debía haber hecho trabajar a los Estados en la redefinición conjunta y coordinada de la política de control de fronteras exteriores. Esta redefinición no ha empezado a tratarse hasta la crisis de Lampedusa de 2013.

El proceso hacia una política común de asilo encuentra en la soberanía de los Estados el límite más importante para su desarrollo, como ya se ha indicado. Los intereses de

---

*y no a otros, quienes se hallen en ciertas situaciones de relevancia histórica, cultural, lingüística o de otro tipo. En determinadas circunstancias puede resultar conveniente intervenir sobre ciertos flujos, cuya justificación o cuyo incremento suscite reservas razonables, etcétera. Muy diversas necesidades posibles cabe imaginar, pensado en las cuales para nada estorba ni a nadie ofende el que hable de la soberanía o se requiera el carácter graciable». Cfr. Blanquer, D.: óp. cit. p. 30 y 31.*

47. COM(2016)467 final de 13 de julio de 2016, 2016/0224 (COD)

48. Vid. DE CASTRO SÁNCHEZ, C.: «La condición sexual como razón de la concesión de asilo: ¿nueva puerta de entrada a Europa? Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 7 de noviembre de 2013», en *RGDE*, n.º 35, 2015, pp. 22.

49. Vid. GOIG MARTÍNEZ, J.M.: «¿Una política común de inmigración en la Unión Europea? Evolución, retos y realidades», *RDUE*, número 29, 2015, GOIG MARTÍNEZ, J.M.: «Inmigración, asilo y refugio, ante los retos actuales de la política exterior europea», *Revista de Derecho*, ed. UNED, Madrid, 2016, p. 55 a 84. Dumitru, I.: «Imigratia, factor perturbator pentru ordinea juridica a uniunii europene». *Revista Romana De Dreptul Muncii*, (6), 42-53, Roma, 2016.

los Estados en materia migratoria y de asilo difieren motivados por razones culturales, sociales, de política nacional, económica o por su localización geográfica. David Blanquer advertía que la política común de la Unión Europea «... no puede incidir irreflexivamente sobre una decisión soberana de tan marcado carácter político como es el asilo»<sup>50</sup>.

En la ponderación de los conflictos de intereses Estado-Estado, cada país soberano prefiere optar por la protección del interés general de los ciudadanos de su país en detrimento de la política europea común de asilo. Esta opción plantea dudas sobre la consecución de su propio objetivo. Seguir en esta línea perjudica el interés particular de cada uno de los Estados a largo plazo. Para solucionar la crisis migratoria sería más conveniente seguir en la línea de fijar e implementar una política común uniforme al menos en ciertas materias, como se ha venido haciendo y como se desprende del tratado de Lisboa. La solidaridad y por qué no, la lealtad, son necesarias para poder afrontar los retos migratorios del siglo XXI<sup>51</sup>.

Desde una perspectiva competencial debe decirse que la política común de asilo no está dentro de las competencias exclusivas de la Unión Europea. La competencia se comparte con la de los Estados miembros. No obstante, en los últimos años se ha demostrado que los Estados no tienen capacidad para resolver la complicada dimensión que ha adquirido la realidad migratoria en el seno de la Unión. Esta situación se conoce con el nombre de «dimensión externa de la política europea de migración». La solución estriba en encontrar soluciones a este concepto global con actuaciones globales, y no dentro de cada Estado<sup>52</sup>.

Las decisiones en materia de gestión de flujos migratorios adoptadas en cada país tienen repercusiones directas tanto en terceros países como en el resto de los Estados de la Unión Europea. Esto justifica ampliar las competencias de Europa para adoptar medidas regulatorias que afectaran a la dimensión externa de la política de migración. Actuar de forma global producirá efectos beneficiosos también en la política interna de los países que verán desdibujarse, irremediabilmente, su competencia en materia de asilo y migratoria en defensa de sus propios intereses.

La reducción de competencias de los estados se justifica porque la política migratoria y de asilo de cada Estado alcanza un fuerte impacto externo en otros países. Así se decide adoptar una «política común de asilo e inmigración» que ha llegado a impactar en la soberanía de los Estados. La reubicación de solicitantes de refugio o la unificación del procedimiento de asilo son buena muestra de esa redefinición de competencias.

Teniendo en cuenta la concepción tradicional del derecho de asilo el procedimiento debería ser regulado en la esfera nacional, pero si se tiene en consideración el gran im-

---

50. Cfr. BLANQUER, D.: *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 39.

51. Vid. LASO PÉREZ, J.: *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, ed. Colex, Madrid, 2000.

52. EISELE, K.: *The External Dimension of the EUs Migration Policy: Different Legal Positions of Third-country Nationals in the EU: a comparative perspective*, ed. Nijhoff, Leiden, 2014.

pacto que tiene en la protección de derechos fundamentales y en el interés común europeo, la regulación debe salir del tradicional control soberano de cada país para someterse a unos estándares comunes y uniformes de carácter vinculante<sup>53</sup>.

El Tratado de Lisboa apuesta por desarrollar una política común de inmigración y asilo. La Expresión «política común», se encuadra en el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que trata de la creación de un espacio de Libertad, Justicia y Seguridad. Esa política común no es competencia de la Unión Europea en exclusiva y la comparte con los Estados miembros. Como ha resaltado Fernández Rozas «el origen de las competencias de la UE, en todos los sectores incluido el migratorio, no dimana de una supuesta soberanía europea, sino que son los Estados mismos quienes confieren las competencias como representantes de la ciudadanía organizada por los Estados»<sup>54</sup>.

Ahí estriba la complejidad de la política migratoria y con ella la de asilo, dado que los Estados miembros conservan la competencia en la aplicación de las normas y ahí está la causa de los desequilibrios y desigualdad en la política y práctica migratoria entre países. Por esa razón, pese a los intentos de la Comisión tendentes a armonizar la aplicación de las políticas migratorias, éstas no han podido pasar de labores de coordinación. En los últimos años ha habido un refuerzo en las garantías que protegen las políticas compartidas de la Unión en la materia, y que suponen un gran avance. Por un lado, mediante la posibilidad que tiene la Comisión de presentar recursos frente al incumplimiento en materia de fronteras<sup>55</sup>.

De otro lado, como apunta el reciente trabajo Fernández Rozas, también la labor del Tribunal de Justicia ha ayudado a reforzar esta política que tiende a ser cada vez más coordinada, porque no parece que el problema migratorio pueda ser gestionado solamente con la intervención de cada Estado de forma aislada. El artículo 3 del TFUE es claro en el reconocimiento de competencias compartidas, pero la labor revisora del Tribunal de Justicia es esencial en este ámbito, en el que tiene plenas competencias. Eso sí, con la intervención del Parlamento y siguiendo el procedimiento legislativo ordinario<sup>56</sup>. Esta política encuentra su más reciente referente en la aprobación del Reglamento sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de

---

53. Esta dimensión extensiva y unificadora se refuerza en otras materias conexas como la de control de extranjeros o pasaportes, o en materia de protección de fronteras exteriores que se ha visto reforzada por las sentencias.

54. Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «Control de Fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto» en *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, t. I, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016, p. 363 y 364.

55. Vid. Decisiones de la Comisión de 23 de septiembre de 2015, de apertura de 40 procedimientos de infracción contra varios países de la Unión Europea por no aplicar plenamente la legislación del Sistema Europeo Común de Asilo.

56. STJ de 5 de septiembre de 2012 del Parlamento V. Consejo en el asunto C-355/10, sobre las directrices que establecían ciertas actuaciones en operaciones marítimas llevadas a cabo por la agencia FRONTEX.

septiembre de 2016. En este reglamento se cristaliza la necesidad de control de fronteras exteriores a la vez que se refuerza de facto la necesidad de actuación coordinada en esta materia, en aplicación del artículo 77 del TFUE.

Pero si bien en materia de protección de fronteras se ha recurrido a la aprobación de reglamentos, en materia de asilo no sucede lo mismo. La técnica que se ha utilizado es la aprobación de directivas y la cooperación más limitada. El artículo 78 del TFUE habla de la creación de una política común de asilo y de un estatuto de protección subsidiaria uniforme en toda la Unión Europea. También establece la existencia de un procedimiento de asilo común, así como se apunta la necesidad de crear un modelo común para dar protección temporal a las personas desplazadas si se dan supuestos de afluencia masiva. Estas directrices se han ido marcando para armonizar la legislación de los diferentes países miembros y unificar los procedimientos de tramitación. Se ha garantizado por esta vía una fase de audiencia presencial con el solicitante de asilo, el derecho de asistencia letrada, de traductores, así como el trato especial en el caso de menores, entre otros colectivos que necesitan especial protección.

La política debe ser común, igualmente, en el caso de inmigración para controlar los flujos migratorios y dos son los temas esenciales que se han reforzado recientemente: la lucha contra la inmigración irregular y contra y la trata de seres humanos<sup>57</sup>. En el primer caso se ha utilizado la técnica de la negociación de acuerdos con terceros Estados para la readmisión, como es el caso de Marruecos o Turquía<sup>58</sup>. Si bien el sistema ha tenido su efectividad en el control de los flujos migratorios y de la seguridad también debe decirse que ha provocado críticas por la negligencia de los países de destino en proveer a los emigrantes irregulares de garantías mínimas de protección de derechos humanos, así como el acceso a servicios públicos básicos<sup>59</sup>. Además, esta técnica es sólo complementaria a los acuerdos bilaterales entre países.

En lo referente a los avances en la lucha contra la trata de seres humanos se ha establecido en el artículo 79.2 del TFUE. La actuación se ha reforzado para evitar especialmente la trata de mujeres y niños. Se ha avanzado con la aprobación de la Directiva 2011/36/UE en materia de prevención y erradicación de este tipo de práctica<sup>60</sup>. Sin duda

---

57. BILLET, C.: «EC Readmission Agreements: A Prime Instrument of the External Dimension of the EU's Fight Against Irregular Immigration. An Assessment after Ten Years of Practice», *European Journal in Migration and Law*, 2010, p. 45 a 79.

58. Vid. WOLFF, S.: «The Politics of Negotiating EU Readmission Agreements: Insights from Morocco and Turkey», *European Journal of Migration Law*, Vol. 16, 2014, p. 69 a 95. GREGOU, M.: «Drowning the Geographic Boundaries of Expulsion and Readmission in Greece. The Dynamics of an Elusive Process», *European Journal of Migration Law*, Vol. 16, 2014, p. 505 a 533.

59. Vid. CRÉPEAU, F. y HASTIE, B.: «The case for Firewall Protections form Irregular Migrants safeguarding Fundamental Rights», *European Journal of Migration Law*, Vol. 17, 2015, p. 157 a 183.

60. Vid. SANTANA VEGA, D. M.: La lucha contra la trata de seres humanos desde la Unión Europea (de la Decisión marco 2002/629/JAI a la Directiva 2011/36/UE). Especial referencia al África occidental», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 28, 2011, p. 193 a 216. PRADO GETINO, L.A.: Los derechos humanos en el marco de la última reforma de la Unión Europea, *Revista general de Derecho Europeo*, N. 21, 2010.

esta política que se enmarca entre las medidas esenciales para acabar con la inmigración irregular y clandestina ha avanzado tanto que algunos ya han reclamado su futura importancia como ámbito de actuación específico dentro de la Unión<sup>61</sup>. Las decisiones de la Unión Europea han ido modificando la normativa interna de los países miembros en esta materia. En unos casos en materia penal y en otros en aspectos relativos a extranjería como es el caso de la concesión de residencia temporal y de trabajo en circunstancias excepcionales por colaborar contra redes organizadas.

Otro de los objetivos de la Unión Europea es el de favorecer la coordinación en materia migratoria, de fronteras y asilo, así como de cooperación administrativa que está en el artículo 74 del TFUE. La finalidad es la de conseguir la cooperación administrativa entre diferentes servicios de los Estados y de éstos con la Comisión. Con esa intención de cooperación, coordinación y solidaridad entre los países de la Unión se han habilitado varios fondos tendentes a reforzar lo que se ha conocido con el nombre de espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>62</sup>. El reconocimiento del reparto equitativo de responsabilidades en materia migratoria como resultado de la aplicación del artículo 80 del TFUE también deja abierta la puerta a diferentes actuaciones de la Unión que han asegurado la acción coordinada en esta materia.

Por tanto, puede decirse que el sistema común de asilo en la Unión Europea está en pleno proceso de consolidación. Este proceso intenta que cada vez se deje menos margen a la legislación de los Estados miembros en la materia, lo que produce fricciones con los Estados que lo consideran una intromisión en su soberanía y en las competencias que le son propias<sup>63</sup>. En una primera fase y hasta 2004 se procuró armonizar el marco jurídico, después el objetivo fue unificar el procedimiento de asilo y también el de concesión de protección subsidiaria, así como trabajar en una mayor cooperación entre las administraciones de los diferentes Estados.

Esta fase concluía en 2012 y se proyecta en la legislación nacional en materia de procedimiento de asilo que se aprobó en 2013. En la actualidad el objetivo de la Política se centra en concluir el Sistema Europeo Común de Asilo que obligará a la uniformidad en la definición del estatuto de asilo y a debatir sobre la posibilidad de que se apruebe una norma única sobre reconocimiento de asilo o código común. Otro objetivo es el de reconocimiento mutuo de las decisiones de asilo entre los diferentes países, sólo

---

61. GIAMMARINARO, M.G.: «La politique européenne en matière de traite des êtres humains», *La traite des êtres humains, un défi mondial*, Cahiers de la Sécurité, 2011 N. 9. pp. 42 ss. DÍAZ BERRADO, C.M.: «La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, p. 461 a 498.

62. Entre estos fondos está el destinado a la integración de Nacionales de Terceros Países, El Fondo Europeo para los Refugiados, el Fondo Europeo para el Retorno o el Fondo para la vigilancia de las fronteras exteriores.

63. Vid. GARCÍA MAHAMUT, R.: «El nuevo régimen jurídico del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España a la luz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre: principales novedades y desafíos» en *Régimen Jurídico del Derecho de Asilo en la nueva Ley 12/2009*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 21 a 35.

posible bajo ese prisma de uniformidad o código común y que tiene la finalidad de evitar movimientos secundarios, para lo que se debe unificar la regulación.

En ese avance de decisiones que desdibujan la concepción tradicional del derecho de asilo el Tribunal de Justicia ha perfilado también los límites a la soberanía de los Estados, que se restringe en situaciones de crisis que permite a la Unión la reubicación de personas solicitantes de asilo mediante sistemas de cuotas y en aplicación del principio de solidaridad. Sin duda estamos presenciando la redefinición de las competencias de los Estados en materia de asilo por parte de la Unión Europea.

## V. LA AGENDA EUROPEA DE MIGRACIÓN DE MAYO DE 2015: UNA POLÍTICA DE ASILO MÁS EFICAZ

### 1. INTRODUCCIÓN: INSTRUMENTOS PARA UNA POLÍTICA COMÚN EN MATERIA DE MIGRACIÓN

Estos fundamentos de la actuación de la Unión en materia de fronteras y asilo se desarrollan mediante instrumentos de cooperación que pretenden conseguir medidas comunes para todos los países. No resulta fácil debido a que las competencias en esta materia, como hemos dicho en el apartado anterior, son compartidas entre la Unión y los Estados. Esas medidas comunes se han podido establecer teniendo en cuenta el principio de solidaridad y también la del reparto equitativo de las responsabilidades que el Artículo 80 del TFUE reconoce<sup>64</sup>. Sólo con estas actuaciones será posible una gestión más eficiente de los nuevos flujos migratorios que ya no puede hacerse sin una actuación conjunta que tenga en cuenta también la protección de los derechos de los extranjeros<sup>65</sup>.

Las siguientes medidas darán una idea general de hacia dónde se encamina la cooperación europea en la materia específica de asilo, dado que se ve claramente influenciada por esa política común denominada de control de fronteras, migración y asilo. David Blanquer planteaba ya la necesidad de detenerse a analizar el significado y alcance político del panorama europeo para saber hasta dónde debía seguirse avanzando en la armonización del régimen de asilo<sup>66</sup>.

En la actualidad parece clara cuál ha sido la opción por la que se ha decantado la Unión. Se ha producido el cambio que Blanquer, entre otros autores, vaticinaba y que afectaría considerablemente a la soberanía de los Estados miembros en esta materia que tiene tantas implicaciones políticas en el reconocimiento mutuo y en las relaciones

64. Art. 80: «Las políticas de la Unión mencionadas en este capítulo y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y el reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación del principio». Como veremos esto se tradujo en la aprobación por parte del Consejo del Programa Marco para la Solidaridad y Gestión de Flujos Migratorios.

65. Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, M.: «Control de fronteras...» Óp. cit. p. 338.

66. BLANQUER, D.: Asilo político en España, ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 50 y 51.

bilaterales<sup>67</sup>. Las decisiones también dejan margen de elección a los países y la realidad demuestra que cada uno aplica de forma distinta dichas directrices. Estos aspectos relativos al derecho de asilo se combinan con una actuación más uniforme y contundente en materia de control de fronteras e inmigración irregular.

El punto de partida de buena parte de las reformas y cambios operados por la Unión y el Tribunal de Justicia en los últimos meses en materia de migración tiene su base en la Agenda Europea de Migración. La aprobación de este instrumento se justifica en la necesidad de adoptar medidas globales en materia de migración dado que «las respuestas puntuales no funcionan» y la política migratoria que se ha adoptado hasta ese momento no ha sido la adecuada para resolver la situación migratoria puesto que: «Ningún Estado miembro puede resolver eficazmente el problema por sí solo. Está claro que se necesita un nuevo enfoque más europeo». La solución que se propone es la de introducir lo que se define como «medidas de fondo y una política común clara y coherente», como refleja la propia Agenda.

La Agenda Europea se aprueba el 13 de mayo de 2015 en medio de una crisis migratoria sin precedentes desde la creación de la Unión Europea. Ello tiene un reflejo claro en la forma en que se articulan las medidas propuestas en la Agenda de Migración y que tiene dos partes fundamentales. En primer lugar, una acción inmediata que pretendía servir de solución a la tragedia que se vivía en el Mediterráneo y en segundo lugar puntualizar cuáles serán los pilares de actuación de la política europea de migración y que se asentaría en cuatro objetivos con la finalidad de mejorar la gestión de la migración.

Algunos autores han criticado la lentitud en la adopción de estas medidas en el año y medio que lleva en vigor y la diferente acogida que los objetivos de la Agenda han tenido en los distintos países, que una vez más demuestra el problema de gobernanza de la unión y las dificultades de coordinación cuando la competencia es de los Estados<sup>68</sup>. La crisis de gobernanza que ha atravesado la Unión Europea por la incapacidad para hacer efectivas esas medidas, ha tenido uno de los efectos más inesperados en el Brexit. Quienes se mostraban a favor de la salida de Europa, encontraron en la deficiente gestión de la crisis migratoria una de las razones fundamentales para justificar su apuesta de apartarse de la Unión Europea<sup>69</sup>.

---

67. Vid. BAULOZ, C.: «La compatibilit  d'une double procédure d'asile avec le droit de l'Union européenne: commentaire de l'arrent H.N. de la Cour de Justice de l'Union européenne», *ASYL*, N.  29, 2014, p. 31. Se explica la compatibilidad entre la regulación de los Estados y de la Unión Europea en la materia comentando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-604/12, H.C. c. Ministerio de justicia de Irlanda de 8 de mayo de 2014.

68. Vid. CANO LINARES, M.A.: «Asilo y Refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo Común de Asilo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N.  41, 2016, p. 209 a 234. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «La Agenda Europea de migración se despliega muy lentamente», la *Ley Unión Europea*, N.  29, 2015, p. 4.; Ripol Carulla, S.: La agenda europea de migración, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 114, N. 3, 2015, p. 585 a 609.

69. Vid. BLINDER, S.: *Public Opinion toward Immigration: overall Attitudes and level of concern*, The migration Observatory, University of Oxford, 2015.

No obstante, la aprobación de la Agenda se ha materializado en aspectos importantes que veremos a continuación y que han afectado a las competencias de los Estados. La mayor parte de las medidas aprobadas sin la oposición de los Estados han sido las que tenían como objetivo proteger las fronteras, acabar con la migración irregular y garantizar la seguridad. Sí han encontrado oposición por parte de los Estados las decisiones de la Unión que garantizaban los derechos de los solicitantes de refugio. En estos casos se ha acudido al Tribunal de Justicia para intentar frenar o para diferir la implementación. También se ha dilatado el cumplimiento efectivo de las decisiones de Europa o se han ejecutado sólo en parte. A los Estados les cuesta ceder soberanía en materia de asilo pese a ser ésta la única alternativa para solucionar un problema que necesita ser abordado en común y desde la solidaridad. La negativa a aceptar este tipo de soluciones pone en claro riesgo la tradición de acogida y asilo de Europa.

## 2. MEDIDAS URGENTES: REFUERZO DE LA COORDINACIÓN DE LA VIGILANCIA Y RESCATE EN FRONTERAS EXTERIORES Y DE LA AGENCIA FRONTEX. REUBICACIÓN: INCREMENTO DE SOLICITUDES DE ASILO EN TODOS LOS PAÍSES

Se establecen unas medidas de acción inmediata que tuvieron como efecto directo intentar reforzar la coordinación de actuaciones para la protección de fronteras exteriores y ayudar al rescate de migrantes en el mar. La Agencia FRONTEX era la encargada de coordinar el apoyo operativo. Los problemas fundamentales que ha tenido la Agencia han sido la fallida ejecución de las medidas sobre el terreno. Las actuaciones se dificultaban en alta mar y junto a aguas jurisdiccionales de terceros Estados lo que hace más difícil cumplir con sus objetivos de disminuir el número de víctimas y la trata de seres humanos<sup>70</sup>. Para mejorar los resultados se ha incrementado la financiación de las operaciones conjuntas Tritón y Poseidón bajo su coordinación. También se reforzaron las operaciones conjuntas para intentar localizar y perseguir a las redes delictivas dedicadas al tráfico de migrantes en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa con la colaboración de FRONTEX y EUROPOL.

Estas medidas de apoyo en el mar responden a la llegada masiva de inmigrantes por el Mediterráneo y que se incrementó en el año 2015 con cerca de 670.000 ingresos de personas y más de 800 muertos en la travesía. La apuesta de la Unión ha sido el control de fronteras por mar con el fin de reforzar el rescate y la vigilancia marítima y disuadir a los traficantes de personas de utilizar el mar como acceso a los países de la Unión. Los problemas legales que ello plantea parecen haberse resuelto con éxito en la aprobación del Reglamento 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de Guardia Europea de Fronteras y Costas.

Debe mencionarse que el aumento del control en los accesos a la Unión puede poner en peligro la protección de los derechos fundamentales de los migrantes que realmente

---

70. Vid. SANTOS VARA, J. y RODRIGUEZ SÁNCHEZ-TAVERNERO, S.: «In Deep Water: Towards a Greater Commitment for Human Rights in Sea Operations Coordinated by FRONTEX?» *European Journal of migration law*. Vol. 18, 2016, p. 65 a 87.

necesitan protección mediante el sistema de asilo. Estos controles pueden dificultar aún más su situación pues muchas personas no llegan a hacer efectiva su solicitud de asilo. Sobre esta cuestión es interesante el trabajo realizado por los autores Aas y Gundhus que describen bien las tensiones que genera el refuerzo del control en derechos humanos y de los solicitantes de asilo<sup>71</sup>.

La implementación de estas decisiones también puede complicarse. Algunos países entienden que son una injerencia en las competencias de vigilancia costera de los Estados. Par evitar estos problemas se deben definir muy bien los límites de cada actuación y será complejo encontrar un equilibrio que garantice el respeto a las competencias de los Estados y permita actuaciones verdaderamente eficaces en el ámbito costero. Es imprescindible la voluntad favorable de los Estados en la coordinación y cooperación para implementar estas medidas de vigilancia de un modo eficaz. Las discrepancias sobre las formas de actuación se han ido resolviendo jurisprudencialmente. Ya existen algunas resoluciones en este sentido<sup>72</sup>.

En materia de asilo, en un periodo en que se incrementaron exponencialmente las solicitudes, se decidió apostar por un sistema de reubicación enmarcado en el artículo 78.3 del TFUE. El sistema pretende conseguir una participación equitativa y equilibrada de todos los Estados miembros. Este programa no se ha conseguido implementar aún. Con él se pretendía que, a cada Estado, en función de una serie de criterios (PIB, población, desempleo...) se le adjudicara una cantidad de solicitantes de protección. Ese Estado debía tramitar y resolver procedimientos de asilo conforme a unos criterios comunes. El principal problema para su aprobación se encuentra en que países como Austria, Hungría o Polonia se niegan a ceder soberanía en la materia y asumir un compromiso así. Se han visto forzados por la sentencia de septiembre de 2017 a asumir la reubicación por razones de urgencia y excepcionales provocadas por la crisis de refugiados sirios, pero se niegan a acordar una solución que les comprometa de forma permanente.

Los países sólo pueden negarse a la reubicación en caso de que haya motivos de orden público o que comprometan la seguridad nacional<sup>73</sup>. En el resto de los supuestos la solidaridad y el reparto equitativo priman sobre los derechos y la política de los propios Estados.

Este sistema de reubicación obligatoria ha sido criticado por haber mantenido en campos de refugiados a miles de personas por períodos superiores a un año dada la ineficiencia y falta de recursos que imposibilitan la tramitación del gran volumen de solici-

---

71. Vid. AAS K.F. y GUNDHUS, O.I.: «Policing humanitarian borderlands: FRONTEX, human rights and the precariousness of live», *The British Journal of Criminology*, N. 55, Oxford, 2015, p. 1-18. RIJPM, J. y VERMEULEN, M.: «EUROSUR: saving lives or building borders?» *European Security*, N.º 24.3, ed. Routledge, 2015, p. 454 a 472.

72. Vid. MILTNER, B.: «The Mediterranean Migration: a Clash of titans' Obligations?», *The Bronwn Journal of World Affaris*, Vol. 22, n.º 476, 2015 p. 213 a 237.

73. Vid. DE CASTRO SÁNCHEZ, C.: «Security, Migrant flows, and Terrorism in the European Area of Freedom, Security and Justice», in *Radicalism and Terrorism in the 21th Century. Implications for Security* (Ed. Sroka, A.; Castro-Rial, F. & Torres R.), Peter Lang, 2016, pp. 231-246.

tudes concentradas en ciertos países de llegada. El sistema supone la exención temporal y limitada en la aplicación del reglamento de Dublín<sup>74</sup>.

El reglamento de Dublín III exige que las solicitudes de asilo se tramiten en el primer país de entrada. Para evitar la congestión en Grecia e Italia el criterio de determinación del Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de asilo se ha modificado como consecuencia de la crisis excepcional de refugiados. Si no se hubiera modificado el criterio Grecia e Italia deberían tramitar todas las solicitudes de asilo. Con la modificación las solicitudes se reparten entre todos los países de la Unión con el fin de liberar a estos dos países de la obligación de la tramitación y concesión de asilo a todos los refugiados.

Esta interpretación del reglamento de Dublín III, fue impugnada por Hungría, Polonia y Eslovaquia. El párrafo 333 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, aclara que:

«el sistema establecido por la Decisión impugnada se basa, al igual que el sistema establecido por el Reglamento Dublín III, en criterios objetivos y no en la preferencia del solicitante de protección internacional»<sup>75</sup>.

La Sentencia del Tribunal de Justicia también abre la opción de que se utilicen medidas nuevas y urgentes de gestión de las crisis migratorias. En la práctica estas medidas afectan de forma directa a la soberanía de los Estados para tomar decisiones en materia de asilo. La Unión Europea podrá actuar si las medidas «tienen por objeto garantizar el ejercicio efectivo, (...), del derecho fundamental de asilo».

La intervención de la Unión obligando a los Estados a la reubicación se hizo «con la finalidad de garantizar que su solicitud de asilo sea examinada en un plazo razonable», como así se recoge en el párrafo 342 de la Sentencia de 6 de septiembre ya reseñada. Se plantea en la propia sentencia un interrogante ¿qué sucede cuanto el objetivo para el que se aprobó la actuación no se cumple? ¿qué sucede si la Unión toma decisiones que invaden la competencia de los Estados y resultan finalmente ineficaces?

En el caso de la reubicación de los refugiados, la decisión que se recurrió y dio origen a la Sentencia, no ha conseguido su objetivo de examen de todas las solicitudes en un plazo razonable. ¿Se justifica en ese caso la intromisión en las competencias propias de los Estados? ¿no afecta esta actuación al principio de proporcionalidad que debe regir en las actuaciones de la Unión? La Sentencia en el párrafo 126 estima que la Unión no podía prever que las medidas adoptadas fueran ineficaces.

Además, dicha ineficacia se produjo, precisamente por el propio incumplimiento de los Estados miembros que recurrieron la Decisión que devino ineficaz. Era evidente, dice la sentencia, la situación de emergencia migratoria que justificó la adopción

74. Vid. MARTIN, J.: «Protecting human rights defenders at risk: Asylum and temporary international relocation», *The International Journal of Human Rights*, 2015, Vol.19 (7), p.935-960.

75. Sentencia Supranacional N.º C-643/15, C-647/15, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 06 de septiembre de 2017.

de medidas urgentes mediante la Decisión 2015/1523 de 14 de septiembre de 2015 que se recurrió y que se fundamentó en los datos estadísticos del año 2015 y en especial de los meses de julio y agosto recabados por FRONTEX y EASO. El Tribunal ha entendido que la reubicación se trató de una medida adecuada en relación con el objetivo que se tenía previsto conseguir, dado que se pretendía solucionar el déficit de capacidad de acogida y de tramitación de solicitudes de protección internacional de Grecia e Italia. Por tanto, la decisión se tomó siguiendo la corriente jurisprudencial del propio tribunal en este sentido<sup>76</sup>.

Para futuras actuaciones sería aconsejable buscar el apoyo de FRONTEX y la EASO y de sus funciones de coordinación. En este caso ambas podrían haber supervisado si los países cumplían con el envío de un número suficiente de funcionarios capaces de realizar una primera entrevista personal con garantías en los campos de refugiados y, así, cumplir con la obligación de tramitar en un plazo razonable las solicitudes de asilo que se les había asignado. El incumplimiento en el envío de esos funcionarios por parte de algunos Estados ha sido una de las causas de la falta de efectividad de la Decisión de la Unión de 2015 sobre reubicación.

En España las solicitantes de asilo han aumentado en los últimos años, pero no se han tramitado en el número que la Decisión recurrida exigía para nuestro país y que era de 14.931. Según el régimen de reubicación a España le correspondía garantizar la tramitación de 1941 solicitudes de migrantes procedentes de Italia, 6271 de Grecia y 6719 de Hungría<sup>77</sup>. El número real de solicitudes tramitadas en el año 2015 fueron de 14.881 en datos globales, es decir, teniendo en cuenta no sólo las correspondientes a la reubicación sino también aquellas que llegaron a nuestro país por otras vías. Este número supone solamente un uno por ciento las presentadas en toda Europa<sup>78</sup>.

Durante el año 2016 y el presente 2017, las solicitudes con respuesta positiva fueron en torno al 30%, la media europea está alrededor del 50%. Este porcentaje inferior en un 20% se debe a un exceso de declaraciones de inadmisibilidad y a un procedimiento que debe reforzar las garantías. El informe de la Defensora del Pueblo de 2016 apuntaba a las trabas procedimentales como responsables de dicho resultado<sup>79</sup>.

---

76. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 2016, Polonia/Parlamento y Consejo, C358/14, EU:C:2016:323, apartado 79.

77. Según acuerdo de 9 de septiembre de 2015 después de la entrada en vigor de la Agenda Europea de migración y como respuesta a la crisis de los refugiados. En ese acuerdo se da prioridad a la recepción de sirios, eritreos e iraquíes y se explica cómo se ha calculado el número de solicitudes que se deben tramitar en función de diferentes parámetros (población, PIB, tasa de desempleo... etc.).

78. Según el Ministerio del interior en España en 2015 se recibieron 14.881 solicitudes de asilo (5.724 de Siria y 3.420 de Ucrania), esta cifra supone el 1,2% de las solicitudes recibidas en toda Europa. Este porcentaje debería ser del 7%. De las solicitudes tramitadas solo terminaron en reconocimiento del estatus de refugiado al 31%. La media europea es del 51%.

79. Vid. Defensor del Pueblo: Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida, ed. Defensor del pueblo, Madrid, junio 2016. p. 4.

También confirman este dato las cifras de sentencias estimatorias del Tribunal Supremo en materia de asilo. Desde el año 2013 hasta el momento de publicación de este artículo se dictaron ciento treinta y seis sentencias en procedimientos de denegación de asilo de las cuales cuarenta y tres estimaron la pretensión del recurrente y le concedieron la protección. Por tanto, un tercio de las resoluciones fueron revisadas por el alto tribunal.

Diez y siete de esas Sentencias estimatorias se adoptaron revisando la denegación acordada porque no se tuvieron en cuenta las peculiaridades de tramitación de procedimientos para minorías y colectivos más vulnerables, en aplicación de los criterios de la Directiva de procedimiento común en materia de asilo de 2013. El Tribunal Supremo Español también está redefiniendo el contenido del Derecho de asilo, recalcando esa concepción del mismo como un derecho subjetivo tanto en el tradicional procedimiento de reconocimiento de asilo político como también en los casos de colectivos vulnerables<sup>80</sup>.

Por último, se debe destacar la necesidad de primar programas de desarrollo en países y regiones tanto de origen de la migración como de tránsito y en los países que el texto define como «Estados miembros situados en primera línea». Se debe incidir en que se refuercen las políticas de programas de desarrollo en los países de origen, especialmente en África<sup>81</sup>.

### 3. LOS CUATRO PILARES DE LA AGENDA EUROPEA DE MIGRACIÓN: IMPLICACIONES EN LA REGULACIÓN INTERNA DE LOS ESTADOS

El objetivo común es mejorar la gestión de la migración en toda la Unión Europea. Bajo esta declaración de intenciones se articulan cuatro medidas fundamentales que afectarán a la normativa interna de los países miembros. Se pretenden reducir los incentivos a la migración irregular; gestionar las fronteras exteriores fortaleciendo la vigilancia; una política sólida común de asilo y la migración legal.

1. El primero de los pilares pretendía poner freno a la migración irregular y a los incentivos que la promueven. Para ello se consideró esencial un refuerzo en las relaciones con ciertos países claves y con mayores problemas de migración: los que se encuentran en guerra civil, en los que hay persecución de partes de la población, los de elevados índices de pobreza y aquellos a los que más afecta el cambio climático. Esta cooperación se hará de dos formas: mediante la cooperación al desarrollo primando actuaciones en ello mediante medidas de fomento; y por otro lado utilizando la política exterior de la Unión. La ayuda de cooperación al desarrollo se prevé en un plan de 2014 a 2020 con

80. En materia de protección de colectivos de especial protección se dictaron las siguientes sentencias: STS 1957/2013, STS 3186/2013, STS 5269/2013, STS 6012/2013, STS 376/2014, STS 916/2014, STS 729/2014, STS 1257/2014, STS 1774/2014, STS 1456/2015, STS 523/2015, STS 5211/2015, STS 124/216, STS 1182/2016, STS 1064/2016 y STS 1182/2016.

81. Vid. SANTANA VEGA, D. M.: La lucha contra la trata de seres humanos desde la Unión Europea (de la Decisión marco 2002/629/JAI a la Directiva 2011/36/UE). Especial referencia al África occidental», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n. 28, 2011, p. 193 a 216.

una dotación presupuestaria de 96.800 millones de Euros para las regiones de África, Asia y Europa Oriental dado que son éstos los lugares de los que proceden la mayoría de los migrantes que llegan a Europa.

2. El segundo mecanismo de prevención ha supuesto la reforma de la legislación penal de muchos Estados. Se siguen centrando los esfuerzos en la lucha contra traficantes y tratantes. Para ello es esencial la cooperación que antes se ha visto con terceros países a la vez que se intensifique en los países de la unión la identificación, investigación captura y destrucción, congelación o decomisado de activos o la destrucción por ejemplo de las embarcaciones que utilizan para sus actividades delictivas. También se debe luchar contra el blanqueo de capitales proveniente de esta actividad.

Estas medidas pasan por una cooperación activa en las unidades de información financiera y delictiva incardinada dentro de la Agenda Europea de Seguridad y coordinada en buena medida por Europol y FRONTEX. Una de las funciones de los agentes de FRONTEX en los «hot spots», consiste precisamente en la identificación de las redes de trata de personas. Estas medidas también han tenido un reflejo directo en la legislación interna de los países. Para evitar las prácticas que venimos mencionando, ha sido necesario tomar medidas para reducir el empleo de personas que no tengan derecho a residir en la Unión Europea.

En la actualidad todos los Estados cuentan con funcionarios de enlace en materia de inmigración en terceros países. Su finalidad es la de facilitar las medidas adoptadas por la UE para combatir la inmigración irregular. Éstos se crearon mediante Reglamento CE n.º 377/2004 del Consejo, de 10 de febrero. Ahora además de aquellos delegados por cada país, habrá algunos funcionarios de enlace en materia de Migración que trabajarán en las Delegación de la Unión Europea en países clave. Allí se destinarán funcionarios de enlace europeos en materia de migración para analizar datos recogidos con autoridades locales y la sociedad civil. Estas medidas han sido aceptadas sin problemas por Estados.

3. Desincentivar al empleo de inmigrantes irregulares, con condiciones salariales precarias es otro de los objetivos en la reducción de incentivos a la trata de seres humanos. Supone continuar con medidas como las aplicadas en 2009 mediante la Directiva 2009/52/CE, de 18 de julio por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. En España esta cooperación ha comenzado a ser más efectiva con la aprobación de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social<sup>82</sup>. Esto ha llevado a aumentar las competencias de los inspectores de

---

82. Vid. GOERLICH PESET; J.M.: «Lucha contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social» *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N.º 19, 2015, págs. 149-160 JOVER RAMÍREZ, C.: «La incidencia de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, en la potestad sancionadora de la Administración en el Orden Social» *Actualidad laboral*, n.º 12, 2013, pág. 2; TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: «La Ley 13/2012 y la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social: antecedentes y contexto normativo», en *Civitas*, N.º 158, 2013, págs. 221-242.

trabajo y sus funciones además de aumentar las garantías del procedimiento sancionador y endurecer las sanciones principales, así como las accesorias.

Como mayores modificaciones podemos decir que se ampliaron los plazos de resolución de los procedimientos sancionadores a nueve meses y que se castiga la falta de colaboración con las autoridades que se considera falta leve. También se ha reforzado el papel de las sanciones accesorias con el fin de que actúe con carácter disuasorio (imposibilidad de acceso a actividades de fomento de la administración durante dos años o pérdida de bonificaciones). Estas medidas también han sido implementadas en los países de la unión sin excesivos reparos, otra cuestión es la eficacia de las mismas en la práctica y si en todos los países los inspectores de trabajo actúan para hacerlas cumplir<sup>83</sup>.

4. En consonancia con la anterior medida disuasoria para la emigración irregular se ha implementado un sistema de retorno común en la Unión. La propia Agenda da un dato preocupante: de todas las decisiones de retorno emitidas en el año 2013 en la Unión Europea solamente se aplicaron de forma efectiva el 39,2% de las mismas. Muchas de estas decisiones probablemente se recurrieran judicialmente por lo que el acto administrativo de retorno pudo estar suspendido y por ello la cifra de expulsiones efectivas se redujo. Pero otras no se pudieron ejecutar porque terceros países incumplen la obligación internacional de readmitir a sus nacionales<sup>84</sup>. La unión pretende reforzar la ayuda para forzar la readmisión trabajando en dos aspectos: por un lado, mediante programas como el proyecto piloto en materia de retorno con Pakistán y Bangladesh mediante acuerdos (2014); y estableciendo el retorno como política prioritaria para ayudar a los estados a ejecutar sus decisiones.

El retorno plantea grandes dificultades en la aplicación práctica a los países. Se debe respetar la Carta de los Derechos Fundamentales que otorga el derecho a la no devolución si la persona corre un grave riesgo (torturas, tratos inhumanos o degradantes). También es necesario un procedimiento de devolución con garantías y uniforme. Las decisiones de expulsión que incumplían esas garantías han supuesto la condena por implantación con defectos en el a la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, sobre retorno. Es el caso analizado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril de 2011 o la recaída en el asunto C-38/14, Zaizoune. González Saquero revela este difícil encaje procedimental entre el derecho al no retorno y la obligación de expulsión<sup>85</sup>.

83. Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Empleo irregular y Administración Laboral», *Temas Laborales*, N.º. 125, 214, p. 147 a 187.

84. Obligación internacional derivada del Acuerdo de Cotonú, en concreto el artículo 13 reconoce esta obligación.

85. GONZÁLEZ SAQUERO: P.: «La Directiva "retorno" y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros. Comentario a la Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11 PPU». *Revista española de Derecho del Trabajo*, ed. Civitas, N.º 152, 2011, pp. 1135 a 1152 y también en «La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva "Retorno"». (Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14, Zaizoune) Civitas. *Revista española de Derecho Europeo*, N.º. 55, 2015, pp. 133 a 158.

Una de las soluciones que se plantea vino de la mano de la aprobación de un Manual sobre el retorno con directrices comunes, mejoras y recomendaciones que faciliten la tarea. Publicado como anexo y resultado de las conclusiones del Grupo de trabajo que elaboró la Directiva sobre el retorno, el manual establece los supuestos en los que se deben dictar las detenciones de retorno, quienes deben ser los órganos competentes para imponerla, su relación con las normas de Dublín, así como los mecanismos de expulsión coordinada con FRONTEX, que es otro objetivo de la Agenda. También se abordan temas especialmente problemáticos como el retorno de menores no acompañados o las expulsiones en frontera.

La necesidad de articular un procedimiento con garantías para el retorno ha supuesto una modificación en la forma de actuar en los Estados no siempre bien recibida por éstos. El Tribunal de Justicia alerta de falta de garantías en el proceso de retorno y de devoluciones en caliente. Se debe seguir trabajando para hacer este proceso más efectivo y, al mismo tiempo, dotarlo de mayores garantías.

5. En materia de política migratoria la Unión Europea pretende apoyar procesos de migración legal. Destaca la iniciativa que pretende atraer talentos a la Unión mediante la posibilidad de acceso con la tarjeta azul, que también permite la movilidad entre países de la Unión y que apenas ha sido empleada por los Estados. Desde que se implementó sólo se han expedido 16.000 tarjetas azules<sup>86</sup>.

España apoyó la iniciativa desde un principio, pero no fue tan bien acogida por Alemania, Holanda o UK, este último país decidió no adoptar la Directiva. Pese a la oposición inicial, Alemania implementó en la normativa interna de migración el uso de este medio de acceso. En España se regula en el artículo 38 ter de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como en los artículos 84 a 93 del Reglamento que desarrolla la Ley aprobado por Real Decreto 557/2011 de 20 de abril.

Uno de los problemas fundamentales en la implementación de la tarjeta azul es la diversidad de requerimientos y la poca uniformidad ente Estados. El nivel de estudios exigido es diferente, la experiencia previa profesional (entre 3 y 5 años), o el requisito de recibir un salario mínimo anual en ese puesto hacen que la disparidad sea enorme entre unos y otros países, en este sentido puede verse el trabajo de Cerna<sup>87</sup>. La Agenda Europea de Migración pretende unificar todos estos criterios.

Otra de las medidas pretende modernizar la política de visados para estancias de corta duración. Por el momento el mayor avance se ha dado en materia de seguridad y

---

86. Aprobado mediante Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo sobre condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Vid. GÜMÜS, Y.K.: «EU Blue Card Scheme: The Right Step in the Right Direction?» *European Journal of Migration and Law*, 12, 2010, p. 435 a 453.

87. CERNA, L: «Understanding the diversity of EU migration policy in practice: the implementation of the Blue Card initiative», *Review of Policy Studies*, 2013Vol. 34, No. 2, Ed. Routledge, pp. 180 a 200.

control de fronteras. En 9 de marzo de 2016 se aprobó un Reglamento del Consejo y Parlamento sobre el Código de fronteras Schengen<sup>88</sup>. Se crea un sistema de entradas y salidas y en ese marco se aprobó el programa de Registro de Pasajeros, que ha provocado reacciones adversas en materia de protección de datos de carácter personal<sup>89</sup>. Por el momento existe una propuesta de modificación al reglamento, pero aún no ha habido avances mayores. Existen reticencias de los Estados ya que no quieren abandonar sus decisiones bilaterales en materia de expedición de visados. De nuevo la soberanía de los Estados eclipsa la política de la Unión.

La Agenda retoma otra vez un tema que fue dejado en segundo plano en la política de migración, más centrada en la seguridad en los últimos años: la integración de los inmigrantes. El Fondo de Asilo, Migración e Integración se destina a iniciativas para mejorar competencias profesionales, lingüísticas, acceso al mercado laboral y educación inclusiva, campañas de concienciación y otras actuaciones que también encuentran ayuda por parte de los fondos FEDER y el Fondo Social Europeo. Sin duda estas medidas de fomento de inclusión para refugiados, solicitantes de asilo y niños son de vital importancia para la inclusión social de estos grupos de recién llegados.

Las políticas de fomento en materia migratoria y de asilo no generan el rechazo de los Estados y confirman el papel esencial que la Unión Europea debe adoptar en la conservación de la tradición de acogida y refugio de Europa.

6. Crear una política común de asilo sólida es otra de las medidas por las que apuesta la Agenda Europea de Migración.

En lo que se refiere al asilo la Agenda hace mención a las 600.000 solicitudes de asilo recibidas en la Unión Europea en el año 2014, que se incrementó con una cifra récord en 2015: 1.255.600 solicitudes según datos del Eurostat<sup>90</sup>. Merece la pena transcribir el análisis que la propia Agenda hace de la política migratoria:

La UE necesita un sistema claro para acoger en su territorio a los solicitantes de asilo. En 2014, se registraron en la UE 600 000 solicitudes de asilo, una cifra récord. Todas estas solicitudes han de examinarse y debe concederse protección a quienes cumplan las condiciones requeridas. Una de las deficiencias de la actual política de asilo es la falta de confianza entre los Estados miembros, principalmente como consecuencia de la fragmentación persistente del sistema de asilo. Esta situación tiene una incidencia directa en el comportamiento de los solicitantes de asilo, que tratan de presentar múltiples solicitudes, pero también en la opinión pública europea: hace cundir el sentimiento de que el actual sistema es fundamentalmente

88. Reglamento (UE) 2016/399, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece el Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen).

89. GARCÍA ROMERO, S.: *Nuevo marco jurídico Europeo: novedades conocidas y otras no tan conocidas*, Diario la Ley, N.º 8690, 2016, p. 155 a 204.

90. Eurostat 44/2016, 4 de marzo. De los cuales 362.800 eran sirios, 178.200 afganos y 121.500 iraquíes.

injusto. Pero la UE dispone de normas comunes que ya deberían sentar las bases de una confianza mutua. Su desarrollo imprimirá un nuevo impulso.

Existe gran disparidad entre los diferentes países en el sistema y procedimiento de asilo. Los países con procedimientos más garantistas provocan un efecto llamada en la presentación de solicitudes por tener más posibilidades de ser admitidas. En aquellos países en los que los expedientes suelen terminar con la inadmisión de la solicitud o la denegación de la misma el número de solicitudes desciende.

Como consecuencia de estos factores, en el año 2015 Suecia recibió un 12,4% del total de solicitudes de asilo y Alemania un 35,2% de solicitudes. Un número en este último caso superior a las recibidas por Hungría que por razones geográficas y por ser lugar de recepción de inmigrantes tuvo un 13,9% de solicitudes del total de la UE. En cambio, España tuvo un 1,2% (por delante de la República Checa, Estonia, Irlanda, Grecia, Croacia, Chipre, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Portugal Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia).

Por tanto, trabajar en un sistema claro, uniforme y coherente de asilo y unificar el procedimiento es la única solución para equilibrar el reparto de solicitudes. Se debe buscar un reparto uniforme de responsabilidades entre Estados. Las reformas de los próximos años obligarán a revisar el sistema jurídico de Dublín. Éste que tuvo sentido en un momento diferente al actual. El objetivo es claro, pero en la práctica se enfrenta a la negativa de algunos Estados a aplicar las medidas por el coste político interno que esto pueda causar. En algunos casos no quieren renunciar a una concepción del derecho de asilo propia del siglo pasado, en el que se consideraba un derecho de los Estados, más que un derecho subjetivo.

La Directiva 2013/32/UE, de 26 de julio de 2013, sobre procedimientos comunes de asilo para la concesión o retirada de la protección internacional funciona como texto refundido y unificador en materia de procedimiento de asilo. La norma trata del procedimiento, su apelación o recursos, la tramitación, así como el tipo de ayuda que recibirá el solicitante. Seguir avanzando en este sentido aprobando la propuesta de reglamento de procedimiento común es la única forma de evitar el colapso y enquistamiento de la crisis de los refugiados. En este sentido España debería modificar la Ley de asilo, en aras de un procedimiento con más garantías y que permita reducir el elevado número de inadmisibilidades que existen en la actualidad. Esta situación provoca un efecto disuasorio en las solicitudes de asilo, poniendo en peligro las intenciones de la Agenda Europea de Migración y alejándose del principio de solidaridad que debe estar presente en estas relaciones.

Para aplicar la Agenda de Asilo ha sido importante la articulación de procedimientos de infracción. La competencia para adoptar los procedimientos es otorgada a la Comisión Europea. El 23 de septiembre de 2015 la Comisión adoptó 40 decisiones sobre riesgo real o potencial de falta de implementación de la normativa europea de asilo. De esos procedimientos 8 terminaron en decisiones de infracción por parte de la Comisión<sup>91</sup>.

---

91. Vid. IP/15/6228: infracciones de Grecia, Croacia, Italia, Malta Hungría ante la falta de implementación de distintas normas. En Febrero de 2016 la Comisión siguió actuando sobre nueve

La labor disuasoria de estos procedimientos es clara, pero también tendrá efectos importantes la publicación de resultados que se encarga a la EASO. Encuadrada en la transparencia administrativa y la comparación de datos recabados sus publicaciones anuales en materia de implementación y la coordinación pueden ser un buen revulsivo para que los países mejoren los resultados y su actuación común y coordinada, lo que mejorará sin duda la seguridad jurídica en los procesos de asilo.

Sobre la importancia de la actuación coordinada entre países, deben resaltarse también las competencias que la EASO ejerce en materia de cooperación. Entre sus funciones se encuentra la de facilitar información sobre los países de origen de las solicitudes de asilo. Se encargará de estudiar la situación de los países desde los que los solicitantes reclaman asilo, los grupos que son objeto de riesgo en cada país y las consecuencias supondrá un avance esencial hacia el tratamiento uniforme de las solicitudes por parte de cada uno de los países. Los informes de la agencia serán muy importantes para motivar la entrada de ciertos países en la lista común de países de origen seguro<sup>92</sup>.

También la Agencia ayudará en las labores de colaboración para aplicar las últimas reformas del sistema de Dublín en lo referente a la reducción de retrasos en la tramitación además de aplicar el sistema de reagrupación familiar de modo coherente con el fin «...de liberar la presión sobre los Estados miembros situados en primera línea», según se recoge en la propia carta.

Por último, se requiere un sistema de recogida de huellas dactilares de los migrantes para evitar duplicidades de registros y que ha sido recibido con diferentes puntos de vista por los expertos, algunos muy críticos con el sistema<sup>93</sup>. Si bien es cierto que es esencial la utilización de medios de identificación para poder tener una política de asilo organizada y coordinada<sup>94</sup>.

El problema fundamental para la aplicación de la Agenda y de las medidas de la Unión estriba en el reparto competencial en esta materia. Al implementar las medidas los Estados lo hacen teniendo en cuenta principios diferentes a la solidaridad. La única solución es una actuación de la Unión más homogénea porque de forma aislada no se puede frenar la crisis de los refugiados<sup>95</sup>.

---

procedimientos de infracción en 2016 contra Alemania, Estonia Eslovenia, Grecia, Francia, Italia y Letonia.

92. Vid. apartado 2.4 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de reglamento de elaboración de una lista común DE 10 de diciembre de 2015 (REX/457) Ponente José Antonio Moreno Díaz. Sobre el abuso en las solicitudes la agenda dice que el 55% de las solicitudes terminan con resolución negativa.

93. BENAM, Ç.H.: «Emergence of a «Big Brother» in Europe: border control and securitization of migration», *Insight Turkey*, No. 13.3, 2011, p. 191 a 207.

94. Vid. Informe elaborado por el Punto de Contacto Nacional de España de la red Europea de Migración, VVAA. Determinación de la identidad en la Protección internacional: desafíos y prácticas. España. Ed. EMN, Red Europea de Migración, Comisión Europea, 2012.

95. HAMPSHIRE, J.: «Speaking with one voice? The European Union's global approach to migration and mobility and the limits of international migration cooperation», *Journal of Ethnic and Migration studies*, N.º 42, 2016, p. 571 a 586.

Será importante analizar el impacto que las sanciones por incumplimiento causan en los Estados para evaluar los efectos de las medidas y si éstos prefieren la sanción al riesgo político interno que podría suponer la adaptación de las nuevas directrices de la Unión. Además, la labor coordinada en ciertas medidas plantea dificultades en el ámbito internacional lo que dificulta cumplir con los objetivos, debido a los diferentes intereses internacionales de los países.

## VI. CONCLUSIONES Y FUTURAS MEDIDAS

Las medidas aprobadas en los últimos años por la Unión Europea en materia de migración sin la oposición de los Estados han sido las que tenían como objetivo proteger las fronteras, acabar con la migración irregular y garantizar la seguridad.

Sí han encontrado oposición por parte de los Estados las decisiones de la Unión que garantizaban los derechos de los solicitantes de refugio. En estos casos se ha acudido al Tribunal de Justicia para intentar frenar su implementación o para diferirla.

También se ha dilatado el cumplimiento efectivo de las decisiones de Europa o se los compromisos se han ejecutado sólo en parte. A los Estados les cuesta ceder soberanía en materia de asilo pese a ser ésta la única alternativa para solucionar un problema que necesita ser abordado en común y desde la solidaridad. La negativa a aceptar este tipo de soluciones pone en claro riesgo la tradición de acogida y asilo de Europa.

La finalidad de las reformas ha pretendido evitar la distribución desigual de las solicitudes de asilo entre los diferentes Estados de la Unión Europea. Este es el objetivo de la nueva regulación europea. Para ello es necesario cambiar la forma en que se tramitan los procedimientos de asilo. La tramitación debe ser celer, con garantías, con unos criterios reglados que protejan y den seguridad al solicitante.

Teniendo en cuenta la concepción tradicional del derecho de asilo el procedimiento debería ser regulado en la esfera nacional, pero si se tiene en consideración el gran impacto que tiene en la protección de derechos fundamentales y en el interés común europeo la regulación debe salir del tradicional control soberano de cada país para someterse a unos estándares comunes y uniformes de carácter vinculante

Las políticas de fomento en materia migratoria y de asilo no generan el rechazo de los Estados y confirman el papel esencial que la Unión Europea debe adoptar en la conservación de la tradición de acogida y refugio de Europa.

Los diferentes tipos de procedimiento que emplean los países genera divergencias en los plazos de tramitación; también en el reconocimiento de facto de los derechos de los solicitantes. Esta situación provoca la huida de ciertos países y la preferencia por parte de los solicitantes de conseguir que se tramite en aquellos lugares en los que el procedimiento es más largo, por ejemplo, si no tienen claro que cumplen las condiciones para obtener la protección.

Las condiciones de acogida que reciben los solicitantes en cada país son distintas: en algunos son retenidos en centros de los que no pueden salir, en otros lugares no ven

mermada su libertad deambulatoria. En unos países reciben ayuda económica y hay desigualdades en cuanto a la cuantía de la misma, lo que provoca un efecto llamada sobre los países que garantizan mejores condiciones.

Los porcentajes de reconocimiento también provocan un efecto llamada hacia países que son más favorables a terminar las solicitudes con una resolución positiva. Por el contrario, los solicitantes prefieren no tramitar peticiones en países con índices bajos de resoluciones que conceden el asilo o que tienen un alto porcentaje de inadmisibilidades de las solicitudes que llevan directamente a inadmitirlas sin entrar en el fondo del asunto.

Por tanto, reforzar la solidaridad entre los diferentes Estados es uno de los objetivos esenciales en las políticas futuras en materia de migración y asilo en la Unión Europea. Para ello se parte de una posición en la que ya existe un procedimiento común de asilo con ciertos estándares que deben cumplir todos los países en la tramitación, un sistema que determina el Estado miembro que es responsable de la tramitación de las solicitudes (corregido por la decisión de 2015 sobre reubicación para los solicitantes de Grecia e Italia), y ciertas garantías en cuanto a las condiciones de acogida y beneficios de la protección.

Esta apuesta por la solidaridad y el refuerzo del derecho de asilo como un derecho subjetivo es también resultado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que condena prácticas insolidarias, como así lo ha hecho en su pronunciamiento a través de la reciente sentencia de 6 de septiembre de 2017. Los países sólo pueden negarse a la reubicación en caso de que haya motivos de orden público o que comprometan la seguridad nacional. En el resto de los supuestos la solidaridad y el reparto equitativo priman sobre los derechos y la política de los propios Estados.

La reubicación que pretendía garantizar el examen de las solicitudes en un tiempo razonable no ha funcionado por la oposición de algunos Estados. Tal vez la única opción venga de la mano de los procedimientos de sanción que puedan abrirse en estos supuestos. El reglamento que lo haría posible, así como la creación de un programa permanente de distribución de solicitudes sigue sin aprobarse por que los Estados temen que se desdibuje aún más su competencia en materia de asilo.

La única opción para solucionar la crisis de los refugiados, pese a esa oposición, pasa por dar una respuesta común que conserve la tradición de refugio y acogida que siempre caracterizó a la Unión Europea. Para ello se debe seguir desdibujando la competencia de los Estados en materia migratoria y de asilo. Sólo una política común puede solucionar la crisis migratoria de una Europa en la que ya no existen fronteras interiores.