

Capítulo segundo

Política europea de inmigración y asilo

Carmen Pérez González

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Carlos III de Madrid*

Resumen

El propósito de este capítulo es analizar de qué modo se ha ido desarrollando, en el marco de la Unión Europea, una política común de inmigración y asilo. Se examinarán, para ello, las razones que llevaron a los Estados miembros a incorporar al Derecho originario una competencia en esas materias, su evolución, sus principales elementos y los principales resultados materiales alcanzados. Asimismo, el capítulo pretende dar cuenta de las insuficiencias de dicha acción común, que han quedado definitivamente en evidencia como consecuencia de la gestión que la Organización y sus Estados miembros han hecho de la crisis de los refugiados sirios. El trabajo se cierra con algunas conclusiones.

Palabras clave

Política común, migración, sistema europeo común de asilo, Unión Europea, lucha contra la inmigración irregular, migración económica.

Abstract

This work aims to analyze the development of the European Union common policies on migration and asylum. For this purpose, this study will examine the reasons behind Member States decision to incorporate into primary Eu-

ropean Union law a competence on this matters, its political and legal evolution, its main elements and the main achievements. Additionally, this chapter will focus on the shortages of this common action that the management of the Syrian refugee crisis had made definitely clear. The last part of the work contains author's conclusions.

Keywords

Common policy, migration, European Common Asylum System, European Union, fight against irregular migration, economic migration.

Cuestiones introductorias

La gestión eficaz de los movimientos migratorios a través de las fronteras constituye una preocupación para la mayoría de los Estados de la Comunidad Internacional y, por esa razón, está presente en sus agendas políticas y en la de un buen número de Organizaciones Internacionales desde hace algunas décadas. Desde un punto de visto jurídico, debe comenzar por ponerse de manifiesto que, en el estado actual del Derecho internacional público, la decisión relativa a las condiciones en la que los extranjeros pueden entrar y permanecer en el territorio de un Estado o, en su caso, salir de él, sigue correspondiendo en lo fundamental a cada Estado. Parece haber un consenso evidente en torno a la idea de que estamos ante una facultad que aquellos consideran integrante del núcleo duro de competencias soberanas. A pesar de ello, la necesidad de gestionar en común un fenómeno que tiene por definición elementos transnacionales y que exigiría por ello la concertación de voluntades respecto de los objetivos a perseguir y de las vías, políticas y jurídicas, para lograrlos, ha impulsado a los Estados a buscar fórmulas de cooperación internacional. De este modo, el Derecho internacional le ha ido ganando terreno a la resistencia de los Estados a ceder el ejercicio de aquella competencia soberana. No debe desdeñarse, además, el papel que juega el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) en este ámbito. Los migrantes son concebidos por este sector del ordenamiento jurídico internacional como un colectivo vulnerable y trata por ello de imponer a los Estados obligaciones específicas de protección.

En el ámbito de la actual Unión Europea (en adelante, UE), esa necesidad de cooperación se hizo patente en los primeros momentos de la conformación del proceso de integración. Sin embargo, su traslación jurídica a los Tratados y al Derecho derivado no fue inmediata y ha sido paulatina. Y ello porque, pese a la homogeneidad aparente de intereses entre Estados que son, sobre todo, países de acogida de migrantes y refugiados, y que, en consecuencia, se enfrentan al fenómeno desde una misma perspectiva, no siempre los miembros de esta Organización han sabido anteponer la necesidad de avanzar en este ámbito a la necesaria cesión de competencias que dicho avance requería. Una vez constatada la incapacidad de proporcionar, en solitario, respuestas eficaces a cuestiones como la lucha contra la inmigración irregular o el creciente número de peticiones de protección internacional, los Estados de la UE intentan desde hace un buen número de años el diseño y la implementación común de una política de inmigración y asilo¹.

¹ La bibliografía académica es, en este ámbito, ingente. Sin ánimo de exhaustividad, puede citarse la siguiente: AJA FERNÁNDEZ, Eliseo y DIEZ BUESO, Laura (coord.), «La regulación de la inmigración en Europa», Fundación la Caixa, Barcelona, 2004; DE BRUYCKER, Philippe, «L'émergence d'une politique européenne d'immigration», Bruylant, Bruselas, 2003; GUILD,

El objeto del presente trabajo es el análisis de esa política. Vamos a examinar, con ese propósito, sus antecedentes, su formulación en los tratados y los desarrollos sustantivos que se han dado a partir de ella. Dicha regulación común no opera, ni debe operar, en el vacío. La UE está sujeta a las obligaciones internacionales que el Derecho internacional, de los refugiados y de las migraciones, impone. De ese marco nos ocuparemos en primer lugar. Es necesario aclarar, antes de pasar a este análisis, que la política común no alcanza en la misma medida a todos los Estados miembros. Aún hoy, no todos ellos participan en pie de igualdad con los demás en estas materias. Esta «participación asimétrica»² de los Estados miembros ha sido, en efecto, una constante en este ámbito. En la actualidad, el alcance de esta asimetría se regula en los Protocolos anejos al Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE)³ número 10, sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la UE; número 20, sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) al Reino Unido e Irlanda; número 21, sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia⁴ y número 22, sobre la posición de Dinamarca.

Un marco jurídico internacional para la movilidad humana: Las obligaciones impuestas por el Derecho internacional de los refugiados y el Derecho internacional de las migraciones

Ya se ha avanzado en la introducción de este trabajo que el Derecho internacional únicamente ha sido capaz de aproximarse de un modo parcial al

Elspeeth y MINDERHOUD, Paul (eds.), «The First Decade of EU Migration and Asylum Law», Nijhoff, La Haya, 2012; HAILBRONNER, Kay, «Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union», Kluwer Law International, La Haya, 2000; MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (dir.), «Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio», Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003 y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, «La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», Colex, Madrid, 2002.

² LIÑÁN NOGUERAS, Diego Javier, «El espacio de libertad, seguridad y justicia», en MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego Javier, «Instituciones y Derecho de la Unión Europea», segunda edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 704.

³ Todos ellos publicados en el Diario Oficial, Serie C, número 115, de 9 de mayo de 2008.

⁴ No puede dejar de hacerse una referencia, necesariamente somera, al peso que las obligaciones que incumben al Reino Unido en relación con la libre circulación de trabajadores y la protección de los refugiados en virtud del Derecho de la UE ha tenido en la decisión de este Estado miembro de abandonar la Organización. Una vez decidida en referéndum la salida el 24 de junio de 2016, se ha activado el mecanismo previsto en el artículo 50 del TUE. Este artículo contempla la posibilidad de que un Estado miembro se retire voluntaria y unilateralmente de la UE y establece que el Estado que quiera retirarse deberá notificar dicha intención al Consejo Europeo. Esta Institución proporcionará las directrices para la celebración del acuerdo que establezca las disposiciones necesarias para la retirada. Será ese acuerdo, por tanto, el que definitivamente fijará de qué modo quedan establecidas las obligaciones del desde ese momento tercer Estado en estos ámbitos.

fenómeno de la movilidad humana y, como consecuencia de ello, contamos con un marco jurídico internacional⁵ aun escasamente desarrollado y, en general, superado por la realidad de las migraciones internacionales⁶. Se trata, en efecto, de un marco jurídico internacional fragmentado, que no cumple adecuadamente con los objetivos que se propone y que aporta poca seguridad jurídica al migrante⁷.

En lo que hace, en primer lugar, a la regulación de las migraciones por motivos económicos o laborales, es patente la ausencia de un marco normativo de alcance universal que establezca procedimientos comunes a partir de los cuales incorporar al mercado laboral de un Estado aquellos trabajadores que deben ser «importados» porque, por la razón que fuese, no es posible satisfacer la demanda con la oferta de mano de obra presente en el país. Lo cierto es que los Estados tienen a limitar el acceso a su mercado de trabajo, para un individuo que no es nacional del mismo, condicionándolo, por ejemplo, a la existencia de necesidades laborales previamente detectadas. Los procedimientos diseñados con este fin están previstos, bien en Derecho interno, bien en instrumentos internacionales de carácter fundamentalmente bilateral. Este es el primer sentido de la fragmentación a la que me he referido⁸.

⁵ Vid. en el mismo sentido, ALEINIKOFF, Thomas Alexander, «International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture», en CHELOWINSKI, Ryszard Ignacy (*et alii*)m «International Migration Law», Asser Press, La Haya, 2007, pp. 467-479.

⁶ Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que si bien el derecho a salir de cualquier país, incluido el propio, y a buscar protección internacional se han incorporado a un buen número de instrumentos internacionales, ese reconocimiento no se ha visto acompañado de la imposición a los Estados de la obligación de aceptar en su territorio a todos los migrantes. En cuanto a la obligación de proporcionar protección internacional, sí contamos con algunas obligaciones claramente previstas por el Derecho internacional, en particular las que se derivan del principio de no devolución. Aun así, los Estados siguen contando con un importante margen de maniobra a la hora de poner en marcha las medidas y normas necesarias para el cumplimiento de esas obligaciones.

⁷ GHOSH, Bimal (ed.), «Managing Migration. Time for a New International Order?», Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 1.

⁸ España ha celebrado acuerdos bilaterales en materia de regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales con Colombia (2001), Ecuador (2001), la República Dominicana (2001), Marruecos (2001), Mauritania (2007) y Ucrania (2009). Cabe apuntar, finalmente, que determinados acuerdos internacionales, denominados de cooperación en materia migratoria –o de segunda generación– contienen disposiciones relativas a la admisión de trabajadores. Son los firmados en 2006 con Cabo Verde, Guinea Conakry y Gambia, en 2007 con Malí y en 2008 con Guinea Bissau y Níger. Todos ellos consideran «trabajador migratorio» a aquellos nacionales de una de las Partes que hayan sido debidamente autorizados para ejercer una actividad laboral en el territorio de la otra Parte. Por tanto, se vincula la condición de trabajador migrante a la autorización administrativa previa en España y, en definitiva, a la detección de una necesidad laboral concreta. Todos los instrumentos citados aquí están disponibles en la siguiente dirección electrónica: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/internacional/marco_cooperacion/index.html. Fecha de la consulta 01.07.2017.

De otra parte, y todavía en el ámbito de las migraciones económicas, debemos preguntarnos cuál es el estatuto jurídico del que los trabajadores migrantes gozan en el Estado de acogida y en qué medida el Derecho internacional se ha ocupado de esta cuestión. Este estatuto está configurado, además de por lo que dispongan al respecto los Derechos internos, por el Derecho internacional. Los instrumentos convencionales relevantes en este sentido son de carácter multilateral y la fragmentación se debe en este caso al bajo número de ratificaciones con que cuentan, especialmente entre los países de destino de los trabajadores migrantes. Encontramos ejemplos en este sentido en el seno de diversas Organizaciones Internacionales.

En el plano universal, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha servido de marco para la adopción de un conjunto de resoluciones (no vinculantes) y de Convenios en la materia⁹. Estos últimos no han logrado aún, sin embargo, un número de ratificaciones que quepa considerar satisfactorio. Creo que puede afirmarse, en el caso de los países de acogida, que estos se resisten a reconocer mediante la ratificación de Tratados internacionales derechos a los trabajadores migrantes, especialmente si estos se encuentran en su territorio en situación administrativa irregular.

Esta es, creo, la razón del bajo número de ratificaciones provenientes de países de acogida que ha logrado la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990¹⁰. No la ha ratificado, por ejemplo, ningún Estado miembro de la UE. La misma se aplicará, una vez ratificada, a todos los trabajadores migrantes en el sentido definido en su artículo 2.1¹¹. Además, y tal y como determina el artículo 1.2, las disposiciones de la Convención se aplicarán al trabajador migrante (y a sus familiares) «durante todo el proceso de migración (...) que comprende la preparación para la migración, la partida y el tránsito y todo el periodo de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual». La Convención prevé, además, un importante

⁹ Todos ellos disponibles en la siguiente dirección electrónica: http://www.ilo.org/global/Themes/Labour_migration/lang--es/index.htm. Fecha de la consulta 01.07.2017.

¹⁰ Tanto la Convención como el estado de las ratificaciones están disponibles en el siguiente enlace: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm>. Fecha de la consulta 01.07.2017. Un análisis de la Convención puede verse en: KARIYAWASAM, Pradad, «La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (coord.), «Un mundo sin desarraigo. El Derecho Internacional de las Migraciones», Los Libros de la Catarata, Madrid, 2006, pp. 16 y ss.

¹¹ Este artículo establece que «se entenderá por «trabajador migratorio» toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no es nacional». La cursiva es mía.

conjunto de derechos que deberá garantizarse a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que estén bajo la jurisdicción de un Estado parte, con independencia de su estatus migratorio.

El Consejo de Europa fue la primera Organización Internacional que, en este continente, trató de que sus Estados parte cooperasen en la formulación de un marco común relativo a los derechos de los trabajadores migrantes¹². El resultado de ese esfuerzo es el Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico de los trabajadores migrantes. El Convenio se abrió a la firma el 24 de noviembre de 1977 y entró en vigor, después de que recibiese las cinco ratificaciones que exigía el artículo 34.2, el 1 de mayo de 1983. Únicamente 11 Estados miembros del Consejo de Europa son parte en el mismo. El artículo primero del Convenio define «trabajador migratorio» como todo nacional de un Estado parte que haya sido autorizado por otro Estado parte a residir en su territorio con el objeto de desempeñar un trabajo remunerado. Por tanto, el Convenio se aplica únicamente «entre nacionales de Estados parte». Si tenemos en cuenta, de un lado, el escaso número de ratificaciones y, de otro, que siete de los Estados parte son miembros de la UE —lo que implica la aplicación a sus nacionales del régimen que se deriva de la libre circulación de trabajadores—, no puede sino concluirse que el alcance jurídico de este Convenio es ciertamente limitado.

El Derecho internacional de las migraciones es, por tanto, en algún sentido, un Derecho fragmentado¹³. En primer lugar, porque los Estados optan de forma recurrente por la adopción de acuerdos bilaterales cuando se trata de ordenar la llegada y estancia de la mano de obra extranjera. Esto ha generado un marco normativo conformado por un haz de relaciones jurídicas que aportan poco a la definición de un régimen potencialmente universal en este ámbito. En segundo lugar, porque los tratados multilaterales adoptados en el seno de organizaciones como Naciones Unidas, la OIT o el Consejo de Europa, que dotan de un estatuto jurídico propio a los migrantes que residen —legal o, incluso, ilegalmente— en el Estado parte en el tratado, han logrado un bajo número de ratificaciones. Además, la cuestión de la determinación del número de trabajadores y de las condiciones que han de darse para que se considere oportuna y «legal» su incorporación a los mercados laborales nacionales sigue siendo una cuestión que los Estados de la Comunidad Internacional consideran de su exclusiva competencia¹⁴. De ejercicio, por tanto,

¹² El Convenio está disponible en el siguiente enlace: <http://conventions.coe.int>. Fecha de la consulta 01.07.2017.

¹³ Puede verse sobre esta cuestión mi trabajo «Algunas consideraciones sobre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea en materia de gestión de los flujos migratorios por motivos laborales», en BALADOS RUIZ-GALLEGOS, Manuel (dir.), «Inmigración, Estado y Derecho», Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1025-1039.

¹⁴ Algo se ha dicho aquí ya de los avances que en este ámbito está logrando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es particularmente destacable la labor que en este sentido vienen desarrollando los órganos de protección internacional de derechos hu-

unilateral. Esto constituye, como veremos, una constante, también en el régimen que, en algún sentido, puede considerarse más avanzado: el de la UE.

El cruce de las fronteras no está siempre motivado, es evidente, por razones económicas. La huida de una situación de persecución, de la violencia provocada por un conflicto armado, de una situación generalizada de violaciones de derechos humanos o de la imposibilidad de subsistir en un entorno afectado por el cambio climático se asume frecuentemente como una huida forzada, y se contrapone a la presunta voluntariedad que ha marcado la decisión del migrante económico y de sus familiares. Desde luego, el Derecho internacional sí parece haber asumido esta diferencia. Así, mientras que, como acabamos de ver, sigue dejando en buena medida en manos de los Estados la decisión sobre la admisión y permanencia de los trabajadores migrantes, la Comunidad Internacional cuenta desde hace ya casi siete décadas con un instrumento fundamental en materia de protección internacional: la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, que fue completada en Nueva York mediante un Protocolo en 1967 que retira las restricciones geográficas y temporales de la primera¹⁵. Excede a los propósitos de este trabajo el análisis de las insuficiencias de la protección que proporcionan estos instrumentos¹⁶. Su mención es sin embargo imprescindible. De un lado, porque siguen constituyendo el eje sobre el que pivota hoy el Derecho internacional de los refugiados. De otro, porque son los cimientos sobre los que se ha construido el conocido como el Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, SECA), del que nos ocuparemos más adelante.

La gestión de la inmigración y el asilo en el marco del proceso de integración europea: de las fórmulas extracomunitarias al Tratado de Lisboa

Cuestiones generales

Aunque con evidentes implicaciones políticas, el proyecto de integración comunitaria europea era en sus inicios un proyecto de marcado carácter económico. En sus momentos iniciales el proyecto no incluía el diseño común

manos en lo que hace a la conformación de un estándar internacional mínimo de derechos de los migrantes. Véase, por ejemplo, sobre esta cuestión: PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen e IPPOLITO, Francesca, «Eppur si muove!: nuevos caminos jurisprudenciales para la protección de los derechos sociales de los migrantes indocumentados en Europa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 53, 2016, pp. 79-116.

¹⁵ El texto completo de la Convención y del Protocolo está disponible en el siguiente enlace: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005>. Fecha de consulta 01.07.2017.

¹⁶ EINARSEN, Terje, «The 1951 Convention», A. Zimmerman, Andreas (ed.), «The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary», Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 48-68. El mismo autor tiene un comentario sobre el Protocolo de 1967 en la misma obra (pp. 68-73).

de las políticas de inmigración y asilo. No se atribuyó esa competencia a las Instituciones en el original Tratado de Roma. Sin embargo, determinados efectos no queridos por los Estados y relacionados con la imposibilidad de controlar los movimientos de nacionales de terceros países en el interior de la Comunidad una vez que habían cruzado la frontera exterior común, pusieron pronto de manifiesto que era deseable y oportuno avanzar en la definición de criterios comunes en este ámbito.

Atrapados entre la necesidad de buscar soluciones comunes y la voluntad de no perder poder de decisión en esa búsqueda, y ante la falta de un título competencial expreso en los tratados, los Estados miembros acudieron, en los primeros momentos del proceso de integración a instrumentos jurídicos extracomunitarios —la celebración de tratados internacionales— para regular cuestiones que, ya con el Acta Única Europea, empiezan a reclamar respuestas uniformes. La desaparición de las fronteras interiores y la mencionada incapacidad de los Estados de controlar los flujos migratorios en el interior del espacio común (los Estados miembros dejan de controlar el número de personas que acceden a su territorio desde otro Estado miembro), van haciendo evidente a los ojos de estos la necesidad de tratar conjuntamente las cuestiones que tenían que ver con el cruce de la frontera exterior, en un primer momento, y, a partir de ahí, con las consecuencias de libre circulación de personas en el espacio interior común. Particularmente, por lo que hace a esto último, con el asilo y la inmigración. Pero ese tratamiento común no resulta nada fácil. Entre los Estados miembros de la, en ese momento, Comunidad Económica Europea convivían Estados tradicionalmente receptores de inmigración con Estados que habían sido países de origen de estos inmigrantes¹⁷ y Estados cuyas legislaciones en materia de asilo diferían sustancialmente.

Así, a partir de la celebración y sucesivas adhesiones al Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 14 de junio de 1985 y a su Convenio de aplicación de 14 de junio de 1990, 13 Estados miembros de la UE (todos salvo el Reino Unido e Irlanda) junto con dos Estados no comunitarios (Finlandia y Noruega) se comprometen a suprimir sus fronteras interiores y al mismo tiempo a tratar de evitar los riesgos que dicha supresión podría suponer en términos de seguridad¹⁸. El denominado acervo Schengen¹⁹ ha jugado un papel extraordinario en este ámbito y ha terminado integrándose en el marco de la UE²⁰.

¹⁷ Para un análisis de corte sociológico de estas cuestiones puede verse el trabajo de IZQUIERDO ESCRIBANO, Antonio, «La inmigración en Europa: flujos, tendencias y política», en «Inmigración: Mercado de trabajo y protección social en España», Madrid, CES, 2003, pp. 11 y ss.

¹⁸ Vid. el texto de ambos instrumentos en CARRERA HERNÁNDEZ, Francisco Jesús y NAVARRO BATISTA, Nicolás, «El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Textos fundamentales», Tecnos, Madrid, 1999, pp. 333 y ss.

¹⁹ Los Convenios y las decisiones adoptadas en el seno de su Comité Ejecutivo.

²⁰ Según lo previsto en el Protocolo núm. 2, anejo al Tratado de Ámsterdam, por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la UE.

Fruto de esta regulación extracomunitaria es también el Convenio de Dublín, de 15 de junio de 1990, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas²¹. Tal y como tendremos ocasión de analizar más adelante, los criterios establecidos en este Convenio han sido incorporados también al Derecho derivado.

La normativa que rige el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas se incorpora como materia de interés común en el Tratado que crea la UE. Así, el artículo K.1.2) la identifica como uno de los objetivos que sirven a la realización de los fines de la Unión y, en concreto, a la libre circulación de personas.

La incorporación de las cuestiones relativas al asilo y la inmigración a los tratados coincide también con la creación de la UE²². El artículo K.1 del Tratado de Maastricht incluye entre las «cuestiones de interés común para los Estados miembros» la política de asilo, la política de inmigración y determinados ámbitos de la política relativa a los nacionales de terceros Estados. En concreto, los relativos a las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados, a las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar y a la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros. Dichas cuestiones se integran en la estructura de la recién nacida UE a través de su incorporación en el denominado Tercer Pilar (Título VI del Tratado): el relativo a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior²³.

La incorporación de un nuevo Título IV en el TCE llevada a cabo tras la reforma de los tratados que tuvo lugar en Ámsterdam²⁴ supuso la comunitarización de parte de las materias que hasta entonces habían formado parte del Tercer Pilar. En concreto, dicha comunitarización afectó a, entre otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, a las políticas de asilo e inmigración²⁵.

Con el Tratado de Ámsterdam, por tanto, el denominado «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» queda sometido a dos disciplinas diferentes: la del Título

²¹ CARRERA HERNÁNDEZ, Francisco Jesús y NAVARRO BATISTA, Nicolás, «El espacio de libertad, seguridad y justicia... cit., pp. 43 y ss.

²² Firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

²³ Sobre el Tercer Pilar de la Unión Vid.: MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian, «The legal basis of the third pillar and its position in the framework of the Union Treaty», CMLRev., 1994, núm. 3, pp. 494 y ss.

²⁴ El Tratado de Ámsterdam se firmó el 2 de octubre de 1997.

²⁵ Sobre el alcance de esta comunitarización Vid. HAILBRONNER, Kay, «Immigration and asylum law under the Amsterdam Treaty», CMLRev., 1998, núm. 5, pp. 1047 y ss.

IV del TCE y la del Título VI del TUE, en el que permanecen las cuestiones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal. El malogrado Proyecto de Tratado por que se instituía una Constitución para Europa preveía la reunificación de dicho espacio en el Capítulo IV de la Parte III. En el TFUE las políticas de control de fronteras, inmigración y asilo se integran en el Título V, dedicado al espacio de libertad, seguridad y justicia. Así, el artículo 67.2 del TFUE dispone que la UE garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países.

Los objetivos de la política de inmigración de la UE están ahora previstos en el artículo 79.1. Se trata de desarrollar una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros y la prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos. Por su parte, el artículo 78.2 establece que el SECA incluirá: un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión; un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional; un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria; criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria; normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria; y la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal.

Antes de ocuparnos de los resultados sustantivos alcanzados hasta el momento como consecuencia del ejercicio en común, a lo largo de los años, de las competencias en estos ámbitos, vamos a analizar algunas cuestiones institucionales y procedimentales que dan cuenta de las dificultades que han encontrado los Estados para avanzar en los mismos.

La regulación de la inmigración y el asilo en el Título IV del TCE: los primeros pasos de la comunitarización

Aspectos institucionales y de procedimiento

El Título IV del TCE diseñaba un régimen jurídico-institucional que obedecía de modo evidente al deseo de los Estados parte de retener la facultad última de decisión en estas materias. Ese deseo se tradujo en un sistema de adopción de decisiones en el que el peso de las instituciones comunitarias variaba sensiblemente, en una primera fase, respecto del régimen comuni-

tario ordinario. El sistema era el previsto en el artículo 67 del tratado y debía regir durante un periodo transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que se produjo el 1 de mayo de 1999²⁶. Durante ese tiempo el Consejo decidiría por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo²⁷. Así, la unanimidad en el Consejo suponía el derecho de cualquier Estado miembro de vetar aquellas iniciativas con las que no estuviese de acuerdo. Los Estados, además, no dependían de la Comisión a la hora de presentar alguna propuesta de su interés, puesto que compartían con ella el monopolio de la iniciativa legislativa. La escasa participación del Parlamento Europeo, al que solo se le consultaba, mermaba la incidencia del debate político sobre estas cuestiones y dejaba, finalmente, en manos de los Estados la decisión. Especialmente preocupante era, además, la rebaja de competencias que experimentó, en el marco de este título, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE).

Es cierto que antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam la competencia del TJCE en relación con las cuestiones de inmigración y asilo era solo tangencial. Esto es, el TJCE solo se consideraba competente si el asunto tenía alguna conexión comunitaria. O, siguiendo una fórmula ya clásica, «si entraba dentro del campo de aplicación del Derecho comunitario»²⁸. En todo caso, la comunitarización de parte del tercer pilar acabó parcialmente con el problema²⁹. En relación con la cuestión prejudicial, cuyo régimen general se describía en el artículo 234 del TCE y se mantiene hoy el artículo 267 del TFUE, el artículo 68 introducía una variación que no dejaba de ser preocupante: limitaba la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales a los jueces internos de última instancia. Aunque el planteamiento de la cuestión prejudicial no constituye un derecho del particular, sino una facultad/obligación del juez interno, no podemos olvidar el papel primordial que esta vía de derecho ha jugado en relación con la protección de los derechos comunitarios de los particulares (posibilidad que se hurta en aquellos supuestos en los que los jueces internos no puedan plantearla). Puede afirmarse, por tanto, que

²⁶ Las materias para las que regiría el sistema eran las previstas en el artículo 63. Una lectura del mismo da revela de forma inmediata que se reservaron para ser desarrolladas de acuerdo con este procedimiento la mayoría de las cuestiones que debían ser decididas en el marco de la conformación de las políticas que se incluyeron en este título IV.

²⁷ El apartado tercero del artículo 67 preveía que determinadas cuestiones no se vieran afectadas por este periodo transitorio (las relativas a las listas de países cuyos nacionales precisan de visados y al modelo uniforme de visado). En esas materias el Consejo decidiría por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo.

²⁸ La doctrina ha criticado la protección que los no nacionales recibían por parte del TJCE. *Vid.* en este sentido: WEILER, «Joseph, Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC National – A Critique», *EJIL*, 1992, Vol. 3, pp. 65-91.

²⁹ Al respecto *Vid.* GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto, «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, núm. 4, pp. 501 y ss.

esta limitación de la competencia del Tribunal de Justicia, que se traduce en una limitación de las posibilidades de los jueces internos de acudir a aquél buscando una respuesta (que por otro lado garantizaría la uniformidad en la aplicación del Derecho en este ámbito) supone, a su vez, una merma potencial en la protección de los derechos de los particulares. Y ello en un ámbito particularmente sensible en materia de protección de derechos individuales.

En virtud de lo establecido en el artículo 67.2 del TCE, transcurridos cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, debía adoptar una decisión con vistas a que todos o parte de los ámbitos cubiertos por el Título IV se rigiesen por el procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 y a adaptar las disposiciones relativas a las competencias del Tribunal de Justicia. Finalmente, la Decisión del Consejo 2004/927/CE, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera parte del TCE se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho tratado³⁰, no incluyó la adaptación de las competencias del Tribunal de Justicia, que solo llegó con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha dado un nuevo impulso a la aplicación del procedimiento de codecisión —que en el TFUE se denomina procedimiento legislativo ordinario— en el ámbito de las políticas de inmigración y asilo. Queda a salvo el derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de trabajadores procedentes de terceros países³¹. También se excluye expresamente la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia de integración de inmigrantes³². En este ámbito, las normas que se adopten en sede comunitaria tendrán por objeto fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros, no sustituirla. Del mismo modo, un procedimiento distinto servirá a la adopción de la decisión por la que se adopten medidas en el caso de que uno o varios Estados miembros se enfrenten a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países. En ese caso, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados y se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo³³.

En cualquier caso, si bien la generalización, salvo en los ámbitos que acaban de mencionarse, del procedimiento legislativo ordinario representa la verdadera comunitarización de las políticas de inmigración y asilo, debe tenerse en cuenta que dicha comunitarización presenta unos «rasgos básicos» que impiden que podamos hablar en muchas ocasiones de medidas verdaderamente uniformes. De esos rasgos nos ocupamos a continuación.

³⁰ Diario Oficial, Serie L, número 396, de 31 de diciembre de 2004.

³¹ Cfr. el apartado quinto del artículo 79 del TFUE.

³² Cfr. el apartado cuarto del artículo 79 del TFUE.

³³ Cfr. el artículo 78.3 del TFUE.

Rasgos básicos de la comunitarización

La comunitarización de las materias contempladas en el Título VI del TCE llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam fue parcial no únicamente desde el punto de vista institucional y procedimental, sino también desde un punto de vista sustantivo. Estamos ante una competencia compartida entre los Estados y la UE³⁴. En consecuencia, la Organización (la Comunidad Europea primero y la UE después) ha ido legislando sobre aquellas materias que los Estados consideraban, sobre la base del principio de subsidiariedad, que requerían un tratamiento común. Esa consideración no ha afectado a todos los ámbitos de las políticas de inmigración y asilo. Estamos, todavía hoy, en un estadio intermedio del progresivo diseño de una política común en esas materias.

Estamos también, en segundo lugar, ante una comunitarización «de mínimos», que no va más allá del establecimiento de un «mínimo común denominador» al que deben adecuarse las políticas nacionales de inmigración y asilo. De acuerdo con lo que establecen las normas aprobadas sobre la base de las competencias atribuidas en estas materias, los Estados miembros conservan en general la facultad de aplicar disposiciones más favorables. Como consecuencia de ello, los regímenes nacionales, resultantes de dicha adecuación, que implicará normalmente la transposición de directivas, deben únicamente respetar ese mínimo, pudiendo incorporar disposiciones más favorables en cada uno de los ámbitos «comunitarizados». Así, las legislaciones de los Estados miembros siguen, aún hoy, sin ser uniformes.

Los Estados miembros se reservan además la facultad de tomar las medidas que estimen oportunas en relación con el mantenimiento del orden público y la seguridad interior³⁵.

La política común de inmigración

Objetivos y alcance de la política común de inmigración

La política común de inmigración ha formado parte los programas plurianuales del Consejo relativos al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. En los

³⁴ Así lo dispone hoy el artículo 4.2.j) del TFUE. Tal y como establece el artículo 2.2 de este mismo tratado «(c)uando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya». Por su parte, el Protocolo número 25 anejo al Tratado, relativo al ejercicio de las competencias compartidas, establece que «cuando la Unión haya tomado medidas en un ámbito determinado, el alcance de este ejercicio de competencia sólo abarcará los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluirá todo el ámbito en cuestión».

³⁵ Cfr. el artículo 74 del TFUE.

Programas de Tampere³⁶, La Haya³⁷ y Estocolmo³⁸ se marcaron ambiciosos objetivos al respecto. Sin embargo, a pesar de que la política común de inmigración se concibe en estos programas como una política que debe ser integral y, en consecuencia, abordar el fenómeno en todas sus dimensiones, la verdad es que los avances más significativos se han producido en relación con la lucha común contra la inmigración clandestina. En junio de 2004, la evaluación por parte de la Comisión del Programa de Tampere³⁹ puso de manifiesto la necesidad de enfocar de un modo realista el diseño de la política de inmigración. Debían tenerse en cuenta las necesidades económicas y demográficas de la UE para promover una política de inmigración que gestionase de modo eficaz los flujos migratorios. Lo que hacía necesario, siempre en opinión de la Comisión, la facilitación de la admisión legal de los inmigrantes en la Unión. Sin embargo, mientras la lucha contra la inmigración irregular ha conocido resultados muy importantes, los que se refieren al diseño común de los requisitos de entrada y el régimen de estancia en el territorio de la UE son más recientes y no han alcanzado el establecimiento de un régimen verdaderamente común⁴⁰.

En cualquier caso, lo cierto es que el planteamiento de la Comisión Europea al que acaba de hacerse referencia fue respaldado casi inmediatamente por el Consejo Europeo cuando en diciembre de 2005 aprobó el denominado «Enfoque Global de Inmigración» centrado, en un primer momento, en África y el Mediterráneo⁴¹. El desarrollo del Enfoque Global ha centrado la agenda política migratoria de la UE desde su adopción. Puede hablarse de desarrollo en un doble sentido. En primer lugar, mediante la ampliación de este planteamiento a otras regiones. En segundo lugar, mediante la profundización en las medidas propuestas en diciembre de 2005. Así, la Comisión ha presenta-

³⁶ Aprobado en el Consejo Europeo celebrado en Tampere los días 15 y 16 de junio de 1999. El Programa está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.european-council.europa.eu/>. Fecha de la consulta 01.07.2017.

³⁷ Aprobado en el Consejo Europeo de Bruselas que tuvo lugar los días 4 y 5 de noviembre de 2004. El Programa está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://ec.europa.eu/justice_home/news/information_dossiers/the_hague_priorities/. Fecha de la consulta 01.07.2017.

³⁸ Aprobado en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 10 y 11 de diciembre de 2009. El Programa está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.european-council.europa.eu/>. Fecha de la consulta 01.07.2017.

³⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones, COM (2004) 401 final.

⁴⁰ Ya se ha dicho además que en ningún caso, como determina expresamente el artículo 79.5 del TFUE, la competencia de la UE cuestiona el derecho de los Estados miembros de establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

⁴¹ Las Conclusiones del Consejo están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.european-council.europa.eu/>. Fecha de la consulta 01.07.2017.

do desde entonces diversas Comunicaciones que recogen propuestas sobre cómo deben concretarse las medidas contempladas en el marco de dicho Enfoque Global⁴².

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 79.2 del TFUE, se han adoptado normas comunes tendentes a la consecución de cuatro objetivos: las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal; y la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños. Podría decirse, por tanto, que ese enfoque global ha sido incorporado al Derecho originario.

Debe advertirse ya, sin embargo, que desde 2015, la denominada «crisis de los refugiados» que huyen de la violencia desatada por el conflicto armado en Siria ha venido a empañar los buenos propósitos de la UE y sus Estados miembros y ha orientado su acción hacia la adopción de medidas que, en última instancia, priman el control de fronteras sobre la supuesta apertura o flexibilidad que parecía predicarse del Enfoque Global. Volveremos sobre esta cuestión más adelante, cuando nos ocupemos del SECA.

Los desarrollos materiales de la política común de inmigración

La definición de las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar.

En relación directa con la cuestión del cruce de la frontera exterior, encontramos la normativa comunitaria que integra la llamada política común de visados. Aunque no vamos a hacer una referencia directa a la misma en este trabajo, no podemos dejar de mencionar alguno de los desarrollos que ha conocido⁴³.

En 2001 se estableció una lista de terceros países cuyos nacionales deben poseer un visado o están exentos de visado para cruzar las fronteras exteriores de la UE. Se aprobó así el Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo,

⁴² Esa reorientación queda plasmada con claridad, en mi opinión, en la Agenda Europea de Migración lanzada por la Comisión Europea en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 13 de mayo de 2015, COM (2015) 240 final.

⁴³ Sobre la política de visados de la UE puede verse: SÁNCHEZ-MONTIJANO, Elena, VÁQUER i FANÉS, Jordi y VILLUP, Elina (eds.), «La política de visados para el siglo XXI. Más allá de la cola del visado», CIDOB, Barcelona, 2012.

de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación⁴⁴. El reglamento establece, de un lado, una lista común de países cuyos nacionales deben poseer un visado para cruzar las fronteras exteriores de un Estado miembro (anexo I o lista negativa) y, de otro, una lista de países cuyos nacionales están exentos de la obligación de visado para estancias máximas de tres meses (anexo II o lista positiva). Las listas se actualizan periódicamente con las sucesivas modificaciones al reglamento⁴⁵ sobre la base de una decisión que se toma caso por caso y que tiene en cuenta determinados criterios: la inmigración irregular que proviene del tercer país en cuestión, los beneficios económicos que, por ejemplo en materia de turismo, podría acarrear, la coherencia regional, etc. Por otro lado, en 2009 se aprobó el denominado Código de visados mediante la adopción del Reglamento (CE) 810/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados⁴⁶.

Por lo demás, el denominado Sistema de Información de Visados (VIS), creado en 2008, es una herramienta que contribuye a la aplicación de la política común de visados de la UE permitiendo el intercambio de datos entre los Estados parte en el espacio Schengen. Se trata de un sistema informático central y de una infraestructura de comunicación que conecta el sistema central con los sistemas nacionales⁴⁷.

La definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro: especial referencia a la inmigración laboral y a los derechos de los trabajadores migrantes.

Tradicionalmente, el Derecho comunitario reguló de modo incidental la cuestión de la inmigración en su vertiente laboral. Así, la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar⁴⁸, establece en su artículo 14.1.a) el derecho de los miembros de la familia del reagrupante a acceder a un empleo. Aunque es el Derecho nacional el que establece las condiciones que los miembros de la familia deberán cumplir para ejercer una actividad por cuenta ajena o propia, en virtud del apartado 2 del mismo artículo, la direc-

⁴⁴ DO, Serie L, número 81, de 21 de marzo de 2001.

⁴⁵ La última de ellas fue la operada mediante el Reglamento (UE) 509/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de junio de 2014 (DO, Serie L, número 149, de 20 de mayo de 2014).

⁴⁶ DO, Serie L, número 243, de 15 de septiembre de 2009.

⁴⁷ Cfr. el Reglamento (CE) 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS). El Reglamento ha sido modificado en varias ocasiones desde su adopción.

⁴⁸ DO, Serie L, número 251, de 3 de octubre de 2003.

tiva prevé que «estas condiciones establecerán un plazo no superior en ningún caso a 12 meses, durante el cual los Estados miembros podrán estudiar la situación de sus mercados laborales antes de autorizar a los miembros de la familia a ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia». Del mismo modo, y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero, «los Estados miembros podrán limitar el acceso a una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia de los ascendientes en línea directa y en primer grado y de los hijos mayores solteros».

De igual modo, la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecían 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 concedida⁴⁹, establecía en el artículo 26 las condiciones en las que un refugiado o, en su caso, un beneficiario de protección subsidiaria podían ejercer el derecho de acceso al empleo. Se preveía, en este sentido, en relación con los beneficiarios de la protección subsidiaria, que los Estados podrán tener en cuenta, la situación nacional de empleo, «incluida la posibilidad de establecer prioridades en el acceso al empleo durante un periodo limitado». Dicha salvaguarda no se establecía en relación con los refugiados. Las condiciones de ejercicio de ese derecho de acceso al mercado de trabajo por parte de los solicitantes de asilo estaban previstas en el artículo 11 de la Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003, del Consejo, por la que se aprobaban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros⁵⁰. Como veremos más adelante, estas directivas han sido sustituidas en el marco de la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo, aunque se mantienen las diferencias en el estatuto de asilados y beneficiarios de otros tipos de protección internacional.

Por lo demás, el Derecho comunitario ha ido configurando estatutos jurídicos comunes tomando como categoría específica a aquellos nacionales de terceros Estados que buscaban entrar en la UE con el objetivo de residir y/o realizar alguna actividad concreta. Han sido varias las directivas que se han adoptado con este propósito. Entre ellas, cabe citar en primer lugar, además de la Directiva sobre reagrupación familiar, la Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, que establece, según su artículo primero, los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros, por un periodo de tiempo no superior a tres meses, a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado y las normas relativas a los procedimientos de admisión de los nacionales de terceros países a tales efectos⁵¹. De entre ellos colectivos, el de los estudiantes, en virtud

⁴⁹ DO, Serie L, número 304, de 30 de septiembre de 2004.

⁵⁰ DO, Serie L, número 31, de 6 de febrero de 2003.

⁵¹ DO, Serie L, número 375, de 23 de diciembre de 2004.

de lo dispuesto en el artículo 17 de la directiva, tendrá derecho a trabajar por cuenta ajena y podrá tenerlo a ejercer una actividad por cuenta propia. El ejercicio de ese derecho está sujeto «a las normas y requisitos aplicables a la actividad correspondiente en el Estado miembro de acogida», dependerá de la situación de su mercado laboral y podrá restringirse durante el primer año de residencia del estudiante. Igualmente, la Directiva del Consejo 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica⁵², particulariza la situación del investigador nacional de un tercer país que solicita ser admitido en un Estado miembro por un periodo superior a tres meses, con el objetivo de llevar a cabo proyectos de investigación en el marco de convenios de acogida con organismos de investigación.

No puede dejar de mencionarse aquí el estatuto común de aquellos nacionales de terceros países que hayan residido legal e ininterrumpidamente en el territorio de un Estado miembro durante cinco años contenido en la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, sobre residentes de larga duración⁵³. Estos gozarán de igualdad de trato con los nacionales de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: acceso al empleo, educación y formación profesional, prestaciones de la seguridad social, asistencia y protección social, beneficios fiscales, acceso a bienes y servicios y al suministro de bienes y servicios a disposición del público, acceso a procedimientos de acceso a la vivienda, libertad de asociación y de afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional y derecho a la libre circulación en la totalidad del territorio del Estado miembro. El artículo 12 de la Directiva protege de manera reforzada al residente de larga duración contra la expulsión al establecer que esta solo podrá ser acordada cuando aquel «represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública». Además, la expulsión nunca podrá deberse a razones exclusivamente económicas. A este conjunto de derechos se suma el derecho a residir en un Estado miembro distinto de aquel que lo concedió. Los artículos 14 a 23 de la Directiva establecen en qué condiciones el residente de larga duración y los miembros de su familia podrán gozar de ese derecho.

Con todo, lo cierto es que el objetivo de lograr un régimen más o menos armonizado en relación con la ordenación de las migraciones estrictamente laborales ha estado desde hace décadas presente, en el seno de la UE, en los debates sobre el diseño de una política común de inmigración. Durante el Consejo Europeo de Tampere, en el momento en que se discutía la confección de un plan plurianual sobre la estrategia a seguir en la conformación del denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la

⁵² DO, Serie L, número 289, de 3 de noviembre de 2005.

⁵³ DO, Serie L, número 16, de 23 de enero de 2004.

Comisión intentó abrir un debate en profundidad sobre una posible acción común en materia de la inmigración económica. Ese debate se trasladó al plano normativo y en 2001 la Comisión elaboró una propuesta de directiva relativa a «las condiciones de entrada y de residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia». La propuesta no pasó de la primera lectura en el Consejo de Ministros. Los Estados miembros alegaron que la misma incidía en las políticas de empleo que continuaban siendo competencia de los Estados miembros. No había, en consecuencia, base jurídica en el Tratado para acometer la armonización prevista en la propuesta. El Programa de La Haya establecía que durante 2005 la Comisión presentaría un Plan Político sobre Inmigración Legal que debía incluir «procedimientos de admisión capaces de responder rápidamente a las fluctuantes demandas de trabajo migratorio en el mercado laboral». Dicho plan fue presentando por la Comisión en diciembre de 2005 y preveía la presentación de propuestas normativas tendentes a la armonización de la entrada y residencia de los nacionales de terceros Estados con fines de empleo en el territorio de la Unión.

El Plan, elaborado sobre la base del denominado Libro Verde relativo al planteamiento de la Unión Europea sobre la gestión de la inmigración económica⁵⁴ contenía, en efecto, las propuestas de la Comisión sobre qué medidas legislativas, y en qué plazos, parecía oportuno adoptar en este ámbito. El Libro Verde permitió a la Comisión explorar las posiciones de los Estados miembros sobre qué normas comunes eran las más adecuadas para regular la admisión de inmigrantes económicos y sobre qué valor añadido supondría la adopción de un marco común en este ámbito. La presentación del Plan de la Comisión sobre inmigración legal abrió, por tanto, nuevas perspectivas en este ámbito⁵⁵. El mismo preveía la adopción de una «Directiva marco general» sobre los procedimientos aplicables a los trabajadores por cuenta ajena que pretenden acceder a los mercados de trabajo de los Estados miembros de la UE y al estatuto de derechos del que podrían gozar una vez que se hubiese consumado dicho acceso y cuatro directivas «sectoriales». Estas últimas regularían los procedimientos y estatutos aplicables a trabajadores altamente cualificados, trabajadores de temporada, personas trasladadas por empresas y personas en periodo de prácticas remuneradas.

La puesta en marcha del Plan se retrasó casi dos años. El 23 de octubre de 2007 la Comisión adoptó, en efecto, dos de las Propuestas de Directiva previstas en el mismo. La primera de ellas pretendía el establecimiento de un procedimiento común para solicitar un permiso único de residencia y trabajo en el territorio de un Estado miembro para los nacionales de terceros

⁵⁴ COM (2004) 811 final.

⁵⁵ COM (2005) 669 final. El Plan de la Comisión fue aprobado por el Consejo Europeo en su reunión celebrada los días 14 y 15 de diciembre de 2006.

países, y un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países con residencia legal en un Estado miembro. La Directiva 2011/98/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, se aprobó finalmente el 13 de diciembre de 2011⁵⁶. La Directiva no prejuzga el derecho de cada Estado miembro de decidir cuántos trabajadores deben incorporarse a su mercado laboral. Lo que sí hace, de una parte, es articular un procedimiento común para la expedición de un único documento que permita al trabajador residir y trabajar en el Estado miembro de acogida. El derecho a obtener esa autorización derivará de la previa consideración del nacional del tercer Estado como trabajador. Una consideración que depende de una decisión unilateral de cada Estado miembro, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva, que define «trabajador de un tercer Estado» como aquel nacional de un tercer Estado «que ha sido admitido en el territorio de un Estado miembro, que reside legalmente en él y que está autorizado, en el contexto de una relación remunerada, a trabajar en ese Estado miembro de acuerdo con el Derecho o las prácticas nacionales». A ese conjunto de personas se les aplicará, de una parte, el procedimiento común de expedición de residencia y trabajo. La directiva establece, en este sentido, una serie de garantías tales como la obligación de motivar la resolución, qué derechos asisten a los interesados a partir de la interposición de recursos en vía administrativa —y, en último término— contenciosa, así como disposiciones relativas a la imposición de tasas por la expedición de las autorizaciones de residencia y trabajo.

La directiva pretende, de otra parte, dotar de un estatuto común de derechos a las personas que, de acuerdo con ese procedimiento, hayan obtenido la autorización. El artículo 11 de la Directiva se refiere, así, el derecho a entrar y residir en el territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso único, siempre que el titular reúna todos los requisitos de admisión de conformidad con el Derecho nacional; el derecho a gozar de libre acceso a todo el territorio del Estado miembro de expedición, dentro de los límites previstos, de nuevo, por el Derecho nacional; el derecho a ejercer la actividad laboral específica autorizada en virtud del permiso único de conformidad con el Derecho nacional; y el derecho a estar informado de sus propios derechos asociados al permiso conferidos en virtud de la presente directiva o del Derecho nacional. Un estatuto que queda, por tanto, muy lejos del propuesto por la Comisión en 2007 y que incluía, entre otros, el derecho de acceso al sistema de la Seguridad Social, los derechos de reunión, manifestación, asociación y sindicación, el derecho a la educación, a recibir ayudas en materia de vivienda, en las mismas condiciones que los españoles, o a recibir determinados beneficios fiscales.

La segunda Propuesta de Directiva presentada por la Comisión en 2007, la relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros

⁵⁶ Diario Oficial, Serie L, número 343, de 23 de diciembre de 2011.

países para fines de empleo altamente cualificado se aprobó el 25 de mayo de 2009⁵⁷. El artículo 2.b) define de modo muy general lo que debe entenderse por «empleo altamente cualificado». La directiva exige el cumplimiento de tres condiciones en este sentido. En primer lugar, debe tratarse del empleo de una persona que está protegida, en el Estado miembro de que se trate, como empleada en virtud del Derecho laboral nacional y/o de acuerdo con los usos nacionales, independientemente de su relación jurídica, a efectos del desempeño de un trabajo real y efectivo para otra persona o bajo la dirección de otra persona. En segundo lugar, esa persona debe recibir una remuneración. Y, por último, dicha persona debe tener la competencia adecuada y específica requerida, demostrada por una cualificación profesional superior. Las condiciones que deberán cumplir los nacionales de terceros países que pretendan ser admitidos a estos efectos en el territorio de alguno de los Estados miembros de la UE están previstas en el artículo 5 de la Directiva. El propósito esencial es facilitar la entrada de este tipo de trabajadores. Tal y como se pone de manifiesto en el preámbulo la Directiva pretende contribuir a la consecución de los objetivos de Lisboa «y a combatir la escasez de mano de obra mediante la admisión y la movilidad —para fines de empleo altamente cualificado— de nacionales de terceros países para estancias superiores a tres meses, a fin de que la Comunidad se convierta en un destino más atractivo para estos trabajadores procedentes de todo el mundo, y contribuir a la competitividad y el crecimiento económico»⁵⁸. La directiva, por tanto, pretende facilitar la admisión de este tipo de trabajadores. Se establece, así, un procedimiento abreviado de admisión⁵⁹ y un amplio estatuto de derechos económicos y sociales incorporados a la denominada «tarjeta azul»⁶⁰.

Aunque la directiva se hace eco en el preámbulo del posible perjuicio que las medidas tendentes a la captación de trabajadores altamente cualificados pueden tener en relación con la denominada «fuga de cerebros»⁶¹, no deja de ser preocupante que su articulado no imponga ninguna obligación concreta en este sentido. Los esfuerzos de la UE en este ámbito —y me refiero al ámbito del denominado «codesarrollo»⁶²— se vienen centrando en los últimos

⁵⁷ DO, Serie L, número 155, de 18 de junio de 2009.

⁵⁸ Vid. el apartado 7 del preámbulo.

⁵⁹ Cfr. los artículos 7-11 de la Directiva.

⁶⁰ Cfr. los artículos 12-17 de la Directiva.

⁶¹ Así, el apartado 22 dispone que al aplicar la Directiva «los Estados miembros deben abstenerse de proceder a la contratación activa de personal en los países en desarrollo en los sectores que sufran escasez de personal». Y añade que «deben desarrollarse políticas y principios éticos de contratación aplicables a los empleadores de los sectores público y privado en los sectores clave, por ejemplo en el sector sanitario, tal como se indica en las conclusiones del Consejo y de los Estados miembros de 14 de mayo de 2007 sobre el programa de acción europeo para hacer frente a la grave escasez de personal sanitario en los países en desarrollo (2007-2013), y en el sector educativo».

⁶² Vid., al respecto: PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen, «El codesarrollo como elemento de la cooperación en materia migratoria en el espacio iberoamericano», en ALDECOA LUZÁRRAGA,

años en tratar de fomentar los programas de migración circular y las denominadas «asociaciones de movilidad»⁶³.

El último ejemplo que vamos a mencionar en este apartado es la Directiva 2014/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros⁶⁴.

La lucha contra la inmigración irregular

El tercer objetivo al que hace referencia el artículo 79.2 del TFUE se centra en la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal. La lucha contra la inmigración irregular es un objetivo que ha marcado desde sus inicios el diseño de la política común de inmigración y que ha tenido desarrollos constantes.

Entre ellos, cabe citar la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países⁶⁵, la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares⁶⁶, la Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea⁶⁷, la Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas⁶⁸, y la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular⁶⁹.

Además, la UE ha impulsado importantes medidas de naturaleza operativa en el ámbito de la lucha contra la inmigración ilegal. Pueden citarse, así, las Directivas 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al

Francisco y SOBRINO HEREDIA, José Manuel (coords.), «Migraciones y Desarrollo. Actas de las II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales celebradas en Montevideo los días 25, 26 y 27 de octubre de 2006», Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 273-283.

⁶³ Los ejes de estos esfuerzos son los desarrollados por la Comisión en su Comunicación de 16 de mayo de 2007 sobre la migración circular y las asociaciones de movilidad. COM (2007) 248 final.

⁶⁴ DO, Serie L, número 94, de 28 de marzo de 2014.

⁶⁵ DO, Serie L, número 149, de 2 de junio de 2001.

⁶⁶ DO, Serie L, número 328, de 5 de diciembre de 2002.

⁶⁷ DO, Serie L, número 321, de 6 de diciembre de 2003.

⁶⁸ D.O., Serie L, núm. 261, de 6 de agosto de 2004, p. 24-27.

⁶⁹ DO, Serie L, número 348, de 24 de diciembre de 2009. Son muchas las críticas que ha recibido la Directiva, que permite el internamiento de los nacionales de terceros países en situación irregular por un periodo de tiempo que podría alcanzar, en circunstancias excepcionales, los 18 meses.

reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros Estados⁷⁰; 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea⁷¹; y la Decisión del Consejo 2004/573/CE, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión desde el territorio de dos o más Estados miembros de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión⁷².

De todos modos, la medida más importante en el ámbito de la cooperación operativa fue la creación, mediante el Reglamento 20/72004, del Consejo, de 26 de octubre de 2004⁷³, de la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX). La agencia ha jugado un papel fundamental, y no exento de críticas, en la gestión de las operaciones de vigilancia de la frontera exterior. De entre esas críticas ha destacado la referida a la ausencia de mecanismos adecuados para la protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes interceptados, en el marco de esas labores de vigilancia, tratando de acceder irregularmente al territorio de la UE⁷⁴. Debe recordarse que FRONTEX ha sido recientemente sustituida por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas⁷⁵.

La lucha contra la trata de seres humanos

Finalmente, el artículo 79.1 del TUE se refiere a la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños. En la actualidad, la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo⁷⁶ conforma el marco jurídico al cual deben adaptar sus legislaciones los Estados miembros en este ámbito⁷⁷.

⁷⁰ D.O., Serie L, número 149, de 2 de junio de 2001.

⁷¹ D.O., Serie L, número 321, de 6 de diciembre de 2003.

⁷² D.O., Serie L, núm. 261, de 6 de agosto de 2004.

⁷³ D.O., Serie L, número 349, de 25 de noviembre de 2004.

⁷⁴ La lucha contra la inmigración irregular por vía marítima, y las labores de coordinación de la vigilancia lleva a cabo por la Agencia han dado lugar a críticas especialmente duras. Puede verse, al respecto: MORENO LAX, Violeta, «Frontex as a global actor: external relations with third countries and international organisations», en DONY, Marianne (ed.), «La dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm: un bilan à miparcours», Éd. de l'Université de Bruxelles, Bruselas, pp.163-184. 2012.

⁷⁵ Mediante el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 (Diario Oficial, Serie L, número 251, de 16 de septiembre de 2016). Vid. al respecto: FERNÁNDEZ ROJO, David, «Reglamento 2016/1624: De Frontex a la Guardia Europea de Fronteras y Costas», Revista General de Derecho Europeo, núm. 41, 2017, pp. 223-251.

⁷⁶ DO, Serie L, número 101, de 15 de abril de 2011.

⁷⁷ La Directiva se suma así a un nutrido número de instrumentos internacionales que, tanto en el ámbito universal como regional, tienen como objetivo la lucha contra la trata

El Sistema Europeo Común de Asilo

La comunitarización de las cuestiones relativas a los visados, el asilo, la inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas operada mediante el Tratado de Ámsterdam sirvió como punto de partida de la creación de un SECA.

Las disposiciones del SECA⁷⁸ «se adoptan desde entonces para servir de guía a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la ya mencionada Convención de Ginebra, sobre la base de conceptos y criterios comunes y de conformidad con los derechos fundamentales y la observancia de los principios reconocidos, en particular, por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE» (en adelante, CDFUE)⁷⁹.

El SECA se ha desarrollado en dos fases sucesivas. La primera de ellas, entre 1999 y 2005, tuvo como resultado la adopción de normas mínimas sobre diferentes cuestiones. La segunda, que finalizó en 2013, trajo consigo la refundición de estas normas con el propósito de conformar un «procedimiento común», así como un «estatuto uniforme» para todos aquellos que busquen o, en última instancia, obtengan alguna forma de protección internacional. El SECA está, además, en proceso de revisión. El 6 de abril de 2016 la Comisión Europea anunció el comienzo del proceso de reforma con el fin de crear un sistema más equitativo, eficiente y sostenible. Así, el 4 de mayo de 2016 se inició la primera fase de la reforma (que incluye la reforma del Reglamento de Dublín, del Reglamento EURODAC y de Agencia Europea de Asilo) y el 13 de julio de 2016 esta Institución acordó completar la segunda fase (que comprende la reforma de las Directivas de Procedimiento, Cualificación y Acogida).

La determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional

El asilo, entendido como el derecho a gozar de la protección territorial en un Estado distinto del Estado de la nacionalidad del individuo o del de su residencia habitual, se ha concebido tradicionalmente en el marco del Derecho internacional no como un derecho del individuo, sino como una facultad del Estado. En este punto parece de cita obligada el párrafo primero del artículo

de seres humanos y la protección de sus víctimas. Sobre la labor de la UE en este ámbito, puede verse: DIAZ BARRADO, Cástor, «La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia», Revista Española de Derecho Comunitario, núm. 45, 2013, pp. 461-498.

⁷⁸ Vid., al respecto: ARENAS HIDALGO, Nuria, «Derecho internacional y europeo de las personas refugiadas», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (dir.), «Instrumentos y regímenes de cooperación internacional», 2ª ed., Trotta, Madrid, 2017, en prensa.

⁷⁹ Disponible en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l33501&from=ES>. Fecha de la consulta 01.07.2017.

14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁰, que establece que «[e]n caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país». Podría decirse, por tanto, que el Derecho internacional garantiza al individuo el derecho a solicitar asilo y que son los Estados los que deciden si conceden o no asilo a los extranjeros que lo solicitan.

Más allá de que las nociones de asilo y refugio no son necesariamente coincidentes, el Derecho Internacional convencional ha regulado la segunda de ellas de manera relativamente estricta. En efecto, el artículo 1.A.2) de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, ya citada aquí, establece que «[a] efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona (...) [q]ue (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y, hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él». La Convención asocia a la condición de refugiado⁸¹ un estatuto de derechos que, con la excepción del derecho a no ser devuelto a un país donde la vida o la integridad del refugiado corran peligro⁸², solo podrá disfrutar si el Estado decide otorgarle protección. De no ser así, el refugiado se verá obligado a solicitar asilo en otro Estado. Se trata, como es sabido, del fenómeno del refugio «en órbita». Este fenómeno, la denominada «crisis del asilo» y el hecho de que los Estados miembros con legislaciones más favorables al respecto terminasen concentrando gran parte de las peticiones de asilo, convencieron a los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea de que debían buscar respuestas comunes a través de la regulación común del asilo.

Parece desde luego evidente que la determinación de quién, de entre los Estados miembros, debe examinar dicha solicitud está en la base de un sistema común de asilo. Dicha determinación se realiza sobre la base de los criterios del sistema de Dublín, contenidos hoy en el Reglamento Dublín III⁸³. Por lo demás, la efectiva aplicación de dichos criterios y mecanismos venía

⁸⁰ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 217 (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁸¹ Condición que cada Estado parte en la Convención determina unilateralmente. La interpretación de la definición de refugiado no, por lo demás, es en absoluto pacífica.

⁸² *Cfr.* el artículo 33 de la Convención.

⁸³ Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido). Diario Oficial, Serie L, número 180, de 20 de junio de 2013.

ya siendo asegurada, desde el Convenio de Dublín, mediante el establecimiento de «Eurodac». La creación de este sistema de comparación de impresiones dactilares se debe al Reglamento (CE) n.º 2725/2000⁸⁴, que fue desarrollado en 2002 por el Reglamento (CE) 407/2002⁸⁵.

En cualquier caso, el sistema hoy vigente es heredero del que en su día estableció el Convenio de Dublín, cuya continuidad se ha pretendido. El reglamento describe sistema de determinación rápida que permita garantizar un acceso efectivo a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado o de beneficiario de otro tipo de protección internacional. Los criterios, establecidos en el capítulo III del Reglamento (UE) 604/2013 (artículos 7 a 14) deben aplicarse siguiendo el orden jerárquico establecido en dicho capítulo⁸⁶. La presentación de una solicitud de asilo por primera vez ante un Estado miembro pone en marcha el proceso de determinación del Estado responsable.

Un primer grupo de criterios gira en torno a la idea de reagrupación familiar. Y dicho criterio opera, en particular, en relación con los menores no acompañados. Así, en virtud del artículo 8 del Reglamento (UE) 604/2013, si es este el solicitante de asilo, será responsable del examen de su solicitud el Estado miembro en el que se encuentre legalmente un miembro de su familia, siempre que ello redunde en el interés superior del menor»⁸⁷.

Los artículos 9 y 10 se refieren, respectivamente, a los supuestos en el que el solicitante de protección internacional tuviese en alguno de los Estados miembros, bien algún miembro de la familia al que se hubiera autorizado ya a residir como refugiado o beneficiario de otro tipo de protección internacional, bien a un miembro de su familia cuya solicitud de protección no hubiese sido todavía objeto de una primera decisión en cuanto al fondo. En ambos

⁸⁴ Reglamento (CE) 2725/ del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. DO, Serie L, número 316, de 15 de diciembre de 2000.

⁸⁵ Reglamento (CE) 407/2002 del Consejo, de 28 de febrero de 2002 por el que se establecen determinadas normas de desarrollo del Reglamento (CE) n.º 2725/ del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. DO, Serie L, número 62 de 5 de marzo de 2002.

⁸⁶ Cfr. el artículo 7.1 del Reglamento (UE) 604/2013.

⁸⁷ El artículo 8 contempla a partir de ahí otras situaciones en las que podría encontrarse el menor no acompañado solicitante de protección internacional. Debe tenerse en cuenta, además, que la sentencia del TJUE de 6 de junio de 2013 (asunto C-648/11), dictada en el asunto MA. BT. DA. c. *Secretary of State for the Home Department*, estableció que cuando un menor no acompañado, que no tiene ningún familiar que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado miembro, presente solicitudes de asilo en más de un Estado miembro, debe entenderse que será responsable del examen el Estado miembro en el que se encuentre el menor después de haber presentado ante él una solicitud de asilo. Todas las sentencias del TJUE citadas en este trabajo están disponibles en el siguiente enlace: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/_6/es/. Fecha de la consulta 01.07.2017.

casos dicho Estado miembro será el responsable del examen de la solicitud de asilo, siempre que el interesado hubiese manifestado por escrito que así lo desea. Además, el artículo 11 del Reglamento determina qué Estado será responsable en el caso en que varios miembros de la familia presenten una solicitud de protección internacional en un mismo Estado miembro de forma simultánea o en fechas cercanas en el tiempo y la aplicación del resto de los criterios que enumeramos a continuación, llevará a la separación de los mismos. El artículo 16, por su parte, establece criterios específicos para el supuesto de que el solicitante sea una persona dependiente.

El segundo criterio, previsto en el artículo 12, señala como responsable del examen de la solicitud de protección internacional al Estado que permitió la entrada del nacional del tercer país en su territorio. Esto es, al Estado que expidió un permiso de residencia o un visado válidos. El apartado tercero del artículo 12 establecen los criterios a seguir en caso de que el solicitante de protección internacional sea titular de varios documentos de residencia o visados válidos, o incluso caducados, expedidos por varios Estados miembros. El artículo 14 «penaliza» al Estado miembro que dispensó al nacional del tercer país que ahora le presenta una solicitud de protección internacional de la obligación de visado. En el mismo sentido, el artículo 15 establece que si la solicitud es presentada en la zona en tránsito internacional de un aeropuerto de un Estado miembro, dicho Estado será responsable del examen de la solicitud.

El artículo 13 determina que, en caso de que el solicitante haya cruzado la frontera de un Estado miembro de forma irregular por cualquier vía, dicho Estado, que no ha vigilado sus fronteras, será el responsable del examen de la solicitud. Esa responsabilidad cesará doce meses después de la fecha en que se haya producido el cruce irregular. A partir de ahí será responsable el Estado miembro donde haya vivido el solicitante. Para la aplicación de este criterio habrá que tener en cuenta en cuántos Estados miembros, y durante cuánto tiempo, ha vivido el solicitante de protección internacional.

Finalmente, si la aplicación de los criterios enumerados no permite determinar qué Estado miembro es responsable del examen de la solicitud de asilo, lo será el primer Estado miembro ante el que dicha solicitud se haya presentado⁸⁸. El reglamento asegura, así, que en cualquier caso tendremos un Estado responsable de la solicitud.

Debe tenerse en cuenta, además, que con independencia de los criterios descritos, cualquier Estado miembro podrá decidir examinar una solicitud de protección internacional que le sea presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida, aun cuando este examen no le incumba en aplica-

⁸⁸ Cfr. el artículo 3.2. del Reglamento.

ción de los mismos⁸⁹. Una segunda cláusula discrecional es la contemplada en el artículo 17.2 del Reglamento, que permite a cualquier Estado miembro agrupar a miembros de una familia⁹⁰ o a otros familiares dependientes, por razones humanitarias basadas, en particular, en motivos familiares o culturales.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 3.2 del Reglamento, en el caso de que no resulte posible «trasladar a un solicitante al Estado miembro que se haya designado en primer lugar como responsable, debido a que hay razones fundadas para temer que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes en ese Estado miembro que implican un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Estado miembro encargado de la determinación seguirá examinando los criterios fijados en el capítulo III para decidir si otro Estado miembro puede ser designado como responsable». El reglamento asume así las consecuencias de los pronunciamientos realizados tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁹¹, como por el TJUE⁹² que han limitado la aplicación del sistema de Dublín cuando el traslado del solicitante de protección internacional podía suponer un trato contrario a las obligaciones que imponen tanto el CEDH como la CDFUE respecto de la protección frente a los tratos crueles, inhumanos y degradantes⁹³.

⁸⁹ Cfr. el artículo 17.1 del Reglamento.

⁹⁰ El concepto de «miembro de la familia» está definido en el artículo 2.g) del Reglamento.

⁹¹ Especialmente relevante en este sentido es la sentencia de 21 de enero de 2011, dictada en el asunto *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*. En la misma, el TEDH condena a Bélgica y Grecia por la violación de los artículos 3 (prohibición de la tortura) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) resultante del traslado del demandante en aplicación del Reglamento Dublín II. El demandante, de origen afgano, entró en la UE por Grecia en 2008 y presentó después su solicitud de asilo en Bélgica. La solicitud no fue examinada y M.S.S. fue trasladado a Grecia de conformidad con el Reglamento «Dublín II». La sentencia está disponible en el siguiente enlace: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/>. Fecha de la consulta 01.07.2017. Sobre la misma puede verse: MORENO LAX, Violeta, «Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece», *European Journal of Migration and Law*, Vol. 14, núm. 1, 2012, pp. 1-31.

⁹² Debe citarse aquí la sentencia de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *N. S. contra Secretary of State for the Home Department y M. E. y otros contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform*, en la que el Tribunal dictaminó que un solicitante de asilo no puede ser trasladado a un Estado miembro donde corre el riesgo de ser sometido a tratos inhumanos.

⁹³ En la reciente sentencia de 16 de febrero de 2017 (asunto C-578/16 PPU), dictada en el asunto *C. K., H. F. y A. S. contra República de Eslovenia* el TJUE ha matizado que incluso cuando no existan razones fundadas para temer que se dan deficiencias sistemáticas en el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo, el traslado de un solicitante de asilo en el marco del Reglamento no. 604/2013 sólo puede efectuarse en condiciones que ese traslado implique un peligro real y cierto de que el interesado sufra

El Estado que sea finalmente declarado responsable del examen de la solicitud, asumirá dicha responsabilidad en las condiciones previstas en el capítulo V del Reglamento.

Las normas comunes sobre procedimientos

La Directiva 2013/32⁹⁴, regula los procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Es particularmente importante el capítulo II de la Directiva (artículos 6 a 30) que regula los principios y garantías fundamentales de los solicitantes. Entre ellos las relativas al acceso al procedimiento, las que deben darse en el caso de las solicitudes realizadas por personas que se encuentran a cargo de un menor, las relativas a la información y al asesoramiento que debe darse a los solicitantes en centros de internamiento y en puestos fronterizos, los requisitos para el examen de las solicitudes, las garantías que deberán asegurarse a los solicitantes y las obligaciones que deberán cumplir, los requisitos que deberá cumplir la decisión de la autoridad decisoria, las que deben regir en la entrevista personal a la que podrá ser convocado en solicitante antes de que la autoridad decisoria adopte una decisión sobre su situación, y las relativas al derecho del solicitante a la asistencia jurídica gratuita y a la representación legal. Se regula también, además de lo relativo a las solicitudes que requieren garantías especiales y las que deberán en todo caso regir en los procedimientos relativos a las solicitudes de menores extranjeros no acompañados, el procedimiento en caso de retirada (expresa o implícita) de la solicitud. El capítulo III se ocupa de los procedimientos en primera instancia y el capítulo IV de los procedimientos de retirada de la protección internacional.

En virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Directiva, los solicitantes de protección internacional estarán autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia que establece el capítulo III de la Directiva. El mismo artículo aclara que ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.

Tal y como se verá más adelante, cuando hagamos referencia a la gestión de la UE y sus Estados miembros de la crisis de refugiados sirios, algunos de

tratos inhumanos o degradantes, en el sentido del artículo 4 de la CDFUE. Además, en el caso de que el solicitante padezca una enfermedad mental o física particularmente grave, ese traslado constituiría un trato inhumano y degradante, en el sentido del citado artículo, si implicase un peligro real y cierto de deterioro significativo e irremediable de su estado de salud.

⁹⁴ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Diario Oficial, Serie L, número 180, de 29 de junio de 2013.

los problemas más importantes del SECA tienen que ver con la ausencia de mecanismos seguros de acceso a la protección desde fuera del territorio de la UE. Esa ausencia, la sostenida política de externalización de los controles migratorios⁹⁵ y la cuestionable aplicación de las nociones de «país de origen seguro» y «tercer país seguro»⁹⁶, convierten en viaje hacia la segura Europa en un trayecto gestionado por las mafias de traficantes y tratantes y en el que los inmigrantes y refugiados, muchos de ellos menores no acompañados o personas en situación de vulnerabilidad externa, se ven expuestos a violaciones muy graves de sus derechos fundamentales.

Las normas comunes para la acogida de solicitantes de protección internacional

La primera obligación que asume el Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional es la de hacerse cargo del solicitante y garantizarle un estatuto que ha sido también objeto de regulación común. En efecto, las condiciones en que dicha acogida debe realizar se regulan en la Directiva 2013/33⁹⁷, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional⁹⁸. La Directiva se aplica, en virtud de su artículo 3, a todos los nacionales de terceros países y apátridas que presenten una solicitud de protección internacional en el territorio, incluida la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de un Estado miembro, siempre y cuando se les permita permanecer en su territorio en calidad de solicitantes, así como a los miembros de su familia si quedan cubiertas por la solicitud de protección internacional de conformidad con el Derecho nacional.

El capítulo II de la Directiva (artículos 5 a 19) establece las condiciones generales sobre las condiciones de acogida. El capítulo III (artículo 20) regula la reducción o retirada de las condiciones de acogida. El capítulo IV (artículos 21 y 22) contiene disposiciones específicas que se aplicarán a los solicitantes de protección internacional en situación de vulnerabilidad.

⁹⁵ Véase al respecto: GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, «El SECA y la externalización del control de fronteras en la UE: el peculiar problema de los espacios marinos» en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (coord.), «La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea», Iustel, Madrid, 2012, pp. 217-234.

⁹⁶ Vid., MORENO LAX, Violeta, «The Legality of the "Safe Third Country" Notion Contested: Insights from the Law of Treaties», en Guy S. GOODWIN-GILL, Guy S. y WECKEL, Philippe (eds.), «Protection des migrants et des réfugiés au XXI^e siècle, aspects de droit international Migration and Refugee Protection in the 21st Century, International Legal Aspects», Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2015, pp. 665-721.

⁹⁷ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Diario Oficial, Serie L, número 180, de 29 de junio de 2013.

⁹⁸ Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003. DO, Serie L, n° 31 de 6 de febrero de 2003, p. 18-25.

**Normas relativas a los requisitos para la identificación de las personas
necesitadas de protección internacional, así como un estatuto uniforme
para las mismas**

Una definición común del concepto de refugiado es evidentemente una de las piezas clave del diseño de un sistema común de protección internacional. Si los Estados miembros de la UE han decidido otorgar asilo a aquellas personas que pueden ser consideradas refugiadas en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y otras formas de protección internacional a aquellas personas que, no siendo refugiadas, se encuentren en alguna situación que desaconseje su retorno al país de origen o residencia, resulta de todo punto imprescindible que las autoridades encargadas de examinar las solicitudes de protección internacional manejen un concepto común de refugiado. Dado que en aplicación de los criterios previstos en el Reglamento Dublín III un único Estado miembro resultará responsable de dicho examen no parece que podamos hablar de «sistema común» si la protección se otorga sobre la base de interpretaciones diferentes de la definición de refugiados y personas beneficiarias de protección internacional.

Ya en 1996 el Consejo adoptó una Posición Común sobre esta cuestión⁹⁹. Con la misma se pretendía orientar la labor de los órganos administrativos que en virtud de cada Derecho interno eran competentes para determinar la condición de refugiado. El artículo 3 de la Posición común partía de la definición de refugiado recogida en la Convención de Ginebra y el resto del artículo trataba de matizar los términos de la misma.

Esto mismo hace hoy la Directiva 2011/95/UE, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida¹⁰⁰.

El artículo 2.d) de la Directiva reproduce casi exactamente¹⁰¹ la definición de la Convención de Ginebra. En cuanto a los motivos de la persecución el artículo 10 enumera los elementos que deberán tenerse en cuenta a estos efectos.

⁹⁹ Posición común 96/196/JAI, de 4 de marzo de 1996, del Consejo, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 18 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. DO, Serie L, número 63, de 13 de marzo de 1996.

¹⁰⁰ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011. Diario Oficial, Serie L, número. 337, de 20 de diciembre de 2011.

¹⁰¹ Mientras que la Convención de Ginebra extiende la posibilidad de obtener el estatuto de refugiado a «toda persona» que cumpla con la definición, la Directiva limita dicha posibilidad a los nacionales de terceros países. Esto es, excluye a los nacionales de un Estado miembro de la UE.

La interpretación de la definición de refugiado que recoge la Directiva presenta elementos que merecen ser destacados positivamente. Así, se interpreta el término «agentes de persecución» en el sentido de incluir la llevada a cabo por agentes no estatales siempre que el Estado o los partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio no puedan o no quieran proteger de manera efectiva al individuo objeto de la misma. Por otro lado, la letra d) del artículo 10.1 de la Directiva menciona expresamente la orientación sexual y el sexo como posibles elementos que permitirían hablar de «grupo social». Afirma, en este sentido, que «(e) n función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual». Aclara, sin embargo, que no podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros y que los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo¹⁰².

Por su parte, una persona con derecho a protección subsidiaria es definida en la directiva como aquel nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15. En virtud de este artículo, constituirán daños graves la condena a la pena de muerte o su ejecución, la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.

La directiva regula también las condiciones o requisitos de la concesión, la revocación, la finalización o la denegación de la renovación del estatuto de protección subsidiaria y a las normas aplicables en cada uno de los casos.

El Capítulo VII recoge el conjunto de derechos de los que podrá disfrutar el nacional del tercer país o apátrida que haya sido considerado beneficiario de protección internacional. Un estatuto que será aplicable, salvo indicación en contrario, a los beneficiarios de la protección subsidiaria. En primer lugar, y como no podía ser de otra manera, los Estados miembros se comprometen a respetar los principios de no devolución y de no expulsión «con arreglo a

¹⁰² El Tribunal de Justicia ha aclarado los métodos conforme a los cuales las autoridades competentes de los Estados miembros pueden evaluar la credibilidad de la orientación homosexual de los solicitantes de asilo: Cfr. la sentencia de 2 de diciembre de 2014, dictada en el asunto *A, B, C contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13).

sus obligaciones internacionales»¹⁰³. En relación con el principio de no devolución, recogido por lo demás en diferentes tratados internacionales de los que son parte los Estados miembros de la UE, hay que decir que «constituye una norma internacional de *jus cogens* que forma parte del núcleo duro del “orden público” de la Comunidad Internacional»¹⁰⁴. Su cumplimiento resulta exigible, en consecuencia, con independencia de lo establecido por la directiva.

Por lo demás, el estatuto incluye el derecho a ser informado del contenido de la protección, al mantenimiento de la unidad familiar, a obtener un permiso de residencia y documentos de viaje, acceso al empleo, a la educación, asistencia social, asistencia sanitaria, acceso a un alojamiento apropiado, libertad de movimiento en el Estado miembro que concede la protección y acceso a instrumentos de integración. Se prevén igualmente medidas específicas para menores no acompañados.

La respuesta común para los casos de afluencia masiva de personas desplazadas

La respuesta prevista en 2001

En el año 2001 se aprobó la Directiva del Consejo, de 20 de julio, que contiene las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida¹⁰⁵. La mencionada protección se ofrecerá a grupos de personas que huyan de una zona de conflicto armado o de violencia permanente o de una situación de violación sistemática o generalizada de los derechos humanos y siempre y cuando no se den ninguna de

¹⁰³ Cfr. el artículo 21 de la Directiva.

¹⁰⁴ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, «La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho Europeo», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.), «El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa», Trotta, Madrid, 2002, p. 464.

¹⁰⁵ DO, Serie L, número 212, de 7 de agosto de 2001. Ya se habían adoptado con anterioridad soluciones conjuntas al problema de la afluencia masiva de personas desplazadas como consecuencia del conflicto de la antigua Yugoslavia. Pueden citarse en este sentido la Resolución del Consejo de 25 de septiembre de 1995 sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y estancia, con carácter temporal de las personas desplazadas (DO, Serie C, núm. 262, de 7 de octubre de 1995) y la Decisión 96/198/JAI sobre un procedimiento de alerta y urgencia para el reparto de cargas en relación con la acogida y estancia, con carácter temporal de las personas desplazadas (DO, Serie L, núm. 63, de 13 de marzo de 1996). Sobre la Directiva puede verse el trabajo de ARENAS HIDALGO, Nuria, «La institución de la proyección temporal en Europa: ejes conceptuales de la acogida territorial debida a las poblaciones desplazadas de forma masiva», Anuario de Derecho Europeo, núm. 3, 2003, pp. 99-121.

las posibles causas de exclusión¹⁰⁶ de la protección temporal contempladas en el artículo 28 de la Directiva.

La norma no aclara cuántas personas desplazadas deben llegar al territorio de la UE para que se active el procedimiento que llevará al Consejo a determinar discrecionalmente la protección temporal en su favor. El artículo 2.d) de la Directiva habla de un «número importante» de personas desplazadas. En cualquier caso no parece exigible una mayor precisión. Tal y como ha establecido el propio ACNUR «[n]o es posible definir en términos absolutos aquello que constituye una “afluencia masiva o a gran escala” sino que ha de ser definido en función de los recursos de que disponga el país receptor». Ha de entenderse como refiriéndose a un elevado número de llegadas a un país, durante un periodo breve de tiempo, de personas provenientes del mismo país de origen, que han sido desplazadas bajo circunstancias que indiquen que los miembros del grupo merecerían protección internacional, y para los cuales, dado lo elevado de su número, es materialmente imposible llevar a cabo una determinación de estatuto de refugiado a nivel individual¹⁰⁷.

La denominada protección temporal no es incompatible con el reconocimiento de la condición de refugiado o beneficiario de protección internacional y, en consecuencia, con la concesión del asilo o, en su caso, de la protección subsidiaria¹⁰⁸. Es más, la concesión de uno u otra están llamadas a resolver la cuestión de qué ocurriría si, una vez agotados todos los plazos previstos en la directiva para la protección temporal, no han desaparecido las causas que dieron lugar al desplazamiento masivo. Al finalizar la protección temporal, el beneficiario de la misma tendrá derecho, en efecto, a que sea revisada una eventual solicitud de protección temporal.

La protección inicialmente prevista será de un año, prorrogable automáticamente por un año, en dos periodos de 6 meses y, de forma extraordinaria, por un año más¹⁰⁹. Esta última prórroga requiere, en virtud del apartado segundo del artículo 4 de la Directiva, que el Consejo decida por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión¹¹⁰, siempre y cuando «persistan los motivos para la protección temporal». El Consejo decidirá por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, a la que igualmente podrán dirigirse las

¹⁰⁶ Se aplicará para ello la definición de «personas desplazadas» contenida en el artículo 2.c) de la Directiva. La definición se refiere únicamente a nacionales de terceros países y a apátridas. De nuevo, por tanto, y a pesar de las sugerencias en contra del ACNUR, quedan excluidos los nacionales de los Estados miembros de la UE (Cfr. el Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva, octubre de 2000, disponible en el siguiente enlace: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1226>. (Fecha de la consulta 01.07.2017).

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Cfr. los artículos 3.1 y 17-19 de la Directiva.

¹⁰⁹ Cfr. el artículo 4.1 de la Directiva.

¹¹⁰ A la cual podrán dirigirse una solicitud los Estados miembros, que ella deberá estudiar.

solicitudes de los Estados miembros. El Consejo examinará la situación y tendrá en cuenta «la magnitud de los movimientos de personas desplazadas», si conviene o no establecer la protección temporal¹¹¹ y la información que puedan proporcionarle los Estados miembros, la Comisión, el ACNUR y cualquier otra organización internacional pertinente.

El estatuto de la protección temporal se describe en el Capítulo III de la Directiva. Incluye permisos de residencia durante todo el periodo de la protección temporal; facilidades para la obtención de visados; el derecho a ser informado, en una lengua que comprenda el beneficiario, del contenido de la protección temporal; el derecho a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, a participar en actividades de educación para adultos, formación profesional y formación práctica en el lugar de trabajo; el acceso a un alojamiento adecuado o a los medios para obtenerlo, así como a programas de ayuda social y atención médica y el derecho a la reagrupación familiar en los términos previstos en el artículo 15 de la Directiva. Se prevén además medidas especiales para menores no acompañados y para personas con necesidades particulares. En virtud de lo establecido en el artículo 29 la exclusión de los beneficios de la protección temporal o de la reunificación familiar por parte de un Estado miembro¹¹² deberá poder recurrirse en dicho Estado.

La protección temporal finalizará bien en cualquier momento si el Consejo, después de comprobar que la situación en el país de origen permite el regreso seguro de los beneficiarios, lo decide así por mayoría cualificada, bien cuando se haya llegado al término del plazo máximo de duración¹¹³. Esto es, una vez finalizado el plazo de tres años. Es en ese momento cuando los hasta entonces beneficiarios de la protección temporal podrán solicitar asilo —o, en su caso, la protección subsidiaria—. En caso contrario deberán regresar a su país de origen. El regreso podrá ser voluntario¹¹⁴ o forzoso¹¹⁵. En cualquier caso, los Estados miembros podrán examinar si existen razones que hacen el regreso «imposible o poco realista» a los efectos de no forzar al regreso a los que han sido beneficiarios de la protección temporal. En el mismo sentido, el artículo 23 de la Directiva impide a los Estados miembros la expulsión de una persona que, por motivos de salud, no esté en condiciones razonables de viajar. Esto puede ser así, por ejemplo, «cuando una interrupción del tratamiento médico a que estuvieran sometidas pudiera acarrear un agravamiento importante de su estado». Debe tenerse en cuenta, en este sentido, la jurisprudencia del TEDH que ha declarado que la expulsión de un extranjero en estos supuestos podría ser contraria al artículo 3 del CEDH.

¹¹¹ Para ello deberá tener en cuenta, en virtud del artículo 5.4.b) de la Directiva «las posibilidades de ayuda de urgencia y de acciones *in situ* o su insuficiencia».

¹¹² Por alguna de las razones, recordemos, previstas en el artículo 28 de la Directiva.

¹¹³ Cfr. el artículo 6 de la Directiva.

¹¹⁴ Cfr. el artículo 21 de la Directiva.

¹¹⁵ En virtud del artículo 22 de la Directiva.

Aunque nada se dijese en la Directiva, por tanto, los Estados estarían obligados a no expulsar a un extranjero en esa situación en virtud de las obligaciones que le incumben en virtud del Convenio de Roma.

No puede dejar de subrayarse que el mecanismo de protección que prevé la Directiva no ha sido puesto en marcha ni una sola vez. Y no ha sido por falta de oportunidades¹¹⁶.

La UE no encontró, por ejemplo, un modo común de reaccionar ante la afluencia masiva de inmigrantes que intentaron cruzar la frontera sur de Europa en setiembre y octubre de 2005. Es claro que la directiva que ahora analizamos no está pensada para la acogida de los denominados «inmigrantes económicos», por más que nada hubiese impedido la activación del hoy artículo 78.3 del TFUE. En aquel momento, la reunión del Consejo Europeo celebrada en diciembre de 2005, en el marco del ya mencionado «Enfoque Global sobre Migración» y dentro de las prioridades que se identificaron para ponerlo en práctica, propuso la creación de los denominados «equipos de reacción rápida» previstos en el también mencionado ya Programa de La Haya. Las Conclusiones de la Presidencia¹¹⁷ se refieren, en concreto, a equipos compuestos por técnicos nacionales que puedan ofrecer con rapidez asistencia técnica y operativa en momentos de gran afluencia de migrantes.

En cumplimiento del mandato de este mandato del Consejo Europeo, la Comisión presentó en julio de 2006 una Propuesta de Reglamento que fue finalmente aprobada en 2007. El Consejo de Ministros de Justicia e Interior celebrado el 12 de junio de 2007 dio luz verde al Reglamento (CE) 863/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004, del Consejo, de 12 de julio de 2007, por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados¹¹⁸. El objetivo del reglamento, en virtud de su artículo primero, es el establecimiento de un mecanismo destinado a proporcionar durante un periodo limitado de tiempo asistencia operativa rápida «al Estado miembro que lo solicite por encontrarse este ante una situación de presión urgente y excepcional, en particular la llegada a determinados puntos de las fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que intenten entrar ilegalmente en el territorio del Estado miembro». Se prevé expresamente que el reglamento se apli-

¹¹⁶ Es interesante la lectura del siguiente análisis: INELI-CIGER, Meltem, «Time to Activate the Temporary Protection Directive: Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe», *European Journal of Migration and Law*, Vol. 18, núm. 1, 2016, pp. 1-33.

¹¹⁷ Disponibles en el siguiente enlace: http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/87658.pdf. (Fecha de la consulta 01.07.2017).

¹¹⁸ Diario Oficial, Serie L, número 199, de 31 de julio de 2007.

cará sin perjuicio de los derechos de los refugiados y de las personas que soliciten protección internacional, en particular en lo que hace al derecho a no ser devuelto a un país donde la vida o la seguridad nacional del tercer Estado pueda correr peligro.

Con todo, tal y como se ha señalado ya, resulta cuanto menos llamativo que el mecanismo previsto en esta Directiva no se haya aplicado con ocasión de la llegada desigual pero sostenida de migrantes y refugiados al territorio de la UE expulsados de su lugar de origen como consecuencia de la violencia generada por el conflicto armado en Siria. De la respuesta que ha proporcionado la UE a este «crisis» nos ocupamos a continuación.

La gestión de la crisis migratoria que tiene su origen en el desplazamiento humano provocado por la violencia del conflicto armado en Siria

Como resultado de la aplicación de normas comunes, el territorio de la UE se concibe como un área única de protección. Y aunque ese sistema común debe incluir, de acuerdo con el Derecho de la UE, que se proporcione a las personas que buscan protección internacional vías de acceso seguras, justas y eficientes a los procedimientos de protección, lo cierto es que el mismo extiende su manto protector únicamente a aquellos que ya han alcanzado el territorio europeo. Por ello, el sistema común de migración y asilo ha sido descrito como un marco jurídico que limita las garantías y la seguridad jurídica de los migrantes en situación de vulnerabilidad y que perjudica el acceso a territorio europeo de aquellos que buscan protección internacional. Estamos ante la conocida como «Europa fortaleza».

Tal y como ya hemos indicado, el SECA, sus normas y reglas, debe ajustarse a la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo Adicional. Así lo prevé expresamente el artículo 78 del TFUE. Sin embargo, ello no significa que este sistema común traslada automáticamente las obligaciones incorporadas a la Convención de Ginebra, ni tampoco que en el marco del mismo se regulen todos los aspectos relacionados con el derecho de asilo. Los Estados miembros conservan determinadas competencias, entre las que se encuentra la regulación de la solicitud de asilo diplomático o territorial presentada en las embajadas o legaciones diplomáticas de los Estados miembros en el exterior, o la concesión de visado por razones humanitarias o de otras vías de acceso seguro a la protección. Todas ellas quedan a instancias de la normativa nacional¹¹⁹.

La reciente sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2017, dictada en el asunto X y X c. Bélgica ejemplifica con claridad lo que acaba de decirse¹²⁰. Los demandantes en el procedimiento principal, un matrimonio y sus tres hijos menores de edad, todos ellos de nacionalidad siria, vivían en la muy casti-

¹¹⁹ ARENAS HIDALGO, Nuria, «Derecho internacional y europeo de las personas refugiadas... *cit.*»

¹²⁰ Asunto C-638/16 PPU.

gada ciudad de Aleppo. El 12 de octubre de 2016 se encontraban en el Líbano y solicitaron en la Embajada belga en Beirut visados de validez territorial limitada. Debían regresar a Siria al día siguiente. En apoyo de sus solicitudes, hicieron explícito que el propósito de los visados que habían pedido era abandonar la ciudad de Aleppo en condiciones seguras y pedir asilo en Bélgica una vez que hubiesen llegado a este país. En su sentencia, el Tribunal de Justicia afirmó que el Código Comunitario de Visados¹²¹ debe interpretarse en el sentido de que una solicitud de visado de validez territorial limitada presentada por un nacional de un tercer país por razones humanitarias, sobre la base del artículo 25 de este Código, en la representación del Estado miembro de destino situada en el territorio de un tercer país con la intención de presentar, en cuanto llegue a este Estado miembro, una solicitud de protección internacional no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho Código, sino que, en el estado actual del Derecho de la UE, solo está sujeta al Derecho nacional.

De acuerdo con el Tribunal de Justicia, por tanto, el Derecho de la UE no impone a los Estados miembros la obligación de expedir visados humanitarios con el fin de proporcionar rutas seguras y legales a los nacionales que terceros países que buscan protección internacional. Esa posibilidad depende de los Derechos internos.

Creo que puede afirmarse que decisiones como esta vienen a agravar la crisis de credibilidad en la que ha sumido a la UE la poco exitosa gestión de la llegada masiva de refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional expulsadas de sus lugares de origen por la violencia provocada por el conflicto en Siria. Desde 2015, dicha crisis ha protagonizado la agenda política europea. Sin embargo, su gestión ha resultado a todas luces ineficiente. Además, las medidas y decisiones tomadas por los Estados miembros y las Instituciones europeas parecían pensadas para dificultar el acceso de los refugiados a una protección que, de acuerdo con el Derecho internacional y europeo, les es debida.

Lejos de pensar en el mecanismo previsto en la directiva sobre protección temporal, lo que sí han hecho la UE y sus Estados miembros, como es sabido, es acordar con Turquía¹²², en marzo de 2016, un mecanismo para devolver a los inmigrantes irregulares y solicitantes de asilo cuya solicitud hubiese sido denegada en Grecia a Turquía. La «Declaración» ha sido objeto de mucha controversia: ¿cumple con lo exigido por el DIDH y la CDFUE, dadas las condiciones de inseguridad que migrantes y refugiados encuentran en Turquía? ¿Se trata de un acuerdo internacional que surte efectos jurídicos? No puede dejar de tenerse en cuenta, en este sentido, que el Tribunal General de la UE

¹²¹ Vid. supra nota 46.

¹²² El texto está disponible en el siguiente enlace: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>. (Fecha de la consulta 01.07.2017).

acaba de determinar, en una serie de Autos adoptados el 28 de febrero de 2017, que la Declaración no es un acto de la Unión Europea, sino de sus 28 Estados miembros¹²³.

Conclusiones

Son muchas las voces que, desde los organismos internacionales con competencias en materia de migraciones y refugio y desde las ONG, se han alzado en contra de la gestión que la UE y sus Estados miembros están haciendo de la denominada «crisis migratoria» de los refugiados procedentes de Siria. En realidad, las críticas no son nuevas. Se viene reprochando desde hace tiempo a la UE que pretenda convertirse en una «Europa fortaleza» donde migrantes y refugiados tienen cada vez más difícil acceder a la protección internacional. Esa fortaleza es también una fortaleza jurídica. El Derecho de la UE ha jugado un papel importante, en efecto, al dificultar el acceso de los nacionales de terceros países al territorio de la UE. Ha sido así en el caso de los migrantes económicos, para los que no se han abierto vías de acceso comunes al mercado laboral. Y, desde luego, para las personas que podrían ser beneficiarias de protección internacional. No puede dejar de ponerse de manifiesto, en este sentido, que el proceso de conformación de una política común en materia de migración y asilo se ha visto lastrado por las reticencias de los Estados a desprenderse de sus competencias en este ámbito.

Desde luego, la UE y sus Estados miembros no están, desde hace tiempo, a la altura de los valores proclamados por el tratado. Su interés por deshacerse de los refugiados es más que evidente desde hace tiempo. Se han multiplicado en los últimos años las medidas que se traducen en una externalización de la protección a través, por ejemplo, del establecimiento de procedimientos para la determinación de la condición de refugiado en la UE mientras que los solicitantes permanecen fuera de su territorio y el condicionamiento de la ayuda a la mejora de la cooperación en este ámbito por parte de terceros Estados. El acuerdo con Turquía no es, por tanto, sino una medida más en la misma línea. El hecho de que haya estado ausente del debate político y mediático que la UE ya contaba con un mecanismo, el previsto en la Directiva 2001/55/CE, para hacer frente a la afluencia masiva de personas que necesitan protección internacional y que dicho mecanismo, en definitiva, no se haya activado para otorgarles protección en suelo europeo, permite concluir que, más allá de la retórica, la UE no se concibe a sí misma como un territorio de acogida.

¹²³ Véase por ejemplo el Auto dictado en el asunto T-192/16, *NF c. Consejo Europeo*. Sobre estos pronunciamientos puede verse el trabajo de CARRERA, S., DEN HERTOOG, L. y STEFAN, M., *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, CEPS Policy Insights, abril de 2017, disponible en el siguiente enlace: <https://www.ceps.eu/publications/it-wasn%E2%80%99t-me-luxembourg-court-orders-eu-turkey-refugee-deal>. Fecha de la consulta 01.07.2017.

No parece que, al menos por el momento, la UE y sus Estados miembros estén considerando facilitar el acceso de refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional a dicha protección. Ni tampoco parece que contemos con la voluntad política suficiente para lograr una verdadera política común de inmigración laboral. Mientras dicha voluntad no exista, será difícil, si no imposible, que el Derecho de la UE ofrezca respuestas adecuadas a los muy complicados retos que plantean las migraciones internacionales en la actualidad.