

EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO. FUNCIONAMIENTO BÁSICO Y EVALUACIÓN ANTE LOS ACTUALES ÉXODOS DE POBLACIÓN¹

Por NURIA ARENAS-HIDALGO²

Resumen:

El presente trabajo ofrece un análisis crítico del funcionamiento básico del sistema europeo común en materia de asilo, a la luz de las deficiencias observadas especialmente durante la llamada “crisis migratoria”, acaecida tras el estallido del conflicto en Siria y el recrudecimiento de otros de larga data y que ha dado lugar al mayor éxodo de personas en el mundo, desde la Segunda Guerra Mundial. En esta investigación se pone especial énfasis en el estudio del procedimiento de determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de protección internacional, los instrumentos jurídicos disponibles para casos de desplazamientos masivos de personas, así como las claves en materia de procedimiento y contenido del estatuto de protección en la Unión Europea.

Palabras clave:

Personas refugiadas, Sistema Europeo Común de Asilo, flujos masivos de población, Derecho Internacional de las Personas Refugiadas, Política Europea de Asilo.

¹ El presente estudio se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Las Respuestas del Derecho Internacional y Europeo a los Nuevos Riesgos y Amenazas contra la Seguridad Humana (RASEGUR)”, Plan Nacional de I+D+I (Ref: DER2015-65906-P) y de la Red de Excelencia sobre “Los Actuales Desafíos del Derecho Internacional”, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

² Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva (España). Miembro del Equipo Directivo del CIM (Centro de Investigación en Migraciones), del Grupo de Investigación DERGO (Derecho Público para la Gobernanza) y editora del *Refugee Law Reader* (www.refugeelaawreader.org). E-mail: nuria@uhu.es.

THE COMMON EUROPEAN ASYLUM SYSTEM. RESPONSES AND CHALLENGES IN THE CURRENT CONTEXT OF PEOPLE'S DISPLACEMENT

Abstract:

The present work offers a critical analysis of the basic functioning of the common European asylum system, in light of the deficiencies observed especially during the so-called "migration crisis", occurred after the outbreak of the conflict in Syria and the resurgence of other long-term conflicts which has led to the largest exodus of people in the world since the Second World War. In this research, special emphasis is placed on the analysis of the procedure for determination of the State responsible for the examination of the asylum claim, the existing legal framework for cases of massive displacement, as well as on main characteristics of procedures and content of refugee protection in the European Union.

Keywords:

Refugees Common European Asylum System; massive influx; International Refugee Law; European Asylum Policy.

INTRODUCCIÓN

Tras más de veinte años trabajando en la construcción de un sistema de normas comunes en materia de asilo, el proceso de integración europeo ha permitido que nos hallemos a las puertas de la creación de una *jurisdicción exclusiva* en una materia que ha pertenecido tradicionalmente a la esfera más íntima de la soberanía estatal. Se trata de un área que ha sufrido una evolución exponencial, en un periodo relativamente corto de tiempo, habida cuenta de que ni siquiera se mencionaba en los Tratados constitutivos de las originarias Comunidades Europeas. Como ha señalado Santolaya, "no es imposible que dentro de unos años (...) haya que explicar que (los Estados miembros de la Unión) han perdido su capacidad para determinar quién tiene derecho de asilo y que es una especie de Oficina de asilo europea la que lo hará, desde la consideración del asilo como un derecho fundamental que se ejerce en la totalidad del espacio de libertades"³.

A la espera de la consecución de ese proceso, hoy día la Política de Asilo sigue siendo una competencia compartida entre las Instituciones de la Unión y los Estados miembros (EM) y uno de los elementos constitutivos del objetivo de la Unión Europea de establecer progresivamente un "Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia" (Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión

³ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, "El sistema europeo común de asilo y su recepción en España", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N° 12, 2006, p. 88.

Europea) en el cual, el derecho de asilo se ha consagrado al más alto nivel, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 18 de la CDFUE)⁴.

En todo caso, es verdad que la Unión Europea no tenía como objetivo primigenio desarrollar una política común en materia de asilo sino que el interés de los Estados surge de la necesidad de crear un *mercado interior*, definido como un espacio sin fronteras interiores donde quedara garantizada la libertad de circulación de capitales, servicios, mercancías y personas. La iniciativa jurídica no surge, pues, del interés en desarrollar normativamente en Europa un derecho jurídicamente imperfecto a la luz de los textos internacionales (véase el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) sino de la necesidad de conformar la llamada *fortress Europe*, una Europa fortaleza que garantizara seguridad en ese espacio interior de libertades. La atención recibida, pues, es altamente deudora de este objetivo y, por tanto, caracterizada por su vinculación con la eliminación de la inmigración irregular, el control de la frontera exterior común, la delincuencia internacional o el terrorismo. En 1991, la propia Comisión Europea advertía que las cuestiones relativas al asilo y la inmigración debían atenderse de forma separada, pues “Although both matters are linked and interrelated, they are each governed by specific policies and rules which reflect fundamentally different principles and preoccupations. ...*the right of asylum is first and foremost a right and a humanitarian challenge*”⁵. Sin embargo, hoy día es un lugar común que se preste una atención jurídica interrelacionada o indisoluble⁶. Ello ha dado lugar a un modelo normativo dictado bajo el prisma o al servicio de políticas indiscriminadas de *non entrée* —en particular aquellas relativas a la lucha contra la inmigración irregular— que tiene como consecuencia la anulación del efecto útil del derecho de asilo, seriamente restringido y, por ende, de la efectividad del propio Tratado ginebrino del que trae causa⁷.

Superada la etapa en que estas cuestiones se abordaban en una esfera puramente intergubernamental —sin control democrático ni judicial—, tras la comunitarización de la materia y los avances producidos especialmente luego de la firma del Tratado de Ámsterdam en 1999, la incorporación de esta área

⁴ Art. 18 CDFUE: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

⁵ Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el derecho de asilo*. SEC (91) 1857 final. 11.10.1991. La cursiva es de la autora.

⁶ El texto que pretende ser la última hoja de ruta donde se definen los futuros objetivos del SECA se titula “Agenda Europea de Migración”. Comisión Europea. *Una Agenda Europea de Migración*. COM (2015) 240 final, 13/5/2015.

⁷ La aplicación de la “alternativa de huida interna”, la utilización de conceptos como “país seguro de origen”, “tercer país seguro”, solicitudes “manifiestamente infundadas”, la llamada “externalización del asilo” unido a una estricta política de visados, sanciones a transportistas o el uso arbitrario de los acuerdos de readmisión han convertido la posibilidad de solicitar asilo en Europa en una odisea a menudo insalvable. ARENAS HIDALGO, N., “El derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización”, en *Revista de Estudios Europeos*, N° 50, 2008, p. 128.

en la disciplina comunitaria, el papel del Parlamento Europeo como auténtico colegislador (al mismo nivel que el Consejo), y la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han coadyuvado a incorporar garantías al sistema que, no obstante, se encuentra en mitad de una crisis sin precedentes.

Las disposiciones del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) se adoptan con objeto de guiar a las autoridades competentes de los Estados Miembros (EM) en la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, 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 CDFUE⁸. En este marco normativo se regula el más amplio derecho a la *protección internacional* que incluye el derecho de asilo para las personas que obtengan el *estatuto de refugiado* y el derecho a la “protección subsidiaria” para las personas beneficiarias de *protección subsidiaria*, dando así cobertura jurídica a colectivos que no habían sido contemplados en el Convenio ginebrino. Este desarrollo normativo se ha producido en dos fases: la primera (1999-2005) dio lugar a la adopción de una serie de “normas mínimas” en diferentes ámbitos del sector y la segunda —completada en 2013— ha supuesto la refundición de estas normas de Derecho derivado. La conformación del sistema persigue arbitrar un “procedimiento común” así como un “estatuto uniforme” para todos aquellos que se hallen en necesidad de protección internacional, con objeto de evitar los “movimientos secundarios” de solicitantes de asilo y refugiados/as entre Estados, auténtico *leitmotiv* y obsesión recurrente.

Básicamente, el SECA comprende: un mecanismo para la asignación de la responsabilidad entre los Estados parte en relación al examen de una demanda de protección internacional (Reglamento Dublín III y Reglamento EURODAC); normas comunes en materia de procedimientos como paso previo al establecimiento de un procedimiento común de asilo en la Unión (Directiva 2013/32), normas para la acogida de solicitantes de protección internacional (Directiva 2013/33), disposiciones relativas a los requisitos para la identificación de las personas necesitadas de protección internacional, así como un estatuto uniforme para las mismas (Directiva 2011/95) y un procedimiento especial para los casos de afluencia masiva de personas desplazadas (Directiva 2001/55). El SECA dispone de una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (más conocida como EASO, por sus siglas en inglés⁹), pero ésta no dispone de competencias respecto de las decisiones que las autoridades de asilo de los Estados miembros adopten sobre las solicitudes concretas de protección internacional (art. 2.6 del Reglamento 439/2010). La Oficina se dedica más bien a mejorar la cooperación operativa de los Estados a fin de que se apliquen eficazmente las normas comunes (define

⁸ STJUE, Asunto “X y Otros”, C-199/12 a C-201/12, apartado 39 y jurisprudencia citada.

⁹ Reglamento UE N° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo, DO L 132, de 29 de mayo de 2010.

buenas prácticas en materia de asilo, adopta informes sobre país de origen, desarrolla acciones de formación, promueve y facilita el reasentamiento, etc.) y coordina actuaciones de apoyo a los Estados miembros sujetos a presiones especiales.

Los Reglamentos son directamente vinculantes desde su entrada en vigor, pero las Directivas requieren de la transposición de las mismas en los ordenamientos jurídicos de los Estados, con objeto de adquirir eficacia directa. De esta forma, las Directivas permiten a los Estados incorporar *normas más favorables*, por lo que en Europa la aplicación del Derecho Internacional y Europeo de las Personas Refugiadas es, así, plural y diversa y ha estado históricamente condicionada por opciones interpretativas y concepciones de la propia cultura jurídica¹⁰.

Si bien el sistema debe ajustarse a la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo Adicional (art. 78 TFUE) ello no implica que el SECA sea la traducción europea de *todas* las obligaciones incorporadas en el Convenio ni que aborde de forma integral todos los aspectos relacionados con el derecho de asilo. Como decimos, los Estados conservan determinadas competencias¹¹.

Este ámbito de materias, además, se ve afectada por la llamada “geometría variable”, en virtud de la cual, tanto Reino Unido, como Irlanda y Dinamarca pueden elegir quedar vinculados o no por las normas que conforman el SECA. Asimismo, algunos otros instrumentos del Derecho Europeo de las Personas Refugiadas se aplican también a ciertos Estados que no son miembros de la Unión, a saber, Islandia, Liechtenstein, Noruega y/o Suiza.

La actual crisis humanitaria de carácter migratorio que se sufre en nuestras fronteras ha puesto en evidencia alguna de las más importantes deficiencias del sistema, por lo que se considera un momento oportuno para dar cuenta, en este trabajo, de las particularidades básicas del mismo. Así, en el primer capítulo, se analizará qué ocurre desde que se presenta una solicitud de protección internacional en la frontera europea y cómo se determina qué Estado será responsable de su estudio. En el capítulo segundo, se estudiarán los mecanismos disponibles para casos de afluencia masiva de personas, como las que se han estado sufriendo en Europa, especialmente desde 2015. Y en el tercer capítulo, se informa sobre las características básicas del procedimiento y del contenido de la

¹⁰ La transposición en España de las normas de Derecho derivado que conforman el SECA se ha realizado a través de la *Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*. Publicación en el Boletín Oficial del Estado: *BOE*, N° 263, de 31 de octubre de 2009.

¹¹ Como las relacionadas con la sanción a las personas refugiadas por su entrada o presencia ilegal (prohibidas por el art. 31 de la Convención de Ginebra: STJUE de 17/6/2014, Asunto “Mohammad Ferooz Qurbani”); las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las embajadas o legaciones diplomáticas de los EM en el exterior; la concesión de visado por razones humanitarias (STJUE, de 7/3/2017, Asunto “X y X”) o la regulación de otras vías de acceso seguro a la protección, así como cuestiones tan relevantes en el ámbito de la solidaridad internacional como la figura del reasentamiento. Todas ellas quedan a instancias de la normativa nacional.

protección ofrecida. El trabajo finaliza con un breve epílogo sobre las reformas previstas en el llamado “nuevo paquete de asilo”.

*1. UN SISTEMA COMÚN QUE ASIGNA LA RESPONSABILIDAD
EN LA DETERMINACIÓN DE LAS NECESIDADES DE
PROTECCIÓN A UN SOLO ESTADO. EL SISTEMA DUBLÍN
Y LA AUSENCIA DE UN REPARTO EQUITATIVO DE LA
RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE ASILO*

La normativa de la UE en materia de asilo sólo se aplica desde el momento en que el individuo ha llegado a la frontera, incluyendo las aguas territoriales y las zonas de tránsito (art. 3.1 de la Directiva 2013/32/EU). El SECA no dispone de normas que permitan un acceso seguro al territorio de la Unión desde los países en conflicto o países vecinos al mismo, por lo que la concesión de visados humanitarios o la posibilidad de solicitar protección en las embajadas de los EM forman parte de la soberanía de los Estados; el SECA ni lo regula ni lo fomenta¹². Así las cosas, las personas necesitadas de protección internacional han de llegar a Europea y una vez en ella, pueden solicitar protección a la autoridad o autoridades competentes que hayan designado los Estados, los cuales están obligados a registrar las solicitudes de protección internacional en un plazo de tres días laborables, o de seis días si la solicitud se presenta ante otras autoridades distintas de las responsables de tal registro (art. 6.1 de la Directiva 2013/32/EU). La presentación de la solicitud da lugar a la activación de la Directiva sobre condiciones de acogida (Directiva 2013/33/UE), en virtud de la cual se les proporcionará alojamiento, alimentación, y una asignación para gastos diarios¹³, así como del Sistema Dublín que determinará cuál de los Estados miembros de la Unión será responsable de examinar la solicitud.

El llamado “Sistema de Dublín” fue el primer mecanismo del que se dotaron los Estados miembros de la actual UE para gestionar en común aspectos relativos al asilo¹⁴. Se trata de un conjunto de normas cuyo objetivo es disponer de un procedimiento para la *determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional*. A diferencia de toda lógica jurídica, el sistema no nace priorizando la búsqueda de consenso sobre cuáles habrían de

¹² STJUE, “Asunto X e X v. Estado de Bélgica”, de 7 de marzo de 2017 (c-638/16PPU).

¹³ El art. 2º g) de la Directiva dispone que esas condiciones de acogida pueden otorgarse en especie o en forma de asignaciones financieras o de vales, o una combinación de los tres.

¹⁴ El 15 de junio de 1990 se adoptó un Convenio, en Dublín, con este objetivo que luego –gracias a la comunitarización de la materia– ha visto la luz en forma de Reglamentos. El Reglamento 343/2003 que sería conocido como “Dublín II” fue enmendado por el actualmente vigente Reglamento 604/2013 (Dublín III). *Reglamento UE N° 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), DO L 180, de 29 de junio de 2013 (en adelante, Reglamento Dublín III).

ser los requisitos comunes para la obtención del estatuto de refugiado en Europa o los derechos asociados al mismo sino que persigue resolver el fenómeno de los llamados “refugiados en órbita” (solicitantes de protección que iban de un Estado a otro sin que ninguno se hiciera responsable del estudio de su caso) y el de las “solicitudes múltiples” (*asylum shopping* aquellas presentadas en más de un Estado). No es, por consiguiente, un sistema de reparto equitativo de la responsabilidad respecto de las personas que llegan al continente europeo en busca de protección y que pudieran ser distribuidas en los mismos sino que se trata de un sistema de *asignación de la responsabilidad* con el objetivo de que sea sólo uno el Estado que proceda al estudio de la demanda de protección (*one-chance only*) y su decisión sea vinculante para todos los demás. Así, en el momento en el que las personas son interceptadas tratando de acceder de forma irregular a territorio europeo o cuando presentan su solicitud de protección, son tomados sus datos dactiloscópicos y enviados a una base informática a la que tienen acceso las autoridades de los Estados (sistema regulado por el Reglamento EU-RODAC¹⁵). Cualquier intento de presentar la solicitud en otro Estado miembro (llamado “movimiento secundario”) sería detectado con la mera comprobación del registro de sus huellas dactilares y sería devuelto al país responsable de su solicitud. Este Sistema Dublín es el que actualmente se considera la piedra angular del SECA¹⁶.

La asignación de la responsabilidad no depende de unas cuotas previamente establecidas, ni atiende a las características del EM designado como responsable (que éste cumpla fielmente con las obligaciones internacionales y europeas en materia de asilo, que disponga de capacidad de acogida, etc.) ni se toma en consideración el destino elegido por la persona demandante de protección sino que los criterios del Sistema Dublín son *objetivos*, están *jerarquizados* y, según ellos (capítulo III), salvo que la persona tenga algún miembro de su familia nuclear residiendo en un Estado miembro, en calidad de solicitante de protección o como beneficiario de la misma —la unidad familiar sería el criterio prioritario—, depende de por dónde haya entrado el demandante de protección a territorio de la Unión. El Estado responsable, pues, será aquel que haya otorgado un visado o documento de residencia al demandante o aquel que haya

¹⁵ *Reglamento UE N° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) 604/2013, 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, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) N° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición)*, DO L 180, de 29 de junio de 2013.

¹⁶ Véase el considerando 7 del Reglamento Dublín III (Reglamento UE 604/2013).

permitido su entrada irregular¹⁷. Se trata de un sistema al servicio de un efectivo control de la frontera exterior común, de tal forma que la determinación de la protección internacional se convierte en una especie de “sanción” para aquellos Estados que “permitieron” la entrada en el territorio del nacional del tercer país, en lugar de establecer criterios de reparto equitativos basados en las mejores opciones de integración del nacional del tercer país en alguno de los Estados de la Unión o Estados asociados al sistema. El sistema se completa con unos elementos de flexibilidad, como son la cláusula humanitaria (que permite a un Estado no responsable asumir una demanda de asilo para la preservación de la unidad familiar más allá de lo que establecen los criterios del sistema), o la cláusula de soberanía (que permite a los Estados examinar cualquier demanda de asilo que le sea presentada), ambas escasamente utilizadas.

Como puede comprobarse, no se toma en consideración la voluntad del demandante de protección, es decir, el *solicitante no podrá elegir el país de acogida*. El mutuo reconocimiento de actos de Estado se privilegia por encima del derecho a la protección del individuo que tampoco verá reconocido su derecho a desplazarse libremente por el resto de países de la Unión, pues aunque las decisiones de rechazo de las solicitudes de protección son válidas en todo el territorio común y gozan de efecto extraterritorial, no ocurre lo mismo con las decisiones positivas cuyas ventajas solo se pueden disfrutar en el territorio del Estado que concede la protección.

Ese reconocimiento mutuo se fundamenta en la presunción de que todos los Estados participantes comparten estándares equivalentes en materia de protección y son países *seguros*. Sin embargo, se ha observado una importante diferencia de criterio en el reconocimiento de personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria procedentes de las mismas regiones o países de origen y en cuanto al tipo de protección concedida¹⁸. Así las cosas, si el sistema no garantiza una respuesta común independientemente del país responsable del examen de la solicitud, si tampoco se garantiza un acceso rápido y efectivo al procedimiento dada la complejidad del mismo (se puede llegar a demorar hasta

¹⁷ Tras la adopción de la sentencia del TJUE de 6 de junio de 2013 (*Asuntos acumulados MA.BT.DA.*) se disponen reglas especiales para el caso de los menores no acompañados (arts. 6º y 8º del Reglamento), en cuyo caso será indiferente la entrada irregular y se primará la reagrupación familiar en interés superior del menor.

¹⁸ Por ejemplo, en el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2015, los índices de reconocimiento de los solicitantes de asilo procedentes de Afganistán variaron de casi un 100% en Italia a un 5,88% en Bulgaria. *Vid.* Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo “Hacia una Reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una Mejora de las Vías Legales a Europa”*, COM (2016) 197 final, Bruselas 6/4/2016, p. 5.

La profesora Morgades considera falsa la asunción de que los sistemas de asilo en los EM son comparables tanto en lo que se refiere a la obtención de la protección como al contenido de la misma. MORGADES GIL, Silvia, “The discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What remains of the sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJEU?”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, issue 3, p. 436.

diez u once meses¹⁹) y la escasa confianza mutua demostrada entre los EM ante determinados indicios²⁰, unido a que se ejecuta solo una cuarta parte de los traslados²¹ y siguen produciéndose altos niveles de movimientos secundarios²², hace que el sistema se haya completamente deslegitimado.

Por ende, los efectos de la aplicación del sistema Dublín pueden hallarse, en parte, en el origen de la actual crisis de personas refugiada en Europa. Los Estados de la UE con fronteras exteriores terrestres tendrían una probabilidad más alta que los demás de convertirse en Estados responsables de examinar las demandas de asilo presentadas en otros EM²³. Esta circunstancia unida al incremento de los flujos migratorios en los últimos años ha supuesto el colapso de las estructuras de asilo para algunos EM —como Grecia—, y con ello el cuestionamiento de las bases del sistema.

Así, tras la sentencia del TEDH en el caso “M.S.S. v. Belgique et Grèce” de 21 de enero de 2011 y la sentencia del TJUE, en el asunto “N. S. y M. E. y otros” de 21 de diciembre de 2011 resulta contrario a Derecho que un Estado miembro pueda aplicar *automáticamente* las reglas del sistema Dublín, cuando el Estado responsable padece *deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida*. El art. 4º de la CDFUE (prohibición de

¹⁹ “Con el sistema actual, los aspirantes pueden esperar hasta diez meses (en el caso de las peticiones de readmisión de un solicitante de asilo) u once meses (en el caso de peticiones de toma a cargo) antes de que comience el procedimiento de examen de la solicitud de protección internacional. Esto va en detrimento del objetivo de Dublín de garantizar un acceso rápido al procedimiento de asilo”. Comisión Europea: *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado 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)*. COM (2016) 270 final, 2016/0133, Bruselas 4.5.2016 (en adelante: *Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín III*), p. 9.

²⁰ “Varios Estados miembros señalaron que las interpretaciones de lo que se considera como prueba aceptable por parte de las autoridades del país receptor hacían recaer una carga de la prueba desproporcionada en el país de envío”. *Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín III*, p. 10.

²¹ Comisión Europea. *Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín III*, p. 11.

²² La Comisión Europea ha calculado que hasta un 24% de las solicitudes de protección ya habían sido presentadas antes en otro Estado, por lo que la incidencia del Sistema Dublín en el problema de los movimientos secundarios es nimia. Además, reconoce que “el Reglamento podría haber contribuido, de forma no intencionada, a aumentar la incidencia de otros tipos de movimientos secundarios, ya que las diferencias nacionales en la calidad de los sistemas de acogida y asilo siguen existiendo y continúan fomentando los movimientos secundarios”. Comisión Europea. *Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín III*, p. 13.

²³ La Comisión Europea ha reconocido que “un número limitado de Estados miembros ha tenido que ocuparse de la gran mayoría de los solicitantes de asilo que llegan a la Unión, lo que ha generado una gran presión sobre las capacidades de sus sistemas de asilo y provocado una cierta inobservancia de la normativa de la UE”. “Los criterios aplicados con más frecuencia como motivo para los traslados han sido los relativos a la documentación y a la entrada (arts. 12 y 13), lo que ha llevado a la atribución de una parte sustancial de la responsabilidad a los Estados miembros con fronteras exteriores”. Comisión Europea: *Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín III*, pp. 3 y 10.

la tortura y tratos inhumanos o degradantes) debe interpretarse en el sentido que incumbe a los EM, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al EM responsable en el sentido del Reglamento Dublín, cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo en ese EM constituyan motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición (fallo incorporado al actual art. 3º del Reglamento Dublín). El colapso del sistema en Grecia provocó, en cumplimiento de esta sentencia, la suspensión de los traslados vía Dublín a este país, así como la adopción, inédita en Europa, de un *sistema de reubicación de emergencia de personas solicitantes de protección internacional*, desde Grecia e Italia al resto de EM, muestra clara de las deficiencias de Dublín y precario remedio de la negativa a asumir la necesidad de un sistema de reparto equitativo de la responsabilidad en materia de asilo.

A pesar de las evidentes deficiencias, reconocidas por la propia Comisión Europea, la reforma prevista de Dublín tan sólo supone una huida hacia delante que no se compadece con las obligaciones que dimanarían de la incorporación del derecho de asilo al más alto nivel, en el art. 18 de la CDFUE, y que obliga a una lectura del mismo de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951. La Convención ginebrina no impide la aplicación de un sistema de asignación de la responsabilidad, pero siempre y cuando sea conforme con sus principios básicos: principio de solidaridad (preámbulo de la Convención) que obligaría a un reparto equitativo de las obligaciones en materia de asilo, el principio de unidad familiar que no puede limitarse a un concepto a todas luces excesivamente limitado y la necesidad de atender adecuadamente al “perfil social” del demandante a la hora de seleccionar el Estado responsable de examinar su solicitud²⁴.

El Sistema Dublín es un claro ejemplo de como las normas del SECA nacieron y continúan sometidas al paradigma de contención de flujos fuera de las fronteras y la lucha contra la inmigración irregular, en lugar de atender a su genuino sentido humanitario.

2. EN CASO DE AFLUENCIA MASIVA: EL SISTEMA DE REUBICACIÓN DE EMERGENCIA

El SECA dispone de un *sistema de intervención de emergencia* para situaciones de “afluencia repentina de nacionales de terceros Estados” (art. 78.3 TFUE). El dispositivo nunca se había activado, pero desde principios de 2015, a la vista de las llegadas masivas y la presión sin precedentes que éstas estaban

²⁴ Véase *Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas de 28 de julio de 1951*: principio de unidad familiar (apartado B: principio de unidad de la familia), principio de solidaridad (apartado D: cooperación internacional en las áreas de asilo y reasentamiento y preámbulo de la Convención).

causando en los sistemas de asilo de países como Grecia o Italia, parece que se daban las condiciones materiales para hacerlo efectivo²⁵. El 20 de abril de 2015, tras producirse el naufragio con mayor número de víctimas mortales de todas las sucedidas en el Mediterráneo, se celebra una reunión de los Ministros de Asuntos Exteriores donde la Comisión Europea presenta un Plan de 10 puntos que luego se desarrollarían en la “Agenda Europea de Migración” y donde se reconoce que la política europea “no ha estado a la altura” y se debían adoptar acciones prioritarias para hacer frente a la crisis, entre otras, “activar el sistema de emergencia para distribuir mejor a los solicitantes de asilo en Europa”²⁶. De entrada, el Consejo Europeo dispone ayuda financiera de emergencia y medi-

²⁵ Según datos de Frontex, en 2014 la ruta del Mediterráneo central y oriental fue la principal zona de cruce irregular de fronteras en la UE, sumando más del 75% del total de tales cruces. Ese año, sólo a Italia llegaron más de 170.000 inmigrantes en situación administrativa irregular, lo que representa un aumento del 277% en comparación con los datos registrados en 2013. También se asistió a un aumento constante en Grecia, con más de 50.000 llegadas, lo que equivale a un aumento del 153% en comparación con 2013. Los datos de los primeros meses de 2015 confirman esta tendencia clara en el caso de Italia. Además, Grecia afrontó en los cuatro primeros meses de 2015 un importante aumento del número de cruces irregulares de fronteras, equivalente a más del 50% del total de 2014 (casi 28.000 en estos cuatro primeros meses de 2015, en comparación con un total de 55.000 en 2014). Estas cifras llevan a la Comisión a afirmar que: “Ningún otro Estado miembro se encuentra actualmente en una situación de emergencia como la vivida por Italia y Grecia, con máximos similares en los números de llegadas irregulares y una gran proporción de personas que tienen manifiestamente necesidad de protección internacional, todo ello acompañado por una grave vulnerabilidad de sus sistemas de asilo. Por consiguiente, la actual situación de la inmigración en Italia y Grecia es única en la UE y la presión sobre su capacidad para tramitar las solicitudes de protección internacional y ofrecer unas condiciones adecuadas de recepción y perspectivas de integración a las personas que tienen manifiestamente necesidad de protección internacional exige que todos los demás Estados miembros muestren su solidaridad”. Comisión Europea: *Propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Grecia e Italia*: COM (2015) 286 final, 27/5/2015, p. 3.

²⁶ La Comisión reconoce que la reacción europea estaba siendo insuficiente y, por ello, propone medidas a corto plazo para estabilizar la situación, así como medidas a más largo plazo con objeto de disponer de un sistema sólido que resistiera la prueba del tiempo. La lista incluye medidas clave inmediatamente necesarias que podrían dividirse en: i) medidas operativas; ii) ayuda presupuestaria y iii) aplicación del Derecho de la Unión y de acción exterior (en la que se incluye incluso una operación militar de gestión de crisis). Estas son: Triplicar la capacidad y los activos de las operaciones conjuntas de la Agencia Frontex (Tritón y Poseidón) en 2015 y 2016; la activación del sistema de emergencia en virtud del art. 78, apartado 3, del Tratado para distribuir mejor a los solicitantes de asilo en Europa; crear “puntos calientes” o “Hotspot” coordinados por la Comisión, en los cuales tanto la Agencia Europea de Apoyo al Asilo, como Frontex y Europol trabajarán sobre el terreno en los Estados miembros que se hallan en primera línea con objeto de identificar, registrar y tomar las huellas dactilares de las personas migrantes, con la mayor celeridad posible, y de coordinar el retorno; movilizar 60 millones de euros adicionales de financiación de emergencia para los Estados miembros de primera línea; disponer un programa de reasentamiento dotado con 50 millones de euros y destinado a transferir 20.000 personas a Europa de forma segura y legal; asignar 30 millones de euros para los programas regionales de desarrollo y protección empezando por los del norte de África y el Cuerno de África en 2015 y 2016; recopilar información por parte de Europol con la contribución de todas las agencias de la UE con objeto de dismantelar las redes delictivas; establecer operaciones de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) en el Mediterráneo para la captura y destrucción de embarcaciones; establecer un centro polivalente piloto en Níger en colaboración con la OIM y ACNUR; desplegar agentes

das de apoyo operativo por parte de la EASO, mientras se estudiaban opciones para organizar una reubicación de personas necesitadas de protección internacional. Ante la necesidad inmediata de ayudar a los Estados más afectados por la crisis a cumplir con sus obligaciones en materia de protección internacional, las Instituciones de la Unión adoptan medidas que inciden en lo que podemos denominar “solidaridad financiera”, esto es, ayuda de emergencia de carácter económico, así como “solidaridad operativa”, es decir, medidas de soporte práctico como la activación de equipos de apoyo a la gestión de la migración en los “puntos críticos” (*hotspots*) en Grecia e Italia o del mecanismo de protección civil para Serbia, Eslovenia y Croacia. Estas medidas podían ayudar en la agilización de la tramitación de las solicitudes, así como de los retornos o en la creación de mejores infraestructuras para dar acogida a las personas, sin embargo, las llegadas son de tal magnitud que se hacía imperioso proceder a la adopción de una auténtica medida de solidaridad intracomunitaria. Téngase en cuenta que el Derecho de la UE exige que las políticas europeas en el ámbito de los controles fronterizos, el asilo y la inmigración y su aplicación —incluida las medidas adoptadas en caso de “situación de emergencia”— se rijan por el principio de “solidaridad” y “reparto equitativo de la responsabilidad” (art. 80 TFUE). Por tanto, un cumplimiento escrupuloso de esta obligación solo podía lograrse con la reubicación de solicitantes de protección internacional desde Grecia e Italia hacia el resto de Estados miembros. El 28 de abril de 2015, el Parlamento Europeo insta al Consejo a que considere seriamente la posibilidad de activar el art. 78.3 TFUE. Con la aprobación del Parlamento, reunido de urgencia, el Consejo adopta dos Decisiones: la *Decisión 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015* por la que se decide reubicar a 40.000 personas en los próximos dos años, es decir, hasta el 17 de septiembre de 2017²⁷ y en aplicación de la *Decisión 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015*, se reubicarían 120.000 personas en los próximos dos años, por tanto, hasta el 26 de septiembre de 2017²⁸.

Se dispone así de un *sistema de reubicación de emergencia*, de carácter temporal, por el que se establece el traslado de un total de 160.000 personas manifiestamente necesitadas de protección internacional desde Grecia e Italia, a través de una norma obligatoria en todos sus términos²⁹. Esta medida inédita

migratorios europeos en las Delegaciones de la UE en los países clave de tránsito. Comisión Europea. *Agenda Europea de Migración*. COM (2015) 240 final, 13.05.2015.

²⁷ Decisión 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015 relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia. DO L 239, 15.09.2015. En adelante, Decisión 2015/1523.

²⁸ Decisión 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015 por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia. DO L 248, 24.09.2015. En adelante, Decisión 2015/1601.

²⁹ La “reubicación” es definida como el: “traslado de un solicitante hasta el territorio del Estado miembro de reubicación desde el territorio del Estado miembro que los criterios estable-

en la Unión supone, de inmediato, la suspensión del art. 13 del Reglamento Dublín, esto es, no todas las demandas de protección de personas que hubieran entrado de forma irregular en Grecia e Italia serían responsabilidad de estos países sino que aquellas que entraran en el ámbito de aplicación de las Decisiones serían trasladadas a otros EM donde se procedería a la determinación de su estatus de protección. Se garantizaría así la participación equitativa y equilibrada de todos los Estados Miembros, en este esfuerzo común, a través de un dispositivo de carácter vinculante, temporal (para solventar una crisis concreta), basado en criterios objetivos (ámbito de aplicación personal, material, temporal, excepciones, etc.), incluida una clave de reparto³⁰, por lo que el criterio de distribución y el número de personas que serían trasladadas a cada Estado no queda sujeto a la voluntad de cada Estado sino que se establece con carácter previo; un salto cualitativo en relación a otros instrumentos jurídicos anteriores³¹. Eso sí, no se trata de un mecanismo automático que pudiera activarse ante la evidencia de determinados indicios ni a petición del Estado afectado sino que requiere la decisión del Consejo (por mayoría cualificada³²), a propuesta de la Comisión, tras la consulta al Parlamento Europeo.

A un mes de la finalización del plazo de ejecución, el sistema de reubicación de emergencia se ha saldado con la decepcionante cifra de 24.600 personas reubicadas (16.803 desde Grecia y 7.873 desde Italia) desde diciembre de 2015 a agosto de 2017 y la apertura de tres procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la UE, por el incumplimiento de estas decisiones por parte de Hungría que se ha negado a participar en el sistema de reubicación de crisis, Polonia que no notifica plazas de reubicación desde diciembre de 2015 y la República Checa que no ha reubicado a ninguna persona desde agosto de 2016³³. Salvo países

cidos en el capítulo III del Reglamento (UE) no 604/2013 señalen como responsable de examinar su solicitud de protección internacional”. (art. 2º e] de ambas Decisiones).

³⁰ En el anexo de la “Agenda Europea de Migración” figura una clave de redistribución basada en los criterios establecidos: PIB, población, tasa de desempleo y número histórico de solicitantes de asilo y de refugiados reasentados.

³¹ La Directiva 2001/55/CE disponía también una obligación de acogida en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, pero carecía de un mecanismo obligatorio y objetivo que estableciera la cuota a satisfacer por cada Estado, quedaba en cambio a disposición de lo que éstos dispusieran en cada momento. La *Directiva del Consejo de 20 de julio de 2011 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida* no se ha aplicado hasta el momento.

³² La Decisión 2015/1523 se adopta por unanimidad en el Consejo, sin embargo, la Decisión 2015/1601 se adopta con los votos en contra de Eslovaquia, República Checa y Hungría; así como con la abstención de Dinamarca. Hungría y Eslovaquia presentaron un recurso de anulación de la segunda decisión que ha sido rechazado por el Tribunal de Justicia de la Unión: STJUE: Asuntos acumulados c-643/15 y c-647/15 “Eslovaquia y Hungría v. Consejo”: 6/9/2017.

³³ Austria tampoco ha cumplido con la cuota que le corresponde, pero ha enviado compromisos formales, en mayo, junio y julio de 2017 para reubicar a 50 personas desde Italia. Comisión Europea. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo.*

como Malta, Letonia y Noruega que han cumplido con las cuotas asignadas³⁴, el resto no han logrado cumplir con sus compromisos. La primera vez en la historia de la Unión que se aplicaba el principio de solidaridad y reparto equitativo de las responsabilidades en una situación de éxodo masivo ha dado muestras de las debilidades de una Unión altamente comprometida con el control de la inmigración irregular y el control fronterizo, pero escasamente fusionada y con una importante dosis de desconfianza mutua cuando el objetivo es proporcionar cauces para un ejercicio efectivo del derecho de asilo.

Los escollos para tan insolidaria falta de diligencia no deberían hallarse en las personas seleccionadas para ser reubicadas, pues no serán todas las que se han registrado en Grecia o Italia como demandantes de protección internacional sino que el sistema permite llevar a cabo una *criba previa*. Serán reubicadas solo aquellas que las Decisiones han designado como personas con “necesidad manifiesta de protección”, esto es, los solicitantes de nacionalidades respecto de las cuales se hayan dictado resoluciones de concesión de protección internacional en primera instancia, en al menos un 75% de los casos según los últimos datos trimestrales actualizados por Eurostat, (art. 3.2), es decir, en un primer momento, las personas nacionales de Eritrea, Iraq, República Centro Africana y Siria. Una vez realizado el traslado, los Estados miembros de reubicación procederán a conceder el estatuto de refugiado/a o el de beneficiario/a de protección subsidiaria según los casos, pero ya hay una “presunción de reconocimiento positivo” a favor de estos colectivos³⁵. Además, aunque a los Estados se les impone un número y un plazo de tiempo para reubicar, lo cierto es que no se les impone una lista de personas con nombre y apellidos sino que los funcionarios de enlace de los Estados miembros junto con los de Italia, Grecia y la EASO determinan qué solicitantes concretos pueden reubicar —debiendo dar prioridad a los más vulnerables y teniendo en cuenta sus competencias lingüísticas y otras indicaciones, como lazos familiares, culturales o sociales que puedan facilitar su integración (criterio de selección incluido a instancias del Parlamento Europeo³⁶)— y aprueban la lista final (art. 5.4 de las Decisiones). Los Estados disponen así de un claro margen de maniobra legal respecto a las personas que pueden acoger en sus territorios que, no obstante, han incrementado al utilizar

Decimocuarto Informe sobre Reubicación y Reasentamiento. COM (2017) 405 final, 26.07.2017 (en adelante, *Decimocuarto Informe sobre Reubicación y Reasentamiento julio 2017*), p. 3.

³⁴ Finlandia, Lituania y Luxemburgo ya han reubicado al 80% de la cifra asignada y Suecia el 60%. Comisión Europea. *Decimocuarto Informe sobre Reubicación y Reasentamiento julio 2017*, p. 4.

³⁵ ARENAS-HIDALGO, Nuria, “Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo”, en *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, Nº 36, segundo semestre de 2016, p. 365.

³⁶ Parlamento Europeo. *Informe sobre la Propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia*. Comisión de libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. A8/0245/2015, 28.07.2015.

de forma incorrecta las preferencias que no se han centrado en las personas más vulnerables sino en aquellos colectivos cuya acogida los Estados consideraran menos incómoda: véase la renuencia a reubicar a menores no acompañados o el uso laxo y no motivado de las referencias a la seguridad u orden público como fórmula de exclusión³⁷. El pragmatismo demostrado por la Comisión al limitarse a denunciar estas prácticas ilegales y recomendar vías alternativas, pero no abrir expedientes sancionadores de las mismas puede avocarnos a la eliminación por vía de hechos consumados de criterios clave en materia de reubicación como la prioridad a los colectivos vulnerables, del mayor interés del menor o de la integración.

En todo este proceso queda claro que las personas reubicadas son las que no tienen derecho a elegir el Estado responsable de su acogida. La voluntad de la persona demandante de protección no tiene cabida en la ecuación —motivo por el cual Dinamarca se abstuvo en la votación en el Consejo—, en línea con la doctrina asentada al respecto por el Sistema Dublín que no permite al demandante la elección del foro y que ya es un dogma en el sistema europeo común de asilo.

A pesar de la cuasi unanimidad mostrada respecto a la a todas luces inevitable adopción de esta medida, la lentitud en la activación del proceso —que a los seis meses desde su adopción sólo había logrado reubicar a 937 personas y que ha necesitado un año para lograr una media de 1.000 reubicaciones al mes³⁸— se compadece poco con la supuesta situación de emergencia que forzó la aplicación del art. 78.3 TFUE y, en consecuencia, no ha conseguido aliviar la presión que aún sufren tanto Grecia como Italia, a cuyas costas siguen llegando personas con nacionalidades elegibles y que se sumarán a aquellas que aún están pendientes de registro o que llevan un año esperando su traslado.

³⁷ La Comisión Europea denuncia estas prácticas desde el primer informe sobre reubicación y reasentamiento. Resulta llamativo como hasta abril de 2016 no se reubicaron los primeros menores no acompañados a Finlandia. Comisión Europea. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Segundo Informe sobre Reubicación y Reasentamiento*. COM (2016) 222 final. Estrasburgo, 12.04.2016, p. 4. Problemas jurídicos respecto a aquellos/as que estuvieran casados o exigencias al margen de las dispuestas en las Decisiones, como la de Alemania que solo reubica a aquellos/as que tengan vínculos con el Estado y que implica restrictivas pruebas de los vínculos familiares que recaen en las autoridades griegas o italianas y que no hallan base jurídica en las Decisiones. Igualmente común entre los Estados resulta el establecimiento de preferencias ajenas a los criterios establecidos legalmente, como el caso de Francia que solo acepta familias o mujeres solas con hijos. *Decimocuarto Informe sobre Reubicación y Reasentamiento julio 2017*, pp. 5 y 7.

³⁸ En el primer informe de la Comisión Europea sobre reubicación y reasentamiento se confirma que: “Mientras que en 2016 los flujos continúan, hasta ahora solo 937 personas han sido reubicadas desde Italia y Grecia, y solo 4.555 han sido reasentadas. El insatisfactorio nivel de ejecución de ambos programas se debe a una serie de factores, entre ellos la falta de voluntad política de los Estados miembros para cumplir plena y puntualmente sus obligaciones legales de reubicación”. Comisión Europea: *Primer Informe sobre Reubicación y Reasentamiento*, COM (2016) 165 final, Bruselas 16.03.2016, p. 2 (en adelante: *Primer Informe sobre Reubicación marzo 2016*).

Con independencia de la mayor o menor diligencia mostrada por los Estados en el cumplimiento de las Decisiones, el sistema de reubicación de emergencia ha adolecido de disfunciones notables: la nacionalidad de las personas beneficiarias podía cambiar cada tres meses, en función de las estadísticas de la EASO, lo que ha provocado una enorme incertidumbre en Estados y personas afectadas y la ausencia de garantías respecto a que efectivamente fueran reubicados los colectivos que mayor presión pudieran ejercer en los sistemas de asilo de Grecia e Italia³⁹; la lentitud debido a las debilidades de los procedimientos nacionales o la falta de plazas de acogida incluso cuando ya habían sido seleccionadas y aceptadas las personas para su traslado; la ausencia de confianza mutua al no confiar en los controles de seguridad realizados en los Estados y exigir la realización de otros extra por parte de los Estados de acogida, debido al celo en la lucha antiterrorista exacerbada tras los últimos atentados.

Falta de flexibilidad, renuencia a la cumplir con las obligaciones y dificultades técnicas lógicas a un sistema complejo donde se ha acusado la falta de experiencia y que se ha ido construyendo sobre la marcha bajo el marco jurídico de unas Decisiones que no se detenían en los específico⁴⁰.

Ante las evidentes deficiencias del sistema Dublín —especialmente patentes en caso de éxodos masivos—, se ha presentado una propuesta para que, en estas situaciones, se disponga de un *mecanismo automático de asignación correctora de la responsabilidad*. Así, en la propuesta de refundición del Reglamento Dublín III (futuro Dublín IV) se incorpora una cláusula en función de la cual, siempre y cuando un Estado miembro hubiera superado el 150% de la cifra de referencia que le corresponde en número de solicitudes de asilo⁴¹,

³⁹ En marzo de 2016 entre las nacionalidades elegibles se encontraban algunas como Costa Rica, San Vicente y las Granadinas o Maldivas. Algunas de estas nacionalidades suponen menos de 200 solicitantes de protección internacional en la UE en el periodo de referencia, pero como las Decisiones sobre reubicación del Consejo no incluyen disposiciones sobre el número mínimo de decisiones para calcular la media de la UE, las nacionalidades con muy pocas decisiones, pero todas positivas, entran fácilmente en el ámbito de aplicación de las Decisiones sobre reubicación del Consejo. *Primer Informe sobre Reubicación marzo 2016*, p. 7.

⁴⁰ En la práctica se trata de un procedimiento de cierta complejidad que implica la participación de diversos actores. Primero se ha de realizar un registro previo de las personas, luego Italia y Grecia proceden al registro que equivale a la presentación de la solicitud de protección internacional de todos los participantes en el registro previo, incluidas las personas que podrían optar a la reubicación. El Servicio de Asilo griego se encarga de las notificaciones; el ACNUR del transporte desde diferentes partes de Grecia a Atenas y los correspondientes alojamientos en la capital; la EASO ayuda en la preparación y seguimiento de los expedientes; y la OIM organiza los controles sanitarios, la información previa a la salida, y los vuelos. *Decimocuarto Informe sobre Reubicación y Reasentamiento julio 2017*, p. 4.

⁴¹ La cifra toma en consideración el número de solicitudes de protección de las que ha sido responsable el Estado, así como el número de personas reasentadas por el mismo, ponderada al 50% por dos variables: población y PIB. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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)* (en adelante, futuro Reglamento Dublín IV). Bruselas, 4/5/2016, COM (2016) 270 final, pp. 20-21.

dejaría de ser responsable de las mismas, de manera que las nuevas demandas de protección pasarían a ser evaluadas por el resto de Estados que no hubieran alcanzado tal umbral. Con independencia de que los Estados afectados deben realizar un control de admisibilidad previo de esas demandas, por lo que se les asigna nuevas responsabilidades que no casan en absoluto con el objetivo de la propuesta, lo cierto es que esta disposición no termina de convertirse en un mecanismo de distribución equitativa de la responsabilidad sino un mero corrector del Sistema Dublín para casos extremos (150% del número de solicitudes que el procedimiento considera que le corresponden) que vuelve a confiar en criterios automáticos que resultan útiles a la seguridad jurídica, pero no casan con el análisis individual de las condiciones de Estados cuyos sistemas de asilo no están igualmente preparados para afrontar un 150% más de demandas de las que se considera que están acondicionado para atender ni con la obtención de garantías individuales de que los derechos de las personas afectadas serán respetados.

3. GARANTÍAS PROCEDIMENTALES Y DERECHO A LA “PROTECCIÓN INTERNACIONAL”. QUIÉN TIENE DERECHO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL. GARANTÍAS PROCEDIMENTALES Y ESTATUTO BÁSICO

Una vez asignada la evaluación de la solicitud de asilo a un Estado miembro, las autoridades designadas por éste darán inicio al procedimiento de examen con una *entrevista* que será realizada por la persona responsable que informará al/la solicitante de cómo efectuarla y le ayudará a cumplimentarla con objeto de establecer los hechos relevantes. En el curso del procedimiento, la persona tiene derecho a los servicios de intérprete, la posibilidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR u otras organizaciones que prestan asesoramiento a las personas solicitantes de protección internacional, a que se le comunique en debida forma la decisión junto con su motivación de hecho y de derecho, la oportunidad de consultar a asesores jurídicos, a ser informado de su situación en los momentos decisivos del procedimiento en una lengua que entienda o razonablemente se pueda suponer que entiende y, en caso de decisión negativa, el derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional. Durante la deliberación de la autoridad decisoria, la persona tiene garantizado el derecho de estancia y, por ende, el principio de *non refoulement*.

Desde el momento en que se presenta la solicitud, la persona es considerada “solicitante de protección internacional” y le resulta aplicable la Directiva 2013/33 que le garantizará un nivel de vida digno durante todo el proceso de determinación de su estatuto, incluida la fase previa en que se procede al establecimiento del Estado responsable de examinar la solicitud⁴². El alojamiento, alimentación y vestido se puede proporcionar en especie o a través de asigna-

⁴² STJUE, de 27/9/2012, Asunto “CIMADE y GISTP”, c-179/11.

ciones, las cuales en todo caso, deben ser suficientes para garantizar atención sanitaria y un nivel de vida digno y adecuado que asegure la subsistencia de las personas solicitantes⁴³.

Se establecen tres tipos de procedimientos: “en primera instancia”, “de recurso” y “para la retirada de la protección internacional”. De igual modo, se prevén tres procedimientos especiales: para las solicitudes presentadas en frontera, el procedimiento de admisibilidad y un procedimiento acelerado. De esta forma, los Estados pueden disponer una fase de admisión a trámite en la cual se puede inadmitir una solicitud cuando otro EM ha concedido protección internacional, cuando un tercer Estado es “primer país de asilo” (un país donde el solicitante ha sido reconocido como refugiado o goza de protección suficiente), o por la aplicación de conceptos tan controvertidos como el de “tercer país seguro” (cuando proceda de un país en el que su vida y su libertad no están amenazadas por algunos de los motivos contemplados en la Convención de Ginebra, donde no existe riesgo de daño grave, se respeta el principio de no devolución y la prohibición de expulsión de conformidad con el Derecho europeo y existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado). Si la solicitud es admitida a trámite, pasa a ser analizada en profundidad para lo cual disponen de seis meses, salvo que las autoridades apliquen el procedimiento acelerado, cuyos plazos se reducen a la mitad. Son igualmente controvertidos los motivos que pueden dar lugar a la aplicación de un procedimiento acelerado o de urgencia: cuando sea probable que la solicitud sea infundada (porque plantee cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para ser beneficiario de protección internacional; porque la persona proceda de un “país seguro de origen”...) o por motivos graves de seguridad nacional u orden público. Se trata de conceptos que permiten un amplio margen de discrecionalidad al Estado y aunque se trata de presunciones que pueden ser refutadas, la inclusión en la Directiva de la posibilidad de enviar al solicitante a un tercer país seguro (art. 27 Directiva 2013/32) y de establecer listas de países de origen seguro a los efectos del examen de la solicitud (definido en el anexo II de la Directiva) han sido ampliamente denunciadas por la doctrina pues predisponen a cierto automatismo en la respuesta del Estado, aumentan la carga de la prueba en el demandante y, sobre todo, ponen en riesgo el principio de no devolución.

Como contrapartida, el SECA no sólo garantiza el asilo sino el concepto más amplio de “protección internacional” que incluye el estatuto de refugiado y el estatuto de protección subsidiaria (art. 2º Directiva 2011/95). Con independencia de lo que haya alegado la persona, se trata de un *sistema descendente* en virtud del cual primero se ha de analizar si la persona reúne los requisitos para ser refugiada de conformidad con la Convención de 1951 y, de no ser así, se determinará si tienen derecho a la protección subsidiaria. Se concibe, pues, la protección subsidiaria como una protección *complementaria y adicional* a la consa-

⁴³ STJUE de 27/2/2014, Asunto “Saciri” c-79/13.

grada en la Convención de Ginebra⁴⁴. Las demandas de protección por motivos relacionados con el género o la orientación sexual o emocional e identidad de género de la persona se deben tomar en consideración a efectos de determinar la pertenencia a “determinado grupo social” (art. 10.1.d Directiva 2011/95), por tanto, la Unión no aumenta el número de razones tasadas en Ginebra en virtud de las cuales se puede solicitar el estatuto de refugiado/a sino que opta —como en estos casos— por realizar una interpretación de las cinco razones clásicas.

La base jurídica de la *protección subsidiaria* deriva de las obligaciones internacionales y las prácticas existentes en los EM sobre derechos humanos. Estas obligaciones disponen que si un nacional de un tercer país o un apátrida, que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se dan motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o residencia, se enfrentaría a un *riesgo real* de sufrir alguno de los tres *daños graves* establecidos tendría derecho al estatuto de beneficiario de protección subsidiaria (art. 2º f Directiva 2011/95). El nivel de exigencia probatoria es el de riesgo real, por alguno/s de los tres daños graves consensuados: 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 (art. 15 Directiva 2011/95).

El daño grave relacionado con la situación de conflicto armado resulta una aportación genuina del Derecho de la Unión, por lo que se ha de atender a la jurisprudencia del TJUE dictada en aras de su interpretación uniforme (asunto “Elgafagi”, sentencia TJ [Gran Sala], 17 febrero de 2009 y Asunto “Diakité”, sentencia TJ, de 30 de enero de 2014), así como a las directrices elaboradas por la EASO para deducir sus particularidades.

Lo primero que llama la atención es que los conceptos de “conflicto armado internacional o interno” no son equiparables a los dispuestos en el Derecho Internacional Humanitario sino que tienen un significado propio. Según el Tribunal de Justicia en el Asunto “Diakite”, basta que las tropas regulares de un Estado se enfrenten a uno o varios grupos armados o cuando dos o más grupos armados se enfrenten entre sí.

En términos generales, se trata de un daño grave que abarca un riesgo “más general” que los relativos a la pena de muerte o al riesgo de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes. No se ha de probar que se han sufrido, o se pueden llegar a sufrir, actos concretos de violencia sino que el conflicto armado se caracterice por una violencia indiscriminada de un nivel tan intenso que los *civiles* corran un riesgo real de sufrir daños graves, *por el mero hecho de su presencia*

⁴⁴ El Tribunal de Justicia de la Unión considera que constituye “un complemento de la protección de los refugiados consagrada en la Convención de Ginebra”. STJUE, de 8/5/2014, asunto “H. N.”, c-604/12, para. 32.

en el territorio de estos. De esta forma, la capacidad de obtención de protección subsidiaria es inversamente proporcional a la individualización del daño. Para valorar la gravedad del conflicto armado, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo considera que se podrían tomar en consideración variables como: las partes en el conflicto y su fuerza militar relativa; el uso de métodos y tácticas bélicas (riesgo de víctimas civiles); el tipo de armamento utilizado; el ámbito geográfico de los combates (localizado o generalizado); o el número de civiles muertos, heridos y desplazados como consecuencia de los combates⁴⁵. Los órganos jurisdiccionales de los EM también han tomado en consideración: la capacidad o incapacidad del Estado para proteger a sus ciudadanos de la violencia; las condiciones socioeconómicas (que deben incluir una valoración de las formas de asistencia económica y de otra índole de las organizaciones internacionales y ONG); o los efectos acumulados de los conflictos armados de larga duración.

Tanto en el procedimiento de determinación del estatuto de personas refugiada como en el relativo a la protección subsidiaria se prevén unas cláusulas de exclusión (arts. 12 y 17 Directiva 2011/95) para los casos en los que la persona no necesite o merezca la protección que demanda y, en caso contrario cuando existe una decisión positiva, el SECA garantiza —salvo excepciones— que tanto los beneficiarios del estatuto de refugiado como los de la protección subsidiaria se les concedan los mismos derechos y prestaciones: beneficios en materia de empleo, protección social, educación (en igual de condiciones que las personas nacionales del Estado en caso de menores), asistencia sanitaria (tanto física como psíquica, teniendo especial atención por aquellos/as que presenten necesidades especiales: art. 30 Directiva 2011/95), acceso a la vivienda (en condiciones equivalentes a las de personas nacionales de terceros Estados que residan legalmente) e instrumentos de integración (como formación lingüística). El acceso al empleo se garantiza a más tardar a los nueve meses de haber presentado la solicitud de protección internacional, por tanto, no se requiere la obtención efectiva del estatuto (art. 15 Directiva 2013/33).

4. EPÍLOGO. CRISIS DEL SECA Y PROCESO ACTUAL DE REFORMA

La demora en los plazos de transposición de las Directivas que conforman el SECA, la calidad de dichas transposiciones llegando en algunos casos incluso a bajar los estándares de exigencia marcados, las diferencias que se observan en los porcentajes de concesión y denegación del estatuto, en el tratamiento jurídico de las solicitudes, así como en el reconocimiento de determinados derechos o las desiguales condiciones de acogida y prestaciones sociales ponen en evidencia la dificultad de alcanzar un sistema de protección común. Así las cosas,

⁴⁵ EASO: *The Implementation of Article 15 c QD EU Member States*, July 2015. Disponible en: https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO_The-Implementation-of-Art-15c-QD-in-EU-Member-States.pdf.

no sorprende que las consecuencias de la actual crisis humanitaria de carácter migratorio haya agudizado las deficiencias del sistema.

En palabras de la Comisión Europea, la crisis humanitaria ha puesto de manifiesto que existen *carencias estructurales y deficiencias importantes en el diseño y la aplicación de la política europea de asilo y migración*, por lo que se ha propuesto una reforma global del sistema en aras a obtener una “política de asilo humana y eficiente”, así como “un sistema europeo común de asilo más equitativo, eficiente y sostenible”⁴⁶.

En todo caso, la crisis del asilo en Europa puede causar estupor, pero no sorpresa, pues tanto la concepción del SECA como el desarrollo normativo responden a una concepción de la Política de Asilo supeditada a la consecución de un más eficaz control de la inmigración irregular, lo que puede verse como un vicio consustancial al sistema. En sus orígenes, la Comisión Europea alertaba sobre las consecuencias de este vínculo en apariencia indisoluble y sobre cómo el asilo debía ser considerado ante todo un derecho y una cuestión de índole humanitaria (véase la nota al pie N° 4). Sin embargo, desde entonces no se ha cuestionado esta política que somete tanto el asilo como la migración al paradigma de contención de flujos fuera de las fronteras europeas. Desde la realidad de los movimientos mixtos, resulta lógico que haya cuestiones que afecten de manera similar a ambos ámbitos, piénsese en el tráfico o en la trata de personas, lacras que utilizan de forma indistinta a potenciales refugiados y personas migrantes. No obstante y a pesar de la obviedad de que se trata de ámbitos materiales íntimamente relacionados, abogamos por rectificar la premisa inicial y que la reforma del SECA asuma de entrada que se trata de un derecho fundamental consagrado en la CDFUE y se deje de abordar bajo la lupa de las necesidades de una gestión de las migraciones eficaz.

Esta errónea perspectiva conduce un mal diagnóstico del problema y, por ende, a una, de nuevo, equivocada receta para el mismo. Así, las deficiencias estructurales que la Comisión Europea reconoce se resuelven en una especie de huida hacia adelante: con la consagración del Sistema Dublín como piedra angular del SECA que sólo sufre enmiendas menores; con una vuelta de tuerca en las premisas más restrictivas, hasta el punto de incorporar nuevas sanciones para los solicitantes de protección que pudieran incurrir en movimientos secun-

⁴⁶ El 6 de mayo de 2016 se presentó el primer paquete de medidas que abordaban la reforma del sistema Dublín, EURODAC y la transformación de la actual Oficina Europea de Apoyo al Asilo en una auténtica Agencia Europea para el Asilo. El 13 de julio de 2016 se presentó el segundo paquete de medidas con la creación de un procedimiento común de protección internacional, unas normas uniformes para la protección y los derechos concedidos a los beneficiarios de protección internacional y una mayor armonización de las condiciones de acogida. Todas las normas —salvo la relativa a la acogida— estarían reguladas por Reglamento, una norma de carácter obligatorio en todos sus aspectos y que no requiere de la transposición de la misma en los ordenamientos internos, por lo que no deja margen a la apreciación nacional al respecto de sus disposiciones. Se pretende, así, lograr una mayor convergencia entre los Estados al evitar las disposiciones de carácter discrecional.

darios (de nuevo la obsesión por evitar el *forum shopping*); y una apuesta por la utilización de criterios axiomáticos que faciliten una respuesta cuasi automática que permita una devolución lo más rápida de aquellos/as que no sean merecedores de la protección internacional⁴⁷. Todo ello, además, obviando la regulación en común de la creación de vías de acceso seguro a territorio europeo y las medidas de reparto equitativo de la responsabilidad en materia de protección, auténticos desafíos del sistema que se encuentran en la base para la garantía de un ejercicio efectivo del asilo no sólo en Europa sino en el mundo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS-HIDALGO, Nuria, “Derecho Internacional y Europeo de las Personas Refugiadas”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando F. (dir.), *Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional*, 2ª ed. revisada y ampliada, Editorial Trotta, 2017, pp. 177-202.
- “El derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización”, en *Revista de Estudios Europeos*, Nº 50, 2008, pp. 125-146.
- “Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo”, en *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, Nº 36, segundo semestre de 2016, pp. 339-372.
- BOLLO AROCENA, M. D., “*Push back*, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso ‘Hirsi Jamaa y otros contra Italia’”, en GÓMEZ BERNÁRDEZ, Santiago (coord.) *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI, Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, 2013, pp. 647-666.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel, “TEDH – Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. v. Italia, 27765/09 – ‘Artículos 3º y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo Nº 4 – tortura y tratos inhumanos y degradantes – derecho a un recurso efectivo – prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros’. El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 17, Nº 46, 2013, pp. 1119-1135.
- GARCÍA ANDRADE, Paula, “La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto de los derechos fundamentales: comentario a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos N. S. y M. E. y otros”, en *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 27, pp. 1-34, Mayo 2012.

⁴⁷ Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Hacia una Reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las Vías Legales a Europa*, COM (2016) 197 final, Bruselas, 6/4/2016.

- GOODWIN-GILL, G. - MC ADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2007.
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, “La protección de los refugiados por causa de la guerra y la respuesta de la Unión Europea”, *Sal Terrae*, 105, 2017, pp. 391-404.
- HATHAWAY, James - FOSTER, Michelle, *The Law of the Refugee Status*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2014.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen, “La Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado en el marco del sistema común de asilo de la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 11, 2006, pp. 1696-9634.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “El sistema europeo común de asilo y su recepción en España”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N° 12, 2006, pp. 83-88.
- SOLANES CORELLA, Ángeles, “Entre Schengen y Dublín: reivindicar el asilo como un derecho en la Unión Europea”, en *Documentación Social*, N° 180, 2016, pp. 149-166.

Recepción: 29/9/2017

Aceptación: 15/11/2017