



Papeles el tiempo de los derechos

MIGRANTES Y REFUGIADOS. ASPECTOS RELEVANTES Y POLÍTICA EUROPEA DE SOLIDARIDAD

Ana María Jara Gómez
Investigadora Universidad de Jaén
anajaragomez@gmail.com

Palabras clave: migración, refugiados, trata de seres humanos, contrabando de personas, derecho de asilo, Siria, gestión de fronteras, buena gobernanza.

Número: 12 Año: 2016

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

MIGRANTES Y REFUGIADOS. ASPECTOS RELEVANTES Y POLÍTICA EUROPEA DE SOLIDARIDAD.

Jara Gómez, Ana María

Investigadora Universidad de Jaén. Email: anajaragomez@gmail.com

1. Introducción

Aproximadamente en los primeros años noventa, el sur de Europa dejó de ser una región emisora de emigrantes para convertirse en una región receptora de inmigrantes. Con anterioridad, países como España, Portugal y Grecia eran lugares de tránsito para aquéllos migrantes que venían, principalmente del sur, a quedarse en Francia o Alemania. Factores económicos elementales y un amplio abanico de oportunidades de empleo *no formal* ayudaron a la transformación de estos países de Europa en destinos atractivos para las personas que necesitaban nuevas y/o mejores condiciones de vida.

Hoy, los conflictos que se extienden por un buen número de países en el África Subsahariana y en Oriente Medio están produciendo un incremento exponencial de los flujos migratorios, que parecen afectar la estabilidad de la totalidad de la región mediterránea. A lo largo de estas páginas trataremos de establecer claramente los criterios que se usan para diferenciar, dentro de esos flujos migratorios, a un inmigrante de un refugiado en los países de destino y explicar las consecuencias que la confusión terminológica puede acarrear.

Posteriormente la comunicación se centrará en el derecho de asilo y los aspectos generales de las políticas de la Unión Europea que tienen que ver con la solidaridad y la responsabilidad hacia los refugiados. Se trata de averiguar cómo la política migratoria parece partir de un hecho incontestable en que los términos estabilidad y solidaridad son excluyentes.

2. Migrantes y Refugiados. Una distinción fundamental

El término “migrante” puede significar, de manera amplia, “cualquier persona que vive temporal o permanentemente en un país en el que no ha nacido, y ha adquirido un vínculo social significativo con este país”. La persona migrante es emigrante en su país de origen e inmigrante en su lugar de destino. Esta definición, sin embargo, puede

resultar insuficiente si consideramos que, según algunos Estados, una persona puede ser considerada inmigrante incluso cuando ha nacido en el territorio nacional¹.

La Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que “es trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”². Sin embargo no existe en derecho internacional una definición universalmente aceptada del término “migrante”. Este término parece abarcar todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por “razones de conveniencia personal” y sin que intervengan factores exógenos que le obliguen a ello. Es un término que, por lo tanto, va a aplicarse a las personas y a sus familiares que van a otro país para mejorar sus condiciones de vida.

Sin embargo, el término “migración” es más amplio y da cabida a muchas personas en muy diversas circunstancias. La migración consiste en el cruce de una frontera por un periodo mínimo y determinado de tiempo. Esto incluye el movimiento de refugiados y desplazados, personas desarraigadas y migrantes económicos. La migración interna se refiere al movimiento desde una provincia, un municipio o un distrito hacia otro dentro del mismo país. La migración internacional supone el movimiento de personas entre países. Dos formas de reubicación espacial han de excluirse de esta definición tan amplia: la que no tiene consecuencias sociales o de pertenencia significativas, por ejemplo, el turismo; y aquella en la cual la reubicación de personas se realiza con individuos o grupos que no pueden considerarse agentes activos en el proceso, como la transferencia de refugiados desde sus Estados de origen hasta zonas seguras.

Las formas más usuales de migración se dividen por sus causas: económicas, familiares, de seguridad, y por el estatus jurídico de los migrantes: migración irregular, inmigración, emigración controlada. Numerosos países categorizan la migración en sus políticas y sus estadísticas pero con grandes variaciones entre ellos. Por razones obvias no nos ocuparemos aquí de los trabajadores migrantes altamente cualificados, los llamados *guest workers*, ni los *business migrants*³.

¹ <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/migrant/>

² Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en vigor desde el 1 de julio de 2003.

³ Un programa *guest-worker* permite a trabajadores extranjeros entrar en un Estado durante un periodo de tiempo específico y desempeñar un trabajo determinado. Los *business migrants* tienen, dentro de la política de inmigración de algunos países, derecho a un visado especial que les permite emprender en el destino.

El término *migración irregular* se usa para designar muchas formas de irregularidad of ilegalidad referente a la entrada, la residencia y el trabajo de ciudadanos extranjeros en otros países⁴. De un modo menos amplio, la migración irregular se refiere a procesos que tienen como resultado la residencia ilegal de los migrantes que tienen ciudadanía de otro país y carecen de estatus jurídico en el país de destino. Términos como “irregular”, “sin papeles”, “inmigrante ilegal”, “indocumentado”, tienen pocas connotaciones positivas e implican la existencia de Estados con políticas migratorias restrictivas. Si todos tuviéramos el derecho de cambiar de residencia incondicional y espontáneamente, no habría migración irregular.

Como hemos mencionado, puede concluirse que un migrante es la persona que ha escogido libremente migrar, porque satisface su conveniencia personal y sin que intervenga ningún factor que le obligue a ello⁵. Esta definición excluye de la categoría de migrantes a los refugiados, los desplazados y otras personas que se ven forzadas a abandonar sus hogares. Los migrantes *eligen* cuándo marcharse y hacia dónde ir, aunque a la vista de la situación que les *ayuda a elegir* marcharse de sus países, hay lugar a dudas sobre la naturaleza voluntaria y controlada de sus movimientos y decisiones.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha propuesto que las siguientes categorías sean consideradas migrantes⁶:

1. Personas que se encuentran fuera del territorio del Estado del cual son nacionales o ciudadanos y no son objeto de su protección, encontrándose en el territorio de otro Estado.
2. Personas que no gozan del reconocimiento jurídico de los derechos que conlleva en el Estado de destino tener el estatus de refugiado, naturalizado, o similar.

⁴ A. TRIANDAFYLLIDOU (ed.), *Irregular Migration in Europe: Myths and Realities*, Farnham, Ashgate, 2010, p. 2

⁵ *Measures to improve the situation and ensure the human rights and dignity of all migrant workers*. 1998. Informe del Grupo de Trabajo de Expertos Intergubernamentales en Derechos Humanos de las personas Migrantes, realizado de acuerdo con la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/15. Véase

<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/e696166bf66373f3c12566180046b9c6>

⁶ G. RODRÍGUEZ PIZARRO, Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (A/57/292), Human rights of migrants, Nota del Secretario General de 9 de agosto de 2002. El mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes fue creado en 1999 por la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 1999/44, y prorrogado por otros tres años por la Comisión de Derechos Humanos en 2005, en su 62º período de sesiones resoluciones 2002/62 y 2005/47 y resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 8/10, 17/12 y 26/19, cada una por un período de tres años.

3. Personas que no gozan de la protección jurídica de sus derechos fundamentales en virtud de acuerdos diplomáticos, visados u otros acuerdos.

Esta definición, tan amplia, de los migrantes, refleja las dificultades actuales para diferenciar aquellos migrantes que abandonan sus países porque son objeto de persecución política, conflictos, problemas económicos, degradación medioambiental u otras razones y aquéllos que lo hacen para encontrar condiciones de supervivencia o bienestar que no existen en sus lugares de residencia. Estos últimos se considerarían migrantes económicos “voluntarios”, en contraposición a los primeros que son migrantes forzosos/políticos. Esta distinción yace en todas las políticas migratorias de los países desarrollados, que suelen tratar a ambas categorías de forma separada y consideran que la una excluye a la otra. Sin embargo, de acuerdo con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), los migrantes “viajan juntos por lo general de forma irregular, usando las mismas rutas y medios de transporte, pero por diferentes razones. Las personas que viajan como parte de movimientos mixtos tienen necesidades que varían y perfiles que incluyen refugiados, personas en busca de asilo, personas objeto de trata, menores no acompañados e inmigrantes en situación irregular”⁷.

La concentración de todas estas personas en un único *flujo migratorio*, y su distinción, resultan extraordinariamente problemáticas. Pero la migración es mixta no sólo durante el viaje sino en todas las fases del proceso. Las motivaciones suelen ser mixtas: los que huyen de un conflicto, del abuso de sus derechos fundamentales o de la persecución política suelen abandonar también inestabilidad económica y pobreza y no buscarán exclusivamente salvar sus vidas sino también construir vidas nuevas una vez hayan llegado a un lugar seguro. Del mismo modo, aquéllos que llegan buscando un empleo pueden haber sido excluidos del mercado de trabajo o el sistema educativo en sus países de origen debido a su género, religión, etnia, etc. Aquéllos que llegan buscando empleo pueden, de hecho, ser obligados a migrar de nuevo a casusa de la discriminación.

Todo esto hace que sea difícil distinguir claramente entre migrantes, solicitantes de asilo y refugiados y, a pesar de esto, la insistencia en la distinción y la necesidad de

⁷ UNHCR, Refugee Protection and Mixed Migration: the 10-Point Plan in Action, diciembre de 2012, p. 291. Disponible en <http://www.unhcr.org/50ab86d09.html>.

su existencia es continua. Según el glosario de la *European Migration Network*, las definiciones jurídicas para las categorías principales de migrantes son las siguientes⁸:

1. Migrante económico: persona que abandona su país de origen únicamente por razones económicas que no guardan ninguna relación con la definición de refugiado, o con el fin de mejorar sus condiciones materiales de existencia.
2. Solicitante de Asilo: nacional de un tercer país o apátrida que haya presentado una solicitud de protección internacional de un Estado miembro de conformidad con la Convención de Ginebra y esta solicitud aún no ha sido resuelta.
3. Refugiado: Según la Convención de Ginebra, persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política, se encuentre fuera de su país de 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. En el ámbito UE, nacional de un tercer país o apátrida que se encuentre en las circunstancias del artículo 1A de la Convención de Ginebra y sea autorizada a residir como tal en el territorio de un Estado miembro y al que no le sea de aplicación el artículo 12 (de exclusión) de la Directiva 2004/83/CE.

ACNUR trata, por su parte, de *separar a los refugiados para asegurar su protección adecuada*⁹, y los Estados insisten en que *el principio de asilo se defiende mejor si el acceso a él está restringido*¹⁰, aunque su preocupación pudiera parecer más bien vinculada al control de los flujos migratorios y a asegurarse de que el asilo no se convierte en un agujero por el que todos puedan entrar.

Sin embargo, parecería lógico pensar que la mayor parte de migrantes ejercen hasta cierto punto su libertad para elegir de entre una serie de circunstancias económicas, políticas, sociales o de otra clase sobre las cuales no tienen ningún control. Incluso en estado de pánico, los migrantes forzosos aún tienen un cierto albedrío: no

⁸ La EMN proporciona información sobre inmigración y asilo a los países de la UE. La Decisión del Consejo 2008/381/CE5 de 14 de mayo de 2008 estableció la base jurídica para la creación de la *European Migration Network*. Véase <http://www.emn.at/en/publikationen/glossar>.

⁹ UNHCR, 2012, loc. cit.

¹⁰ D. FASSIN Y C. KOBELINSKY, “Comment on juge l’asile”, *Revue française de sociologie*, 53(4), 2012, pp. 657-688.

todos los sirios se han marchado del país, de los que se marchan, algunos van a Jordania, otros *eligen* Líbano o Turquía o intentan cruzar el Mediterráneo¹¹.

Usaremos como ejemplo para mostrar lo borroso de las líneas entre las categorías mencionadas, a los inmigrantes que provienen de Afganistán, el grupo más numeroso de refugiados del mundo (aunque ahora Siria está adquiriendo cifras similares). La mayor parte de los refugiados afganos se asienta en condiciones precarias en Irán o Pakistán. Muchos llevan décadas allí y constituyen una parte importante de la mano de obra de estos países. La mayor parte de los afganos que viven en Irán y Pakistán son inmigrantes irregulares y a la vez refugiados registrados y muchos de ellos se han movido alternativamente entre estas dos categorías varias veces. Empujados por los conflictos, la inestabilidad, el desempleo, la discriminación en la educación y los ataques violentos, los afganos siguen migrando y salen de estos países, muchos de ellos hacia Australia, Europa o los Estados del Golfo como inmigrantes indocumentados. Aquéllos que sobreviven el viaje obtendrán a menos un estatus jurídico temporal como solicitantes de asilo. De este modo, los afganos migran porque su gobierno no puede protegerles de la persecución, o porque no pueden trabajar, o por ambas cosas y viajarán principalmente como migrantes irregulares aunque pueden regularizarse cuando soliciten asilo, antes de convertirse en refugiados o de ser rechazados como migrantes económicos¹².

3. El contenido del derecho de asilo y la condición de refugiado

El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que *“en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”*. En 1967, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre el Asilo Territorial, que está dirigida a los Estados. La Declaración reitera que el otorgamiento de asilo *“es un acto pacífico y humanitario y que, como tal, no puede ser considerado inamistoso por ningún otro Estado”*. Especifica además que corresponde al Estado que concede el asilo calificar las causas que lo motivan¹³.

Los Estados desarrollados (destino) han construido un subgrupo de “auténticos refugiados” que serán los migrantes a los cuales se les debe brindar esta especial protección, derechos, e incluso servicios y que han de ser distinguidos del resto de

¹¹ L. SCHUSTER “Unmixing Migrants and Refugees”, en *Routledge Handbook of Immigration and Refugee Studies*, editado por A. TRIANDAFYLLIDOU, Routledge, 2016, pp. 467-468.

¹² *Ibid*, p. 468.

¹³ Declaración sobre asilo territorial, Res AG 2312 (XXII), 1967.

migrantes, con menos derechos, usando las herramientas jurídicas diseñadas para ello. Estas herramientas jurídicas suelen ser definiciones positivas y excluyentes de refugiado restringidas a una minoría (que gozará de derecho de asilo) sobre la que pesa un miedo fundado a ser perseguidos por razón de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política. Se trata de personas que, además, no pueden o no quieren acogerse a la protección del Estado donde residen o se encuentran fuera de él.

Sin duda la piedra de toque del marco jurídico global para los refugiados es la Convención de Ginebra de 1951¹⁴ (y el Protocolo de Nueva York, de 1967, que suprimió las limitaciones temporales y geográficas). Se añaden a ésta dos marcos regionales que fueron establecidos para dar cabida a los retos específicos de cada una de las partes del globo: La Convención de la Organización de la Unidad Africana para los Refugiados de 1969 y la Declaración de Cartagena, adoptada por los países Latinoamericanos en 1984.

La legislación internacional parece reconocer que un refugiado es tal desde el momento en que se ve obligado a huir de su país, incluso si no se le reconoce como tal hasta que pida asilo en otro Estado. En el intento de llegar al estado de destino, los refugiados viajan tal vez como migrantes indocumentados y cruzan las fronteras de forma clandestina, siendo a menudo víctimas de los contrabandistas de personas. Cuando las personas se encuentran en movimiento sólo pueden ser migrantes o solicitantes de asilo¹⁵.

El derecho internacional no contiene una definición del derecho de asilo; sin embargo, éste se ha convertido en un término general que abarca la protección que un país brinda a los refugiados en su territorio. Asilo parece significar, como mínimo, una protección básica: la garantía de no ser expulsado o devuelto al lugar donde la vida de uno corre peligro. Resulta importante, por tanto, conectar la legislación internacional sobre refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos. Dado que la Convención de Ginebra de 1951 no establece los procedimientos de adquisición/petición/recepción del derecho de asilo y existe una importante gama de necesidades de protección, el papel de los tratados de derechos humanos se torna fundamental, sobre todo en lo concerniente al establecimiento de los estándares de protección que el derecho de asilo lleva o debiera llevar consigo.

¹⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Naciones Unidas. Hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

¹⁵ K. SIEGFRIED, "Refugee versus migrant: time for a new label?", *IRIN News*, 15 de junio de 2015. Disponible en <http://www.irinnews.org/analysis/2015/06/15/refugee-versus-migrant-time-new-label>.

La mayoría de los derechos esenciales para la protección de los refugiados coincide con los derechos fundamentales consagrados en los tratados sobre derechos humanos: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad; derecho a no ser torturado; derecho a ser libre de esclavitud y servidumbre; libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a no ser objeto de arrestos o detenciones arbitrarias; derecho a la vida privada, la familia y el domicilio; libertad de expresión; derecho a la educación y derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

Sin embargo, desde que existe el estatuto internacional del refugiado, uno de los debates más intensos es el que se produce acerca de la conveniencia de expandir el ámbito de protección que se brinda a las personas que solicitan el asilo, teniendo en cuenta los nuevos contextos sociales y políticos. Sin ir más lejos, el ámbito territorial de la Convención de Ginebra es objeto de debate constante. Se trata de mantener la aplicación de los tratados de derechos humanos y, al tiempo, compatibilizar la obligación de proporcionar un acceso efectivo a la protección con las acciones que los Estados destino llevan a cabo con los refugiados en alta mar. De particular importancia es el respeto al principio de “*non refoulement*” (no devolución), cuya aplicación extraterritorial es rechazada por algunos países¹⁶, aunque fue aceptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁷ en su célebre sentencia *Hirsi Jamaa vs. Italia*. En su opinión concurrente, el juez Pinto de Albuquerque, proclama, además, que el principio de no devolución es un principio de derecho internacional consuetudinario y una norma de *jus cogens*, es decir, un principio fundamental del derecho internacional aceptada por la comunidad internacional de estados como norma que no admite acuerdo en contrario¹⁸.

Sin lugar a dudas, el ejercicio de *control efectivo* sobre un área en territorio extranjero o sobre las personas en el extranjero, ejercido ya sea de jure o de facto, implica responsabilidad estatal. Por lo tanto, el principio de no devolución se aplica en todas partes donde un estado tiene jurisdicción ya sea dentro de sus fronteras, en el territorio de otro estado o en alta mar. De particular importancia es el hecho de que las mismas reglas deben seguir siendo aplicables cuando la responsabilidad en el derecho internacional se transfiere a terceros estados costeros a través de convenios de

¹⁶ Por ejemplo puede verse el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos *Sale v. Haitian Centers Council*, 509 U.S. 155 (1993).

¹⁷ TEDH Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa e.a. c. Italia*, 27765/09.

¹⁸ G. PAPAGIANI, “Asylum in the 21st Century: Trends and Challenges”, en en *Routledge Handbook...*, op. cit., pp. 502-504.

cooperación operativa y se produce un consiguiente *desplazamiento* de los controles de inmigración¹⁹

4. El sistema de asilo común europeo y el principio de solidaridad

Desde los primeros noventa, los Estados europeos han usado el sistema de visados para bloquear la entrada de migrantes por mar y aire, y han introducido una serie de medidas de control de fronteras que van desde el Sistema de Vigilancia Exterior español, con las vallas recubiertas de cuchillas en Ceuta y Melilla hasta los bloqueos navales italianos que realizan devoluciones inmediatas a Libia. A nivel europeo, la agencia de control de fronteras de la Unión, FRONTEX, coordina las operaciones destinadas a combatir el contrabando de migrantes y el tráfico de seres humanos tanto interceptando aquéllos botes que llegan por mar y transportan presuntos inmigrantes irregulares, como controlando las fronteras terrestres²⁰. Después del ahogamiento de 360 migrantes cerca de la isla de Lampedusa (en octubre de 2013), el Mediterráneo está vigilado por el EUROSUR, un sistema integrado de vigilancia e inteligencia²¹.

El primer paso hacia la política de gestión común de las fronteras exteriores en Europa se dio el 14 de junio de 1985 cuando se firmó el Acuerdo Schengen (seguido, cinco años después de la Convención para implementarlo). El área Schengen, una zona sin fronteras internas, comprende hoy a 26 países europeos. Unos años más tarde, el Tratado de Maastricht estableció un llamado “*Tercer Pilar*” (de justicia e interior), siguiendo una propuesta alemana para una política de asilo y migración común europea. El Acuerdo Schengen, y la cooperación que establece, fue intensamente criticado por el tipo de cooperación, poco transparente, que establece, y por la ausencia de cualquier control democrático o judicial sobre él, y el *Tercer Pilar*, por su ineficacia²².

El Tratado de Amsterdam representó un giro en la política migratoria europea, aunque sus innovaciones no han estado exentas de polémica. En contraste con la ausencia previa de un objetivo claro, Amsterdam toma una perspectiva general de la migración en el marco de un “área de libertad, seguridad y justicia”, que será uno de los nuevos objetivos principales de la Unión, una vez logrado el mercado interior. La implementación debía hacerse en tres programas multianuales: El primer programa

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Véase <http://frontex.europa.eu/>

²¹ Véase, por ejemplo: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20131007IPR21624/eurosur-el-pe-adopta-un-nuevo-sistema-de-vigilancia-de-las-fronteras-exteriores>.

²² G. PAPAGIANI, “EU Migration Policy”, en A. TRIANDAFYLLIDOU y R. GROPAS, *European immigration: a sourcebook*. Segunda edición, Ashgate, Aldershot, 2014, pp. 689-690.

multianual sobre libertad, seguridad y justicia se adoptó en la cumbre de Tampere (Finlandia), en 1999; le siguió el Programa de La Haya, en vigor desde 2004 hasta finales de 2009 y finalmente se puso en marcha el Programa de Estocolmo, de 2010 a 2014. Todos ellos acompañados de su correspondiente plan de acción.

A lo largo de todas estas fases y programas, desde Amsterdam hasta Estocolmo, quedó claro que la armonización legislativa, basada en ciertos estándares mínimos compartidos, no era suficiente. Un proceso de asilo común y un estatus uniforme válido en toda la Unión eran objetivos ambiciosos y primordiales, y para lograrlos se evidenció la necesidad de desarrollar otros elementos, principalmente la cooperación práctica y la solidaridad reforzada. El Tratado de Lisboa cambió la situación transformando las medidas de asilo en política común con un objetivo que va más allá del establecimiento de estándares mínimos sino la creación de un sistema con procedimientos uniformes de concesión y retirada del derecho de asilo; estatus de protección uniforme; igual sistema de protección temporal y estándares uniformes de recepción, así como nuevos procesos de asociación y cooperación con terceros países. Lisboa no realizó cambios en los procesos decisorios dentro de la Unión, pero sí mejoró la tutela judicial del Tribunal Europeo de Justicia en materia de asilo²³.

Las normas que hoy día comprenden el llamado “*acervo Schengen*” y rigen las fronteras exteriores de Europa fueron incorporadas a la legislación de la UE por el Tratado de Amsterdam y pueden encontrarse en cinco categorías diferentes de políticas de gestión o medidas: 1. El pilar central de la gestión de fronteras exteriores es el Código de Fronteras Schengen, que contiene las normas para el cruce de fronteras europeas y las condiciones que rigen la entrada y el control; 2. Como no todos los países tienen fronteras exteriores y no están igualmente afectados por los flujos migratorios, la UE usa parte de sus fondos para compensar los costes de mantenimiento de estas fronteras exteriores. Para el periodo 2014-2020 el que era “Fondo de Fronteras Exteriores” pasa a ser “Fondo de Seguridad: Fronteras y Visados”; 3. La tercera

²³ En 2001, el Tratado de Niza dispuso que, durante los cinco años siguientes a su entrada en vigor, el Consejo debía adoptar medidas en determinados ámbitos, en concreto criterios y mecanismos para determinar qué Estado miembro debía encargarse de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, así como una serie de normas mínimas (acogida de los solicitantes de asilo, estatuto de los refugiados, procedimientos). Asimismo, estipuló que el Consejo adoptase sus decisiones por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, a la hora de definir las normas comunes y los principios fundamentales por los que se debían regir estas cuestiones. El Tratado estableció que, una vez finalizada esta primera fase, el Consejo podría decidir que se aplicase el procedimiento normal de codecisión y que, a partir de ahí, este adoptase sus decisiones por mayoría cualificada. Así lo decidió el Consejo a finales de 2004; el procedimiento de codecisión se aplica desde 2005

categoría de medidas se refiere al establecimiento de bases de datos de migración y gestión de fronteras, el “*Schengen Information System*” (SIS), el “*Visa Information System*” (VIS) y el Eurodac, una base de datos de huellas dactilares para identificar a los solicitantes de asilo y asegurar el cumplimiento del Reglamento de Dublín²⁴; 4. Medidas “pasadoras de fronteras” encaminadas a prevenir y penalizar la entrada no autorizada a la UE; y 5. Medidas encaminadas a la cooperación operativa en la gestión de las fronteras, cuyo núcleo es la Agencia Frontex²⁵.

En respuesta a la tragedia humanitaria que se abatía sobre el Mediterráneo, la Comisión Europea adoptó, en mayo de 2015, una Agenda Europea de Migración, destinada a fortalecer la política común de asilo.

A la vista de esto, debemos constatar que no existe, de momento, ningún plan o estrategia propuesta o en estudio que aborde las complejas situaciones que causan la migración de las personas, ni que pretenda crear rutas seguras para los refugiados que abandonan sus países o reubicar a aquéllos que llevan años atascados en campos de refugiados. El énfasis se ha puesto y se sigue poniendo en evitar la llegada de los migrantes.

4.1. El problema de la solidaridad en Europa

El sistema de asilo europeo que hemos descrito está plagado de factores que retrasan su desarrollo y minimizan sus probabilidades de éxito. Como ya hemos mencionado, el desafío que supone el principio de solidaridad se posiciona como uno de los más importantes. Los esfuerzos de la UE en materia de solidaridad se ven desafiados por el hecho de que nunca ha habido una evaluación objetiva sobre cuál sería una cuota justa para cada Estado miembro. Esto supone que cualquier queja de un Estado miembro referente a estar siendo “sobrecargado” no podrá sustanciarse de forma objetiva y tendrá como resultado la desconfianza del resto de Estados miembros, que también están obligados a “soportar su carga de protección”²⁶. Las instituciones han

²⁴ El Reglamento de Dublín (UE) N° 604/2013, también conocido como Reglamento Dublín III, establece los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro de la UE responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada por un ciudadano de un tercer país o un apátrida, de acuerdo a la Convención de Ginebra y la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE, que establece los requisitos para el reconocimiento de personas que no son ciudadanos de la como beneficiarios de protección internacional, un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y el contenido de la protección concedida dentro de la Unión Europea.

²⁵ Véase http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.2.html.

²⁶ E. TSOURDI y P. DE BRUYCKER, “EU Asylum Policy: In Search of Solidarity and Access to Protection”, *Migration Policy Centre Working Paper Series*, Florencia, mayo 2015, p. 3.

hecho hincapié en la “necesidad de aumentar la confianza (entre Estados) para reforzar la solidaridad”²⁷.

A este respecto, el Reglamento de Dublín es sin duda la legislación más criticada. La premisa sobre la que se asienta el texto: mismos estándares en todos los países de la UE, parece una base poco sólida debido a la práctica inconsistente de los Estados, que aplican los criterios del reglamento de modos diferentes. La obligación de realizar una entrevista y el efecto suspensivo de los recursos contra las decisiones de transferir a las personas son elementos de reciente inclusión, añadidos para que la aplicación del Reglamento se realice con mayor diligencia. Aun así se ha cuestionado reiteradamente el progreso logrado con la última reforma. El reglamento de Dublín sigue siendo fuente de tensión entre Estados de la UE con frontera exterior y sin ella, pidiendo los Estados situados en la periferia una revisión constante alegando las *presiones* que reciben debido a su posición geográfica y los de interior alegando que reciben la *mayor carga* en términos absolutos²⁸.

El mecanismo establecido por el sistema Dublín para la determinación de la responsabilidad de cada Estado falla en el reparto justo de esta responsabilidad entre los Estados miembros y, además, obvia la realidad a la que tienen que hacer frente aquéllos que buscan protección en los Estados de la UE, y por supuesto sus preferencias. Los políticos de la UE no han abordado la discusión sobre las “cuotas justas” y esto tiene un efecto desmotivador para aquéllos Estados que cumplen las obligaciones a las que se han sometido por ley. Los niveles distintos de desarrollo económico de los Estados miembros, junto a la diferencia también en lo invertido en el proceso de recepción y asilo, han llevado a muy distintas condiciones de recepción y protección. A esto hay que añadir la disparidad en las cifras de refugiados admitidas por los Estados miembros de la UE o la falta de atención a las inversiones de algunos de ellos en el control de fronteras o en salvar vidas en alta mar.

El principio de solidaridad y el reparto equitativo de la responsabilidad están claramente explicitados en los Tratados de la Unión, a pesar de esto el compromiso de las instituciones europeas al respecto ha sido escaso y la tendencia ha consistido más bien en adoptar un enfoque “operativo”, listando las medidas que constituían dicha solidaridad.

²⁷ Comunicación de la Comisión COM (2011) 835, (fn 10), at 2.

²⁸ G. PAPAGIANI, “Asylum in the 21st Century...”, *op. cit.* p. 507.

Parece necesario establecer un sistema, basado en indicadores objetivos, que evalúe la cuota individual de responsabilidad de cada Estado. Un marco común acordado entre todos los Estados miembros haría posible materializar el principio de solidaridad y también pondría de manifiesto qué Estados han estado eludiendo su responsabilidad o han invertido menos de lo debido en recursos humanos y financieros.

Finalmente, la transferencia intracomunitaria de solicitantes de asilo, llamada “reubicación”, debe ser replanteada. Las iniciativas de reubicación temporal en Grecia e Italia como medida excepcional dentro del sistema de Dublín han servido para colocar el asunto del reparto equitativo de la responsabilidad en lo más alto del debate político. A pesar de esto, el número de solicitantes de asilo “reubicados” es el resultado de una decisión política más o menos arbitraria, y no el de una evaluación del número de personas que deberían ser reubicadas de acuerdo a un reparto justo de la responsabilidad. También hay que mencionar que estas decisiones de reubicación se realizan sin tener en cuenta las necesidades personales ni las preferencias de los solicitantes de asilo, a los que son impuestas.

5. Conclusiones

La realidad muestra que la migración y el asilo van a seguir siendo desafíos globales durante todo el siglo XXI. A pesar de lo mucho que se ha avanzado sigue habiendo numerosos escollos que impiden que la protección a las personas que migran sea efectiva.

El acceso a derechos y a medidas de protección, en particular en lo que se refiere a flujos migratorios mixtos es un aspecto clave. Mientras los refugiados han comenzado siempre como irregulares, es obvio que el incremento de la migración irregular combinado con la ausencia de oportunidades de emigración legítimas y seguras presenta un gran reto para la protección de los refugiados y para la realización de los derechos humanos de los migrantes en general.

El sistema europeo de asilo es un marco de protección relativamente avanzado, tanto en términos legislativos como políticos. Pero el sistema carece de un mecanismo para distribuir la responsabilidad de forma justa entre los Estados miembros de la UE, y es de difícil acceso para aquéllos que necesitan protección.

La necesidad de solidaridad viene usualmente dada por la incapacidad de un determinado Estado miembro para cumplir sus obligaciones respecto al sistema común europeo de asilo y sus instrumentos. Si existiera una evaluación objetiva de la capacidad

de cada estado, se podría diferenciar con claridad entre “incapacidad para cumplir” y “falta de voluntad”, y las tensiones entre Estados por la distribución de la responsabilidad podrían abordarse de forma tal vez más constructiva.