

BOLETIN DE ESTUDIOS ECONOMICOS  
Vol. LXXII - N.º 222 - Diciembre 2017  
(Páginas 523-539)

## LA ATONÍA DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EUROPEA: EFECTOS DE LAS DISFUNCIONALIDADES DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y LA DINÁMICA INTERGUBERNAMENTAL

### THE ATONY OF EUROPEAN MIGRATION POLICY: EFFECTS OF A DYSFUNCTIONAL ECONOMIC INTEGRATION AND INTERGOVERNMENTAL DYNAMIC

Ainhoa Lasa López

Profesora de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Alicante

#### RESUMEN

En los últimos tres años el desafío migratorio ha emergido como una cuestión de máxima prioridad en la agenda política del *establishment* europeo, pero no desde una óptica proactiva de análisis riguroso de la naturaleza poliédrica del fenómeno, sino desde una necesidad unidireccional de mayor control y refuerzo de la seguridad de los países miembros de la Unión frente al aumento imparable de la presión migratoria. Paralelamente, los mecanismos temporales adoptados durante la gestión de la crisis, destacando la Decisión (UE) 2015/1601, generaron demandas de renacionalización de la política de migración europea, encabezadas por el Grupo Visegrad, que han obtenido respuesta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, donde se apela a la centralidad de los principios que rigen el diseño estructural de la política común de asilo, inmigración, y control de las fronteras exteriores: la solidaridad interestatal y la equidad en el reparto de las cuotas de refugiados. Con todo, el actual *impasse* sistémico del proceso de integración, fruto de las debilidades del modelo jurídico-político en torno al que se articula, no hace sino reproducir sus carencias más allá del vínculo económico, hasta alcanzar la sistemática de la protección internacional en la Unión.

*Palabras clave:* Migración, vínculo económico, vínculo social.

#### SUMMARY

In the last three years, the migratory challenge has emerged as a top priority on the political agenda of the European establishment, but not from a proactive perspective of rigorous analysis of the polyhedral nature of the phenomenon, but from a unidirectional need for greater control and reinforcement of the security of the Member States of the Union in the face of the unstoppable increase in migratory pressure. At the same time, the temporary instruments adopted during the management of the migration crisis, highlighting Decision (EU) 2015/1601, generated demands for re-nationalization of migration policy, led by the Visegrad Group, which have recently received a response in the Judgment of the Court of Justice of 6 September 2017, which calls for the centrality of the principles governing the structural design of the common policy on asylum, immigration and control of

external borders: inter-State solidarity and the equity in the distribution of refugee quotas. However, the current systemic impasse in the integration process resulting from the weaknesses of the legal-political model around which it is articulated reproduces its shortcomings beyond the economic link to the point of reaching the European system of international protection.

*Key Words:* Migration, economic link, social link.

“Somos una sociedad que ha olvidado la experiencia del llanto... La ilusión por lo insignificante, por lo provisional, nos lleva hacia la indiferencia hacia los otros, nos lleva a la globalización de la indiferencia” Jorge Mario Bergoglio.

## **I. El cénit de la crisis migratoria y la respuesta supranacional: la agenda europea de migración y la decisión (UE) 2015/1601**

### *1.1. La paridad entre la ciudadanía europea móvil y la ciudadanía de terceros estados: el auge de la tesis restrictiva del asimilacionalismo*

La temática de los flujos migratorios ha sido una cuestión perenne en el devenir del proceso de integración europeo, si bien en los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas se adoptaba un enfoque sectorial focalizado en la libre circulación de los factores de producción entre los países fundadores y, por ende, con un carácter marcadamente endógeno al propio proyecto y fácilmente asumible desde el punto de vista de la cesión parcial del ejercicio de prerrogativas estatales. Sin embargo, el inexorable avance del mercado común exigía no sólo tener presente la naturaleza y alcance de dicha libertad económica fundamental, sino también dotarla de máximas garantías, al punto de requerir la supresión de controles en las fronteras interiores para su efectiva realización.

Este trasunto de la centralidad del mercado común y su necesaria tutela fue determinante de la adopción, en paralelo, de una política migratoria europea jalonada por la seguridad y el control como elementos centrales de la producción y contenido de la normativa de derecho secundario. Desde el método convencional de Schengen (Acuerdo, y Convenio de Aplicación (DOCE L 239 de 22.09.2000), pasando por la estructura de pilares (Tercer Pilar de Maastricht Cooperación en los ámbitos de justicia y de los asuntos de interior, Título VI), hasta su comunitarización en Ámsterdam (Título IV Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), y consolidación en el actual referente normativo, el Tratado de Lisboa (Título V), la narrativa europea de la política de inmigración se resume en el binomio supranacionalidad-interguberna-

mentabilidad materializando una configuración bicéfala que enfatiza un tratamiento de la migración marcado por la preeminencia de la soberanía estatal en competencias claves en esta materia, compartiendo la Unión, casi en su totalidad, con los Estados el resto de aspectos que atañen a una política de este tipo (Vicente Blanco (2003), Martín y Pérez de Nanclares (2003)).

Esta funcionalidad descrita entre la integración económica y política en materia de inmigración, es determinante de los déficits estructurales que han acompañado la gestación de una política común de inmigración europea, donde la ausencia de interés por el vínculo económico para desarrollar normas comunes que permitan un tratamiento más garantista de los derechos de los inmigrantes regulares, ha favorecido, según la doctrina, el desarrollo de un interés común de los países miembros por priorizar el enfoque securitario (González Vega (2017)).

Aun compartiendo la reflexión apuntada en cuanto al contenido dual de la política europea migratoria, entendemos que las aporías de esta construcción no están vinculadas tanto al diseño competencial de los Tratados, como al propio modelo jurídico político exégesis del proyecto europeo. De hecho, las reticencias de los Estados Miembros (EEMM) a renunciar a controlar los flujos migratorios por el impacto socio-económico en el orden interno de los flujos migratorios en general, y de la inmigración irregular, en particular, no son extrañas al discurso sostenido y agravado en las últimas décadas, a propósito del denominado turismo social. Baste recordar como en el año 2013, la propia Comisión Europea para rebajar la tensión existente acerca del impacto del ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia en los sistemas sociales nacionales de los Estados de acogida, elaboró unas directrices para orientar a los países miembros en la aplicación efectiva de los derechos de libertad y residencia, y detectar posibles abusos en el ejercicio de la normativa (COM (2013) 837 final de 25.11.2013, «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas claves»). A ello habría que añadir la propia jerarquización de los derechos económicos, la condicionabilidad del ejercicio pleno de la libertad de residencia a la condición de ciudadanía activa económicamente, o la clara supremacía de la libre prestación de servicios en los supuestos de conflicto con la libre circulación de trabajadores.

En este sentido, es frecuente establecer un paralelismo entre la clásica distinción de derecho internacional, extranjeros y nacionales, y el tratamiento que en el Derecho de la Unión (DUE) recibe la ciudadanía euro-

pea y la ciudadanía de terceros Estados. Así, mientras la ciudadanía europea se configuraría como sujeto pleno activo de derechos, la ciudadanía no europea tendría condicionado el acceso al ejercicio de los derechos de la Unión al cumplimiento de una serie de condiciones que permiten regularizar su situación (Thym (2016)). No obstante, esta afirmación requiere de ulteriores matizaciones. Los derechos no son absolutos, y las condiciones que modulan su mayor o menor realización son inherentes a los intereses juridificados en los textos fundamentales, en el caso de la Unión, el Derecho originario o primario, los Tratados. Esta conexión de los derechos con la decisión de sistema es una constante rastreable en la evolución de los derechos fundamentales en la historia del movimiento constitucional. Paradigmáticos, en este sentido, son los derechos del Estado liberal que pivotaban en torno a la sacralización de la propiedad, o los derechos sociales integradores del conflicto capital-trabajo del Estado social.

Esta secuencia no es ajena al proyecto europeo. De hecho, la actuación europea en materia de derechos fundamentales se realiza en el ámbito del DUE. Además, los derechos fundamentales europeos tienen su origen en las propias normas de la Unión (principios generales). Y, a su vez, los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones nacionales son sólo una fuente de inspiración. La consecuencia fundamental de este elenco de criterios es lo que se ha venido a denominar el vínculo económico de los derechos fundamentales en el ordenamiento europeo, en la medida en que la reconstrucción de los derechos se realiza desde la perspectiva de los fines y objetivos de la Unión (Cartabia (1995)).

Las libertades fundamentales de circulación y de competencia conforman el patrimonio de los derechos más importantes de la Unión. Hasta el punto de que el propio Tribunal de Luxemburgo utilizó expresamente la denominación de derechos fundamentales con respecto a las libertades económicas en general, y la libre circulación de mercancías y trabajadores en particular. En el espacio europeo el estatus de fundamental de un derecho viene determinado por su contribución al orden económico competencial. De este modo, es el propio mercado la instancia desde la que se configuran las necesidades vitales de la Unión. De ahí que la dimensión subjetiva, que configuraba a los primigenios derechos fundamentales como derechos de no injerencia del aparato público en la esfera privada, se traduce en el ordenamiento de la Unión en una prohibición a los poderes públicos de los EEMM de falsear o distorsionar la

dinámica del mercado interior. Esto es, se trata del derecho a participar en un mercado abierto y de libre competencia por parte de la ciudadanía de la Unión, y no del reconocimiento del componente axial de todo aspecto de la vida social basado en una composición de derechos de signo diverso. Este es el fundamento al que responden las decisiones del juez europeo que circunscribe las restricciones de los EEMM a la concesión de ayudas sociales a los ciudadanos europeos inactivos con residencia legal en el Estado de acogida a un juicio de proporcionalidad donde el acceso a la procura asistencial se supedita a la querencia efectiva de garantizar la viabilidad económica del sistema de Seguridad social de los países receptores y no poner en peligro su equilibrio financiero. Con este criterio restrictivo favorable al recorte del acceso, se elimina la clásica dimensión objetiva de los derechos fundamentales, adscrita al constitucionalismo social, que ampliaba el contenido axial de la dignidad humana al ámbito de las privaciones materiales (Lirola (2014)).

Más ilustrativo de esta premisa resulta ser el criterio del juez europeo a la hora de integrar a los trabajadores europeos desplazados temporalmente para la prestación de un servicio dentro de la libre prestación de servicios y no de la libre circulación de trabajadores, sancionando una dualidad de regímenes, la del trabajador europeo del artículo 45 del Tratado de la Unión Europea (TUE) , y la del trabajador europeo del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que concluye en una segmentación del mercado laboral europeo. La clave está en que fuera de las hipótesis de movilidad de los factores de producción en las cuales está en juego el buen funcionamiento del mercado interior, el derecho fundamental e individual del ciudadano europeo a circular y residir libremente en el ámbito de la Unión se degrada a situación jurídica condicionada a la superación de una rigurosa ‘prueba de medios’, caracterizada por márgenes de discrecionalidad relevantes. Por ende, las garantías sociales instrumentales a las libertades de circulación y residencia, únicamente tienen como destinatarios aquellas formas de movilidad inmediatamente funcionales a instancias productivas (Lo Faro (2001), Pallini (2006)).

El problema es que esta construcción encierra un círculo vicioso. La ciudadanía europea, sobre todo de los países de la Unión central y oriental que esgrimen su ventaja competitiva a través de una drástica reducción de los costes laborales, se ha visto forzada a emigrar, haciendo uso legítimo de un derecho a la mejora de sus expectativas vitales, hacia otros EEMM que, aunque con mejores sistemas de bienestar y condicio-

nes laborales, también se han visto sacudidos por los efectos de la crisis del capitalismo financiarizado que dejó sentir sus efectos en Europa en 2010. Este impacto ha generado una presión competitiva entre las fuerzas de trabajo nacionales y las de la ciudadanía móvil europea que ha sido aprovechada para ahondar en la dualización y depauperización de los mercados de trabajo del conjunto de la Unión. Una perversa disgregación que se ha declinado en términos nacionales y no supranacionales, generando la devaluación de una verdadera ciudadanía social europea.

Desde esta perspectiva, sirva como referencia que, en el Brexit, no solo estuvieron presentes los discursos contrarios a la inmigración de terceros Estados, sino también a la procedente de los Estados de la Unión (Yuille (2016), Cohen (2016)). Concretamente, atribuyeron a las libertades fundamentales de la Unión el facilitar la emigración masiva de ciudadanía de otros EEMM, lo que contribuyó, a juicio de los partidarios de la salida del Reino Unido de la Unión, a la reducción progresiva y regresiva del sistema de bienestar británico. Una afirmación alentada por las propias instituciones de la Unión. Véase al respecto el cuestionable relato del peligro de sostenibilidad de los sistemas nacionales de seguridad social por causa de flujos de trabajadores de gran escala, para justificar tratos discriminatorios en el acceso a prestaciones sociales en el Reino Unido por trabajadores de otros EEM, realizado en la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea (DOUE CI 69 de 23.2.2016).

Estos condicionantes a la prohibición de discriminación de la ciudadanía de la Unión han terminado por reproducir una asimilación en la categoría de inmigrantes entre la ciudadanía europea y los nacionales de terceros países. Así las cosas, de forma paralela al debate en torno al turismo social, se ha desarrollado en la Unión una vergonzosa narrativa de criminalización de la pobreza y odio a los inmigrantes europeos y de terceros países, y sus múltiples dimensiones, refugiados, ciudadanía europea no activa económicamente, migrantes económicos, apátridas. La graduación de derechos entre migrantes regulares e irregulares también está presente en el régimen de derechos articulados en torno a la conjugación derecho de residencia-igualdad de trato, permeabilizando la centralidad del vínculo económico que define el modelo jurídico político del proyecto europeo (Martín (2014)).

Ni siquiera el ascenso imparable de fuerzas políticas de extrema derecha en los EEMM o la tragedia humanitaria del Mediterráneo ha servido

de revulsivo para la ruptura de esta estrategia/visión jurídico-política dominante. Sirva de ejemplo la Agenda Europea de Migración (COM (2015) 240 final) presentada por la Comisión tras los naufragios masivos de abril de 2015, donde la atención se centra en el refuerzo de la vigilancia junto con propuestas de flexibilización para la captación de trabajadores migrantes altamente cualificados. O la Decisión (UE) 2015/1601, donde la naturaleza imperativa del mecanismo de reubicación provisional es ilustrativa de los peligros de la narrativa de la solidaridad intergubernamental imperante en materia de protección internacional.

### *1.2. La Agenda Europea de Migración: aspectos clave*

Con la finalidad de dar una respuesta integral a la migración y sus variables a través de una estrategia propiamente supranacional que combina acciones y medidas a corto y largo plazo, la Agenda representa la respuesta político-institucional europea al reto migratorio, especialmente acuciante en los Estados de primera línea. Vertebrada a lo largo de cuatro pilares motivados por una política común migratoria mejorada, en particular:

– Reducir los incentivos a la migración irregular y proteger las fronteras exteriores (primer y segundo pilar): ahondando en los motivos desplazamiento irregular y forzado de terceros países desde el enfoque cooperativo con los países de origen y de tránsito, vía funcionarios de enlace europeos en materia de inmigración en las delegaciones de la UE en los países clave (pp. 9-10); luchando contra traficantes y tratantes a través de la asociación con terceros países y la asistencia a las autoridades de los países miembros en aras a intensificar las acciones contra las redes delictivas de traficantes mejorando la ejecución y aplicación de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DO L. 168 de 30.06.2009) (pp. 10-11); supervisando la aplicación de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular ( DO L 348 de 24.12.2008) (pp. 11-12), y modificando las bases jurídicas de la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los EEMM de la UE, más conocida como Frontex, para reforzar sus funciones en materia de retorno (pp. 12-14).

Estos dos pilares dirigidos al fortalecimiento de la vigilancia y control de las fronteras exteriores ha tenido respuesta legislativa en el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (DO L 251/1 de 16.9.2016). La finalidad de la norma de derecho secundario es la consecución de una gestión integrada de las fronteras exteriores que permita una intensificación de las labores de control fortaleciendo el papel de Frontex. Sobre la base del artículo 77 del TFUE “instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores”, se revela especialmente eficaz atribuir a esta Agencia un papel más activo para la intensificación de los controles, y, reforzado en materia de retorno. Esta ampliación de funciones trata de equilibrarse contemplando un mecanismo de denuncia por vulneración de derechos fundamentales en las operaciones promovidas por la misma (artículo 72 del Reglamento).

– Una política común de asilo sólida, y una nueva política de migración legal (tercer y cuarto pilar): los objetivos principales son elaborar un nuevo proceso de seguimiento sistemático para vigilar la puesta en práctica y aplicación de la normativa sobre asilo, y el refuerzo de la confianza mutua (p. 14); priorizar la transposición y aplicación práctica de la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DO L 180 de 29.6.2013), y la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DO L 180 de 29.6.2013), cuando se examine la apertura de procedimientos de infracción; reforzar el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) para evitar potenciales abusos, y las disposiciones relativas a los países de origen seguros contemplados por la Directiva 2013/32/UE; revisar el Reglamento (UE) n° 604/2013, 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 (DO L 180 de 29.6.2013). La finalidad es una distribución más equitativa de solicitantes de asilo entre los EEMM (pp. 14-16). Finalmente, en la búsqueda de una mano de obra exterior competitiva y cualificada con capacidad de

cubrir las carencias de sectores claves en países de la Unión como las ciencias, la tecnología, la ingeniería y la asistencia sanitaria, se propone revisar el régimen de aplicación de la Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificados (DO L 155 de 18.6.2009), comúnmente conocida como Directiva sobre la tarjeta azul (pp. 17-18).

Por lo que respecta a las deficiencias del sistema de Dublín, especialmente visibles ante una presión migratoria continuada, se ha cuestionado la eficacia del principio de responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo del Estado miembro de la primera llegada. Esto ha desembocado en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis y se modifica el Reglamento (UE) n° 604/2013 (COM (2015) 450 final de 9.9.2015). Los aspectos principales de esta propuesta se concretan en añadir a Dublín III una Sección VII, “Mecanismo de reubicación de crisis”, y el reconocimiento de excepciones al principio de responsabilidad de examen de las solicitudes de asilo contemplado por el apartado 1 del artículo 3. En su lugar, la propuesta establece para circunstancias de crisis bien definidas, un régimen de reparto obligatorio para determinar la responsabilidad de examinar las solicitudes.

A ello habría que añadir falta de convergencia en lo que respecta a las decisiones por las que se concede el estatuto de refugiado (que se otorga a personas que huyen de la persecución) o el estatuto de protección subsidiaria (que se otorga a personas que huyen del riesgo de daños graves, incluidos los casos de conflictos armados) a los solicitantes que proceden de un país de origen determinado. Así como también, las reticencias de ciertos países de la Unión a incorporar a sus derechos internos la Directiva 2003/32/UE sobre procedimientos de asilo, y la Directiva 2013/33/UE sobre las condiciones de acogida, que merma la convergencia de los sistemas nacionales de asilo. Deficiencias que terminan por alentar y agravar movimientos secundarios que buscan, en palabras de la Comisión, un “asilo a la carta” (COM (2016) 197 final, de 6.04.2016).

Con relación a la Directiva sobre la tarjeta azul, en junio de 2017, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia e Interior del Parlamento Europeo, respaldó la iniciativa de revisar, flexibilizando, el régimen de criterios de permiso de trabajo para inmigrantes altamente cualificados, entre otros, las condiciones para su concesión, tramitación burocrática y requisitos de cualificación.

Al margen de estas medidas, la Agenda también preveía acciones coroplacistas inmediatas para dar solución temporal a las llegadas masivas en el seno de la UE, principalmente, un mecanismo provisional de reubicación a la espera de la futura adopción de un régimen de reubicación obligatorio y de activación automática para distribuir a las personas manifiestamente necesitadas de protección internacional dentro de la UE a raíz de una afluencia masiva. Este se ha materializado en la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia (DO L 248/80 de 24.9.2015).

Antes de pasar a evaluar los contenidos principales de la Decisión, procede señalar que no será objeto de comentario la Declaración Unión Europea-Turquía (comunicado de prensa n.º. 144/16 del Consejo Europeo), dada su consideración de acuerdo internacional celebrado por los EEMM por el Tribunal General de la UE (Autos de 28 de febrero de 2017, Asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM/Consejo Europeo). A pesar de lo cuestionable del pronunciamiento, y de las controversias jurídicas y políticas que suscita, entre otras, la base jurídica de participación de las instituciones europeas en su aplicación, las actuaciones de la Comisión para la aplicación de la Declaración desde su entrada en vigor el 20 de marzo de 2016 (González Vega (2016)), o la subordinación de los EEMM a la estrategia oportunista de la presión coercitiva de la migración ejercida por Hungría, que cristalizó en un consenso, sin precedentes, de los entonces 28 EEMM (Greenhill (2016)).

### 1.3. *La Decisión (UE) 2015/1601 y los recursos de Hungría y República Checa: entre la solidaridad vinculante y la solidaridad voluntaria*

Como acabamos de señalar, la Decisión 2015/1601 es una medida provisional de reubicación obligatoria forzada por los flujos migratorios inéditos de julio y agosto de 2015, en las Repúblicas de Italia y Grecia Frente al mecanismo de reubicación voluntario de 40000 personas creado por la Decisión 2015/1523 (DOUE 2015, L 239) para dar respuesta a la afluencia de migrantes en 2014, y durante los primeros meses de 2015.

El carácter provisional de la decisión es indicativo de las limitaciones *ratione temporis, personae y materiae* que la acompañan. En primer lugar, el acto no legislativo tiene una vigencia temporal de 2 años; en segundo lugar, afecta a un número limitado de 120.000 nacionales de

algunos países terceros contemplados en el apartado 2 del artículo 3 de la Decisión, que han presentado solicitudes de protección internacional en Grecia o Italia entre el 24 de marzo de 2015 y el 26 de septiembre de 2017. En tercer lugar, excepciones concretas y temporales al SECA, en lo referente al principio de Estado responsable de examinar las solicitudes de protección internacional, y las fases del procedimiento, plazos incluidos, del Reglamento (UE) n° 604/2013; y al consentimiento del solicitante de protección internacional previsto por el Reglamento (UE) n° 516/2014 (Considerando 23). Sin perjuicio de la plena vigencia de las disposiciones relativas a: la obligación de los EEMM que proceden al traslado de afrontar los costes necesarios para trasladar a los solicitantes al Estado miembro de reubicación; la cooperación para el traslado entre los EEMM; la transmisión de la información a través de la red de comunicación electrónica DubliNet (Considerando 23); la reagrupación familiar, la protección especial de los menores no acompañados y la cláusula discrecional por razones humanitarias (Considerando 24); las garantías jurídicas y procesales como el deber de información a los solicitantes del procedimiento de reubicación, y de notificación de la decisión de reubicación, el derecho a un recurso efectivo contra la decisión de reubicación (Considerando 35); los derechos y garantías relacionados con las necesidades especiales de acogida de los solicitantes y de procedimiento (Considerando 36); el deber de información de las condiciones en las que los solicitantes pueden entrar y permanecer legalmente en otro Estado miembro, parejo a las obligaciones de información de los beneficiarios de protección internacional (Considerando 40). Esta combinación de excepcionalidad-temporalidad tiene como finalidad asegurar la coherencia del acervo del SECA, y su adecuado funcionamiento a pesar de la naturaleza coyuntural de la Decisión.

Con todo, la singularidad que acompaña a la Decisión, establecer un mecanismo de reubicación basado en la asignación de contingentes a los EEMM con carácter obligatorio, frente a la voluntariedad vigente en este tipo de cuestiones no exentas de una impronta políticamente sensible, fue determinante de la interposición de sendos recursos de anulación por la República Eslovaca y Hungría contra el Consejo de la Unión, que han sido desestimados por el Tribunal de Luxemburgo en sentencia del 6 de septiembre de 2017 (Asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15. Sentencia, ECLI:EU:C:2017:631).

Estos dos países miembros integran, junto con Polonia y República Checa, el denominado Grupo de Visegrado, que ha expresado una renun-

cia pertinaz a la mejora de los mecanismos supranacionales en materia de protección internacional. Curiosamente, este Grupo manifestó su rechazo explícito a las acusaciones de fraude en el ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia por sus nacionales (contenidas en la carta enviada por Austria, Alemania, Holanda y Gran Bretaña a la Presidencia irlandesa de la Unión en abril de 2013) vindicando la igualdad de todos los ciudadanos de la Unión. Una proclama que contrasta con su reiterado incumplimiento del principio rector de solidaridad que rige las políticas de la Unión sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración.

Centrándonos en el contenido de los recursos, básicamente, el principal nudo gordiano consiste en dilucidar la adecuación del artículo 78.3 TFUE, como base jurídica para adoptar la Decisión, y de ser así, si esta ha respetado el principio general de proporcionalidad de rango constitucional en el DUE. Respecto a los motivos de inadecuación argüidos, se concretan en el contenido de la Decisión que cuestionaría su naturaleza de acto no legislativo, al afectar de forma vinculante a actos legislados en vigor como el Reglamento Dublín III o Reglamento (UE) nº 604/2013, y, por ello, se habría eludido el procedimiento legislativo ordinario contemplado en el artículo 78.2 TFUE; y, en la falta de concurrencia del presupuesto de hecho habilitante que exige el citado artículo 78.3 TFUE, “existencia de una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países”, para la adopción de las medidas provisionales del citado precepto. El juez europeo haciendo suyas las Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 26 de julio de 2017 (ECLI:EU:C:2017:618), adopta el argumento del enfoque sistémico-formal seguido en la clasificación tipológica de actos legislativos y actos no legislativos, rechazando la tesis material o de contenido sostenida por los promotores de los recursos. Entendiendo que “debe considerarse que las medidas que pueden adoptarse sobre la base del artículo 78.3 TFUE, deben calificarse de “actos no legislativos”, dado que no se adoptan de conformidad con un procedimiento legislativo” (apartado 66). A mayor abundamiento, esta interpretación que niega a la Decisión la calificación de acto legislativo se refuerza a tenor del alcance expansivo de la noción “medidas provisionales” contempladas por la disposición de derecho originario. En este sentido, frente a la pretensión de los demandantes, las medidas provisionales no pueden circunscribirse a medidas de acompañamiento de un acto legislativo adoptado sobre la base del artículo 78.2 TFUE. Al contrario, procede una

interpretación en sentido lato cuyo único límite será el propio carácter coyuntural o provisorio de la medida en cuestión, de manera que no se dirijan a inaplicar, sustituir o modificar de manera indefinida disposiciones incluidas en actos legislativos adoptados con arreglo al artículo 78.2 TFUE (apartados 71-81).

En lo que atañe a la inobservancia del principio de proporcionalidad, dos son los aspectos examinados para verificar si se aceptan las tesis de los recurrentes: por una parte, la idoneidad de la Decisión para conseguir el objetivo perseguido. La República Eslovaca alega que son las carencias estructurales de los sistemas de asilo griego e italiano la verdadera causa de la presión que soportan estos sistemas, y no la existencia de una situación de emergencia sobrevenida. Al respecto precisar que, al margen de que el artículo 8.3 de la Decisión impugnada obliga a Italia y Grecia a corregir los déficits de sus sistemas de asilo, en particular, en materia de refuerzo de la capacidad, de la calidad y de su eficacia, so pena de suspender temporalmente el acto, el Tribunal de Luxemburgo declara que “el mecanismo de reubicación que establece la Decisión impugnada forma parte de un conjunto de medidas destinadas a aliviar la carga soportada por estos dos Estados miembros (...), por lo que la idoneidad de dicho mecanismo (...) deber ser entendida en el marco del conjunto de medidas del que forma parte (apartado 215). Entre estas medidas: el programa europeo de reasentamiento de 22504 personas necesitadas de protección internacional, acordado el 20 de julio de 2015 por los EEMM y los Estados asociados al sistema derivado de aplicación del Reglamento Dublín III; la citada Decisión 2015/1523; la instalación de puntos críticos o *hotspots* en Italia y Grecia, donde agencias de la Unión con competencias en materia de asilo y expertos de los EEMM trabajan con las autoridades nacionales y locales para ayudar a los países miembros afectados a cumplir con las obligaciones de control, identificación, registro de declaraciones y toma de impresiones dactilares, exigidas por el DUE (Apartado 218).

Por otra parte, sobre el carácter necesario de la Decisión a la vista del objetivo que pretende alcanzar, el juez europeo legitima la adopción de este mecanismo de reubicación obligatorio respaldando la apreciación del Consejo de considerar que la situación reinante en julio y agosto de 2014 justificaba el carácter imperativo del mecanismo (apartados 253-256).

Del conjunto de apreciaciones del TJUE se desprende que las distintas lecturas de la solidaridad como fundamento del artículo 78.3 TFUE,

condicionan su potencial alcance y resultados. Así, a la solidaridad imperativa dotada de autonomía y de carácter vinculante que vertebra la Decisión 2015/1601, se contraponen una solidaridad libremente consentida o consensuada y de carácter voluntario que permite flexibilizar y atemperar las garantías y tutelas de la protección internacional adoptadas en el espacio supranacional europeo, como la que acompaña a la Decisión 2015/1523. Esta divergencia pone de relieve que la solidaridad como valor y principio es una solidaridad, en ocasiones, desarmada, desprovista de mecanismos de tutela y garantía que permitan un reforzamiento de su aplicación al elenco de políticas contempladas por el Título V, Capítulo 2, del TFUE, dedicado al espacio de libertad, seguridad y justicia. La alta discrecionalidad política que acompaña su mayor o menor eficacia y operatividad práctica demuestra su fragilidad y vulnerabilidad frente al variable contexto político nacional de los EEMM, donde las lecturas en clave nacional del reto migratorio y sus efectos terminan por trasladarse a la Unión adoptando, en ocasiones, un lenguaje remozado por un claro sesgo estigmatizador hacia el emigrante y sus diversas idiosincrasias: desde la prevención del *asylum shopping*, como si los solicitantes de protección internacional actuaran con la racionalidad del cálculo económico buscando el foro de protección de conveniencia, hasta la asimilación de terrorismo y migración, legitimando el factor de la coerción hacia lo extranjero con la finalidad de criminalizar al inmigrante.

## **II. Supranacionalidad vs. intergubernamentalidad: ¿ciudadanía inclusiva o nacionalidad excluyente?**

En las últimas décadas el proyecto europeo ha experimentado los embates de crisis de origen, en principio, diverso: crisis de la eurozona, crisis institucional, crisis migratoria; pero con un denominador común, atribuir sus causas a las propias deficiencias estructurales del proyecto. La reacción la encontramos en el Libro Blanco sobre el Futuro de Europa, Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025 (COM (2017) 2025 de 1 de marzo de 2017). Por primera vez, el Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, deja abierta la posibilidad a una desintegración paulatina del proyecto de integración manteniendo el *acquis* comunitario del vínculo económico.

En los cinco escenarios descritos en el documento, y por lo que aquí interesa, la política migratoria se debate entre mantener su actual marco común; renunciar a una política única en materia de migración; intensi-

ficar su avance en ámbitos como seguridad y justicia, pero circunscrito a un grupo de países miembros; hacer menos, pero de forma más eficiente; o avanzar conjuntamente en la cooperación sistemática en la gestión de fronteras, las políticas de asilo y la lucha contra el terrorismo. De acuerdo con este enfoque, dos de los escenarios convergen con la opción de la descentralización flexible que combina los niveles de supra e intergubernamentalidad en un nuevo sistema que parta de la unidad en determinadas materias comunes, pero respetando la diversidad, esto es, integrando las dinámicas de supranacionalidad y libertad de acción de los EEEMM (Escenario 3 (Los que desean hacer más, hacen más), y Escenario 4 (Hacer menos, pero de forma más eficiente)). En paralelo, el primero de los escenarios, Seguir Igual, y el quinto, Hacer mucho más conjuntamente, sitúan la cuestión de la inmigración a medio camino entre la actual bicefalia que acompaña la política migratoria o una de signo más cooperativo, si bien circunscrita a la decisión del sistema.

Es difícil aventurar cuál de las cinco opciones terminará por afianzarse, aunque el avance imparable de los movimientos de extrema derecha, en cada vez más EEMM, puede decantar la balanza hacia seguir igual o, en el peor de los escenarios posibles, acabar con la política común migratoria. Ciertamente, los resultados de las elecciones al Parlamento alemán, que conocimos el pasado 25 de septiembre, arrojan un panorama desolador. Alternativa por Alemania (AfD), se ha alzado como la tercera fuerza más votada del *Bundestag*. Su discurso antiinmigración se suma al sostenido por el Partido de los Daneses, segunda fuerza política en Dinamarca, Amanecer Dorado en Grecia, Fidesz que gobierna en Hungría, o el Frente Nacional en Francia.

La crisis de los refugiados, unida a la previa de la Gobernanza Económica Europea (GEE), ha servido como catalizador para reforzar e impulsar el acceso de estas formaciones a los parlamentos nacionales. El actual riesgo de fragmentación del proceso europeo requiere que la solución provenga del mismo ámbito que, presuntamente, la generó, la UE. La recuperación de los espacios nacionales en la política migratoria es una propuesta llamada al fracaso. Las formulaciones que apuestan por una flexibilidad controlada o descontrolada de la dimensión migratoria europea que consiste, básicamente, en dejar en manos de cada Estado miembro la decisión de avanzar en la integración positiva de los nacionales de terceros Estados, no hace sino confirmar la inconsistencia de estas teorizaciones. Sobre todo, porque ha sido la escasa implicación y la nula coordinación interestatal la que ha generado la concepción de la

Gobernanza de la migración como una expresión estéril, y la que ha fomentado la consideración de las cuestiones migratorias y sus efectos como aspectos que solo competen a los gobiernos nacionales. El enaltecimiento de la prerrogativa estatal como pilar de la futura política migratoria europea no hará sino redundar en el retroceso de la solidaridad interestatal. La migración es un reto que trasciende a los Estados, sirva de paradigma la Decisión 2015/1601.

Sin embargo, el enfoque ha de ser distinto al adoptado hasta el momento. El Estatuto de ciudadanía de la Unión ya ha revelado sus carencias cuando los EEMM, amparándose en el colapso de las economías del euro, introdujeron limitaciones a la libre circulación por motivos económicos, a pesar de la taxativa prohibición de la normativa de derecho derivado. Las libertades económicas revelaron sus asimetrías materializadas en una suerte de jerarquía de derechos condicionada a la suficiencia de la “*civitas oeconomicus*” europea, y no de la *civitas* social europea. Estos parámetros del “market citizen” han permeabilizado la gobernanza migratoria en la Unión en términos generales. Esta simbiosis ha terminado por generar un relato ambiguo donde ciudadanía europea móvil y nacionales de terceros Estados se integran en un todo, inmigrantes, con connotaciones de externalidades negativas.

La cuestión entonces es, ¿debe Europa continuar con un diseño jurídico normativo e institucional de gestión de los flujos migratorios basado en premisas propias de modelos de gestión estatales? O, por el contrario, ¿debe Europa construir desde otras bases un verdadero Estatuto de Ciudadanía “Social” Inclusivo? Este último enfoque implicaría una desestatalización del concepto de ciudadanía basado en el incremento de las garantías de los derechos de la ciudadanía europea y de terceros Estados que favorezcan su integración social. Esta última ha de conectarse a derechos que no condicionen la igualdad de trato a las capacidades económicas de la ciudadanía, sino a su condición de sujetos de derechos más allá de las libertades económicas, que tutelen su dimensión objetiva pareja al ámbito de las necesidades materiales. Una alternativa que conllevaría, a su vez, la ruptura de los actuales principios estructurales que sustentan a la Unión.

### III. Bibliografía

CARTABIA, M. (1995): *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Ed. Giuffrè, Milán, p. 42.

- COHEN, D. (2016): “Brexit: a crisis long in the making”, *Social Europe*, <https://www.socialeurope.eu/2016/07/brexit-crisis-long-making/> (último acceso de 01.10.2017).
- GONZÁLEZ VEGA, J.A. (2016): “El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la declaración UE – Turquía”, en *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE Causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, asilo, marco jurídico*, AAVV. Ed. EuroBasque, Vitoria, pp. 179-186.
- (2017): “Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (A propósito de la “crisis de los refugiados””, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº. 56, pp. 53-55.
- GREENHILL, K. M. (2016): “Open arms behind barred doors: fear, hypocrisy and policy schizophrenia in the European migration crisis”, *European Law Journal*, vol. 22, Nº. 3, pp. 325-332.
- LIROLA DELGADO, I. (2014): “Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis: ¿Hacia un planteamiento casuístico y ambiguo de la solidaridad entre los Estados miembros?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº. 49, pp. 733-766.
- LO FARO, A. (2001): “Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking”, *Lavoro e Diritto*. Nº. 8, p. 71.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M. M (2014): “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 49, pp. 768-770.
- MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2003): “La inmigración en la Unión Europea: la difícil configuración de una política de inmigración”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº. 5, pp. 83-86.
- PALLINI, M. (2006): “Il caso Laval–Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein”, *Rivista Italiana de Diritto del Lavoro*, vol. II, pp. 239-249.
- THYM, D. (2016): “‘Citizens’ and ‘Foreigners’ in EU Law. Migration Law and its cosmopolitan outlook”, *European Law Journal*, vol. 22, Nº. 3, pp. 296-306.
- VICENTE BLANCO, D-J. (2003): “Una regulación integral de la inmigración para Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº. 5, pp.112-113.
- YUILLE, M. (2016): “Dealing with immigration: from poison to progress”, *Social Europe*, <https://www.socialeurope.eu/2016/08/immigration-poison-progress/> (último acceso de 01.10.2017).

Reproduced with permission of copyright owner.  
Further reproduction prohibited without permission.