

UN AÑO ELECTORAL CRUCIAL PARA EUROPA Normativa y jurisprudencia

A CRUCIAL
ELECTORAL YEAR
FOR EUROPE
Regulations and
jurisprudence

Diego Boza Martínez

Profesor de Derecho Penal, Departamento de Derecho Internacional Público, Penal y Procesal, Universidad de Cádiz, diego.boza@uca.es

Irene Claro Quintáns

Profesora colaboradora, Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho (ICADE), Universidad Pontificia Comillas iclaro@icade.comillas.edu

1. Introducción
2. Política y normativa sobre inmigración y asilo en la Unión Europea
 - 2.1. Inmigración: de nuevo a vueltas con Schengen, visados, fronteras, retorno y tarjetas azules
 - 2.2. La reforma del Sistema Europeo Común de Asilo (Dublín IV): mucho ruido y pocas nueces
 - 2.3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ¿De un rol proactivo a un rol de contención?
3. Los derechos humanos de los extranjeros y asilados en Europa: algunas tendencias jurisprudenciales del TEDH
4. Conclusiones

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, Unión Europea, normativa comunitaria, jurisprudencia

KEY WORDS

Human rights, European Union, EU regulation, jurisprudence

RESUMEN

Durante el período comprendido en este Anuario (enero de 2016-junio de 2017), los avances normativos en materia de inmigración y asilo entran en una fase de inercia y muy limitadas reformas en el ámbito de la Unión Europea, centradas esencialmente en adaptar el sistema de asilo (Dublín IV) y en consolidar y dotar de mayor eficacia a los instrumentos de gestión migratoria y control de fronteras, así como de retorno de extranjeros. Al mismo tiempo que se convocaban elecciones clave en diversos países y el fantasma del populismo acechaba en muchas de ellas, la entrada de refugiados se iba reduciendo tras dos años muy intensos en este sentido.

ABSTRACT

During the period covered by this annual (January 2016 to June 2017), regulatory advances in terms of immigration and asylum entered a phase of inertia with highly limited reforms in the European Union setting, which essentially focussed on adapting the asylum system (Dublin IV) and on consolidating and giving greater effectiveness to migration management and border control instruments, as well as the return of non-nationals. At a time when key elections were called in various countries and were stalked by the ghosts of populism, the entry of refugees steadily fell after two very intense years.

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se presentarán algunas novedades políticas y normativas de la Unión Europea¹ en materia de inmigración y asilo, así como el control que sobre las mismas ha ejercido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). A ese análisis se ha añadido también una valoración de la importancia de algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que si bien se enmarca en una organización internacional distinta, el Consejo de Europa, en la práctica actúa de faro y guardián en la protección de los Derechos Humanos en Europa, y por ello también para la Unión y sus estados miembros. En materia de derechos de los extranjeros y asilados, Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo se observan mutuamente para intentar evitar conflictos interpretativos, que en ocasiones se antojan realmente difíciles de evitar en esta materia.

2. POLÍTICA Y NORMATIVA SOBRE INMIGRACIÓN Y ASILO EN LA UE

Antes de abordar las propuestas normativas en materia de inmigración y asilo en el ámbito de la UE, conviene recordar aquí que tanto la Comisión como el Parlamento Europeo pasaron durante este período 2016-2017 el ecuador de una Legislatura que se inició sorpresivamente con la eclosión de la crisis de refugiados, una crisis que puso en evidencia las deficiencias del sistema de asilo europeo así como la solidaridad interna y el escaso compromiso con los refugiados de muchos de los estados de la Unión. Rotas tales costuras, la llegada de más de dos millones de refugiados fue aprovechada por los partidos más populistas, algunos de ellos abiertamente xenófobos y antieuropeos, justo a las puertas de elecciones determinantes en varios estados miembros, las elecciones en Austria, Francia, Reino Unido, Países Bajos, Dinamarca o Alemania, así como Italia y España sumidas en diversos problemas para dar continuidad o incluso investir Gobierno. Todo ello apuntaba a un escenario que desde la Unión se percibía con extraordinaria ansiedad e incluso cierta parálisis. Aunque los resultados electorales muestran un fuerte auge del populismo antieuropeo y antiinmigrante (FN, AfD, PVV, DPP, etc.) finalmente, con Macron como nuevo líder europeo y la reelegida canciller Merkel, novedad y continuidad se dieron la mano para conjurar, aunque fuera temporalmente, el fantasma del populismo y dar un respiro a la UE en un período 2016-2017 en que, además, las cifras de entrada de refugiados empezaban ya a reducirse significativamente. Esta doble circunstancia, que podría haber abierto una reflexión sobre la

1. La normativa y jurisprudencia reseñadas cubren el período comprendido entre enero de 2016 y junio de 2017, en la medida en que ya hayan sido publicadas. No obstante, puede ocurrir con algún proyecto normativo o sentencia relevante que se hubieran reseñado ya en ediciones anteriores del Anuario a efectos de ofrecer un primer análisis, siendo inevitable un pequeño solapamiento en aras de la coherencia e integridad del análisis.

necesidad de diseñar la política de inmigración y asilo sobre bases nuevas, por ahora no se ha producido, más bien al contrario, parece imponerse una relativa inercia respecto de las medidas planteadas en plena crisis, inercia que se observa en las grandes líneas de acción acometidas este año desde las instituciones europeas.

Entre estas líneas de respuesta coordinada y rápida a la llamada «crisis de refugiados», deben destacarse durante 2015 el intento por aumentar la presencia y control en el mar Mediterráneo; la introducción de un sistema de reubicación de los solicitantes de asilo; la movilización del presupuesto de la UE o el acuerdo con Turquía para gestionar mejor los flujos de refugiados. Estas medidas, que reforzaban la política de migración y de asilo sin garantías suficientes para el respeto de los derechos humanos, han sido ineficaces para frenar los movimientos migratorios irregulares. En 2016 los motivos de preocupación de las instituciones europeas se mantienen y es previsible que la situación se prolongue en el tiempo. El control de los flujos migratorios irregulares y de las fronteras exteriores se configura como el eje central de la actuación europea sobre migración y asilo. Un control vinculado ahora también, ante la preocupación provocada por los atentados terroristas, a la seguridad. En este contexto la UE se centrará en lograr la identificación y el retorno rápidos de quienes no tienen derecho de estancia y en proporcionar medios legales de entrada a las personas que necesiten protección internacional². Haciéndose eco de una idea defendida por los gobiernos dentro de la tendencia a externalizar el asilo, también se propone eliminar la necesidad de que los refugiados realicen viajes peligrosos, ayudándolos cerca de sus lugares de origen. Todo ello desde una perspectiva que contempla como refugiados solo a quienes proceden de países vecinos de Europa y, en particular, a los sirios.

PARA LA UE SIGUEN SIENDO PRIORITARIOS: LA ACCIÓN CONJUNTA CON TURQUÍA, PERO AMPLIÁNDOLA A OTROS ESTADOS TERCEROS; EL DESPLIEGUE DE LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS; EL RESTABLECIMIENTO DE SCHENGEN; EL PAQUETE DE REFORMAS DE DUBLÍN IV, ETC.

Las Conclusiones del Consejo Europeo Extraordinario de febrero de 2016, reunido para analizar la crisis migratoria, están en sintonía con este planteamiento. Así, sigue siendo prioritario el

2. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración» COM (2016) 85 final, de 10.2.2016.

plan de acción conjunto con Turquía –que llevaría un mes más tarde a la firma de la polémica Declaración de la UE y Turquía–; el respeto de las decisiones sobre reubicación; el restablecimiento de Schengen y el mantenimiento de la ayuda humanitaria a Siria y a los refugiados sirios en la región³. Sin embargo, no bastan las intenciones plasmadas en documentos oficiales. La Comisión Europea ha hecho patente su malestar con los gobiernos de los estados miembros, a los que reprocha su falta de voluntad política para dotarnos de un sistema viable de gestión de la migración. Se dispone de los medios adecuados para ello, pero ha fallado su aplicación rápida y efectiva sobre el terreno⁴.

2.1. Inmigración: de nuevo a vueltas con Schengen, visados, fronteras, retorno y tarjetas azules

Tras varias décadas de funcionamiento del espacio Schengen, la idea inicial que dio a luz esta construcción sigue vigente y continúa siendo un símbolo de la libre circulación de personas en la UE. No obstante, los acontecimientos de 2015 pusieron de manifiesto tanto las debilidades del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), como del control exterior de la frontera Schengen. Simultáneamente a la crisis del sistema de asilo, la llegada masiva de refugiados ha provocado la «crisis de Schengen» y ha obligado a replantearse la necesidad de introducir controles temporales en las fronteras interiores. El nuevo Código de fronteras Schengen aprobado en 2016⁵ modifica las condiciones para restablecer de forma temporal los controles fronterizos, intentando aportar mayor concreción y claridad a un aspecto caracterizado hasta ahora por la falta de transparencia. Se insta un procedimiento específico que permite reintroducir o prorrogar controles en las fronteras interiores de los estados miembros cuando se produzcan circunstancias excepcionales, esto es, deficiencias graves en los controles de las fronteras exteriores. En este sentido el Consejo recomienda, en mayo de 2017⁶, prorrogar esos controles temporales durante un período máximo de seis meses en diversas fronteras de Austria, Alemania, Dinamarca, Suecia y Noruega. Dichos controles solo tienen que realizarse cuando sea necesario porque no exista medida alternativa que pueda lograr el mismo efecto. Los controles fronterizos deben ser específicos y limitarse en su alcance, frecuencia, localización y duración

3. Véase: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/02/19-euco-conclusions/> (Fecha de consulta: 21.10.2017).

4. COM (2016) 85 final, p. 3.

5. Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (DOUE L 77/1, de 23.03.2016).

6. Decisión de ejecución (UE) 2017/818 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen (DOUE L 122/73, de 13.05.2017).

a lo estrictamente necesario para responder a las consecuencias de los movimientos secundarios de los migrantes irregulares.

Teniendo en cuenta sus propuestas sobre liberalización del régimen de visados para Georgia, Ucrania, Turquía y Kosovo, en mayo de 2016 la Comisión decide presentar una propuesta de Reglamento que revise el mecanismo de suspensión temporal de la exención de la obligación de visado para los nacionales de un tercer país. La iniciativa se plasma en el Reglamento (UE) 2017/371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de marzo de 2017, que modifica el Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOUE L 61/1, de 08.03.2017). El objetivo es facilitar a los estados miembros la aplicación del mecanismo de revisión con un procedimiento más rápido y motivos más amplios, además de permitir que sea también la Comisión la que active dicho mecanismo por propia iniciativa. Entre los motivos de suspensión se incluye la disminución de la cooperación sobre readmisión y el incremento sustancial de los riesgos en cuanto al orden público o a la seguridad interior de los estados miembros. Irlanda y el Reino Unido no estarán sujetos a la aplicación de estas medidas, pues ambos seguirán vinculados solo por la legislación nacional de visados.

La Agenda Europea sobre Migración de 2015 establecía la necesidad de avanzar hacia un servicio de guardacostas europeo. Sobre esta base, y a partir de la ineficacia de FRONTEX –dada su falta de medios y las lagunas en su mandato para hacer frente a situaciones particularmente complejas–, se aprueba el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas⁷. Recibido en un principio como una creación ambiciosa, lo cierto es que adolece todavía de carencias anteriores. Así, continúa dejando en manos de la voluntad estatal la eficacia de su acción, pues la nueva Agencia no se ha independizado de los países. En lugar de dar prioridad a la solidaridad, se mantiene la lógica del principio de responsabilidad, alejándose de este modo de la orientación que la Comisión parecía querer impulsar en la política de asilo. La Guardia estará compuesta por la Agencia Europea de Guardias de Fronteras y Costas (que sustituirá a FRONTEX pero mantendrá esta denominación) y las autoridades nacionales de los estados miembros. Hay que destacar la capacidad de la Agencia para evaluar la vulnerabilidad de un Estado miembro en la gestión de sus fronteras exteriores y la posible imposición por su parte de medidas obligatorias

7. DOUE L 251/1, de 16.09.2016. Se excluyen Reino Unido, Irlanda y Dinamarca y se añaden Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia (anexo I del Reglamento 2016/1624).

a ese país. Además, podrían activarse acciones urgentes en las fronteras exteriores cuando el Estado miembro no las controle de manera eficaz y pueda estar en riesgo el espacio Schengen. Se introduce un mecanismo de denuncia ante supuestos de violaciones de derechos humanos. Instrumento de control novedoso, permitiría a cualquier persona directamente afectada por las acciones del personal de la Agencia presentar una denuncia por escrito ante ella. A pesar de que se presenta como un paso adelante en la creación de una política común en materia de fronteras exteriores, lejos de ser una solución al problema estructural de control de fronteras en la UE parece ajustarse más a una respuesta a corto plazo ante la situación en la frontera griega. Para resolver este problema se requeriría una agencia centralizada que no tiene –de momento– base legal en el Tratado de Lisboa.

La Comisión Europea presenta nuevas medidas para una política de retorno más eficaz⁸, tras quedar de manifiesto en la Cumbre de Malta de 3 de febrero de 2017 la necesidad de revisar dicha política⁹. Las recomendaciones a los estados miembros abarcan desde cuestiones genéricas, como mejorar su coordinación, a medidas prácticas concretas. Entre ellas, acortar los plazos de recursos; fijar las salidas voluntarias solo en caso necesario y previa solicitud, acortando los plazos, o crear programas de ayuda al retorno voluntario a partir de junio de 2017. Algunas medidas tendrían dudoso encaje en el respeto de las obligaciones de los estados sobre protección de derechos fundamentales. Así, cuando se pretenden combatir supuestos abusos del sistema recurriendo a la posibilidad de examinar solicitudes de asilo en procedimientos acelerados o incluso en frontera, porque «se sospecha» que la presentación de la demanda de protección solo busca retrasar la ejecución de la decisión de retorno. O cuando se recomienda prevenir las fugas mediante el internamiento de aquellas personas que «muestren signos de no atenerse» a la decisión de retorno; signos como la negativa a identificarse o la oposición violenta a una operación de retorno. No obstante, la Comisión se muestra partidaria de apoyar este Plan renovado aumentando la ayuda financiera a los estados miembros; mejorando el intercambio de información para ejecutar las repatriaciones; incrementando el personal en la unidad de retorno de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas; creando un mecanismo de vuelos comerciales para financiar los retornos, o impulsando la conclusión de los acuerdos de readmisión con Túnez, Nigeria y Jordania y el diálogo con Marruecos y Argelia.

8. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a una política de retorno más eficaz en la Unión Europea - Un Plan de Acción Renovado, COM (2017) 200 final, de 2 de marzo de 2017. El contenido de esta comunicación se concreta en la Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 66/15, de 11.03.2017).

9. Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno. Comunicado de prensa 43/17 del Consejo Europeo, de 3 de febrero de 2017.

Finalmente, una de las vías legales y seguras de acceso a la UE contempladas por la Comisión es la atracción de trabajadores altamente cualificados. Después de cerrar la reforma de la Directiva de investigadores¹⁰ con un resultado más restrictivo en el texto final que en la propuesta de la Comisión o del Parlamento, se intenta modificar 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 cualificado (DOUE L 155/17, de 18.06.2009). A limitaciones inherentes a su contenido (condiciones de admisión bastante restrictivas, movilidad prevista en la UE muy limitada) se une la amplia variedad de regímenes nacionales, que crea un marco jurídico fragmentado y diverso. Para que esa tarjeta azul pueda ser un instrumento eficaz en la admisión de estos trabajadores la Comisión presenta el 7 de junio de 2016 una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación (COM (2016) 378 final, de 07.06.2016). La propuesta de la Comisión intenta ajustarse al mercado de trabajo y hacer más atractivo este instrumento. La iniciativa de la Comisión aporta algunas novedades respecto a la Directiva actual de 2009, que tan pobres y escasos resultados ha dado. Entre esas novedades se incluyen la aplicación a los beneficiarios de protección internacional y a los nacionales de terceros países que sean miembros de la familia de un ciudadano de la UE y que residan como tales legalmente en un Estado miembro. Para intentar garantizar la uniformidad y coherencia del régimen aplicable la Propuesta no permite a los estados miembros mantener regulaciones nacionales paralelas sobre trabajadores altamente cualificados que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva. Por lo que se refiere a los criterios de admisión, se reduce la duración necesaria del contrato de 12 meses a seis, con intención de ofrecer un grado de flexibilidad que se adecúe al mercado de trabajo o a las prácticas. La propuesta reduce el umbral del salario mencionado en el contrato de trabajo y los estados podrán, si lo desean, imponer tasas para tramitar las solicitudes, siempre que no sean desproporcionadas ni abusivas. Fuera del debate queda valorar las repercusiones en los países de origen y las consecuencias de la posible «fuga de cerebros» que facilita.

2.2. La reforma del Sistema Europeo Común de Asilo (Dublín IV): mucho ruido y pocas nueces

La UE sigue empeñada en presentar de manera conjunta la política común de inmigración y asilo, una postura que repercute negativamente en la protección de los refugiados. La Comisión, com-

10. Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair* (DOUE L 132/21, de 21.05.2016).

prometida con el objetivo de configurar «una política migratoria de la UE integrada, sostenible y holística», respecto a la política europea de asilo no va más allá de pretender que sea «humana y eficiente, basada en un reparto justo de las responsabilidades»¹¹. De nuevo parece relegada a un segundo plano la protección del asilo como un derecho fundamental y la obligación de los estados miembros de cumplir la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado, el principio de no devolución y los demás compromisos internacionales (entre los que se incluye el Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Al hilo de esta reflexión, es posible que en la raíz del fracaso de la implantación del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) tal como está configurado se encuentre la insistencia en el objetivo de una política común con objetivos compartidos por los estados miembros, mientras esos mismos estados conservan las prerrogativas nacionales que ponen en práctica. Durante el período analizado, la Comisión ha tenido la oportunidad de presentar distintas propuestas de reforma inspiradas en garantizar el reparto de responsabilidades entre estados miembros y evitar los movimientos secundarios. Además de la propuesta de Reglamento el 13 de julio para regular Dublín¹², contamos con dos propuestas sobre procedimiento de asilo¹³ y determinación del estatuto de protección internacional¹⁴, y una propuesta de Directiva de condiciones de acogida¹⁵. Dentro de este paquete de medidas de reforma del SECA se encuentra también la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (COM (2016) 271 final, de 04.05.2016) relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 439/2010. La propuesta de la Comisión pretende reforzar el papel de la EASO y transformarla en una agencia que facilite la aplicación y el funcionamiento del SECA. Las citadas propuestas de reforma presentan novedades en la letra pequeña, pero con carácter general se revelan como poco ambiciosas, pues muchos artículos no se modifican. En el diseño de esta normativa han influido los aspectos de control de fronteras. La Comisión se muestra bastante conservadora con sus

11. Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo de la Comisión, «Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa» COM (2016) 197 final, de 6 de abril de 2016, p. 22.

12. 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), COM (2016) 270 final, de 04.05.2016.

13. Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE (COM (2016) 467 final, de 13.07.2016).

14. Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (COM (2016) 466 final, de 13.07.2016).

15. Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) (COM (2016) 465 final, de 13.07.2016).

iniciativas, pues se limita a mantener a grandes rasgos la situación actual sin introducir cambios sustanciales, aunque parece reaccionar puntualmente a las lecciones aprendidas de los fallos del sistema de Dublín y a las debilidades de la Declaración UE-Turquía. Se ha destacado como avance positivo la sustitución de Directivas por Reglamentos en relación con los procedimientos y la determinación del estatuto de protección internacional. La primera impresión se modera ante la realidad de que dependerá de si finalmente el contenido de las futuras normas es detallado y si las autoridades estatales se comprometen a aplicarlas para que no queden relegadas a un papel simbólico que las convierta en normas irrelevantes e ineficaces como ha demostrado ser, en la práctica, el sistema de Dublín.

El sistema de Dublín, piedra angular de la construcción del SECA, ha entrado en crisis en 2016 y con él el sistema de asilo europeo. Nunca pareció preocupar a quienes lo diseñaron que se basara en la capacidad del Estado miembro de mantener en el interior de sus fronteras a los demandantes de asilo, cuando los controles en esas fronteras interiores habían sido abolidos y se prescindía de la voluntad de las personas. De hecho, un porcentaje muy bajo de solicitantes de asilo son trasladados efectivamente por aplicación del Reglamento de Dublín, de modo que han desarrollado una profunda desconfianza hacia el mismo, negándose con frecuencia a colaborar en la recogida de las huellas dactilares o evitando manifestar su intención de solicitar asilo en el primer Estado miembro al que llegan. Al tener la posibilidad de presentar solo una demanda de asilo, desean hacerlo en aquellos países con mayores vínculos o con mejores condiciones de acogida y reconocimiento.

La Comisión, obsesionada con la ineficacia de un sistema de Dublín que saca a la luz «flaquezas inherentes al sistema»¹⁶, no se plantea en ningún momento si realmente puede funcionar, teniendo en cuenta además la existencia del espacio Schengen, que no es cuestionada. El intento de reubicar a solicitantes de asilo desde Grecia para aliviar la presión que sufre se ha demostrado ineficaz; las condiciones de acogida en el país heleno continúan siendo insuficientes y no se garantiza el respeto de los derechos de los demandantes de protección internacional. Se pone de manifiesto la ausencia de una salida satisfactoria al reparto desproporcionado de responsabilidades entre los estados miembros. El diferente trato que reciben los demandantes de protección actúa como un incentivo de los movimientos secundarios. La iniciativa europea de reforzar el sistema EURODAC ha sido recibida con críticas por parte de la doctrina que la considera un elemento que «completa la perversa confusión entre la inmigración y

16. COM (2016) 197 final.

el asilo», en la que sale perdiendo el derecho de asilo. El resto de medidas propuestas para evitar movimientos secundarios (detención, examen acelerado de solicitudes de asilo, etc.) responden a la misma lógica. El enfoque del control riguroso de los flujos migratorios y de las fronteras resta atención a los defectos y problemas del sistema de asilo. Sirva como ejemplo la ausencia de un debate sobre el coste económico del mantenimiento de la base de datos

LA CRISIS DE LOS REFUGIADOS HA CONDUCIDO A APROBAR INSTRUMENTOS DE DUDOSO RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS GARANTÍAS QUE RODEAN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ASILO

EURODAC o el gasto aparejado al retorno, a la detención y al procedimiento de transferencia. Estos aspectos han contribuido también a impedir que se consolide el SECA.

La crisis de los refugiados ha conducido a aprobar instrumentos de dudoso respeto de los derechos humanos y de las garantías que rodean la protección del derecho de asilo. Entre los más polémicos aprobados en 2016 se encuentra

la Declaración UE y Turquía firmada el 18 de marzo de 2016. Al día siguiente del Consejo Europeo de 17 de marzo de 2016 se celebró una singular reunión de los líderes europeos con el primer ministro turco. Sobre la mesa estaba la preocupación por frenar la llegada masiva a Europa desde el país vecino de refugiados e inmigrantes irregulares. La firma de este acuerdo o declaración levantó una agria polémica sobre su contenido y si este respeta el marco jurídico europeo de protección de derechos fundamentales. La discusión sobre su naturaleza terminó ante el Tribunal General de la UE que, en su Auto –hoy recurrido– de 28 de febrero de 2017, *NF c. Consejo Europeo* (asunto T-192/16), no dilucida si tiene valor jurídico vinculante o solo político, pero considera que no se trata de un acto del Consejo Europeo ni de ninguna otra institución de la Unión. Respecto a su contenido, la Declaración contempla diferentes medidas: la devolución a Turquía, a partir del 20 de marzo de 2016, de todos los migrantes irregulares que lleguen por mar a las islas griegas desde aquel país; la reubicación en la UE de un sirio procedente de Turquía por cada sirio devuelto a ese país; impedir la creación de nuevas rutas marítimas o terrestres; el desembolso inicial de la UE de 3.000 millones de euros y el compromiso de pagar otra cantidad semejante tras el cumplimiento de las obligaciones contraídas; el impulso al cumplimiento de la hoja de ruta para liberalizar los visados y poder alcanzar la exención de visado para los nacionales turcos; o el compromiso de dar nuevo aliento al proceso de adhesión de Turquía por medio de la apertura del capítulo 33 de la negociación. La UE sigue apostando por esta Declaración como un medio eficaz para gestionar flujos migratorios. Sin embargo, socava la protección de los derechos de refugiados y solicitantes de asilo y entraña riesgos importantes para los derechos humanos.

2.3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ¿De un rol proactivo a un rol de contención?

Como guardián de la interpretación y aplicación armónica del derecho comunitario, el TJUE ha jugado un papel clave en la interpretación de las normas sobre ciudadanía, libertades comunitarias y no discriminación, así como en derecho de inmigración y asilo. En los últimos tiempos, sin embargo, parece haber templado un tanto un rol otrora más proactivo en este ámbito, sin embargo, en algunos de sus pronunciamientos más relevantes durante este período ha actuado como muro de contención respecto de interpretaciones relativamente restrictivas de los derechos. Además, en este período destaca particularmente ese papel de referencia pues dos asuntos clave han sido resueltos a instancia de órganos judiciales españoles que le habían elevado sendas cuestiones prejudiciales.

El primero de ellos es la Sentencia Khachab¹⁷ en la que se planteaba la compatibilidad de la normativa española de extranjería en materia de reagrupación familiar con la Directiva 2003/86. En concreto, la duda surgía en relación con la exigencia de recursos fijos y regulares para la manutención propia y de los miembros de su familia que se establece como requisito para la reagrupación familiar. En realidad, este requisito deriva directamente del artículo 7.1.c) de la Directiva 2003/86 por lo que el cuestionamiento se centraba, más concretamente, en la práctica de exigir esos recursos para una prospectiva de un año y que, para ello, se observase la situación del reagrupante en los seis meses anteriores. El TJUE acepta ambos criterios al considerarlos razonables y que no van más allá de lo necesario para la aplicación del artículo 7.1.c) de la Directiva.

En el asunto Rendón Marín¹⁸, sin embargo, el TJUE considera inadecuada la normativa española que impide la concesión de autorización de residencia cuando el solicitante tiene antecedentes penales en todo caso. En concreto, el señor Rendón Marín era padre de un menor de edad de nacionalidad española y otra de nacionalidad polaca, aunque nacida en España que estaban a su cargo y residían con él. En este contexto, surgen dos argumentaciones distintas. Por una parte, como padre de una menor de un tercer Estado residente en España, el TJUE plantea la aplicabilidad de la Directiva 2004/38 y requiere que se le apliquen los límites a la expulsión de los artículos 27 y 28 entendiéndose que la existencia de antecedentes penales de menor entidad como los del señor Rendón no puede ser criterio que fundamente el rechazo de su autorización de residencia.

17. STJUE (Sala Cuarta) de 21 de abril de 2016, en el asunto Khachab, C-558/14.

18. STJUE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, en el asunto Rendón Marín, C-165/14.

Por otra parte, en relación con el menor de nacionalidad española, el TJUE vincula su argumentación al artículo 20 TFUE y el estatuto de ciudadano de la UE. El TJUE vuelve a recordar que no existe un derecho de residencia derivado de ese artículo 20 TFUE para los progenitores de nacionales de la UE. No obstante, invoca el asunto Ruiz Zambrano¹⁹ para reiterar que el artículo 20 TFUE «se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión». En consecuencia, al progenitor de un menor de edad ciudadano de la UE que no ha ejercido la libre circulación puede conferírsele un derecho de residencia, no por sí mismo sino vinculado a esa condición y siempre que sea necesario para el efectivo disfrute del derecho de ciudadanía. Con ese criterio, el TJUE reflexiona sobre la posibilidad de limitar ese derecho de residencia por motivos de orden público, posibilidad que se contempla pero que no puede suponer la denegación automática de una autorización de residencia por la existencia de antecedentes penales, como ocurre en España.

No es esta la única sentencia en la que el TJUE ha valorado los derechos de residencia derivados del artículo 20 TFUE. En la Sentencia Chávez-Vílchez y otros²⁰, el TJUE reitera la vinculación entre el disfrute efectivo de la ciudadanía europea por los menores de edad y la necesidad de garantizar el derecho de residencia a los progenitores que asuman su custodia efectiva, aun cuando sean nacionales de terceros estados. No obstante, en la Sentencia CS²¹ reconoce que cabe la posibilidad de expulsar a esos progenitores cuando «constituyan una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad de dicho Estado miembro, y siempre que se fundamente en una consideración de los diferentes intereses en liza».

Con todo, el asunto más llamativo de este período por las consecuencias que un pronunciamiento diferente del TJUE habría podido suponer es el asunto X y X²². En este proceso, en relación con la solicitud de un visado por parte de unos nacionales sirios residentes en Alepo en la Embajada de Bélgica en Beirut se planteó si esa denegación resultaba contraria al artículo 3 CEDH y al artículo 4 y 18 de la CDFUE. En realidad, se planteaba si el Código de visados Schengen debía permitir la concesión de visados humanitarios en situaciones como las que se vivían en Alepo. Sin embargo, el TJUE rechazó el asunto al entender que no se trataba de un supuesto de aplicación

19. STJUE de 8 de marzo de 2011, en el asunto Ruiz Zambrano, C-34/09.

20. STJUE (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, en el asunto Chávez-Vílchez y otros, C-133/15. La particularidad de esta Sentencia es que el TJUE ha planteado que la carga de demostrar que son los progenitores que asumen la guarda del menor no puede quedar únicamente en manos de estos, sino que el Estado también está obligado a investigar estas situaciones.

21. STJUE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, en el asunto CS, C-304/14.

22. STJUE (Gran Sala) de 7 de marzo de 2017, en el asunto X y X, C-638/16.

del Derecho de la UE. Dado que el visado que se solicitaba no era un visado de corta duración, sino un visado para la posterior presentación de una solicitud de asilo, es decir, un visado de larga duración, este quedaba excluido del ámbito de aplicación del Código de visados en particular y del Derecho de la UE en general.

Ciertamente, la cuestión del asilo y la protección subsidiaria ha sido una de las más afrontadas en este período. Así, el TJUE ha analizado el Reglamento Dublín III para concretar que las posibilidades de privar de libertad a un solicitante de asilo por «riesgo de fuga», contempladas en el artículo 28.2 del Reglamento 604/2013, requieren de una nítida definición por la normativa nacional que permita cumplir las exigencias de claridad, de previsibilidad, de accesibilidad y de protección contra las arbitrariedades²³. En caso contrario, el internamiento ha de considerarse contrario al Derecho de la UE.

Con respecto al internamiento de los solicitantes de asilo, el TJUE se ha enfrentado a la alegación de la jurisprudencia del TEDH que plantea la inadecuación de dicho internamiento cuando no se vaya a producir la expulsión y la posible incompatibilidad del mismo con el artículo 8.3.1.e) de la Directiva 2013/33²⁴. A este respecto, el TJUE ha realizado dos matizaciones. Por un lado, que la interpretación del CEDH ha de hacerse en el marco del Derecho de la Unión porque el CEDH no forma parte un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico. Por otro, que cabe el internamiento de los solicitantes de asilo por razones de seguridad, como permite el 8.3.1.e) de la Directiva 2013/33, debido a su comportamiento individual.

En cuanto a la determinación del Estado responsable, el TJUE ha señalado que cuando la persona abandona la UE durante más de tres meses la presentación de una segunda solicitud de asilo se considera originaria y, por tanto, es ese segundo Estado el responsable de analizarla²⁵. En todo caso, el TJUE ha reconocido que el solicitante tiene derecho a recurrir contra la decisión de traslado invocando los criterios de responsabilidad establecidos en Dublín III²⁶. Así mismo, en el caso de traslado de solicitantes gravemente enfermos, el Estado miembro que pretende el traslado debe disipar previamente las dudas de que el solicitante de asilo pueda recibir un trato no acorde con su situación y, por tanto, contrario al artículo 4 CDFUE²⁷.

23. STJUE (Sala Segunda) de 15 de marzo de 2017, en el asunto Al Chodor y otros, C-528/15.

24. STJUE (Gran Sala) de 15 de febrero de 2016, en el asunto J. N., C-601/15.

25. STJUE (Gran Sala) de 7 de junio de 2016, en el asunto Karim, C-155/15.

26. STJUE (Gran Sala) de 7 de junio de 2016, en el asunto Ghezelbash, C-63/15.

27. STJUE (Sala Quinta) de 16 de febrero de 2017, en el asunto C. K. y otros, C-578/16.

También la Directiva de procedimiento ha sido objeto de análisis, en especial con el procedimiento irlandés. En concreto, el TJUE ha rechazado que la solicitud de protección subsidiaria haya de presentarse en un plazo de 15 días posteriores a la denegación de la solicitud de asilo²⁸. Para el TJUE, el derecho a ser oído en este procedimiento de protección subsidiaria subsiguiente puede ser satisfecho de forma escrita²⁹. En cuanto a la Directiva 2004/83 el TJUE ha interpretado el concepto de «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas» que da lugar a la retirada del estatuto de refugiado considerando que dentro de él cabe la participación en la actividad de un grupo terrorista aunque esta no revista las consideraciones del artículo 1, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/475 y siempre que se valore el caso concreto del sujeto³⁰. No puede cerrarse esta revisión sin la mención a tres casos que son, tangencialmente, del ámbito de extranjería. En primer lugar, el asunto Paoletti y otros³¹ en el que se pretendía la despenalización de un delito de tráfico de personas cometido sobre inmigrantes rumanos con anterioridad a que Rumanía entrase a formar parte de la UE. El TJUE ha considerado que la posterior adhesión rumana no afecta a la conducta penal originaria y que no puede servir como argumento para la retroactividad.

Por último, fuera del ámbito de extranjería y asilo pero dentro del de interdicción de discriminación y promoción de la diversidad, destacan dos sentencias relacionadas con el uso del velo islámico en el trabajo³². A pesar de lo difundido por la prensa, el TJUE no ha prohibido el uso del velo islámico en el puesto de trabajo. El TJUE ha considerado que no es discriminatoria la prohibición de usar cualquier tipo de simbología religiosa o política en el puesto de trabajo siempre que la misma se enmarque en una política de neutralidad de la empresa y no se convierta en una discriminación indirecta cuyo objetivo real sea la de impedir el uso del pañuelo islámico. Por otra parte, en la Sentencia Bougnaoui y ADDH, el TJUE ha entendido que las indicaciones de un cliente que solicita que no quiere que los servicios le sean prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no pueden ser consideradas como un requisito profesional esencial y determinante ante el que cabe un trato diferenciado que no se considere discriminatorio de acuerdo a la Directiva 2000/78.

28. STJUE (Sala Tercera) de 20 de octubre de 2016, en el asunto Danqua, C-429/15.

29. STJUE (Sala Tercera) de 9 de febrero de 2017, en el asunto M, C-560/14.

30. STJUE (Gran Sala) de 31 de enero de 2017, en el asunto Lounani, C-573/14.

31. STJUE (Sala Quinta) de 6 de octubre de 2016, en el asunto Paoletti y otros, C-218/15.

32. SSTJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 en los asuntos Bougnaoui y ADDH (C-188/15) y Secure Solutions (C-157/15).

3. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS EXTRANJEROS Y ASILADOS EN EUROPA: ALGUNAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES DEL TEDH

En un análisis general de las sentencias que sobre Derecho de extranjería ha dictado el TEDH durante el período de referencia, varias son las líneas jurisprudenciales que pueden destacarse, y deben ser muy tenidas en cuenta por España. Se ha producido una cierta tendencia a destacar el aspecto procedimental de los derechos que el CEDH consagra lo que ha provocado una disminución de la aplicación del artículo 13. En este contexto, ha resultado novedosa la alegación al artículo 4 y la prohibición de esclavitud en supuestos de trata de seres humanos tanto para la explotación sexual como para la laboral. Así mismo, se han desarrollado las obligaciones positivas que se derivan del artículo 8 y el derecho a la vida familiar. Además, el TEDH ha reforzado la protección de los solicitantes de asilo tanto en materia de detención como en condiciones de vida. Todo ello junto a una tendencia creciente de jurisprudencia en materia de límites a las detenciones de extranjeros, especialmente crítica con el sistema ruso y la segunda sentencia de condena de la historia del TEDH en aplicación del artículo 1 del Protocolo n.º 7.

En primer lugar, de forma global, se manifiesta un incremento en la importancia de la aproximación procedimental a la protección por las jurisdicciones nacionales de los derechos consagrados frente a su versión material. Esta línea no hace referencia a un único derecho, sino que se presenta de forma transversal. Es lo que ocurre en relación, por ejemplo, con el artículo 3, que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes. Este artículo ha sido uno de los más utilizados por el TEDH para limitar las expulsiones al considerar que se producía una vulneración del mismo cuando el Estado parte envíe al individuo a otro Estado en el que pudiera sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes. En esta visión, que puede definirse como sustantiva, del artículo 3 CEDH el estudio de la posible vulneración en el Estado de destino no se hace en general sino particularizado a las circunstancias del sujeto.

Dos sentencias de este período nos pueden servir de ejemplo. Son los casos A. I. c. Suiza y N. A. c. Suiza³³. A pesar de que en ambos el país que deportaba y el país de destino eran los mismos (Suiza y Sudán), la respuesta del TEDH ha sido diferente. En el primer caso sí se consideró la existencia de una vulneración por la actividad de disidencia política del recurrente que generaba un riesgo de sufrir tratos contrarios al artículo 3 en el caso de ser enviado a Sudán.

33. SSTEDH de 30 de mayo de 2017, en los casos A. I. c. Suiza; y N. A. c. Suiza.

La ausencia de ese elemento específico en el segundo caso supuso que el TEDH interpretara que no existía riesgo de vulneración del artículo 3. De cualquier modo, el TEDH se ha reafirmado en que el origen de estos riesgos no tiene que ser el Estado, sino que pueden ser entes privados o particulares, incluso la propia familia, siempre que el Estado de destino no ofrezca garantías para la protección³⁴.

Junto con esta visión sustancial, lo novedoso, como se ha apuntado, es que el TEDH también desarrolla en relación con el artículo 3 una visión procedimental que hace referencia a la necesidad de que la jurisdicción interna analice las condiciones a las que se enfrenta la persona en el Estado al que va a ser deportado. En la práctica, esta visión procedimental tiene un doble efecto. Por una parte, supone que se condene a estados por no haber efectuado correctamente este análisis³⁵. No obstante, esta creciente visión procedimental está suponiendo que, en determinados casos, el TEDH no entre a analizar el fondo de la situación cuando considere que todos los elementos ya han sido convenientemente estudiados por la jurisdicción interna³⁶, destacando su carácter subsidiario³⁷.

La visión procedimental no solo afecta al artículo 3 sino también a otros artículos del CEDH. Es el caso del artículo 8, que consagra el derecho a la vida personal y familiar y que se ha convertido en otro de los límites clásicos frente a las expulsiones. En la STEDH de la Gran Sala en el caso *Paposhvili c. Bélgica*³⁸, la Gran Sala corrigió la posición de la sección al considerar que Bélgica había vulnerado los artículos 3 y 8 del Convenio desde un punto de vista procedimental al no analizar el riesgo que el recurrente (ya fallecido) podría tener en Georgia y las posibilidades de su familia de acompañarlo. Al respecto del artículo 8, también destaca la potenciación de las obligaciones positivas de los estados en esta materia. Siguiendo la línea ya marcada en sentencias anteriores³⁹, el TEDH utiliza el artículo 8 no solo como límite a la expulsión⁴⁰, sino también como argumento para permitir la entrada de personas con vínculos familiares en el Estado parte⁴¹. Especialmente

34. STEDH de 16 de junio de 2016, en el caso *R. D. c. Francia*.

35. SSTEDH de 14 de marzo de 2017, en el caso *Ilias y Ahmed c. Hungría*; de 19 de enero de 2016, en el caso *M. D. y M. A. c. Bélgica*.

36. SSTEDH de 12 de enero de 2016, en los casos *M. R. A. y otros contra Holanda*; *S. D. M. y otros c. Holanda*; *S. S. c. Holanda y A. G. R. c. Holanda*.

37. STEDH de 20 de junio de 2017, en el caso *M. O. c. Suiza*, párrafo 80.

38. STEDH (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2016, en el caso *Paposhvili c. Bélgica*.

39. Véase, por ejemplo, STEDH de 30 de junio de 2013, recogida en *Boza et al. (2015)*.

40. A este respecto cabe calificar la jurisprudencia de errática. No puede entenderse de otra forma.

41. STEDH de 8 de noviembre de 2016, en el caso *El Ghatet c. Suiza*.

destacable a este respecto es la Sentencia Ustinova c. Rusia⁴² en la que el TEDH, además, realiza una crítica a la legislación rusa que impide la entrada de cualquier persona infectada por el VIH.

Otra de las líneas novedosas de interpretación del TEDH durante este período que ha estado relacionada con el artículo 4 CEDH y la prohibición de la esclavitud recogida en este también se ha delimitado desde un planteamiento procedimental. El TEDH ha condenado a Grecia por no haber desarrollado investigaciones suficientes ante las denuncias por la situación en los campos de fresas de Manolada⁴³ o por una red de trata de seres humanos para la explotación sexual⁴⁴. Por el contrario, ha entendido que Austria no había vulnerado el precepto puesto que ante la alegación de las víctimas de haber sufrido trata de seres humanos ha desarrollado todas las actuaciones necesarias⁴⁵. Precisamente, esta especial incidencia en el aspecto procedimental de los derechos ha producido una cierta tendencia a la baja en la aplicación del artículo 13 como derecho a un recurso efectivo, vinculado con los artículos 3 y 8. Además, la notable importancia cuantitativa y cualitativa de las sentencias en relación con el artículo 5 y los derechos del detenido implican una menor presencia del artículo 13 puesto que, como señala el TEDH en la Sentencia HA. A. c. Grecia, en el marco de las detenciones, el artículo 5.4 constituye *lex specialis* con respecto al artículo 13⁴⁶.

En efecto, en materia de detención se ha producido el mayor incremento en sentencias, concretamente en aplicación del artículo 5 y la protección de la libertad en el mismo contenida. La letra f) del apartado 1 de dicho precepto considera dentro del marco de los Derechos Humanos las detenciones que se practiquen, dentro de la ley, «a una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición». En este período el TEDH ha tenido la ocasión de interpretar el contenido de este artículo en diversas ocasiones considerando que aquellas detenciones con miras a la expulsión o extradición que se dilatan en exceso son contrarias al Convenio⁴⁷. Ciertamente, más que un factor objetivo de duración, lo relevante para el TEDH es que el Estado haya actuado con la diligencia debida en estos procedimientos⁴⁸. En todo caso, tanto la propia decisión de detención como cualquier

42. STEDH de 8 de noviembre de 2016, en el caso Ustinova c. Rusia.

43. STEDH de 30 de marzo de 2017, en el caso Cowdury y otros c. Grecia.

44. STEDH de 21 de enero de 2016, en el caso L. E. c. Grecia.

45. STEDH de 17 de enero de 2017, en el caso J. y otros c. Austria.

46. STEDH en el caso HA. A. c. Grecia, cit., párrafo 51.

47. Entre otras, SSTEDH de 17 de junio de 2017, en el caso S. M. M. c. Reino Unido, de 1 de septiembre de 2016, en el caso V. M. c. Reino Unido, de 19 de mayo de 2016, en el caso J. N. c. Reino Unido, y en el caso Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta, ya citada.

48. SSTEDH de 4 de abril de 2017, en el caso Thimothawes c. Bélgica, de 2 de marzo de 2017, en el caso Ahmed c. Reino Unido,

prolongación exigen, de acuerdo al TEDH, un procedimiento contradictorio⁴⁹. En este sentido, el TEDH se ha mostrado especialmente crítico con el sistema de detenciones ruso. La ausencia de límites temporales para la detención administrativa con miras a la expulsión ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a condenar en reiteradas ocasiones a Rusia⁵⁰.

También han sido posicionamientos críticos con determinados aspectos de diferentes legislaciones migratorias los que han aplicado la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH en relación con el derecho a la vida familiar. Así, la Gran Sala, en el caso *Biao c. Dinamarca*⁵¹ ha considerado que la denominada «regla de los 28 años», que favorecía la reagrupación familiar a las personas que llevasen más de 28 años en Dinamarca tiene un efecto discriminatorio indirecto en casos como los del recurrente, al perjudicar, sin justificación suficiente, a los daneses nacionalizados frente a los daneses de nacimiento. Asimismo se han considerado discriminatorias las legislaciones italiana y croata en materia de reagrupación al dificultar especialmente la reagrupación familiar de parejas homosexuales⁵².

En relación con el asilo, el TEDH ha desarrollado argumentos interesantes en tres ámbitos. En primer lugar, en cuanto a las detenciones el TEDH considera que corresponde al Derecho interno determinar si una demanda de asilo suspende una detención⁵³. No obstante, una vez que la demanda de asilo ha sido admitida a trámite y, por tanto, no se va a proceder a la expulsión inmediata, prolongar la detención resulta contrario al Convenio⁵⁴. No obstante, sus sentencias más interesantes a este respecto han estado relacionadas con la exigencia de unas condiciones dignas para los solicitantes de asilo, tanto en el período de sustanciación del procedimiento de asilo como posteriormente. Así, en el caso *Amadou c. Grecia*, el TEDH ha considerado que el solicitante había sido sometido a trato degradante contrario al artículo 3 por las condiciones de pobreza extrema que sufrió una vez puesto en libertad en el marco de un procedimiento de solicitud de asilo. Las dificultades impuestas en la normativa griega para el acceso de los solicitantes de asilo al mercado de trabajo así como el rechazo en la conce-

de 23 de febrero de 2016, en el caso *Mefaalani c. Chipre*, de 12 de enero de 2016, en el caso *Moxamed Ismaaciil y Abdirahman Warsame c. Malta*.

49. STEDH de 6 de octubre de 2016, en el caso *Richmond Yaw y otros c. Italia*.

50. Entre otras, SSTEDH de 13 de junio de 2017, en el caso *Koshevoy c. Rusia*, y en los casos *R. c. Rusia*, *S. K. c. Rusia* y *Z. A. y otros c. Rusia*, ya citadas.

51. STEDH (Gran Sala) de 24 de mayo de 2016, en el caso *Biao c. Dinamarca*.

52. SSTEDH de 23 de febrero de 2016, en el caso *Pajic c. Croacia* y de 30 de junio de 2016, en el caso *Taddeucci y McCann c. Italia*.

53. STEDH de 11 de febrero de 2016, en el caso *R. T. c. Grecia*, párrafo 88.

54. STEDH de 5 de julio de 2016, en el caso *O. M. c. Hungría*.

sión de ayudas materiales e, incluso, de un lugar de acogida son las razones esgrimidas por el TEDH para esta inédita condena. La excesiva demora en la resolución de un procedimiento de asilo, por su parte, se considera vulneradora del derecho a la vida privada protegido en el artículo 8 CEDH. Es lo que afirma el TEDH en el caso *B. A. C. c. Grecia*⁵⁵. En esta Sentencia se condena a Grecia por demorar ocho años en resolver una solicitud de asilo y prolongar así en exceso la situación de inseguridad personal que la resolución de un procedimiento de asilo supone.

Como en años anteriores, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del artículo 3 también ha sido utilizada por el TEDH en relación con las condiciones de los centros de detención. De nuevo, se acumulan las condenas por las deplorables condiciones de los centros de detención en Turquía⁵⁶, Grecia⁵⁷, Malta⁵⁸, Rumanía⁵⁹ y, especialmente, Rusia⁶⁰. No obstante, el TEDH ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un elemento subjetivo en estas condiciones de detención por la que plantea unos requisitos más estrictos cuando la persona afectada tiene alguna vulnerabilidad especial⁶¹. Esto ha supuesto una serie de condenas a Francia por las condiciones de detención de menores de edad⁶². Otro hecho reseñable es que se ha producido la segunda sentencia por la que se condena a un Estado por vulneración del artículo 1 del Protocolo n.º 7⁶³. Este precepto, que establece una serie de garantías ante la expulsión de extranjeros en situación regular, se vio vulnerado por Letonia al permitir la ejecución de expulsiones de personas con autorización de residencia cuando se ha presentado un recurso de alzada⁶⁴.

Para finalizar, hemos de indicar que la Gran Sala ha modificado su visión sobre las expulsiones colectivas prohibidas en el artículo 4 del Protocolo n.º 4 en el marco del caso *Khlaifia y otros c.*

55. STEDH de 13 de octubre de 2016, en el caso *B. A. C. c. Grecia*.

56. STEDH de 6 de septiembre de 2016, en el caso *Alimov c. Turquía*.

57. SSTEDH de 21 de abril de 2016, en el caso *HA. A. c. Grecia*; de 11 de febrero de 2016, en el caso *R. T. c. Grecia*; de 4 de febrero de 2016, en el caso *Amadou c. Grecia*; en el caso *H. A. c. Grecia*.

58. STEDH de 22 de noviembre de 2016, en el caso *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*.

59. STEDH de 21 de junio de 2016, en el caso *Eze c. Rumanía*.

60. SSTEDH de 28 de marzo de 2017, en el caso *Z. A. y otros c. Rusia*, y de 20 de diciembre de 2016, en los casos *Dzidzava c. Rusia*; *Shioshvili y otros c. Rusia* y *Berdzenishvili y otros c. Rusia*.

61. STEDH de 3 de mayo de 2016, en el caso *Abdi Mahamud c. Malta*.

62. SSTEDH de 12 de julio de 2016 en los casos *A. B. y otros c. Francia*; *A. M. y otros c. Francia*; *R. M. y otros c. Francia*; *R. C. y V. C. c. Francia* y *R. K. y otros c. Francia*.

63. STEDH de 17 de enero de 2012 en el caso *Takush c. Grecia*.

64. STEDH de 24 de marzo de 2016, en el caso *Sharma c. Letonia*.

Italia⁶⁵. El cambio de criterio del TEDH se ha fundamentado en la consideración de que sí se produjeron los tramites suficientes para individualizar a cada una de las personas que se iban a expulsar, aunque, posteriormente, las concretas resoluciones fueran idénticas, salvo en los datos personales. Precisamente, el artículo 4 del Protocolo n.º 4 ha sido base para la condena a España por las devoluciones en caliente en la valla de Ceuta en el caso N. D. y N. T. c. España⁶⁶, si bien dicha sentencia, por no ser aún firme en el momento en el que se redactan estas líneas, será objeto de análisis más pormenorizado en la próxima edición de este Anuario.

LA UE HA EVITADO LA TORMENTA PERFECTA QUE PUDO HABERSE PRODUCIDO DE ACCEDER A ALGUNOS PARTIDOS POPULISTAS, XENÓFOBOS Y ANTIEUROPEOS A LOS GOBIERNOS DE VARIOS ESTADOS MIEMBROS, PERO HA PERDIDO LA CAPACIDAD DE INICIATIVA POLÍTICA, Y EL DESPLIEGUE NORMATIVO EN MATERIA DE INMIGRACIÓN Y ASILO ES UN REFLEJO DE ELLO

4. CONCLUSIONES

La Unión ha evitado la tormenta perfecta que pudo haberse producido de acceder algunos partidos populistas, xenófobos y antieuropeos a los gobiernos de varios estados miembros (Francia, Países Bajos, etc.), pero ha perdido la capacidad de iniciativa política, y el despliegue normativo en materia de inmigración y asilo es un reflejo de ello, con escasas reformas de calado. Hacen falta clamorosamente nuevas líneas maestras y

una fuerte capacidad política para abordar estos retos en condiciones, pues son muchos y muy importantes. Es más, la inercia de las reformas iniciadas a la sombra de la crisis de refugiados es engañosa, ya que aparentemente son muchos los textos normativos, comunicaciones y estudios elaborados, pero a poco que se analizan con detenimiento se pone de manifiesto que las reformas son de muy limitada ambición en todos los ámbitos, y las pocas iniciativas nuevas que existen no son realmente reformadoras. Es de desear que con un panorama político más claro y consolidado, en 2017-2018 se avance con mayor determinación. No obstante, todo sugiere que la proximidad de las elecciones de 2019, que forzarán una renovación del Parlamento y la elección de un nuevo Presidente para una nueva Comisión, posterguen la adopción de decisiones clave y simplemente se intenten cerrar los trabajos en curso.

65. STEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2016, en el caso Khlaifia y otros c. Italia.

66. STEDH de 3 de octubre de 2017, en el caso N. D. y N. T. c. España.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boza, Diego *et al.* «Tribunales y Derechos en un contexto de continuidad normativa en España». *Anuario de la Inmigración en España 2014* (2015), p. 196-223.

Contreras Mazarío, José María. «El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico. Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-157/15 y C-188/15». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 57, p. 577 y ss.

De Bruycker, Philippe. «The European Border and Coast Guard: A New Model Built on an Old Logic». *European Papers 2016*, vol. 1, n.º 2, p. 559-569 (en línea) <http://www.europeanpapers.eu>

Solanes Corella, Ángeles. «Entre Schengen y Dublín: reivindicar el asilo como un derecho en la Unión Europea». *Documentación Social*, n.º 180 (2016), p. 149-166.

