

ASILO: UN DERECHO EN CUESTIÓN. ANÁLISIS DESDE LA REALIDAD ESPAÑOLA A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES EUROPEAS

*ASYLUM: A RIGHT IN QUESTION.
ANALYSIS FROM THE SPANISH REALITY IN THE
LIGHT OF THE EUROPEAN PROVISIONS*

Ángeles Solanes Corella¹

Abstracto

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto Consolider-Ingenio 2010(CSD-2008-00007) *El tiempo de los derechos*, financiado por el Ministerio de Educación; el proyecto Prometeo 2010/099 financiado por la Generalitat Valenciana; y el Proyecto "Derechos Humanos, Sociedades Multiculturales y Conflictos" (DER 2012-31771), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, como parte del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, (Plan Nacional de I+D+i).

Palabras-clave: Asilo. La legislación Española. La Legislación Europea.

Abstract

This work was performed under the Consolider-Ingenio 2010 (CSD-2008-00007) The time of the picture, funded by the Ministry of Education; Prometheus 2010/099 funded by the Generalitat Valenciana; and the project "Human Rights, Multicultural Societies and Conflicts" (DER 2012-31771) funded by the Ministry of Economy and Competitiveness as part of the VI National Plan for Scientific Research, Development and Technological Innovation (Plan Nacional I + D + i).

Keywords: Asylum. The Spanish legislation. The European Legislation.

1. INTRODUCCIÓN: UNA BREVE APROXIMACIÓN AL MARCO NORMATIVO

¹ Profesora Titular de Filosofía del Derecho, acreditada a Catedrática, miembro del Instituto Universitario de Derechos Humanos y vicedecana de Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, constituyen las dos disposiciones de referencia a nivel internacional respecto al derecho de asilo. Además en el caso de España son determinantes las diferentes disposiciones del acervo de la Unión Europea en materia de asilo, pensado para la configuración del denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), para la armonización de las legislación de los Estados miembros en materia de asilo, que marcará el futuro desarrollo legislativo español y la introducción de modificaciones en la normativa vigente.

Dentro del respeto a las mencionadas normas, y al artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que garantiza el derecho de asilo, a nivel europeo, otras disposiciones marcan la regulación de esta materia, entre ellas, el Acuerdo Europeo nº 31 sobre la exención de visados para los refugiados, aprobado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959; el Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación de Schengen (en concreto los artículos 28 a 38); y el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, aprobado en Dublín el 15 de junio de 1990.

En 1999 se produce el punto de inflexión para la configuración del mencionado SECA que sigue perfeccionándose en la actualidad. En este año el Consejo de Tampere fijó un programa para la consecución de un sistema común europeo de asilo, y la adopción de un procedimiento y un estatuto uniforme en todos los Estados de la Unión Europea. El programa establecía distintos pasos para ir reduciendo la autonomía estatal por etapas,

y evitar las reducciones por parte de algunos Estados². En este marco se han aprobado diferentes normas comunitarias en materia de asilo, entre ellas, el conocido como reglamento Dublín II, el Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país³, modificado por el Reglamento (CE) n° 1103/2008⁴, desarrollado por el Reglamento (CE) n° 1560/2003⁵, y el Reglamento (CE) n° 2725/2000 relativo a la creación del sistema "Eurodac"⁶, desarrollado por el Reglamento (CE) n° 407/2002⁷.

Estas disposiciones se completan con diversas directivas, en teoría pensadas para la protección de las personas solicitantes

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto Consolider-Ingenio 2010(CSD-2008-00007) *El tiempo de los derechos*, financiado por el Ministerio de Educación; el proyecto Prometeo 2010/099 financiado por la Generalitat Valenciana; y el Proyecto "Derechos Humanos, Sociedades Multiculturales y Conflictos" (DER 2012-31771), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, como parte del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, (Plan Nacional de I+D+i)

² UÇARER, E. M., "Burden-Shirking, Burden-Shifting, and Burden-Sharing in the Emergent European Asylum Regime", *International Politics*, n° 43, 2006, pp. 219-240, en concreto p. 227.

³ Diario Oficial de la Unión Europea de 25 de febrero de 2003. Vid. PAPADIMITRIOU, P. N., PAPAGEORGIOU, I. F., "The New 'Dubliners': Implementation of European Council regulation 343/2003 (Dublín II) by the Greek Authorities", *Journal of Refugee Studies*, vol. 18, n°. 3, 2005, pp. 299-318

⁴ Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2008.

⁵ Diario Oficial de la Unión Europea de 5 de septiembre de 2003.

⁶ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 316/1, de 5 de diciembre de 2000.

⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 62, de 5 de marzo de 2002. Vid. PASCOAU, Y., *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, Bayonne, Fondation Varenne, 2010, pp. 104 y ss.

de asilo⁸. En primer lugar, es una referencia ineludible la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida⁹. Dicha directiva ha sido refundida por la Directiva 2011/95, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)¹⁰. Entre otras novedades la directiva de 2011 incluye en la definición de beneficiarios de protección internacional, a las personas a las que se les aplica la protección subsidiaria.

En segundo lugar, es reseñable la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para conceder o retirar la condición de refugiado¹¹, modificada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de mayo de 2008, que establece una estructura de niveles mínimos para toda la Unión Europea mediante una serie de garantías destinadas a lograr que el procedimiento sea justo y eficiente. Esta disposición introduce importantes salvaguardias básicas para los solicitantes de

⁸ TEITGEN-COLLY, C., “The European Union and Asylum: an illusion of protection”, *Common Market Law Review*, nº 43 (6), 2006, pp. 1503-1566, en concreto p. 1507

⁹ Diario Oficial de la Unión Europea L 304, de 30 de septiembre de 2004.

¹⁰ Diario Oficial de la Unión Europea L337, de 20 de diciembre de 2011.

¹¹ Diario Oficial de la Unión Europea L 326/13, de 13 de diciembre de 2005. Corrección de errores en Diario Oficial de la Unión Europea L 236/35, de 31 de agosto de 2006.

asilo, como el derecho a recibir información adecuada sobre el procedimiento, a la asistencia jurídica, a la audiencia personal y a recurrir contra una decisión negativa. Estas garantías son de aplicación a las solicitudes de asilo en general, pero los Estados miembros podrán adoptar disposiciones relativas a procedimientos especiales, por ejemplo en las fronteras, que contemplen excepciones a estos principios y garantías. Por otro lado, en condiciones específicas, los Estados miembros pueden considerar inadmisibles una solicitud y abstenerse de examinarla, especialmente si otro Estado miembro es competente o ha concedido ya al solicitante el estatuto de refugiado.

Como recuerda la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA o EASO) a lo largo de 2011 diversos Estados miembros modificaron sus legislaciones o procedimientos de distintas formas en relación a los procedimientos de asilo. En España no se han producido cambios legislativos, por lo que la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) ha orientado sus actividades hacia la correcta aplicación de la actual normativa y a la realización de los cambios necesarios para ajustar su propio funcionamiento, así como los procedimientos de asilo, a las nuevas disposiciones introducidas por la citada Directiva de 2011¹².

Una tercera Directiva completa el estatuto jurídico de los refugiados: la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados. Además la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativa a la protección internacional conforman un *corpus* jurídico esencial para la implantación e interpretación del SECA.

¹² AESO, European Asylum Support Office, *Informe Anual de 2011 sobre la situación del asilo en la unión Europea y las actividades de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo*, 2012, p. 45.

Tras finalizar el programa de la Haya (2005-2009) pensado para fortalecer el espacio de libertad, seguridad y justicia, con una significativa importancia en el control de fronteras; el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo (2008) establece una explícita conexión entre inmigración y asilo, enfatizando en su compromiso cuarto la construcción de una Europa de asilo¹³; y se inicia el actual programa de Estocolmo (2010-2014) dirigido a finalizar en 2014 para consolidar el SECA. Como recuerda ACNUR el SECA sitúa a los Estados Miembros en una posición única para responder coherentemente y de manera justa a las necesidades de los hombres, mujeres y niños que buscan protección en la Unión. Sin embargo, a pesar de que muchos de sus elementos ya están instaurados, falta todavía un enfoque más armonizado, y las lagunas aún existentes en la ley y en la práctica presentan un riesgo para la protección de los refugiados¹⁴.

En este marco europeo, de acuerdo con el artículo 13.4 de la Constitución, se aprobó la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria¹⁵.

¹³ Los informes de seguimiento del mismo dejan constancia de los avances que se han realizado al respecto, pero también de la imposibilidad de culminar el SECA en 2012 como se pensó en un primer momento. Vid. COM (2012) 250 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *III Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011)*, 30 de mayo de 2012. Vid. ARENAS HIDALGO, N., “El derecho de asilo en el marco de las políticas comunitarias de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización”, *Revista de Estudios Europeos*, 2008, pp. 125-146, en concreto pp. 130-135.

¹⁴ ACNUR, *Avanzando en materia de asilo en la UE: Recomendaciones de ACNUR a Irlanda para su Presidencia de la Unión Europea*, Enero -junio de 2013. Vid. GUILD, E. y CARRERA, S., “Towards the Next Phase of the EU’s Area of Freedom, Security and Justice: The European Commission’s Proposals for the Stockholm Programme”, *CEPS policy brief*, N° 196/20, agosto 2009, pp. 5 y 8.

¹⁵ BOE núm. 263, de 31 de octubre. Sobre los aspectos más relevantes de la ley vid. TRUJILLO, A. J. y ORTEGA, J. M., (coords.), *Inmigración y asilo: problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección*

Con ella se trasponen las mencionadas Directivas de 2004 y 2005, así como el capítulo V de la aludida Directiva de 2003. Además con esta Ley se considera cumplida la medida 108 del I Plan Nacional de Derechos Humanos (2008), según su informe de seguimiento de noviembre de 2012, encaminada a establecer un procedimiento que asegure las garantías jurídicas necesarias en el ejercicio del derecho de asilo tales como la intervención de ACNUR, la asistencia jurídica y de intérprete, o la participación de ONGs. Se trata, en todo caso, de una medida que requiere un desarrollo continuo. El Comité de DESC ha valorado positivamente la aprobación de la mencionada ley como una forma de mejorar el disfrute de los derechos sociales, económicos y culturales¹⁶. En todo caso no puede obviarse que con la reforma legal se han tomado medidas de “prevención” pensadas para evitar el uso indebido de esta institución, parece que se legisla contra el transgresor y luego se presenta la norma como la regulación de la conducta habitual¹⁷.

Dicha Ley se desarrolla actualmente por el Reglamento 203/1995 de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo; que a su vez ha sido modificado por

subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, Ediciones Sequitur, Madrid, 2010.

¹⁶ Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 48º período de sesiones 30 de abril a 18 de mayo de 2012, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012.

¹⁷ Cfr. DE LUCAS, J., “La crisis y la política de inmigración y asilo: tiempos (más) difíciles”, *Página abierta*, nº 201 (marzo-abril) 2009, pp. 41-50 y SOLANES CORELLA, A., “Un decálogo sobre la crisis del asilo en España”, *Sistema*, nº 218, 2010, pp. 103-122.

el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio; por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre y por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Una de las cuestiones normativas pendientes es el desarrollo reglamentario ajustado a la mencionada Ley 12/2009, para completar el sistema de garantías. Se ha presentado una Proposición no de Ley por el Grupo Parlamentario Socialista, instando al Gobierno a proceder al desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. En la misma se argumenta que la disposición final tercera de la ley 12/2009 autoriza al Gobierno para dictar, en el plazo de seis meses, cuantas disposiciones de carácter reglamentario exija el desarrollo de esa Ley. Transcurridos tres años desde la aprobación de la Ley, teniendo en cuenta el carácter social y humanitario de los temas que aborda y la necesidad de dar respuestas a la amplia problemática que afecta a los refugiados, resulta indispensable, para una correcta y leal aplicación de la Ley, que el Gobierno proceda a dictar un reglamento. A ello el Gobierno ha contestado que esperará a que el Sistema Europeo de Protección de Asilo esté elaborado, para que la normativa española se articule en plena concordancia jurídica con la europea¹⁸.

¹⁸ Proposición no de Ley presentada por el GPS instando al Gobierno al desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009 de asilo, trabajos parlamentarios, 26 de noviembre de 2012; y Pregunta del Senador D. Rafael Bruguera Batalla (GPEPC) sobre el calendario de las medidas que tiene previsto impulsar el Gobierno para el desarrollo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (Núm. exp. 680/000209), trabajos parlamentarios, 9 de octubre de 2012. Sobre la importancia de ajustar la normativa española a las disposiciones europeas (como las mencionadas directivas) en su dimensión más práctica, diversas ONGs presentaron un informe conjunto aprovechando la presidencia española de 2010. Vid. Propuesta conjunta en materia de asilo a la Presidencia Española de la Unión Europea, disponible en:

Desde esta perspectiva general este trabajo lo que pretende es analizar los avances y retrocesos que en la práctica ha supuesto la aplicación de la mencionada norma, incidiendo en aquellos aspectos que resultan más preocupantes para hacer que el asilo sea un derecho cuyo ejercicio y garantías no se vea obstaculizado por realidades o medidas que deberían serle ajenas teniendo en cuenta la naturaleza del mismo íntimamente ligada a la dignidad humana y a la protección de personas perseguidas¹⁹.

2. ACCESO AL DERECHO DE ASILO

A pesar de las modificaciones legales, las cifras totales de solicitudes de asilo siguen siendo bajas²⁰ y, en todo caso, menores

http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf_refugio_y_migraciones/Propuesta_Conjunta.pdf

¹⁹ DE LUCAS, J., “Fundamentos filosóficos del derecho de asilo”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n° 4, 1995, pp. 23-56.

²⁰ Según los datos presentados en 2012, en el año 2011 se produjo en España un aumento considerable del número de solicitudes de protección internacional comparadas con el año anterior. Durante 2010 se registraron 2744 solicitudes de asilo, mientras que en 2011 el número fue de 3420 (según la EASO) o 3422 (según el Ministerio del Interior), lo que representa un incremento del 25 %. El análisis detallado de estas cifras muestra que las solicitudes de protección internacional presentadas por ciudadanos de Costa de Marfil crecieron significativamente en 2011 (550 solicitudes, frente a las 120 registradas en 2010). La segunda nacionalidad en número de peticiones es la cubana (con 444 solicitudes), seguida de los nigerianos (259) y guineanos (150) y de los solicitantes provenientes de Palestina (no reconocidos) con un total de 133 peticiones, colectivo que entra por primera vez dentro de los cinco más numerosos de solicitantes de protección internacional. El año 2011 se cerró con un notable incremento en el número de decisiones positivas acordadas (337 concesiones del estatuto de refugiado, 630 concesiones de protección subsidiaria y 21 autorizaciones por razones humanitarias), situándose esta tasa por encima del 26 % del total de resoluciones adoptadas. AESO, European Asylum Support Office, *Informe Anual de 2011*, op. cit., p. 34 y Ministerio del Interior, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2011*, Julio 2012, p. 317, y Ministerio del

en comparación con otros Estados de la Unión²¹. Ello obligará a España a adecuarse plenamente a las exigencias del SECA, a reformular los números en cuanto al asilo, en aras de una mayor solidaridad en torno a cuatro ejes: cooperación práctica y técnica, solidaridad financiera, asignación de responsabilidades y mejora de los instrumentos de gobernanza del sistema de asilo. Como mantiene el Comité Económico y Social Europeo la política de asilo dista mucho de estar consolidada y ser eficiente y los Estados miembros se siguen diferenciando en lo relativo a la apertura y la preparación para recibir a los refugiados, así como en la construcción de la política europea de asilo²².

Desde 2011 el Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería forma parte del punto de contacto español de la Red Europea de Migraciones, que fue una iniciativa de la Comisión Europea con el objetivo de satisfacer las necesidades de información de las instituciones comunitarias y de las autoridades e instituciones de los Estados miembros, proporcionando información actualizada, objetiva, fiable y comparable en materia de migración y asilo, con el fin de respaldar el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea en estos ámbitos²³.

Para conseguir la correcta implementación de las diferentes

Interior, Dirección General de Política Interior, Subdirección General de Asilo, Oficina de Asilo y Refugio, *Asilo en cifras 2011*, Julio 2012, p. 6.

²¹ AESO, European Asylum Support Office, *Informe Anual de 2011*, op. cit., pp. 68-72.

²² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una mayor solidaridad en la UE en el ámbito del asilo. Una agenda de la UE para un mejor reparto de la responsabilidad y una mayor confianza mutua» [COM(2011) 835 final] (2012/C 299/17).

²³ Ministerio Fiscal, *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lijante*, Volumen I y II, Madrid 2012, pp. 844-845.

fases del SECA y su consolidación en España, es fundamental la medida 110 que contemplaba el I Plan Nacional de Derechos Humanos, que según su evaluación en noviembre de 2012 debe estar en desarrollo continuado. En efecto, es imprescindible establecer un programa de formación para jueces, fiscales, funcionarios de la Administración de Justicia, abogados, policías y sociedad civil, en materia de protección internacional de las personas refugiadas. Este compromiso del Plan se incorporó en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 12/2009, de Asilo, que se refiere al impulso de programas formativos en materia de protección internacional, destinados a todos los agentes involucrados, como medida clave para un eficaz y justo funcionamiento del sistema de protección. Así lo recuerda también el ya mencionado Pacto de Inmigración y Asilo que en su apartado cuarto alude a la importancia de que el personal encargado del control de las fronteras reciba formación sobre los derechos de las personas que tengan necesidad de protección internacional. La ECRI además enfatiza la importancia de que las autoridades fronterizas y los agentes del orden público reciban formación en materia de derechos humanos y cuestiones de asilo, en concreto por ejemplo sobre la manera de realizar una entrevista de asilo²⁴.

En el caso español, desde 2010 existen programas destinados a personal del Ministerio del Interior y también cursos específicos que forman parte del programa formativo de los Ministerios del Interior, Empleo y Seguridad Social y Asuntos Exteriores y Cooperación, en colaboración con la Comisión Española de Ayuda al refugiado (CEAR), ACNUR y la Oficina Europea de Apoyo al Asilo.

Los programas de formación, hasta el momento, no han impactado en el aumento de las cifras. Precisamente las bajas cifras de solicitudes de asilo que se tramitan en España han constituido

²⁴ ECRI, *Cuarto Informe sobre España*, de 8 de febrero de 2011, pp. 11 y 43.

objeto de atención permanente por parte del Defensor del Pueblo. En las diferentes visitas que se realizan a centros en los que pudieran encontrarse personas en situación de protección internacional, esta Institución ha llevado a cabo comprobaciones sobre el acceso al procedimiento, habiendo encontrado casos de personas que manifestaron que no habían sido informadas de la posibilidad de solicitar protección internacional. Así constata que, aún siendo el procedimiento de asilo español uno de los más garantistas de Europa, existen dificultades prácticas de acceso, una de las cuales es precisamente la aludida falta de formación para identificar al potencial solicitante de protección internacional por parte de los funcionarios de policía de frontera y los de extranjería, así como de los letrados que asisten al extranjero en el procedimiento de denegación de entrada o en los de expulsión o devolución por estancia irregular, con lo cual se refuerza la necesidad de mantener en un segundo plan la mencionada medida 110²⁵. No puede olvidarse que una de las pretensiones del Plan de Acción de la Unión Europea sobre Derechos Humanos y Democracia, en su cláusula de derechos humanos, insiste en la necesidad de que se evalúe con regularidad y se preste especial atención a la protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes en los países de acogida, que en un sentido amplio debe incluir esa posibilidad de acceso a la protección internacional²⁶.

El Comité DESC ha expresado su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado español, perjudicando de

²⁵ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, p. 171.

²⁶ Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2012, sobre la revisión de la estrategia de la Unión Europea en materia de derechos humanos*. Cfr. RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Juntos pero no revueltos. Sobre diversidad cultural, democracia y derechos humanos*, Madrid, Maia, 2011, pp. 198-208.

forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, entre ellos los solicitantes de asilo²⁷.

Una segunda cuestión de especial importancia en el acceso al derecho de asilo es la relativa a la protección internacional en España de los nacionales de países miembros de la Unión Europea. Con la transposición de las mencionadas directivas 2004/83/CE y la 2005/85/CE, la Ley 12/2009 concretó su ámbito subjetivo en las personas nacionales de países no comunitarios y los apátridas²⁸. Éste fue uno de los motivos por lo que se solicitó al Defensor del Pueblo que recurriera por inconstitucionalidad la mencionada norma, al entender que excluía de la posibilidad de solicitar asilo a los nacionales de países miembros de la Unión Europea. Sin embargo, a juicio de la mencionada Institución la imposibilidad de que los ciudadanos de la Unión puedan gozar de protección internacional en España, no se corresponde “cabalmente con la norma”, por ello no presentó

²⁷ Por ello el Consejo DESC recomienda al Estado “que garantice que todas las medidas de austeridad adoptadas identifiquen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y que tome todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En este contexto, el Comité recomienda al Estado parte que recopile información estadística desagregada, con el objeto de identificar a las personas y grupos afectados y aumentar la eficacia de sus esfuerzos para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales. El Comité también señala a la atención del Estado parte su carta abierta sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, con fecha 16 de mayo de 2012”, Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, op. cit., p. 11, p. 7. Sobre la directa relación entre estos derechos y la integración de los extranjeros vid. AÑÓN ROIG, M. J., “Integración: una cuestión de derechos”, *Revista Arbor* 477, 2010, pp. 625-638.

²⁸ ROMÁN LUJÁN, B. “La nueva ley de asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria)”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º. 22, 2009, pp. 147-160.

recurso de inconstitucionalidad. A la luz del artículo 20.1 f de la citada ley, el Defensor del Pueblo entendió que el legislador español no ha cerrado la posibilidad de la protección internacional para dichas personas ante las autoridades españolas, es más la redacción del texto no determina la inadmisión, sino que indica que el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite, necesariamente mediante resolución motivada, una solicitud lo que a contrario implica que también podrá admitirla. Así cobra sentido la mención que en el texto legal se hace al Protocolo 24 anexo al TFUE, como marco para discernir la admisibilidad de las solicitudes que puedan formularse por ciudadanos de la Unión Europea.

Para el Defensor, el hecho de que haya de dictarse una resolución motivada de inadmisión a trámite obliga a la Administración a estudiar la solicitud que formule el peticionario, el cual podrá entrar en contacto con el ACNUR o ser contactado por éste. Este mecanismo permitirá que las autoridades españolas puedan plantearse la situación individual de cada solicitante y, en su caso, conocer el criterio del ACNUR. Así podrán considerar la invocación de cualquiera de los apartados del protocolo aludido, especialmente del apartado d), que permite la toma en consideración o la admisión para su estudio de una solicitud por una decisión unilateral de un Estado miembro receptor de una solicitud. En todo caso, el solicitante tiene abierta por este cauce la vía jurisdiccional frente a una decisión denegatoria, lo que posibilita una revisión judicial sobre su caso. Aún así, la Institución reconoce que hubiera sido deseable una mejor técnica legislativa²⁹.

La ECRI aun reconociendo el carácter excepcional con el que los ciudadanos europeos solicitarían protección internacional, insiste en que debe quedar claro que es posible solicitarla, superando lo que considera una interpretación especialmente

²⁹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2010*, pp. 1449-1451.

restrictiva del Protocolo sobre asilo a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (1997). Por ello, al entender expresamente que las disposiciones de la nueva ley son discriminatorias, exhorta a las autoridades españolas a introducir enmiendas, recomendando que se modifique la Ley 12/2009 a fin de eliminar lo que considera una restricción del derecho³⁰.

En tercer lugar, una de las cuestiones fundamentales en el acceso al estatuto de refugiado, y por tanto en el disfrute del derecho de asilo, tiene que ver con los lugares de presentación de las solicitudes y las dificultades para que la misma se produzca³¹. Como señala el Informe de CEAR de 2012, si se analizan los datos de la OAR de 2011, llama la atención que se produjeron 116 solicitudes de protección internacional en embajadas cuando, desde la aprobación de la Ley 12/2009, dicha posibilidad ha quedado reducida a su mínima expresión. Como constata el mencionado informe dichas cifras se refieren a las solicitudes de extensiones familiares de cónyuges, parejas, ascendientes y/o descendientes de personas refugiadas ya reconocidas como tales en España y no a peticiones iniciales de protección internacional, luego no debieran contabilizarse como tales³².

³⁰ ECRI, *Cuarto Informe sobre España*, op. cit., p. 43.

³¹ Según los datos del Ministerio del Interior (con tablas que van de 0 a 5500 sin pormenorizar), la mayoría de solicitudes se han presentado desde el año 2002 hasta el 2011 en territorio nacional, puestos fronterizos, embajadas y CIEs. Por citar sólo un ejemplo, más de 2500 solicitudes fueron presentadas en territorio español en el año 2011, mientras que menos de 500 lo fueron en puestos fronterizos o en CIEs y menos de 150 en embajadas. Teniendo en cuenta además que por lo que respecta a las llegadas a nuestras costas, durante 2011 llegaron 5.443 personas, lo que significa un aumento con respecto a las 3.632 personas que se registraron en 2010. Ministerio del Interior, *Balance 2011 de la lucha contra la inmigración ilegal*, Febrero 2012.

³² CEAR, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012*, Catarata, Madrid, 2012, pp. 40-43.

Por otra parte, es relevante la especial situación de los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla. La ECRI ya venía manifestando su preocupación a las autoridades españolas por la situación de las personas que llegaban a las mencionadas ciudades. Así en su tercer informe realizó diferentes recomendaciones: que las autoridades españolas investigasen y abordasen la situación de los inmigrantes y solicitantes de asilo procedentes del África subsahariana que tratan de llegar a territorio español a través de Ceuta y Melilla; que éstas asegurasen que se respeta plenamente en la práctica el derecho de las personas a acceder al procedimiento de asilo, especialmente en el caso de las mencionadas personas; que redoblasen sus esfuerzos para impartir formación en materia de derechos humanos a las autoridades fronterizas y funcionarios de los servicios policiales establecidos en Ceuta y Melilla, incluido el derecho a no ser objeto de discriminación y el derecho a solicitar asilo; y que asegurasen que nadie fuera “deportado” de Ceuta y Melilla, lo que contravendría el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el principio de no devolución³³.

3. POTENCIALES SOLICITANTES DE ASILO

Entre los aspectos más sensibles en el ejercicio efectivo del derecho de asilo está la correcta identificación de los potenciales solicitantes. La ausencia de un procedimiento de identificación de perfiles de personas que puedan requerir determinada protección es una carencia acuciante. En efecto, la creciente complejidad de los denominados movimientos mixtos, en los cuales se trasladan personas que usan las mismas rutas con diferentes objetivos y medios de transporte o los servicios de los mismos traficantes,

³³ ECRI, *Tercer informe sobre España*, 14 de junio de 2005, pp. 36-38 .

supone un importante reto³⁴. Identificar a los refugiados que van en los flujos mixtos irregulares puede ser extremadamente complejo, en especial cuando los mismos individuos no tienen un único motivo para su movilidad. Una vez que se les identifica, los refugiados necesitan, protección contra la devolución y el acceso a soluciones duraderas. La concienciación sobre la multidimensionalidad del fenómeno de la migración, pueden ofrecer nuevas oportunidades para la protección de los refugiados. Con la finalidad de ayudar a los gobiernos y a otras partes interesadas a incorporar las consideraciones de protección de los refugiados en las políticas migratorias ACNUR comenzó a desarrollar el denominado plan de los 10 Puntos.

Dicho plan consta de 10 puntos de acción en los que se proponen herramientas prácticas, sensibles a la protección y las estrategias que se podrían adoptar como parte de respuestas coherentes y eficaces para los movimientos mixtos. Se concentra en actividades en países de tránsito o de destino, basado en fundamentos de cooperación y responsabilidad compartida entre los Estados y otras partes interesadas. Incorpora tanto actividades tradicionales de protección como propuestas específicas para proteger a los refugiados y a los solicitantes de asilo que viajan como parte de los movimientos mixtos. El plan especialmente recomienda establecer sistemas de entrada que contengan mecanismos para identificar a los recién llegados que tengan necesidades de protección y satisfacer las necesidades de otras categorías de personas involucradas en los movimientos mixtos. La idea fundamental es establecer un compromiso a largo plazo y un

³⁴ SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de asilo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 18, 2009, 32 pp y GARCÍA AÑÓN, J., “Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación por perfil étnico”, en GARCÍA AÑÓN, J. y RUIZ SANZ, M. (eds), *Discriminación racial y étnica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 281-316.

desarrollo sostenible orientado hacia la consolidación de la paz, la democratización y la creación de oportunidades de medios de vida sostenibles como parte de un enfoque integral y de colaboración. Desde su puesta en marcha, España ha realizado diversas actividades que se enmarcan en el catálogo de buenas prácticas, algunas relacionadas con sistemas de ingresos sensibles a la protección³⁵. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos en los últimos años, persiste la confusión especialmente entre determinados colectivos a lo hora de identificar potenciales solicitante de asilo.

En primer lugar por lo que se refiere a las víctimas de trata de seres humanos, el Defensor del Pueblo ha prestado una atención constante a la necesidad de identificar los potenciales solicitantes de asilo y de víctima de trata. Así se han realizado recomendaciones a la Subsecretaría del Ministerio del Interior y a la Secretaría de Estado de Seguridad para que revisara los criterios de actuación de la Oficina de Asilo y Refugio en las solicitudes de protección internacional en las que el interesado alegara la condición de víctima de trata o en las que el ACNUR pone de manifiesto la existencia de tales indicios³⁶. También se ha aconsejado que se dictaran instrucciones conjuntas destinadas a subsanar las deficiencias de coordinación apreciadas en aquellos casos en los que durante la sustanciación de una solicitud de protección internacional se aprecien indicios razonables de trata de personas y en los que se traslade a España a un solicitante de

³⁵ ACNUR, *La protección de los refugiados y la migración mixta: el Plan de los 10 puntos en acción*, febrero de 2011. Las referencias a España pueden encontrarse en las pp. 41, 67, 101, 144, 169 y 298.

³⁶ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006, párrafo 48; y *Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas*, 2010.

protección internacional potencial víctima de trata, en aplicación del Reglamento CE 343/2003³⁷.

ACNUR enfatiza la conexión que puede darse entre asilo y trata, y la posibilidad de concebir éste como una forma de protección si bien hay obstáculos difíciles de salvar unidos especialmente a las cuestiones probatorias propias del procedimiento de asilo³⁸.

Una de las claves en la identificación de los solicitantes de asilo es su consideración casi automática, a priori, como inmigrantes económicos³⁹. Ciertamente, en la práctica el procedimiento establecido por el régimen general de extranjería para la protección de las víctimas de trata y el procedimiento de asilo son compartimentos estancos. El Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, conocido como Reglamento de Extranjería fue modificado por la LO 10/2011 de 27 de julio, y desarrollado en sus aspectos prácticos por la Instrucción de la DGI/SGRJ/6/2011 de 27 de julio para abordar la cuestión de la trata. Ahora se determina la no incoación de procedimientos sancionadores en

³⁷ Defensor del Pueblo, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, 2012.

³⁸ BHABHA, J. y ALFIREV, Ch., *Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional*, PPLAS/2009/03, Octubre de 2009; y CHRISTENSEN, T. M., *Trata con fines de explotación sexual: protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*, Informe de Investigación nº 16, ACNUR, Abril 2011.

³⁹ Vid. DE LUCAS, J., “Dos test sobre la consistencia del Estado de Derecho. Ante los proyectos de reforma de asilo y extranjería”, *Jueces para la democracia*, nº 64, 2009, pp. 15-23 y “Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”, en AA. VV., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Bilbao, Eurobask, Bilbao, 2012, pp. 11-91; SANTOLAYA MACHETTI, P., “El sistema común de asilo y su recepción en España”, y FULLERTON, M. “Inadmissible in Iberia: The Fate of Asylum Seekers in Spain and Portugal”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, issue 4, 2005, pp. 659-687.

materia de extranjería para las víctimas de trata, o la inmediata suspensión de la expulsión o procedimiento sancionador si fuera anterior a su identificación como víctima. Asimismo el mencionado reglamento contempla la posibilidad de simultanear la documentación de residencia en vía de extranjería con una solicitud de protección internacional. En este sentido, uno de los grandes retos es encajar la protección de víctimas de trata procedentes de países de la Unión Europea, las cuales están legalmente excluidas del sistema de protección internacional y no les es aplicable el régimen general de extranjería, en tanto no les sea más beneficioso que la regulación contenida en el RD 240/2007 de 16 de febrero⁴⁰.

A pesar de estas mejoras normativas, persiste una cuestión a revisar: el hecho de que no existe un protocolo para la derivación de las potenciales víctimas de trata a la protección internacional, ni se cuenta con un procedimiento para la detección de víctimas de trata en el marco de la protección internacional, dado que incluso cuando el Protocolo Marco pretende cumplir esta misión, resulta insuficiente. Uno de los supuestos más evidentes es cuando se acuerda la concesión del período de restablecimiento pero de forma paralela se admite a trámite la demanda de asilo por transcurso del plazo legal para ello. En estas circunstancias, se paraliza la tramitación del procedimiento como víctima de trata sin que haya concluido el procedimiento de identificación. Si posteriormente se denegara el asilo, la solicitante no habría sido identificada de forma correcta como víctima de trata y quedaría en situación irregular con el riesgo de ser expulsada⁴¹.

Otro de los colectivos en los que la falta de una correcta identificación es preocupante es el de los menores. ACNUR

⁴⁰ CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012*, op. cit., p. 168.

⁴¹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, op. cit., p. 172.

recuerda algunos aspectos básicos en el caso de menores potenciales solicitantes de asilo, entre ellos: es de vital importancia detectar de inmediato la presencia de posibles menores no acompañados (MENA) entre los extranjeros que llegan al país, poniendo sus casos en conocimiento de las autoridades competentes en protección de menores; las pruebas de determinación de la edad que generalmente se vienen realizando a los menores no acompañados, no son precisas ya que no toman en consideración aspectos raciales, étnicos, nutricionales, medioambientales, psicológicos y culturales, que tienen una influencia directa en el desarrollo y crecimiento del niño, obviar estos factores así como no constatar márgenes de error en estos exámenes, puede acarrear graves consecuencias para el menor; por último, un menor ignora que su experiencia y las circunstancias vividas en su país de origen podrían ser motivo de la protección internacional y desconoce su derecho a pedir asilo, por tanto, los Servicios Competentes de Protección de Menores son los responsables de proporcionarle la ayuda que necesita⁴².

En 2011 aumentó la entrada de personas que declararon ser menores de edad y tras ser sometidas a una única prueba oseométrica de muñeca por parte del forense, fueron calificadas como mayores de edad por parte de la Fiscalía⁴³. No se realizaron ulteriores pruebas complementarias, siguiendo las normas y los códigos de conducta aprobados al respecto así como las

⁴² ACNUR, *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 2009 y Menores no acompañados y la protección de asilo*. 2012. Vid. SAVE THE CHILDREN, UNICEF, *Declaración de buenas prácticas, Separated Children in Europe Programme*. 2004 y AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, *Separated, asylumseeking children in European Union Member States*, 2010.

⁴³ CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012*, op. cit., p. 55.

recomendaciones del informe del Defensor del Pueblo⁴⁴. En el informe de 2012, el Defensor del Pueblo ha tenido la ocasión de constatar que, en ocasiones, no se realizan las pruebas de edad ni se verifica la identidad, por lo cual es necesario insistir en la utilización de las herramientas disponibles para determinar la edad y la identidad de aquellos viajeros que afirman no ser los titulares de los documentos que exhiben. En la misma línea, debería intervenir el fiscal cuando se produce la denuncia de los letrados que asisten al solicitante de protección internacional sobre su aparente minoría de edad especialmente cuando puedan existir dudas razonables⁴⁵. Asimismo es imprescindible que se respeten todas las garantías legales en las repatriaciones de menores⁴⁶.

La ECRI también avala que se han detectado deficiencias en el trato que reciben estos menores, incluida la ausencia de representación legal independiente en los procedimientos de repatriación, la falta de información sobre el derecho a solicitar asilo, y el uso de métodos obsoletos y poco fiables para la determinación de la edad. Por ello exhorta a las autoridades españolas a que aseguren que todos los MENA sujetos a repatriación cuentan con dicha representación y a que se respete el derecho internacional y los derechos de los niños. Además recomienda que se tomen todas las medidas necesarias para asegurar que dichos niños son informados de su derecho a solicitar asilo, al tiempo que se mejoran los sistemas de recopilación de datos⁴⁷.

En último lugar existe una gran opacidad acerca del

⁴⁴ Defensor del Pueblo, *Menores o Adultos. Procedimientos para la determinación de la edad*, 2011.

⁴⁵ Defensor del Pueblo, *Informe Annual 2012*, op. cit., p. 171.

⁴⁶ CRAWLEY, H. "When is a child not a child? Asylum, age disputes, and the process of age assessment", London, Immigration Law Practitioners' Association (ILPA), 2007.

⁴⁷ ECRI, *Cuarto informe sobre España*, op. cit., p. 10 y 41.

número de solicitudes de asilo presentadas por personas que llegan a nuestras costas como polizones ya que la Oficina de Asilo y Refugio no proporciona dichos datos tal como se reivindica desde las organizaciones no gubernamentales puesto que, por ejemplo, según cifras del ACNUR en 2009 hubo una sola solicitud de asilo en un puerto español⁴⁸. Las preguntas hechas por Migreurop en diciembre de 2010 al Ministerio del Interior español sobre el número de polizones llegados en el período 2005 a 2010 no tuvieron respuesta. Esta red europea evidencia que el número de solicitantes de asilo que llegan en los barcos de la marina mercante es particularmente bajo en todos los países europeos. En Alemania, Bulgaria, España, Francia, Italia o los Países Bajos, los diferentes actores (armadores, agentes marítimos, etc.) consideran, por lo general, que los polizones son migrantes económicos⁴⁹.

Sin embargo, los polizones tienen un trato jurídico diferenciado a partir de las Instrucciones conjuntas de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil; la Dirección General de Política Interior, y la Dirección General de Inmigración, de 28 de noviembre de 2007, sobre tratamiento a polizones extranjeros que se les aplica y también por las especiales condiciones de seguridad privada a las que están sometidos. En lo relativo la prestación de servicios por parte de vigilantes de seguridad, y más concretamente en materia de custodia de polizones a su llegada a puerto y por tanto en lo referente a la garantía de sus derechos es destacable que: una empresa de seguridad, a través de sus vigilantes, puede realizar la custodia de un polizón, desde que el barco llega a puerto hasta su salida del mismo; en el caso de que los polizones se pongan agresivos y deban ser esposados y encerrados en

⁴⁸ CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012*, op. cit., p. 47.

⁴⁹ MIGREUROP, *En los confines de Europa. La externalización de los controles migratorios. Informe 2010-2011*, marzo 2012, pp. 38-44.

camarotes privándoles de libertad de movimiento por el barco, también se puede realizar la custodia del mismo por parte de los vigilantes de seguridad; el capitán del barco no está obligado a contratar una empresa de seguridad para realizar la custodia del polizón si toma esta opción deberá realizar el contrato de arrendamiento de servicios de seguridad⁵⁰.

En cuanto a las mencionadas Instrucciones de 2007 a pesar de que expresamente hacen referencia a la recomendación del Defensor del Pueblo, realizada en la VIII Legislatura, acerca de la necesidad de garantizar la plena aplicación del derecho de asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente establecidos, así como favorecer que los polizones extranjeros puedan precisar sus circunstancias y su voluntad a las autoridades españolas; y de la Instrucción, de 14 de julio de 2005, de la Dirección General de Política Interior, sobre aspectos procedimentales ligados al posible ejercicio del derecho de asilo por polizones extranjeros, siguen detectándose anomalías al respecto.

El Defensor del Pueblo, en relación al tratamiento a los polizones avala que las principales dificultades residen en las diferencias en la interpretación que los distintos organismos con competencia en la materia realizan acerca de las mencionadas Instrucciones conjuntas. Las citadas instrucciones no recogieron en sus propios términos la recomendación formulada por el Defensor del Pueblo en el año 2004, a los efectos de garantizar la plena aplicación del derecho a la asistencia gratuita en los casos amparados por la legislación de extranjería, puesto que persisten las irregularidades⁵¹, así como a los de favorecer que los polizones

⁵⁰ MINISTERIO DEL INTERIOR. Unidad Central de Seguridad Privada, *Informe sobre custodia de polizones*, Informe UCSP nº: 2009/007, 16 de julio de 2009.

⁵¹ Así por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 25 de mayo de 2011, atendió a las peticiones de la demanda interpuesto por CEAR

extranjeros puedan precisar sus circunstancias y su voluntad a las autoridades españolas, para lo que se solicitó la presencia de letrado en la primera entrevista al polizón. En cambio, se ha avanzado en la regulación más precisa del procedimiento a seguir desde el momento en que las autoridades españolas tienen conocimiento de la llegada a un puerto español de un buque con polizones a bordo. Se reconoce el derecho de los solicitantes de asilo a ser asistidos por letrado en la formalización de las correspondientes solicitudes de asilo, así como a todos aquellos polizones que manifiesten su deseo de entrar en España, en cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado artículo 22 de la Ley de extranjería. Persiste la necesidad de mejorar y unificar las distintas prácticas administrativas con el fin de impedir situaciones que dificulten o imposibiliten que estas solicitudes de entrada en España o de protección internacional sean examinadas con las debidas garantías⁵².

4. INADMISIÓN Y DENEGACIÓN DE SOLICITUDES

En cuanto a la admisión a trámite, esta fase se basa en la descripción de la persecución, y si ésta es manifiestamente inverosímil o no⁵³. En caso de que surgiesen dudas sobre las

Euskadi. La sentencia reconoció que la Subdelegación de Gobierno en Pontevedra y la Brigada de Extranjería y Documentación de Vigo habían incumplido el artículo 22 de la Ley de Extranjería, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, al negar el derecho de asistencia jurídica gratuita a favor de dos polizones que llegaron al puerto de Vigo el 22 de junio de 2009 a bordo del buque de pabellón noruego denominado *Virana*.

⁵² Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, op. cit., p. 147-148.

⁵³ En 2011, de las 3.422 solicitudes presentadas en España, fueron positivas 337 concesiones del estatuto de refugiado, 630 concesiones de protección subsidiaria y 21 autorizaciones por razones humanitarias, situándose la tasa de reconocimiento por encima del 26% del total de resoluciones adoptadas.

alegaciones del solicitante, deberían ser estudiadas en detalle en la fase posterior a la admisión, por lo que la inadmisión a trámite de solicitudes sólo cabe respecto a aquellas manifiestamente infundadas y que no merezcan un examen en profundidad. CEAR señala que se siguen motivando las denegaciones de solicitudes en frontera por estimar las alegaciones como insuficientes. Dicha consideración de “insuficientes” está relacionada con la previsión del artículo 17.6 de la Ley 12/2009 según el cual “las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquella. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud”.

La realidad es que las solicitudes en frontera son realizadas por personal de la OAR que, a juicio de la mencionada organización, carece de una formación específica para la realización de entrevistas en situaciones de crisis y vulnerabilidad. La ECRI ya había insistido a España, antes de la ley 12/2009, y continúa haciéndolo en su último informe, sobre la necesidad de que se mejore la calidad de la entrevista y de la asistencia jurídica, especialmente en la fase de admisión del procedimiento de asilo, al tiempo que se evite que la legislación sobre transportistas impida en la práctica que los solicitantes puedan buscar protección o ejercer el derecho a solicitar asilo. Dicha Comisión, al constatar que la práctica destaca por su inadecuación, subraya la importancia de la calidad de la entrevista de admisión de la solicitud de asilo para asegurar que puede obtenerse suficiente información pertinente a la solicitud, puesto que, la calidad del proceso no

Ministerio del Interior, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2011*, op. cit., p. 327 y *Asilo en cifras 2011*, op. cit., p. 6.

puede verse comprometida en aras de su agilización⁵⁴.

Otra de las causas utilizadas por la OAR, a la hora de denegar las solicitudes en frontera, es el hecho de que las personas solicitantes manifiesten su intención de pedir protección internacional una vez le ha sido denegado el acceso al territorio español, cuando en realidad esta motivación no tiene base legal⁵⁵. Ante esta situación, es imprescindible insistir en la necesidad de que la mencionada medida 110 del I Plan de Nacional de Derechos Humanos continúe en desarrollo.

Por lo que se refiere a las solicitudes en frontera y en concreto a aquellas que han sido admitidas a trámite pero denegadas por la OAR aún con informe favorable de ACNUR, para la admisión es importante tomar en consideración el papel que viene desempeñando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aras de garantizar los derechos de los solicitantes frente a una posible expulsión⁵⁶.

⁵⁴ ECRI, *Cuarto informe sobre España*, op. cit., pp. 42-43. Cfr. ECRI, *Tercer informe sobre España*, op. cit., pp. 19, 46 y 47.

⁵⁵ CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012*, op. cit., p. 66. Cfr. PÉREZ SOLA, N., “La nueva legislación sobre asilo”, BOZA MARTÍNEZ D.; DONAIRE VILLA, F. J. Y MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 597-629, en concreto, pp. 609-614.

⁵⁶ CEAR en el año 2011 presentó 36 recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para paralizar la expulsión de personas solicitantes de asilo denegadas tras haber realizado la petición de protección internacional en frontera. Estas personas solicitaron asilo en puestos fronterizos y sus solicitudes fueron denegadas por la OAR, si bien en todos los casos ACNUR informó favorablemente de la admisión a trámite de las mismas. En todos los supuestos se interpuso solicitud de medida cautelarisima de suspensión de la expulsión ante la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, y en todos ellos la Sala resolvió denegar las medidas planteadas, valorando de manera restrictiva cada caso sin hacer mención en sus autos del informe favorable de ACNUR. Las resoluciones denegatorias fueron recurridas ante el TEDH, según el procedimiento de urgencia del artículo 39 del

En esa primera fase de admisión a trámite es capital que se tome en cuenta todos los indicios. Tal como ha mantenido ACNUR y el Defensor del Pueblo, de forma reiterada, siempre que en la tramitación de solicitudes de protección internacional aparezcan indicios aunque sean mínimos de trata de seres humanos o que se cuestione la edad del solicitante, las demandas han de admitirse a trámite, puesto que como se señalaba anteriormente estamos ante sujetos especialmente vulnerables. Esa admisión a trámite tiene por objeto el poder profundizar en su estudio en condiciones óptimas. Por ello ACNUR en numerosos supuestos ha informado favorablemente la admisión a trámite de demandas si ha apreciado indicios de trata de seres humanos. Sin embargo, la OAR considera que la trata de seres humanos no es subsumible en la institución del asilo, aun cuando el intérprete oficial del Convenio de 1951 estima lo contrario y, por ello, aunque existan indicios resuelve denegar la solicitud y el reexamen. Ésta es una cuestión que debe ser revisada en la praxis española a la luz de las interpretaciones que se proponen desde una

Reglamento, y el resultado fue que en 33 de las 36 peticiones planteadas, el Alto Tribunal paralizó la expulsión de estas personas hasta que la Audiencia Nacional resolviera el pleito principal sobre la admisión a trámite o no de su solicitud, al entender que podía producirse una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como del artículo 5 en algún caso. Una cuestión añadida es la situación en la que quedan dichas personas a las que el TEDH ha paralizado la expulsión. Puesto que ni en el mencionado Convenio Europeo ni en la legislación española se contempla dicha posibilidad. Se trata de personas que no podrán ser expulsadas por ser demandantes de protección internacional, pero a las que no se les da residencia o trabajo legal en España. CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012*, op. cit., p. 73. Vid. MORGADES GIL, S., “El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH. TEDH-Sentencia de 201.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. C. Bélgica y Grecia, 30696/09”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 41, 2012, pp. 183-204.

dimensión internacional más garantista con los derechos de los solicitantes⁵⁷.

Por otra parte, el Ministerio del Interior puede también no admitir las solicitudes por las diferentes causas legalmente establecidas al efecto, entre ellas cuando resulte que el examen de la solicitud no corresponde a España según el mencionado Reglamento de Dublín u otros convenios internacionales ratificados por España. En este caso, el Defensor del Pueblo comprobó que, en ocasiones, los solicitantes esperan el traslado en la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, desde donde se coordina la misma. Dicha Institución formuló un recordatorio de los deberes legales a la mencionada Comisaria, que lo aceptó, al apreciar irregularidades en la actuación policial y observar que la protección que merecen los solicitantes de asilo en esta situación no está suficientemente garantizada. Como acertadamente recuerda el Defensor hasta que se realiza el traslado al país responsable del examen de la solicitud, el demandante de asilo se encuentra en una situación de desprotección no deseable. Esta situación contrasta con el espíritu garantista que debe prevalecer en los procedimientos de asilo y con la asunción de responsabilidades del Estado en la acogida de los solicitantes de asilo. En estos casos, la solicitud de asilo no ha sido examinada en profundidad aún por lo que el solicitante carece de protección en la práctica hasta que se efectúe su traslado, lo que implica que en muchos supuestos estas personas puedan caer en la marginalidad al carecer de ayudas, pudiendo ser detenidas e ingresadas en centros de internamiento. Por ello, como apuntó dicha Institución a la Secretaría General de Inmigración y Emigración⁵⁸, hay que insistir en la necesidad de considerar la posibilidad de que estas personas ingresen en un CAR hasta su efectivo traslado. El Defensor no

⁵⁷ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, op. cit., p. 172.

⁵⁸ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2010*, p. 456.

pudo comprobar si en tales casos la Unidad de Trabajo Social de la Oficina de Asilo facilita información por escrito a los demandantes sobre las posibilidades de acogerse a la protección proporcionada por la Administración española, mientras se hace efectivo su traslado⁵⁹. Con esta medida se podría hacer frente a dos riesgos que parecen persistir en los solicitantes de asilo: por un parte que, aunque sea por error, se acabe aplicando el régimen de infracciones de la legislación de extranjería, y por otra que se quebrante la garantía del principio de no devolución.

Por lo que se refiere al traslado de los solicitantes de asilo al CAR, sería una forma de proporcionarles los medios mínimos necesarios para su subsistencia y atención, facilitando su localización a efectos del propio traslado lo que a su vez garantizaría que se examinara realmente su solicitud. La alternativa de trasladar a los solicitantes a los CIE no es recomendable. La actual ley 12/2009 contempla la posibilidad de inadmitir o denegar en el plazo de cuatro días, las solicitudes formalizadas en los CIE. En ambos casos la consecuencia para el solicitante será la de la permanencia en el Centro a la espera de su expulsión. CEAR ha puesto de manifiesto la denegación generalizada por parte de la OAR de las solicitudes presentadas tanto en los CIE como en frontera, amparándose en que la petición se basa en alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes o que contradicen información contrastada del país de origen; o en que las alegaciones no guardan relación con la protección internacional. Una interpretación razonable y favorable al solicitante sería la de continuar el procedimiento ordinario y no de urgencia, lo cual no siempre ocurre⁶⁰.

⁵⁹ Defensor del Pueblo, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, op. cit., p. 225.

⁶⁰ CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012*, op. cit., p. 69-71.

El Comité DESC ha manifestado su preocupación en los casos de las personas que siguen retenidas en los centros de internamiento pendientes de expulsión en condiciones de hacinamiento, sin acceso a la información y a servicios adecuados de asistencia social, médica o legal. El Comité insta al Estado español “a dar pleno efecto a la nueva normativa para mejorar las condiciones de vida en los centros de retención para los extranjeros pendientes de expulsión, especialmente en términos de su acceso a servicios adecuados de asistencia sanitaria, social, legal y médica”⁶¹.

España al igual que Austria, Suecia, Estonia y Grecia, no dispone de recurso con efecto suspensivo. En cambio otros nueve Estados como Holanda e Italia prevén el efecto suspensivo en alguna de sus instancias, mientras que otros 14 Estados entre los que se encuentra Portugal contemplan el efecto suspensivo en todas sus instancias⁶².

En cuanto al principio de no devolución, sin duda el *non refoulement* constituye la base de la institución del asilo tal como lo presenta la Convención de Ginebra en su artículo 33 que imposibilita la expulsión o devolución de un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas, salvo los casos en los que el refugiado suponga un peligro para la seguridad del país o una amenaza para la comunidad en caso de delito grave⁶³. Como recuerda el

⁶¹ Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, op. cit., p. 14, p. 4.

⁶² GYULAI, G. y ROSU, T., *Structural Differences and Access to Country Information (COI) at European Courts Dealing with Asylum*, Hungarian Helsinki Committee, 2011, p. 14.

⁶³ ALLAND, D. et TEITGEN-COLLY, C., *Traité du droit d'asile*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 224-232; CARLIER, J. Y., *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, Cours à l'Académie de droit international

Defensor del Pueblo, en algunos casos, la garantía de este principio puede quebrarse con facilidad⁶⁴.

Ciertamente, según la Convención de Ginebra (en sus artículo 32 y 33.2) en el caso de que el individuo que constituye una amenaza para la seguridad o el orden público reúna los requisitos necesarios para ser considerado como refugiado puede realizarse una ponderación que en caso de ser la amenaza muy acusada puede llegar a justificar la devolución al país de origen del refugiado. En cambio dicha devolución no es posible cuando el sujeto en cuestión cumpla los requisitos para ser amparado por la protección subsidiaria, al menos, cuando exista un riesgo real de que el afectado sea sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes⁶⁵. Esas personas quedan en una especie de limbo jurídico debiendo acudir probablemente a la autorización de estancia o residencia por razones humanitarias a la que hace referencia el artículo 37.b de la ley⁶⁶.

Asimismo es imperativo reiterar la medida 109 del I Plan Nacional de Derechos Humanos relativa a que el Gobierno

de la Haye, Tome 332, (2007), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, pp. 76-130; LAUTERPACHT, E. et BETHLEHEM, D. “Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement”, en FELLER, E. TÜRK, V. et NICHOLSON, F (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, Bruselas, 2008, pp. 174-181; DUFFY, A., “Expulsion to face torture. *Non refoulement* in International Law”, en *International Journal of Refugee Law*, vol 20, n 3, 2008. pp 373-390.

⁶⁴ Defensor del Pueblo, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, op. cit, p. 226.

⁶⁵ SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura”, *Revista española de derecho internacional*, volumen 60, n° 1, 2008, pp. 11-38.

⁶⁶ Cfr. MCADAM, J” The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *International Journal of Refugee Law*, volumen 17, number 3, 2005, pp. 416-516; y SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de asilo”, op. cit., p. 15.

garantizará el cumplimiento del principio de *non refoulement*, impidiendo la entrega de cualquier persona a un país en el que corra peligro su vida o su integridad física. La Ley 12/2009 incluye en dicha garantía la protección subsidiaria otorgada a personas que, sin ser reconocidos como refugiados, de su situación se desprendan motivos fundados para creer que en caso de retorno al país de origen se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves, incluida la tortura, la degradación o la muerte. Sin duda ésta tiene que ser una medida en desarrollo continuado, como apunta la evaluación de dicho Plan de noviembre de 2012, para que España continúe respetando, sin excepciones, este principio y garantizando la permanencia en su territorio de las personas en estas situaciones.

Para garantizar dicha permanencia hay que conectar la mencionada medida con la medida 111 del I Plan Nacional de Derechos Humanos, sobre la adopción de programas de reasentamiento de refugiados, dentro del marco de la ley 12/2009 y según lo establecido en el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Dicho Pacto, en su compromiso 4, alude al reparto entre los Estados de aquellas personas que hayan obtenido el régimen de refugiado y a la política de reubicación, en estrecha colaboración con ACNUR, que será reimpulsada con el fin de instalar en el territorio de la Unión Europea a personas que se encuentren bajo la protección de dicho organismo en el extranjero. En los últimos años España ha venido aprobando Programas de Reasentamiento de Refugiados, de tal forma que esta medida del Plan puede considerarse en desarrollo continuado. La EASO destaca que la mayor parte de los proyectos en España guardaban relación con la integración y también con la acogida y las ayudas sociales⁶⁷. El informe de seguimiento del mencionado Pacto de 2008 (COM (2012) 250 final) pone de manifiesto la importancia de los

⁶⁷ AESO, European Asylum Support Office, *Informe Anual de 2011*, op. cit., p. 54.

reasentamientos en la Unión Europea en cooperación con terceros países, para lo cual se han fijado prioridades comunes que deberán concretarse en 2013, abriendo el camino a nuevas reglas sobre la ayuda financiera que reciben los Estados miembros a través del Fondo Europeo para los Refugiados.

5. UN LARGO CAMINO POR RECORRER

De los diferentes aspectos analizados se deduce una imperante necesidad de consolidar el asilo como un derecho dentro del SECA, con la importante armonización que su culminación debería suponer, pero salvando obstáculos que afectan especialmente al ámbito español y que no son aplazables.

En primer lugar, en este proceso España debe afrontar algunas cuestiones clave que no son aplazables, entre ellas, la especial situación en Ceuta y Melilla como punto de presentación de solicitudes de asilo. En su cuarto informe la ECRI apunta que a partir de 2005 las condiciones en los centros de Ceuta y Melilla mejoraron y que, según los informes recibidos, puede constatarse el acceso al procedimiento de asilo para los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla. Además no se ha recibido información sobre violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el principio de no devolución. Sin embargo, no ha habido mejoras por lo que se refiere a la formación de las autoridades fronterizas y las fuerzas del orden público en Ceuta y Melilla. Ésta sigue siendo una cuestión pendiente (conectada, como se señalaba anteriormente a la medida 110 del I Plan Nacional de Derechos Humanos). Asimismo la ECRI exhorta a las autoridades a que busquen una solución para los no ciudadanos que permanecen en Ceuta y Melilla, una vez rechazadas sus solicitudes de asilo, pero que no

pueden ser “deportados”⁶⁸.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteerem realizó una visita oficial a España en enero de 2013 en la que llamó la atención sobre la situación de colectivos específicos que son frecuentemente marginados, como los inmigrantes y los solicitantes de asilo. En relación con la situación de los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla, el Relator destacó la diferencia de tratamiento que reciben en comparación con las personas que solicitan asilo en distintos lugares de España, en el sentido de que no tienen libertad de movimiento por el territorio español y no se les permite salir hacia la península mientras no se haya tomado una decisión sobre sus peticiones de asilo, que destacó pueden demorar desde seis meses hasta varios años. Esta situación puede estar motivando que algunas personas que necesitan protección internacional no pidan asilo o renuncien a sus solicitudes con tal de cruzar a la península y que arriesguen su vida en el intento en algunos casos. El Relator enfatizó el progreso que se había logrado en España en la lucha contra la discriminación, pero insistió en la necesidad de buscar mecanismos para cuantificar el fenómeno del racismo y la xenofobia y alertó del peligro de que la situación de crisis económica en el país pueda exacerbar actitudes racistas o xenófobas por parte de grupos extremistas que culpabilicen a la población inmigrante de los males de la sociedad. Estas observaciones y recomendaciones del Relator Especial serán reflejadas en su informe ante el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2013⁶⁹.

⁶⁸ ECRI, *Cuarto informe sobre España*, op. cit., pp. 44-45.

⁶⁹ Texto íntegro de la declaración de prensa del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, Sr. Mutuma Ruteere el 28 de enero de 2013 en Madrid, España, 28 de enero de 2013. Disponible en:

Las limitaciones a la entrada en territorio peninsular para los solicitantes de asilo procedentes de Ceuta y Melilla, ha sido objeto de atención por parte del Defensor del Pueblo que instó actuaciones ante la Administración, considerando finalmente que “a juicio de esta institución, la explicación ofrecida en el informe recibido no resulta suficiente para impedir la libre circulación dentro del territorio nacional de los solicitantes de asilo que han visto admitida dicha solicitud”⁷⁰. Finalmente el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha declarado nulas las medidas administrativas de retención en Ceuta aplicadas a las personas cuyas solicitudes de asilo han sido admitidas a trámite⁷¹. Sin embargo, como constata Amnistía Internacional, en 2011 se continuó sin permitir que los solicitantes de asilo llegados a Ceuta y Melilla se desplazaran a la península, a pesar de que dicho Tribunal había reconocido en al menos cuatro resoluciones el derecho de los solicitantes de asilo a circular libremente por el territorio español⁷².

Además los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla son conducidos a los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI), en los que coinciden tanto inmigrantes como solicitantes de protección internacional, con el consiguiente agravio comparativo en relación con los Centros de Acogida a Refugiados (CAR) que se encuentran en la Península.

Las condiciones en las que se encuentran los CETI han sido analizadas por parte del Defensor del Pueblo que evidencia la

<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12953&LangID=S>

⁷⁰ Defensor del Pueblo, Expediente 10003229, 20/04/2010, 07-4CG-MJLR.

⁷¹ Entre otras muchas, STSJA, Rollo 398/2010, de 25 de octubre del 2010; STSJA, rollo 437/2010, de 28 de octubre del 2010; STSJA, Rollo 525/2010, de 10 de febrero del 2011 y la STSJA, Rollo 527/2010, de 13 de enero del 2011.

⁷² Amnistía Internacional, *Informe 2012 Amnistía Internacional. El Estado de los Derechos Humanos en el mundo*, 2012, p. 187.

sobreocupación, las precarias condiciones de las instalaciones y el excesivo tiempo de permanencia en los mismos. Aunque dicha Institución constata que se han realizado esfuerzos para derivar a recursos residenciales o asistenciales más adecuados a personas pertenecientes a colectivos vulnerables, como familias con hijos menores, éstos no han sido suficientes. Los problemas que se señalan son recurrentes, provocando situaciones de hacinamiento como las de las instalaciones del centro de Melilla que con una capacidad de 480 plazas en diciembre de 2012, tenía 905 personas. De igual modo es inaplazable que dichos centros cuenten con una oferta de formación profesional amplia (siendo muy positiva la de alfabetización e informática que se ha realizado en Ceuta) en conexión con el Servicio Público Estatal de Empleo, teniendo en cuenta los largos períodos de permanencia de los residentes⁷³.

En relación a los lugares de presentación de solicitudes de asilo es así mismo fundamental insistir en la introducción en la Ley 12/2009 de un artículo que recoja las condiciones de acceso de las personas que manifiesten su intención de solicitar la protección internacional en embajadas y consulados, para perfeccionar la vía del artículo 38 de la misma, manteniendo la posibilidad que establece el actual reglamento de traslado urgente a España a propuesta del ACNUR, cuando los refugiados individuales reconocidos bajo su mandato se encuentren en situación de alto riesgo o desprotección en un tercer país. En cuanto a las solicitudes en puestos fronterizos, 245 se presentaron en el aeropuerto de Madrid-Barajas y 129 en otros puestos fronterizos nacionales, aunque la OAR no desagrega estos datos por lo que se desconoce el número de solicitudes en según qué puestos fronterizos, ni tampoco datos estadísticos que permitirían un análisis más profundo desde una perspectiva más integral por género, edad, etc. CEAR fue solicitada en 215 casos, referidos a

⁷³ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, op. cit. pp. 148-149.

244 personas, procedentes de 42 países, de donde destacan Siria, con 46 solicitantes, Colombia, 32, Libia, 31, y Palestina, 13⁷⁴.

Por otra parte, algunos cuestiones puntuales han evidenciado hasta qué punto está tensionado el derecho de asilo. Por ejemplo, en el acceso a este derecho es destacable la implementación en septiembre de 2011 por parte de España de la necesidad de visado de tránsito aeroportuario para los nacionales sirios haciendo uso de la normativa europea al respecto. Así el Reglamento CE n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, establece un Código comunitario sobre visados, permitiendo en su artículo 3.2 que en casos urgentes de afluencia masiva de inmigrantes ilegales, un Estado miembro pueda requerir que los nacionales de terceros países estén en posesión de un visado de tránsito aeroportuario al transitar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos situados en su territorio. Los Estados miembros notificarán a la comisión tales decisiones antes de su entrada en vigor así como la supresión de tal requisito de visado de tránsito aeroportuario. Esta medida fue seguida en 2012 por Reino Unido. En un momento en que Siria está en una situación de conflicto, se puede cuestionar si dicha medida, que materialmente dificulta el acceso al territorio español, es compatible con las obligaciones en materia de protección internacional.

El asilo está pensado para ofrecer una tipo de protección que, por su propia naturaleza, ha de ser ajena a interpretaciones de índole más política que jurídica que lo desvirtúan. Por ello puede ser útil volver sobre cuestiones que no han quedado zanjadas como la protección internacional en España de los nacionales de países miembros de la Unión Europea, puesto que puede no considerarse satisfactoria respuestas argumentadas como la

⁷⁴ CEAR, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012*, op. cit., 185-186.

mencionada del defensor del pueblo para mantener el carácter constitucional y garantista de esta medida exclusión.

De igual forma cabe insistir en la necesidad de una especial protección desde los parámetros de asilo de los tres colectivos especialmente vulnerables que se han mencionado: mujeres sometidas a trata, MENA y polizones.

En el Informe de 2102 del Defensor del pueblo se constata que la concreción de las recomendaciones continúa estando pendiente, y que existe una confusión en la actuación policial al formular la propuesta del período de restablecimiento y reflexión, una vez que se activa el Protocolo Marco durante la tramitación del procedimiento de asilo. En lugar de identificar la existencia de indicios de trata, en un primer contacto se pretende determinar si existen indicios que conduzcan a la identificación del autor del delito de trata. El Defensor del Pueblo recalca la importancia de apreciar en el primer contacto que existen indicios suficientes de que la persona es una potencial víctima de trata, con la finalidad de suspender la devolución al país de origen y la propuesta del período de restablecimiento y reflexión con el fin de completar el proceso de identificación⁷⁵.

En cuanto a los MENA las diferentes controversias acerca de la determinación de la edad hacen especialmente importante la presunción de la minoría de edad y el derecho del menor a ser oído. Cuando existan dudas sobre la minoría de edad, la especial vulnerabilidad de este colectivo junto a la necesidad de una especial protección irrenunciable, hace que deban extremarse todas las medidas para que la prueba de edad sea lo más fiable posible y que no se obvie el testimonio del implicado garantizando el principio del interés superior del menor.

Por último, a la vista de algunas aparentes irregularidades en relación a la evaluación imparcial de las solicitudes de

⁷⁵ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, op. cit., p. 54. d) y p. 171.

protección internacional, debería tomarse alguna medida adicional para reforzar la protección de las personas solicitantes de asilo en España. Desde CEAR se plantea que dicha evaluación se realice, desde el punto de vista de la información del país de origen del solicitante (COI), a través de la creación de una comisión de expertos, con una dotación que permita el funcionamiento de una oficina permanente, encuadrada en los mecanismos de seguimiento y evaluación del Plan Nacional de Derechos Humanos. La misma debería tener carácter paritario, estando compuesta por representantes propuestos por los ministerios con competencias en la materia y de organizaciones de la sociedad civil. Esta comisión de expertos elaboraría informes periódicos sobre distintos países en aplicación de las normas sobre COI y los dictámenes sobre materias o casos específicos que fueran sometidos a su estudio por las partes⁷⁶.

Asimismo, la ECRI ha recomendado a las autoridades españolas que prosigan sus esfuerzos para brindar información sobre el procedimiento de asilo a todos los recién llegados a los CIE mediante la distribución de folletos en otras lenguas, en particular las africanas. Asimismo recomienda la simplificación de dichos folletos para facilitar su comprensión, siendo fundamental el papel de los trabajadores sociales tanto en el apoyo psicológico, como en la ayuda práctica para comprender y tener acceso al procedimiento de asilo. También recomienda mejorar el acceso a los CIE por parte de los abogados y que se incremente la presencia de trabajadores sociales en dichos centros⁷⁷, aspectos todos ellos que podrían tomarse en consideración al menos en un futuro reglamento. En efecto, la prioridad de un reglamento ajustado a la normativa actual permitiría afrontar algunos de los aspectos débiles y amenazas que afectan al ejercicio efectivo del derecho de asilo.

⁷⁶ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, op. cit., p. 186.

⁷⁷ ECRI, *Cuarto informe sobre España*, op. cit., p. 40.

Al mismo tiempo, la consolidación del SECA puede ofrecer la fortaleza y oportunidad que el asilo necesita para ser un verdadero derecho.

Bibliografía citada

ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006.

_____, *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o protocolo de 1967 sobre el estatuto de los Refugiados*, 2009.

_____, *Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas*, 2010.

_____, *La protección de los refugiados y la migración mixta: el Plan de los 10 puntos en acción*, febrero de 2011.

_____, *Menores no acompañados y la protección de asilo*. 2012.

_____, *Avanzando en materia de asilo en la UE: Recomendaciones de ACNUR a Irlanda para su Presidencia de la Unión Europea*, Enero - junio de 2013.

AESO, European Asylum Support Office, *Informe Anual de 2011 sobre la situación del asilo en la unión Europea y las actividades de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo*, 2012.

AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS

FUNDAMENTALES, *Separated, asylumseeking children in European Union Member States*, 2010.

ALLAND, D. et TEITGEN-COLLY, C., *Traité du droit d'asile*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 224-232.

AMINISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2012 Amnistía Internacional. El Estado de los Derechos Humanos en el mundo*, 2012.

AÑÓN ROIG, M. J., “Integración: una cuestión de derechos”, *Revista Arbor* 477, 2010, pp. 625-638.

ARENAS HIDALGO, N., “El derecho de asilo en el marco de las políticas comunitarias de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización”, *Revista de Estudios Europeos*, 2008, pp. 125-146

BHABHA, J. y ALFIREV, Ch., *Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional*, PPLAS/2009/03, Octubre de 2009.

BOZA MARTÍNEZ D.; DONAIRE VILLA, F. J. Y MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 597-629.

CARLIER, J. Y., *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, Cours à l'Académie de droit international de la Haye, Tome 332, (2007), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 76-130.

CEAR, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012*, Madrid, Catarata, 2012.

CHRISTENSEN, T. M., *Trata con fines de explotación sexual: protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*, Informe de Investigación nº 16, ACNUR, Abril 2011.

CRAWLEY, H. *“When is a child not a child? Asylum, age disputes, and the process of age assessment”*, London, Immigration Law Practitioners’ Association (ILPA), 2007.

DE LUCAS, J., “Fundamentos filosóficos del derecho de asilo”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 4, 1995, pp. 23-56.

_____, “La crisis y la política de inmigración y asilo: tiempos (más) difíciles”, *Página abierta*, nº 201 (marzo-abril) 2009, pp. 41-50.

_____, “Dos test sobre la consistencia del Estado de Derecho. Ante los proyectos de reforma de asilo y extranjería”, *Jueces para la democracia*, nº 64, 2009, pp. 15-23.

_____, “Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”, en AA. VV., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Bilbao, Eurobask, Bilbao, 2012, pp. 11-91.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Annual 2010*.

_____, *Menores o Adultos. Procedimientos para la determinación de la edad*, 2011.

_____, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*,

2012.

_____, *Informe Anual 2012*.

DUFFY, A., “Expulsion to face torture. *Non refoulement* in International Law”, en *International Journal of Refugee Law*, vol 20, n° 3, 2008. pp 373-390.

ECRI, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia,

_____, *Tercer informe sobre España*, 14 de junio de 2005, pp. 36-38 .

_____, *Cuarto Informe sobre España*, de 8 de febrero de 2011.

FULLERTON, M. “Inadmissible in Iberia: The Fate of Asylum Seekers in Spain and Portugal”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, issue 4, 2005, pp. 659-687.

GARCÍA AÑÓN, J., “ Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación por perfil étnico”, en GARCÍA AÑÓN, J. y RUIZ SANZ, M. (eds), *Discriminación racial y étnica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 281-316.

GYULAI, G. y ROSU, T., *Structural Differences and Access to Country Information (COI) at European Courts Dealing with Asylum*, Hungarian Helsinki Committee, 2011.

GUILD, E. y CARRERA, S., “Towards the Next Phase of the EU’s Area of Freedom, Security and Justice: The European Commission’s Proposals for the Stockholm Programme”, *CEPS policy brief*, N° 196/20, agosto 2009, pp. 1-11.

LAUTERPACHT, E. et BETHLEHEM, D. “Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement”, en FELLER, E. TÜRK, V. et NICHOLSON, F (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruselas, Larcier, 2008, pp. 174-181.

MCADAM, J” The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *International Journal of Refugee Law*, volumen 17, number 3, 2005, pp. 416-516.

MIGREUROP, *En los confines de Europa. La externalización de los controles migratorios. Informe 2010-2011*, marzo 2012, pp. 38-44.

MINISTERIO DEL INTERIOR, *Balance 2011 de la lucha contra la inmigración ilegal*, Febrero 2012.

_____, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2011*, Julio 2012.

_____, *Asilo en cifras 2011*, Julio 2012.

_____, Unidad Central de Seguridad Privada, *Informe sobre custodia de polizones*, Informe UCSP nº: 2009/007, 16 de julio de 2009.

MINISTERIO FISCAL, *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante*, Volumen I y II, Madrid 2012.

MORGADES GIL, S., “El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH. TEDH-Sentencia de 201.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. C. Bélgica y Grecia, 30696/09”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 41, 2012, pp. 183-204.

PAPADIMITRIOU, P. N., PAPAGEORGIOU, I. F., “The New ‘Dubliners’: Implementation of European Council regulation 343/2003 (Dublin II) by the Greek Authorities”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 18, n°. 3, 2005, pp. 299-318.

PASCOAU, Y., *La politique migratoire de l’Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, Bayonne, Fondation Varenne, 2010, pp. 104 y ss.

ROMÁN LUJÁN, B. “La nueva ley de asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria)”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n°. 22, 2009, pp. 147-160.

RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Juntos pero no revueltos. Sobre diversidad cultural, democracia y derechos humanos*, Madrid, Maia, 2011.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura”, *Revista española de derecho internacional*, volumen 60, n° 1, 2008, pp. 11-38.

_____, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de asilo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 18, 2009, 32 pp.

SANTOLAYA MACHETTI, P., “El sistema común de asilo y su recepción en España”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 12, 2006, pp. 83-88.

SAVE THE CHILDREN, UNICEF, *Declaración de buenas prácticas, Separated Children in Europe Programme*, 2004.

SOLANES CORELLA, A., “Un decálogo sobre la crisis del asilo

en España”, *Sistema*, n° 218, 2010, pp. 103-122.

TEITGEN-COLLY, C., “The European Union and Asylum: an illusion of protection”, *Common Market Law Review*, n° 43 (6), 2006, pp. 1503-1566.

TRUJILLO, A. J. y ORTEGA, J. M., (coords.), *Inmigración y asilo: problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*, Madrid, Ediciones Sequitur, 2010.

UÇARER, E. M., “Burden-Shirking, Burden-Shifting, and Burden-Sharing in the Emergent European Asylum Regime”, *International Politics*, n° 43, 2006, pp. 219-240.