

EL DERECHO DE ASILO Y LA CONDICIÓN DE REFUGIADO: BALANCE DE 26 AÑOS DE DESARROLLOS LEGISLATIVOS

RIGHT OF ASYLUM AND REFUGEE STATUS:
BALANCE OF 26 YEARS OF LEGISLATIVE DEVELOPMENT

NICOLÁS PÉREZ SOLA
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 14-6-2010
Fecha de aceptación: 16-12-2010

Resumen: *El derecho de asilo (art. 13.4 CE), ha operado una cierta evolución a la par que el fenómeno de la inmigración y el tratamiento jurídico de la extranjería, tanto en nuestro país como en los de nuestro entorno. Además, el incremento de los flujos migratorios en Europa ha condicionado las respuestas estatales sobre la política de asilo y refugio, que han experimentado desde la década de los años ochenta del siglo pasado una considerable restricción. Desde la opción inicial del constituyente en torno a su configuración legal, hasta la proliferación de instrumentos de protección temporal por causas humanitarias, la actual regulación de asilo y refugio y sus carencias, es consecuencia de nuestra adaptación a la política común de asilo de la Unión Europea, si bien cada sistema, es obvio, presenta características específicas. Así, en nuestro caso el sistema de asilo está vinculado al incremento de flujos inmigratorios de carácter mixto, como a consideraciones de política migratoria. La nueva regulación en materia de asilo y protección subsidiaria aquí comentada precisará de desarrollo reglamentario, así como de aplicación administrativa e interpretación jurisprudencial para evidenciar todas sus potencialidades, ya que su reciente entrada en vigor sólo nos ha permitido una evaluación teórica, en la que debemos destacar el esfuerzo garantista en los procedimientos, la concreción conceptual y la casi completa equiparación entre asilo y protección subsidiaria.*

Abstract: *The right of asylum (art. 13.4 Spanish Constitution), has undergone an evolution like immigration and the legal treatment of foreigners, both at our country and in other European countries. Moreover, the increase of migration flows in Europe has conditioned state responses on asylum and refugee policy,*



which have experienced since the early eighties of last century a considerable restriction. Since the initial choice of constituents around legal settings of the right to the proliferation of temporary protection instruments for humanitarian reasons, the current asylum and refugee regulations and shortcomings is a consequence of our adaptation to the common asylum policy of the European Union, although each country system has obviously special features. Thus, in Spain the asylum system is linked to increased mixed migratory flows in nature, and to immigration policy considerations as well. The new regulation on asylum and subsidiary protection discussed here will require enabling legislation and administrative implementation and judicial interpretation to show its full potential, since its recent enforcement only has allowed a theoretical evaluation, which highlights safeguarding effort in procedures, conceptual clarification and almost complete equivalence between asylum and subsidiary protection.

Palabras clave: asilo, refugio, protección subsidiaria
Keywords: asylum, refugee, international portection

1. LA REGULACIÓN INICIAL DEL ASILO Y REFUGIO: LA LEY 5/1984 REGULADORA DEL DERECHO DE ASILO Y LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

El alcance y contenido del derecho de asilo, que se reconoce en un escueto precepto constitucional (art. 13.4 CE)¹, ha operado una cierta evolución a la par que el fenómeno de la inmigración y el tratamiento jurídico de la extranjería, tanto en nuestro país como en los de nuestro entorno. Además, el incremento de los flujos migratorios en Europa ha condicionado las respuestas estatales sobre la política de asilo y refugio, que han experimentado desde la década de los años ochenta del siglo pasado una considerable restricción.

Desde la opción inicial del constituyente en torno a su configuración legal, hasta la proliferación de instrumentos de protección temporal por causas humanitarias, la actual regulación de asilo y refugio y sus carencias, es consecuencia de nuestra adaptación a la política común de asilo de la Unión Europea, si bien cada sistema, es obvio, presenta características específicas. Así, en

¹ Aun cuando el reconocimiento constitucional se haya llevado a cabo con "timidez", es evidente que se ha operado "una constitucionalización del mismo", como tempranamente apuntó López Garrido, que no queda desvirtuada por la remisión al legislador para su configuración concreta. D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Trotta 1991, pp. 205-206.



nuestro caso el sistema de asilo está vinculado al incremento de flujos inmigratorios de carácter mixto, como a consideraciones de política migratoria.

Una vez aprobada la Constitución, el derecho de asilo fue objeto de una regulación inicial a través de dos Ordenes del Ministerio del Interior, en las que la denominación que se empleaba era la relativa a la condición de refugiado. La Ley 5/1984 constituye la primera disposición con rango legal en esta materia, que fue objeto de desarrollo a través del Real Decreto 511/1985 que aprobaba el Reglamento de aplicación de aquélla. Este bloque normativo ha constituido la regulación del derecho de asilo y refugio durante casi un decenio. El tratamiento en esta norma resultaba ciertamente atípico, por la dualidad en el reconocimiento de dos figuras de protección, el derecho de asilo y la condición de refugiado. Tampoco se hizo explícita en sede parlamentaria la razón de su regulación diferenciada. Quizá el legislador no fue ajeno a las obligaciones que emanan de la Convención de 1951 y, por tanto, prefirió entonces dejar delimitado el ámbito derivado de los compromisos internacionales, de la esfera discrecional del Estado que suponía la concesión del asilo. Ésta, por tanto, parece ser la razón fundamental que llevó al legislador a regular de modo diferenciado las figuras del asilo y refugio, y dar respuesta a la obligación contraída por el Estado español como parte firmante de la Convención de Ginebra y sujeta a la concesión del refugio en los términos establecidos en ella.

El derecho de asilo se concebía como la protección graciable dispensada por el Estado en el ejercicio de su soberanía a los extranjeros incursos en las circunstancias previstas en la propia norma. De una parte, sin negar la discrecionalidad de los Estados para su reconocimiento, se hacía mención expresa por el legislador al sufrimiento de persecución en sentido amplio o por la defensa de derechos y libertades fundamentales o por la lucha contra sistemas no democráticos. De otra, las causas que justificaban la petición de asilo, en casi nada diferían de las contempladas en la Convención de Ginebra, a no ser por el supuesto que introdujo el legislador nacional relativo a razones humanitarias². En efecto, el legislador contempló la posibilidad de

² Para el reconocimiento del derecho de asilo por razones humanitarias, la jurisprudencia había señalado la concurrencia de una “especial cualificación” de las razones invocadas por el solicitante que justificasen su reconocimiento a la luz del principio de solidaridad internacional “proyectada sobre el valor fundamental de la dignidad de la persona humana”; de tal manera que, solamente con la presencia de estos valores resultaría fundamental la existencia de razones humanitarias para su concesión (STS 30.3.1993).

otorgar el asilo por razones humanitarias, que se concretaba en un permiso de residencia temporal susceptible de revocación a los seis meses de su concesión (arts. 3.3 y 14).

En cualquier caso, parecía claro que el reconocimiento de la condición de refugiado implicaba un determinado grado de protección jurídica, si bien ésta debía entenderse de menor alcance e intensidad que la derivada de la concesión del derecho de asilo. En lógica coherencia con el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos en el caso del refugio, y en sintonía con la voluntad discrecional del Gobierno para conceder el asilo. No obstante quedaba abierta la posibilidad de otorgar el permiso de trabajo y de residencia para las personas que hubieren obtenido esta condición, siempre que lo solicitasen para ejercer una profesión lucrativa (art. 22.3). Incluso, la obtención de la condición de refugiado constituía uno de los requisitos legales para la posible obtención del asilo, de tal modo que en numerosos casos, como demostró la experiencia, aunque el objeto último del peticionario era la obtención del asilo, solicitaba en primer lugar el reconocimiento de la condición de refugiado, por resultar más fácil demostrar la concurrencia de los requisitos objetivos previstos en la Convención. Sin embargo, constituía un contrasentido a efectos de encontrar una definición conceptual precisa de cada una de estas figuras, considerar una fundamentación suficiente para la consecución del asilo, el reconocimiento de la condición de refugiado.

Quizá la manifestación esencial de la protección a los solicitantes recogida en esta norma se encontraba en el artículo 4.2 que garantizaba la admisión provisional cuando se formulase en frontera de cualquier petición de protección, dando cumplimiento al principio de non-refoulement³, que impedía la expulsión “a un país donde la persona expulsada” pudiera “tener motivos fundados para temer persecución o castigo” (art. 17.2). Este aspecto resultó determinante para abordar con posterioridad la reforma de la Ley 5/1984 ante el incremento de solicitudes y la dificultad de garantizar adecuadamente su permanencia en el territorio nacional, en tanto se resolvía el correspondiente expediente administrativo. De hecho, en aplicación de esta previsión legal una vez en territorio nacional el solicitante de asilo prácticamente consolidaba su situación de permanencia en el mismo.

³ “Ningún estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras del territorio donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas” (art. 33.1).



La formalización de la solicitud de asilo, como de la de refugio, llevaba aparejada la extensión de una tarjeta provisional de identidad válida para tres meses y renovable hasta que se tomase la resolución que pusiera fin al expediente. De la presentación de la solicitud podrían derivarse también prestaciones sociales y económicas a percibir por el solicitante, para el tiempo que tardase la tramitación del expediente en concluir.

La constatación de la existencia de “fundados temores” constituía el eje central del procedimiento. Sin embargo, esta formulación contenida en la Convención de Ginebra y luego también recogida en el Reglamento de desarrollo de 1985, exigía una interpretación por los órganos administrativos y jurisdiccionales no exenta de dificultades. La relevancia del concepto de perseguido político devenía en elemento esencial para la concesión del asilo o el reconocimiento del refugio. La presencia de este concepto jurídico indeterminado dejaba un margen de apreciación a la administración, aunque los propios tribunales debían constatar la existencia o no de fundados temores⁴. Por consiguiente, el carácter político de la persecución admitía una amplia comprensión, como ha reflejado la jurisprudencia, si bien parecía que debía entrañar un cierto riesgo personal en todo caso. La constatación exigía la apreciación de un elemento claramente objetivo y objetivable, la fundamentación que se determinaba a partir del ejercicio de contraste entre lo declarado, las circunstancias personales y la experiencia vivida, así como su posible pertenencia a credo, etnia o formación política que le hubiera podido derivar este temor. Como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo, se entendía fundado ese temor si el demandante podía demostrar en una medida razonable, la imposibilidad de desarrollar una existencia pacífica en ese país, aunque directamente no le hubiera afectado a él pero sí a personas de su entorno⁵.

El efecto principal que se derivaba del reconocimiento de la condición de refugiado, conforme a la Convención de 1951, era la no devolución que

⁴ La presencia de conceptos jurídicos indeterminados en la norma no presupone, en ningún caso, la discrecionalidad de la Administración en su actuación. Bien es cierto que, su ubicación en la órbita de la soberanía del Estado y su exclusión de la vía de amparo constitucional, pueden acentuar su perfil de derecho “debilitado”, pero en todo caso “sujeto al control jurisdiccional de las acciones gubernamentales”. D. LÓPEZ GARRIDO, op. cit, p. 176.

⁵ La jurisprudencia ha huido de establecer criterios de general aplicación o interpretación complementaria de la norma, “para atender a las características específicas de cada situación, con sus peculiaridades, y así obtener la convicción precisa y necesaria para otorgar el régimen solicitado” (SSTS 28.9.1988, 4.3.1989, 20.1.1992 y 30.3.1993 entre otras).



implicaba para el Estado español la prohibición de expulsar, devolver o poner al refugiado en la frontera del territorio en el que su vida o libertad peligrase por las razones ya expuestas, que hacían justificable el reconocimiento de esta condición. Respecto de los restantes efectos de la concesión de asilo o el reconocimiento del refugio, latía en aquella regulación una contradicción evidente entre el reconocimiento del asilo, que implicaba la extensión automática a su titular de determinados beneficios como el permiso de residencia y el permiso de trabajo, que sin embargo, solo se le podía extender a quien se le reconociese la condición de refugiado como una mera posibilidad. La concesión del asilo llevaba aparejada la expedición por la Comisaría General de Documentación de un documento de identidad que le habilitaba para residir en España y tenía una validez indefinida mientras mantuviese la condición de asilado en nuestro país. La concesión de asilo implicaba, asimismo, autorización para el desarrollo de actividades laborales, profesionales y mercantiles en nuestro territorio, si bien, se establecía que cuando concurriesen circunstancias excepcionales ya fueran políticas, económicas o sociales, las autoridades correspondientes podrían denegar con carácter general la concesión de la autorización de residencia y trabajo. También, conllevaba la concesión del asilo la expedición del documento de identidad y si fuere preciso del documento de viaje.

El reconocimiento de la condición de refugiado no conducía automáticamente a la concesión del permiso de residencia y de trabajo. En este aspecto era apreciable la diferencia entre la regulación del derecho de asilo y la condición de refugiado. En este último caso, se precisaba por el Reglamento de desarrollo la necesidad de solicitar el permiso de residencia, puesto que sólo obtenía de la Comisaría General de documentación un título de viaje y, en el caso de no obtenerlo, si no se justificaba suficientemente su permanencia en España, se podría proceder a la revisión del expediente y, en su caso, a la expulsión. La tramitación del permiso de residencia se llevaba a cabo por el procedimiento ordinario, si bien debía formularse su solicitud con antelación a la caducidad del título de viaje de al menos tres meses. Para la obtención del permiso de trabajo, se precisaba la solicitud pertinente, su concesión quedaba totalmente condicionada por la situación del mercado laboral, extremo este que dificultaba su expedición.

La denegación de la solicitud de refugio implicaba un estatuto jurídico semejante al del extranjero. La decisión adoptada por el Ministro del Interior agotaba la vía administrativa, y era susceptible de recurso contencioso-



administrativo, por el procedimiento previsto en la Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. No estaba previsto ese recurso ante la denegación de asilo, toda vez que ésta descansaba en el carácter graciable de su concesión por el Gobierno. Así se preveía en la Ley 5/1984 el recurso de alzada ante el Consejo de Ministros frente a la resolución del Ministro del Interior y la resolución del Consejo de Ministros era susceptible de recurso de súplica ante el mismo. Ahora bien, se precisaba que las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo y las del Gobierno que revocasen el asilo serían recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta mención legal fue pronto interpretada desde la doctrina y, confirmada después por la jurisprudencia, en el sentido de ser de aplicación el recurso contencioso-administrativo sumario y preferente contenido en la Ley 62/1978 ante la resolución denegatoria de la concesión de asilo, por lo que adquiriría carta de naturaleza el control de la discrecionalidad de la administración en materia de asilo⁶.

Cierto es que la decisión discrecional podía encontrar su justificación en criterios extrajurídicos, atendiendo a razones de oportunidad o de convivencia o seguridad nacional no predeterminados por la ley, pero debían constar en la correspondiente resolución administrativa y, necesariamente resultar avalados por la existencia de datos objetivos concordantes con la realidad fáctica⁷. De igual modo, la discrecionalidad estaba limitada por los instrumentos internacionales suscritos por el Estado español y, entre ellos, el principio de no devolución; como se ha señalado, la administración no estaba obligada a conceder el asilo, pero el peticionario si tenía derecho a solicitarlo y obtenerlo.

En el mismo sentido, para el reconocimiento del derecho de asilo por razones humanitarias, la jurisprudencia había exigido la concurrencia de una especial cualificación de las razones invocadas por el solicitante, que justificasen su reconocimiento a la luz del principio de solidaridad internacional, proyectada sobre el valor fundamental de la dignidad de la per-

⁶ “(...) es cierto que el asilo es una protección graciable que dispensa el Estado, mas esto no significa que en los casos en que se den los supuestos en que por las circunstancias del solicitante y del país perseguidos no haya de otorgarse el asilo; se reconoce un área de discrecionalidad, no de arbitrariedad, y siempre existe control judicial sobre el uso de dichas facultades” (STS 4.3.1989).

⁷ STS 30.3.1993.



sona humana, de tal manera que, solamente con la presencia de estos valores resultaría fundamentada la existencia de razones humanitarias para su concesión. Cabe decir, que tras las sucesivas reformas legales ha permanecido la consideración de las razones humanitarias como vía para autorizar la permanencia en el territorio aun cuando no se concediese la protección solicitada.

Ahora bien, los perfiles confusos que delimitaban ambas figuras⁸, la pluralidad de consecuencias derivadas de su reconocimiento y la necesidad de homogeneizar nuestro sistema de asilo con los de los Estados de nuestro entorno, entre otros, obligó a abordar una reforma a fondo del mismo⁹.

2. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 9/1994

La reforma operada por la Ley 9/1994 respondía, de un lado, a la necesidad de hacer frente al “efecto de atracción de inmigrantes económicos hacia el sistema de asilo”¹⁰, así como a la conveniencia de adecuar la legislación en la materia a la “progresiva armonización” por los Estados miembros auspiciada desde la Comisión Europea, y “garantizar la celeridad en el examen individualizado de las solicitudes” de protección, con el objeto de desestimar rápidamente aquellas solicitudes consideradas manifiesta-

⁸ “(...) de ahí que no puedan, sin más emplearse como términos sinónimos en su contenido jurídico propio” (STS 4.10.1993). Es decir, en tanto que el reconocimiento de la condición de refugiado se movía en un terreno más indeterminado, para el reconocimiento del derecho de asilo, se requería “una mayor concreción” (STS 29.3.1993).

⁹ Considera Santolaya que el progresivo control jurisdiccional de la actuación administrativa en materia de asilo “ha producido una nueva confluencia entre asilo y refugio”, situando al primero de ellos, en “las concretas condiciones en las que obtiene y se ejerce el estatuto de refugiado de acuerdo a la normativa interna” de los Estados que han suscrito la Convención de Ginebra. P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex nova, Valladolid, 2001, p. 182.

¹⁰ Los datos son suficientemente relevantes para entender el alcance de la reforma. Los solicitantes de asilo experimentaron un incremento considerable durante la vigencia de la Ley de 1984 como se constata en la siguiente secuencia: 1.400 (1.983), 1.100 (1.984), 2.300 (1.985), 2.300 (1.986), 2.500 (1.987), 4.156 (1.988), 4.077 (1.989), 8.667 (1.990), 8.138 (1.991), 11.708 (1.992), 12.615 (1.993) y 11.992 (1.994). Significativamente se produce una reducción de solicitudes con la reforma legislativa que se concretan en los siguientes datos de solicitantes: 5.678 (1.995), 4.730 (1.996), 4.975 (1.997), 6.766 (1.998), 8.405 (1.999), 7.926 (2.000), 9.490 (2.001), 6.309 (2.002), 5.918 (2.003), 5.533 (2.004), 5.257 (2.005), 5.297 (2.006), 7.664 (2.007) y 4.517 (2.008).

mente infundadas¹¹. Esta reforma implicó, de un lado, la supresión de la doble regulación de asilo y refugio que no estaba presente en los países de nuestro entorno, e introdujo una fase de admisión a trámite en el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado inspirado en las orientaciones de la Unión Europea, en orden a la creación de un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Se eliminaba pues la posibilidad absolutamente discrecional por parte del Gobierno de reconocer el asilo, reconviniendo la cuestión a los estrictos términos de la Convención de Ginebra de 1951.

El panorama normativo introducido por la reforma operada por la Ley 9/1994 se debe completar con una breve referencia a la trasposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 2001/55 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, que ha permitido la configuración de un estatuto de protección temporal. En efecto, a través del Real Decreto 1325/2003 por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, se ha formalizado la protección temporal en el marco del nuevo estatuto del desplazado.

2.1. El procedimiento de admisión a trámite

El procedimiento de admisión a trámite ha posibilitado a la administración, durante el período de vigencia de esta norma, el rechazo de cuantas demandas se han considerado manifiestamente infundadas por los diversos motivos previstos en ella. En primer lugar, por la mera aplicación de los artículos 1.f y 33.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. Es decir, que el solicitante de asilo hubiere cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o contra la humanidad, o un delito común u otro acto contrario a los principios de las Naciones Unidas. Además la citada Convención expresamente, excluye su aplicación al “refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva

¹¹ La necesidad de poner fin a la entrada inmediata del solicitante de asilo en territorio nacional y su permanencia en él constituía una vía “para sortear” la legislación de extranjería que requería su supresión. P. SANTOLAYA MACHETTI, op. cit., p. 184.

por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”¹². Bien es cierto que apreciar el peligro para la seguridad del país incorpora un elemento de cierta discrecionalidad pero los órganos jurisdiccionales han realizado un considerable esfuerzo de concreción al señalar que “solo motivaciones convincentes pueden justificar la restricción” del derecho de asilo. En segundo lugar, cuando en la solicitud de asilo no constase la concurrencia en la persona del peticionario de causa alguna de las que justificasen la concesión de la condición de refugiado.

En tercer lugar, era objeto de inadmisión la solicitud que fuese reiteración de otra anterior ya desestimada, siempre que no se acreditasen nuevos acontecimientos en el país de origen que justificasen una situación diferente en la persona del peticionario, respecto a la anterior petición. Aun cuando se trataba de dos supuestos diferentes, el legislador recogía también como causa de inadmisión de la solicitud que ésta se basase en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsas, inverosímiles o que careciesen de vigencia actual y, por tanto, no fuesen merecedores de protección. En este sentido, ha sido habitual que por parte de la administración no se distinguiese entre ambos supuestos a la hora de acordar la inadmisión, aun cuando en la mayoría de las ocasiones en que se ha resuelto la inadmisión se ha fundamentado en estos supuestos.

Igualmente, no era objeto de admisión a trámite la petición de asilo cuando no correspondiese al Estado español su examen conforme a lo previsto en los Convenios Internacionales de los que España fuese parte (art. 5.6.e). Ahora bien, la resolución que contuviese la inadmisión debía especificar el Estado competente para la resolución de dicha petición, para evitar los refugiados en órbita. Además, el Estado español tenía que constatar previamente que éste había aceptado dicho examen, así como que por su parte se otorgarían garantías suficientes respecto a la protección de su vida y libertad de conformidad con lo estipulado en la Convención de Ginebra, mientras que el demandante se encontrase en su territorio. Los instrumentos comunitarios de referencia en este ámbito han sido desde su aprobación hasta la actualidad el Reglamento 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 nacio-

¹² “(...) no puede dispensarse el derecho de asilo, y la protección que comporta, cuando se realizan actividades incompatibles con esta institución de auxilio internacional” (SSTS 11.12.2009 y 18.12.2009).



nal de un tercer país¹³, así como el sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín¹⁴. Este sistema se basa esencialmente en la determinación a priori de la correspondencia en el examen de la solicitud de asilo al Estado en el que en primer lugar se formuló la solicitud, en su caso diferida. Entre los elementos destacados del mismo hacemos aquí referencia al establecimiento de unos plazos en el procedimiento más breves. En efecto, uno de los objetivos que se persigue es lograr “una determinación rápida de los Estados miembros responsables con el fin de garantizar un acceso efectivo a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y no comprometer el objetivo de celeridad en la tramitación de las solicitudes de asilo.

Finalmente, correspondía la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo cuando su signatario disfrutase de la condición de refugiado y tuviese derecho a residir en un tercer Estado o a solicitar el asilo en aquél, o procediese de tercer Estado en el que pudo demandar el asilo (art. 5.6.f). Ahora bien, en el tercer Estado debía estar plenamente garantizada su vida y libertad y no estar expuesto a torturas o a tratos inhumanos o degradantes, así como gozar de protección suficiente para no ser devuelto al país en el que sufrió persecución. En todo caso, la admisión a trámite de la solicitud de asilo, conllevaba la expedición de una tarjeta provisional de solicitante de asilo, que le autorizaba para permanecer en nuestro país durante el tiempo de la tramitación del expediente.

La reforma operada en la ley de 1994 que se contiene en la Disposición adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incorporó una nueva causa de persecución. En efecto, la citada reforma precisaba que “lo dispuesto en el apartado 1 del artículo será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivo de género”. Esta reforma legal respondía a una realidad ya acogida tímidamente por la administración y los tribunales.

¹³ Reglamento 343/2003 y su Reglamento 1560/2003 de aplicación 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 país.

¹⁴ Reglamento 407/2002 por el que se establecen determinadas normas de desarrollo del Reglamento 2725/2000 de creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.



Constituyó esta reforma la muestra inequívoca de la necesaria actualización en la interpretación y aplicación de los motivos de persecución contenidos en la Convención de Ginebra de conformidad con la realidad de las nuevas formas de persecución, entre las que podemos señalar la persecución por motivos de género¹⁵ que sufren las mujeres en numerosos países por razones “morales o religiosas”. En otras ocasiones, la persecución puede encontrar su origen en agresiones de carácter sexual a mujeres por hipotéticos “motivos de honor”. Especialmente relevante resulta la mutilación genital femenina¹⁶, así como la imposición y celebración de matrimonios forzosos fundados en tradiciones culturales o consideración económica. También vinculados con esta tipología de persecución cabía incluir la persecución por motivo de la orientación sexual.

Así, respecto de la persecución por causa de género es significativo el fallo recaído en la STS 23.6.2006 que se hacía eco de otros pronunciamientos anteriores en los que en diversas ocasiones los Tribunales habían considerado que “una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnerase de forma evidente y grave sus derechos humanos”, era causa de asilo (STS 7.7.2005). De tal modo que la persecución por razón de sexo resultaba “encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales” (SSTS 31.5.2005, 9.9.2005 y 10.11.2005). En el caso concreto de concurrir “una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse” revestía “carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales” (STS 28.2.2006).

De la presentación de la solicitud se podía derivar el disfrute de determinadas prestaciones sociales, incluso la posibilidad de trabajar, como reco-

¹⁵ “(...) el hecho de ser mujer soltera y madre de dos hijos ha sufrido en su país de origen discriminación social y postergación laboral. (...) pudiéramos hallarnos ante una persecución por razón de género, incardinable entre las persecuciones sociales” (STS 15.02.2007).

¹⁶ Quizá uno de los casos que ha alcanzado más relevancia mediática ha sido el resuelto por la SAN 23.3.2006 que si bien no constató la persecución por razón de sexo, si resolvió la concesión por razones humanitarias, tras haber sufrido ablación del clítoris una mujer en Nigeria, aplicándose la doctrina de la STS 28.10.2005 a través de la existencia de “circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos que son inherentes a la persona para el caso de que ésta hubiera de retornar a su país”. La apreciación de la concesión por razones humanitarias se fundamentó en la consideración de que si “la demandante volviese a su entorno social, se encontraría razonablemente en una situación de rechazo o al menos incomprensión familiar por no aceptar pautas de comportamiento familiares y sociales que la condujeron a la ablación, acreditada en autos”.



gía el Reglamento de extranjería¹⁷. También podían recibir la asistencia social desde el momento de la presentación de la solicitud de asilo los integrantes de grupos vulnerables de población (familias monoparentales, ancianos, minusválidos, etc.). Cuando los solicitantes de asilo fuesen menores de dieciocho años y se encontrasen en situación de desamparo, quedaban bajo la protección de los servicios competentes, siéndole comunicada su situación al Fiscal, igualmente se les nombraba tutor que los representaba en el expediente correspondiente.

La resolución declarando la inadmisión a trámite era susceptible de reexamen, que estaba justificado cuando se aportasen hechos nuevos o cuando se especificase de forma más detenida los hechos que motivaron la petición. El efecto inmediato de la inadmisión a trámite era la notificación de la inadmisión, que iba acompañada de la orden de salida obligatoria del solicitante o de su expulsión a tenor de las circunstancias que concurriesen, salvo que cumplierse los requisitos exigidos por la legislación de extranjería para permanecer en nuestro territorio o existiesen razones humanitarias o de interés público, en cuyo caso el Ministerio del Interior podía autorizar, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, su permanencia en España por plazo no inferior a seis meses. En este caso, había que especificar el estatuto del que gozaba el extranjero, de conformidad con la Ley Orgánica 8/2000, e incluso se podía “recomendar” su acogida al estatuto de desplazado.

En este sentido, la reforma operada por el Real Decreto 2939/2004, de 30 de diciembre, que modificó el contenido del artículo 31 del Reglamento de Asilo y Refugio posibilitó que por el Ministerio del Interior se pudiese autorizar la permanencia en España cuando se apreciaran “motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado”. Dicha autorización revestía la forma de autorización de estancia” (art. 31.3). Ahora bien, igualmente “por razones humanitarias” diferentes a las anteriores se podía autorizar la permanencia del interesado en España y, en su caso, recomendar la concesión de una autorización de residencia conforme al artículo 45.3 del

¹⁷ De conformidad con la Disposición adicional decimoséptima del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 8/2000 “Los solicitantes de asilo estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiere sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado”.



Reglamento de extranjería, “siempre y cuando” concurrieren dichas razones humanitarias y quedasen acreditadas en el expediente de solicitud de asilo (art. 31.4).

Podemos pues concluir que en este trámite no era necesario “aportar pruebas o indicios de su existencia o realidad, lo que sólo se debería exigir para resolver sobre la concesión o no del asilo” (STS 1.6.2004). En el caso de que en la fase de inadmisión a trámite no se pudieran despejar las dudas respecto de las alegaciones del solicitante, correspondería a la administración acordar la apertura de la segunda fase del procedimiento con el objeto de decidir si procedía el reconocimiento de la condición de refugiado y, no la mera inadmisión a trámite (STS 23.6.2004). Solo una vez que había sido admitida a trámite la petición de asilo y durante la tramitación del procedimiento era cuando correspondía comprobar la veracidad de lo alegado por el solicitante.

La resolución que declaraba la inadmisión a trámite precisaba estar motivada y debía tener carácter individualizado, además de informar al solicitante de las opciones que el ordenamiento le brindaba tras la inadmisión¹⁸. Así, el solicitante podía pedir un reexamen de la solicitud o abandonar el país, aunque podía continuar la tramitación del expediente a través de la embajada española en el país al que acudiese.

Especialmente controvertida resultó en su inicio la previsión relativa a la presentación de la solicitud de asilo en frontera, ya que el legislador había previsto la permanencia en las dependencias de ésta del solicitante en tanto se resolviese el procedimiento. En efecto, el solicitante de asilo, que hubiese presentado la petición en frontera, no podría ser expulsado en tanto no fuese resuelto el trámite de admisión, debiendo permanecer en el puesto fronterizo, “habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello”. El reglamento de desarrollo especificaba que la permanencia en las citadas de-

¹⁸ “(...) para denegar dicha admisión a trámite la Administración se ha limitado a aducir que los hechos alegados por el interesado no se corresponden o contradicen la información disponible sobre su país de origen, pero no se concreta en el acto recurrido ni en ningún documento de los que integran el expediente (...) y en qué consiste la información disponible de la que supuestamente se derivaría la falta de verosimilitud de los hechos alegados por el recurrente” (SAN 24.11.2000). En cuanto a la necesidad de probar las alegaciones, en esta fase el Tribunal Supremo entiende que “basta con comprobar si lo alegado puede incardinarse o no entre los motivos que teóricamente podría dar lugar al asilo, sin que en fase de admisión haga falta probar nada sobre los hechos alegados” (STS 22.6.2004).



pendencias fronterizas se realizaría “exclusivamente” al efecto de que se le notificase “la resolución recaída sobre su solicitud”, no debiéndose prolongar esta estancia más de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud. Cuestión ésta que fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo y resuelto por el Tribunal Constitucional en STC 53/2002¹⁹, en la que se afirmaba la constitucionalidad del artículo 5.7.3 de la Ley. En dicha resolución el Tribunal Constitucional estimó que el solicitante de asilo gozaba del derecho a la libertad reconocida a todas las personas pero lo determinante era “la existencia de una situación legal de sometimiento de los solicitantes de asilo a un poder público español”. Por tanto, para el Alto Tribunal estaríamos “ante modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal”²⁰.

Tras la comunicación al solicitante de asilo formulada en frontera de la inadmisión a trámite de su petición, podía éste (dentro de las veinticuatro horas desde la notificación) formular petición de reexamen de su solicitud, quedando en suspenso los efectos de la resolución denegatoria. Cuando se formulase petición de reexamen, había de hacerse constar los motivos y fundamentos del mismo, explicando detalladamente las razones que justificaban la presentación de esta petición y las causas en las que se fundamentaba la reconsideración de su caso, debiendo limitarse a los explicados en el escrito de inadmisión. En tanto no se resolviese el reexamen, debía igualmente permanecer en las dependencias fronterizas, si bien solo a los efectos de no-

¹⁹ La conclusión que alcanzaba el Tribunal Constitucional era que la restricción a la libertad derivada del art. 5.7.3 de la Ley 9/1994 tenía por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación sobre entrada de los extranjeros en España y resultaba compatible con la Constitución en la medida en que se trataba de una restricción cierta, limitada respecto de los sujetos afectados, circunscrita en el tiempo y el espacio y “plenamente controlada en vía administrativa como judicial”.

²⁰ Sin embargo la solución adoptada por el Alto Tribunal reconduce nuevamente a la existencia de zonas intermedias entre la detención y la libertad a las que no les sería en su totalidad de aplicación las garantías contenidas en el artículo 17.2 CE. Como ha apuntado Santolaya, para un planteamiento más conforme con nuestro sistema de protección de derechos, hubiese sido más adecuado afirmar “que el procedimiento de inadmisión en frontera nada tiene que ver con la libertad personal, sino que afecta a la libre circulación, lo que hubiera permitido mantener un concepto unitario de detención” P. SANTOLAYA MACHETTI, “¿A qué derecho fundamental, afecta que el solicitante de asilo deba permanecer en frontera?” en *La situación de los refugiados en España, Informe 2003* de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, acento 2003, p. 238.

tificación de la resolución de la petición de reexamen. El plazo total para la resolución del trámite de inadmisión de solicitud de asilo presentada en la frontera y, en su caso, la resolución sobre la petición de reexamen, no debía exceder de siete días.

Previamente a la resolución por el Ministerio del Interior de la petición de reexamen, tenía lugar el trámite de audiencia al representante en España del ACNUR, éste (en el plazo de veinticuatro horas desde su presentación) debía formular informe motivado si fuere favorable a la admisión a trámite de la solicitud a la vista del reexamen. La resolución era notificada al demandante de reexamen en el plazo de dos días desde su presentación.

Con carácter general, la resolución que decidía la petición de reexamen ponía fin a la vía administrativa y podía ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa; la interposición de éste recurso producía efectos suspensivos del acto administrativo, siempre que el interesado manifestase su intención de interponer el recurso contencioso-administrativo y la representación en España del ACNUR hubiera formulado informe favorable a la admisión a trámite de la solicitud²¹. Se autorizaba su entrada en el territorio nacional y su permanencia en él hasta que por el órgano jurisdiccional se resolviese sobre la suspensión del acto administrativo.

La inadmisión producirá el rechazo del extranjero en la frontera si el solicitante de asilo careciese de los requisitos para su entrada en España, de conformidad con la legislación de extranjería. Ahora bien, como expresamente establecía el artículo 17.2 de la Ley, por razones humanitarias o de interés público podía autorizarse la permanencia en España pese a la inadmisión a trámite o la denegación de la solicitud; si bien el legislador hacía especial hincapié en aquellas personas que aún no cumpliendo los requisitos previstos en la Ley “como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso” hubiesen tenido que dejar su país y cuya devolución no era posible con las debidas garantías en la situación presente en dicho país.

Las sucesivas resolución denegatoria de admisión a trámite y resolución denegatoria del reexamen, conllevaban “el rechazo del extranjero en fronte-

²¹ Especialmente crítico con este precepto se pronunció Santolaya al entender que “interpretado literalmente supone una ilícita limitación de las competencias judiciales” que podría incluso resultar inconstitucional, ya que “obliga siempre y en abstracto” a adoptar esta medida cautelar. P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de Asilo...op. cit.*, p. 186.



ra”, cuando no concurriese en el solicitante los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 8/2000 para entrar en España. Como causa de la inadmisión en frontera se recuerda conforme al artículo 5.6 de la Ley y el artículo 22 del Reglamento de desarrollo que, “salvo la posibilidad de que se autorizase la entrada en España por entender que existía causa para otorgar la protección subsidiaria prevista en el 31.3 del citado Reglamento o por las razones humanitarias del apartado 4 de este precepto²², la inadmisión a trámite determinaba el rechazo en frontera del interesado y su retorno al punto de origen. Ahora bien, cuando no se pudiera llevar a cabo la “devolución inmediata” por insuficiencia de documentación o por la no disponibilidad de medios de transporte adecuados, se podía acordar también la entrada en territorio nacional sin perjuicio de la adopción de aquellas medidas cautelares que se considerasen adecuadas al caso. No obstante, y pese a la inadmisión de la solicitud de asilo, se podía acordar por el Ministerio del Interior la entrada en el territorio nacional y su permanencia en él por “motivos humanitarios” por un período no inferior a seis meses.

Cuando procediese el rechazo en la frontera el Estado español no podía incurrir en incumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, ni enviar a las personas afectadas por el rechazo a un tercer país en el que no se gozase de protección “contra la devolución al país perseguidor”.

2.2. Conclusiones de la innovación de esta fase

El análisis de esta fase del procedimiento arroja suficientes elementos para concluir una más que discutible interpretación por la administración del marco jurídico de referencia²³. Así frente a la tendencia mayoritaria de la administración de exigir una prueba si quiera indiciaria, los órganos jurisdiccionales han señalado en reiteradas ocasiones un conjunto de obligaciones que competen a la administración en todo caso y, más allá del deber del solicitante de aportar pruebas o indicios de la persecución o temor fundado de sufrir dicha persecución. Conviene no olvidar que si para el reconoci-

²² En este sentido la reforma operada por el Real Decreto 2939/2004, de 30 de diciembre, que modifica el contenido del artículo 31 del Reglamento de desarrollo.

²³ Aunque la valoración de esta fase debe ser ponderada a lo largo de la vigencia de la ley, no es menos cierto que se pudo constatar “una excesiva aplicación de un procedimiento de alguna manera excepcional”. P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de Asilo...op. cit.*, pág., 69.

miento del derecho de asilo no se exigía una prueba absoluta y plena de los hechos alegados, siendo suficiente la aportación de indicios que hicieran “verosímil el hecho de la persecución o el temor fundado a padecerla”, en el caso de la inadmisión a trámite “la exigencia probatoria” debería ser más flexible, ya no se trataba en esta fase del procedimiento “de resolver sobre el fondo de la solicitud sino sobre su admisión a trámite”²⁴. En concreto, ha correspondido a la administración llevar a cabo la investigación de las circunstancias objetivas alegadas por el solicitante y la valoración de su trascendencia a los efectos del asilo, así como la carga de justificar que la solicitud en cuestión se subsumía en una de las causas de inadmisión. Ahora bien, hemos de recordar que ni la ley ni los tribunales han exigido una prueba absoluta y plena de los hechos alegados, siendo suficiente la aportación de indicios que hiciesen verosímil el hecho de la persecución o el temor fundado a padecerla. Por tanto, en este trámite la exigencia probatoria debía ser más flexible. En términos acuñados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo la administración no debía pronunciarse sobre el fondo de la solicitud en esta fase, sino constatar que existía una base mínima suficiente para la tramitación de la misma²⁵.

Desde la perspectiva material de la aplicación práctica de las garantías contenidas en el procedimiento y su efectiva aplicación cabe decir que en los sucesivos informes emitidos por CEAR, ACNUR y el Defensor del Pueblo²⁶ se ha constatado la comisión de diversos incumplimientos de las previsiones normativas en torno a la asistencia letrada a los inmigrantes. En efecto, se pudo constatar la insuficiente respuesta por el Estado español para ga-

²⁴ “para denegar dicha admisión a trámite la Administración se ha limitado a aducir que los hechos alegados por el interesado no se corresponden o contradicen la información disponible sobre su país de origen, pero no se concreta en el acto recurrido ni en ningún documento de los que integran el expediente (...) y en qué consiste la información disponible de la que supuestamente se derivaría la falta de verosimilitud de los hechos alegados por el recurrente” (SAN 24.11.2000). En cuanto a la necesidad de probar las alegaciones, en esta fase el Tribunal Supremo entiende que “basta con comprobar si lo alegado puede incardinarse o no entre los motivos que teóricamente podría dar lugar al asilo, sin que en fase de admisión haga falta probar nada sobre los hechos alegados” (STS 22.6.2004).

²⁵ En la fase de admisión a trámite “no se trata de acreditar que concurren las causas, sino, más bien, de analizar si las alegadas son de aquéllas que pueden dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado” (STS 7.6.2004).

²⁶ Comparecencia del Defensor del Pueblo en la Comisión Mixta de relaciones con las Cortes BOCG 22.11.2005 así como el *Informe sobre Asistencia Jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, 2005.



rantizar el acceso al sistema de asilo y refugio de los extranjeros. En el Informe del Defensor del Pueblo se hacía especial hincapié, a la hora de analizar las dificultades para el acceso a una orientación jurídica preliminar, de la ausencia de “una labor previa de orientación y detección de eventuales necesidades de protección”. A lo largo del Informe sobre *Asistencia Jurídica a los extranjeros en España*, por el Defensor del Pueblo se analizaba un conjunto de situaciones en las que se “han apreciado dificultades para que personas con eventuales necesidades de protección puedan entrar en contacto con un asesor jurídico que les oriente y aconseje”.

Ante las dificultades reales para asegurar la entrada y presencia regular en los centros de internamiento de letrados, tanto la Delegación de ACNUR en España como la CEAR y la institución del Defensor del Pueblo propusieron asegurar la presencia regular en los centros de internamiento o detención de representantes de las organizaciones no gubernamentales, para la prestación de la asistencia jurídica a solicitantes de asilo. En el mismo sentido se hacía preciso garantizar también la presencia de intérprete, no sólo en el desarrollo del procedimiento administrativo correspondiente, sino que también se consideró imprescindible para facilitar la comunicación entre el letrado y el solicitante de protección, para el mejor conocimiento de las circunstancias que rodean al solicitante. En el Informe del Defensor del Pueblo se insistía en reforzar los mecanismos que hicieran posible la presencia y actuación letrada en la entrevista de solicitud de asilo de conformidad con el artículo. 8.4 del Reglamento de desarrollo, ya que si de la entrevista se derivasen los aspectos fundamentales de la futura resolución del expediente, revestía la mayor importancia la presencia previa de intérprete y letrado para asesorar e informar al solicitante con antelación a la citada entrevista. Por estas razones se hacía hincapié en la necesidad de que se garantizase en todo caso un primer encuentro entre letrado y solicitante, anticipadamente a la formulación de la solicitud, y no que éste tuviese lugar en el acto de la presentación de la misma.

2.3. La concesión de la condición de refugiado

La única exigencia legal para la concesión del asilo era que apareciesen “indicios suficientes”, atendiendo a las circunstancias del caso, para constatar que por parte del solicitante se cumplían los requisitos previstos en los Instrumentos Internacionales ratificados por España y, especialmente, en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de

1967. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo procedía otorgar la condición de refugiado cuando la persecución alegada proviniese de “sectores de la población cuya conducta” fuese “deliberadamente tolerada por las autoridades” o éstas se mostrasen “incapaces de proporcionar una protección eficaz” (STS 29.12.2004). En este sentido, interesa resaltar que incluso la existencia probada en un país de determinadas circunstancias de hecho o la presencia de refugiados de la nacionalidad del solicitante no constituía prueba suficiente de la persecución alegada. Igualmente no constituía prueba suficiente la existencia de un desplazamiento masivo en el área geográfica de procedencia del solicitante, pero no una persecución individualizada contra su familia. Tampoco se admitía sufrir fundado temor de persecución por la mera pertenencia a la policía, “sin otras circunstancias añadidas” se consideraba que no justificaba la persecución que se invocaba (SAN 5.5.2004). La existencia de grupos terroristas, y con “casos y situaciones de ineficacia en la protección de determinadas personas o poblaciones”, no suponía la constatación de indicios de prueba si cabía la posibilidad de desplazarse dentro del país para eludir la persecución. Por tanto, únicamente en “los supuestos de personas especialmente significadas o que constituyesen el objetivo de un grupo terrorista, podía resultar necesario salir del país” para obtener protección. La resolución favorable conllevaba el reconocimiento de la condición de refugiado de conformidad con la reiterada Convención.

Ahora bien, concedido el asilo se expedía la documentación pertinente para residir en nuestro país, así como para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles, en tanto persistiese esta condición. Además, dentro de sus medios y disponibilidades presupuestarias, las Administraciones Públicas competentes podían prestar servicios sociales, educativos y sanitarios a los refugiados que careciesen de trabajo o de recursos económicos para hacer frente a sus necesidades, “atendiendo siempre a principios humanitarios”. Con carácter general se afirmaba en el artículo 18 de la Ley 9/1994 el disfrute a los extranjeros a los que se les reconociese la condición de refugiados de los “mismos derechos y libertades que los demás extranjeros”.

Respecto de los familiares del solicitante, lo cierto es que la Ley 9/1994 reconocía la extensión de la condición de refugiado a los ascendientes y descendientes en primer grado del peticionario de asilo, así como al cónyuge del refugiado, o a la persona con la que se encontrase ligado por análoga re-



lación de afectividad y convivencia a no ser que existiese separación legal o de hecho, divorcio o mayoría de edad o independencia familiar, que obligaba al análisis individualizado de la situación en que se encontrase cada miembro de la familia. Cuando los familiares resolvieran permanecer en España al amparo de la legislación de extranjería, se debería notificar a la autoridad correspondiente, a efectos de que disfrutasen de un trato más favorable. Para la extensión de la condición de refugiado a las personas a cargo del solicitante al que se le hubiere reconocido, hay que precisar que no se podía hacer extensiva en caso de matrimonio o convivencia estable posterior al reconocimiento de la precitada condición, si bien se podían acoger al trato más favorable previsto en la legislación de extranjería. Independientemente de todo lo dicho, nada impedía que los familiares pudieran promover el correspondiente expediente de asilo por entender que concurrían en sus personas los requisitos exigidos por la legislación para su reconocimiento.

El reconocimiento de la condición de refugiado también estaba sujeto al cumplimiento de determinados deberes que, en caso de su inobservancia, podían llevar a la expulsión de los refugiados o a la revocación de su condición, en los términos de los artículos 32 y 33 de la Convención de Ginebra²⁷. En este caso, era el Ministerio del Interior quien comunicaba al afectado la expulsión, con indicación de los recursos que pudiera formular contra la citada expulsión. El planteamiento de recurso contra la orden de expulsión (dentro del plazo de diez días) dejaba en suspenso ésta (art. 19.2), si bien por las autoridades se podía acordar medidas de seguridad. Así mismo y de conformidad con la Convención de Ginebra, el legislador había previsto la concesión de un plazo “razonable” de tiempo para que el afectado por la expulsión, pudiera encontrar un país que lo admitiese legalmente.

3. LA LEY 12/2009 REGULADORA DEL DERECHO DE ASILO Y DE LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA

La finalidad de nuestro legislador con la aprobación de esta norma no ha sido otra que la de actualizar y adecuar la regulación interna a la normativa

²⁷ “(...) la peligrosidad se vincula en la causa de revocación con la seguridad del país donde se encuentre el refugiado, de modo que no se trata de la concurrencia de un riesgo potencial y abstracto, sino de un peligro concreto y determinado derivado de la presencia en territorio nacional del titular del derecho de asilo al que se revoca la concesión inicial” (STS 18.12.2009).

comunitaria en la materia, dando entrada en nuestro ordenamiento, a los elementos que integran el estatuto de protección internacional así como a los procedimientos para su consecución y reconocimiento. Hemos de recordar que por parte de la Comisión Europea se ha llevado a cabo la formulación de diversas propuestas orientadas a la adopción de un marco legislativo comunitario en la materia que aun cuando se ha concretado en su primera fase, evidencia la falta de madurez de dicho marco en la actualidad, por la ausencia de voluntad política de alguno de los Estados miembros para que prosperen nuevas iniciativas o la reforma de la regulación ya existente²⁸.

La necesidad de alcanzar una interpretación conjunta de la definición de refugiado, de las formas subsidiarias de protección y la adopción de un procedimiento de asilo único constituyen en la actualidad los grandes retos de la Unión Europea en esta materia. En efecto, la adopción del Sistema Europeo Común de Asilo debería permitir la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto del refugiado, así como la adopción de medidas relativas a otras formas de protección subsidiaria para aquellas personas necesitadas de protección. Con la aprobación del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo en el Consejo Europeo del 15 de octubre de 2008 se ha pretendido dar un nuevo impulso a la política comunitaria de asilo en la Unión Europea y tendrá continuidad con el Programa de Estocolmo en la actualidad en discusión en las instituciones comunitarias. Además la necesidad de participar activamente el Parlamento Europeo en la elaboración y aprobación de las nuevas Directivas ha generado un considerable conflicto entre la Comisión, los miembros de esta institución²⁹ y las posicio-

²⁸ El Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2003/9, COM (2007) 745 como el Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo, COM (2007) 301, así lo evidencian.

²⁹ Cabe recordar que el Parlamento Europeo formuló un recurso ante el Tribunal de Justicia contra determinados preceptos de dicha Directiva, que si bien no afectaban en sí a los conceptos de tercer Estado seguro, declaraba la necesidad de operar a través del procedimiento de codecisión con el Parlamento al objeto de llevar a cabo la determinación de aquéllos. Recientemente el Tribunal de Justicia ha resuelto la idoneidad del procedimiento de codecisión para la regulación de estos aspectos. En esta materia hay que recordar la STJCE recaída en el asunto C-133/06 anulando el artículo 29 apartado 1 y 2 relativos a la lista mínima común de terceros países considerados de origen seguro y artículo 36 apartado 3 relativo a terceros países que se han de considerar terceros países seguros por no haber procedido la Comisión a la determinación por el procedimiento de Codecisión con el Parlamento Europeo. En conclusión "el Consejo infringió el art. 67 TCE y excedió así las competencias que le confiere el Tratado" Asunto C-133/06, Sentencia de 6 de mayo de 2008.



nes de algunos Estados miembros en temas como el acceso al mercado laboral de los solicitantes de asilo, el alcance de las condiciones materiales de acogida, el internamiento de los solicitantes así como la supresión de la noción de lista mínima común de países de origen seguros. En la actualidad están siendo objeto de revisión las principales normas comunitarias en la materia, aun cuando la dificultad de llegar a un acuerdo entre Parlamento y Comisión es evidente, por lo que necesariamente deberá en un futuro próximo procederse a una nueva reforma de nuestra ley de asilo³⁰.

3.1. El Estatuto de Protección Internacional

El punto de partida de la ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria es la consideración conjunta de las formas de protección internacional³¹. En efecto, se trata de “establecer los términos” en los que “podrán gozar” en España de dicha protección, constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, las personas nacionales de países no comunitarios y los apátridas (art. 1)

El derecho de asilo se define como “la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiados”, en los términos que se contienen en el artículo 3 del mismo texto legal y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967.

La fundamentación de la protección subsidiaria no descansa sobre “motivos humanitarios”, sino que el legislador la reconoce como un derecho (art. 4). Aun cuando esta norma lleva a cabo la transposición de la Directiva 2004/83 por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección inter-

³⁰ Propuesta de Directiva por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros COM(2008) 815, Propuesta de Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la protección internacional COM (2009) 554 final.

³¹ Para García Mahamut “se incorpora al ordenamiento el concepto de protección internacional como un concepto superador del estatuto de refugiado”, motivado en gran medida en una realidad incontrovertible como es que muchos de los conflictos y persecuciones que se producen en la actualidad no están recogidos en la Convención de Ginebra. R. GARCÍA MAHAMUT y J. GALPARSORO, *Régimen jurídico del derecho de asilo en La Ley 12/2009*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2010 p. 42.



nacional, cabe recordar que la administración y los tribunales ya habían adelantado su aplicación con carácter previo a su reconocimiento legal. El estatuto de protección subsidiaria es un tipo de estatuto internacional de protección diferenciado del estatuto de refugiado, que conlleva el reconocimiento de protección por un Estado miembro de la Unión Europea de un nacional de un tercer país o de un apátrida. La clave de esta figura de protección internacional radica en que aun no reuniendo el solicitante los requisitos para ser refugiado, precisa la protección en tanto en que “se den motivos fundados para creer”, que en el caso de regreso al país de origen u otro de estancia anterior, “se enfrentaría a un riesgo real de sufrir” graves daños (art. 4). Por tanto, resulta evidente la necesidad de una relación entre las razones humanitarias y la ausencia de condiciones en el país de origen para la garantía de los derechos del solicitante de protección. El legislador ha concretado la consideración de daños graves en la condena a pena de muerte o al riesgo de su ejecución material, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante, las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno (art. 10) y “que o no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren acogerse a la protección del país de que se trate”, siempre que no concurra ninguna de las cláusulas de exclusión (art. 11) o de denegación recogidas en la ley 12/2009 (art. 12).

Podrán disfrutar de protección internacional las personas nacionales de países no comunitarios y los apátridas, por tanto quedan inicialmente excluidos de ella los ciudadanos comunitarios. Este aspecto de la normativa comunitaria de la que trae su origen la nueva regulación de asilo fue especialmente cuestionado por el ACNUR. Recuérdese que el artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza reconoce el derecho de asilo. Por su parte el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge el desarrollo de una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal “destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país” necesitado de protección internacional (art. 78.1). Por tanto, el marco comunitario de asilo queda formalmente garantizado para los extranjeros extracomunitarios, pero excluye inicialmente su aplicación para los ciudadanos comunitarios. En efecto, el Protocolo (nº 24) sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea señala que tienen la consideración de países de origen seguro todos los Estados miembros, dado el grado de protección de los derechos y libertades fundamenta-



les en la Unión Europea³². Ahora bien, solo podrá tomarse en consideración la solicitud de asilo efectuada por un nacional de un Estado miembro que al amparo del artículo 15 del CEDH adopte medidas que constituyan en su territorio excepciones a la obligaciones derivadas de dicho CEDH, bien iniciando el mecanismo para suspender determinados derechos en caso de violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de conformidad con el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea o, cuando un Estado miembro así lo decidiera unilateralmente, debiendo informar al Consejo. Por tanto, no resultaría convincente argüir por el legislador nacional una minoración de la posición jurídica del solicitante de protección internacional en aras de la convergencia en la materia con la Unión Europea. En todo caso, esta regulación presenta una contradicción evidente con la Convención de Ginebra señalada por ACNUR, ya que en ella se recogen como obligaciones de los Estados signatarios de la misma, junto a la no discriminación por motivo del país de origen (art. 3), la cláusula de aplicación territorial (art. 40), cuestiones ambas difíciles de conciliar con la exclusión de los ciudadanos comunitarios de la protección internacional.

La consecuencia esencial del reconocimiento de la protección internacional es la no devolución ni expulsión de las personas destinatarias del mismo, así como de los efectos que en la propia ley se señalan (art. 36), que sean objeto de regulación reglamentaria o se deriven de la normativa de la Unión Europea y, en su caso, de convenios internacionales ratificados por el Estado español.

Para el reconocimiento del derecho de asilo el legislador ha definido los actos de persecución así como los motivos de persecución, cuestiones estas necesitadas de concreción para evitar la discrecionalidad de la administración en su interpretación. Por cuanto se refiere a los actos de persecución es preciso advertir que se exige de ellos la concurrencia de una determinada cualificación, pueden revestir algunas de las formas que se precisan en el texto de la norma y tendrán que estar relacionados con los motivos de persecución en ella recogidos. Así, los actos en los que se basen los fundados temores de ser objeto de persecución “deberán” ser “suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales”. Los actos de persecución podrán revestir las siguientes

³² Entre otras opiniones discrepantes con la compatibilidad del Protocolo y la Convención de Ginebra nos hacemos eco de las argumentaciones de G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *Asilo y Refugio en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007, p. 143.

formas: a) actos de violencia física, psíquica o sexual; b) medidas legislativas, policiales o judiciales “que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria”; c) el procesamiento o la imposición de penas desproporcionadas o discriminatorias; d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias; e) procesamiento o imposición de penas como consecuencia de la negativa a la prestación del servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de este servicio podría llevar aparejada la comisión de delitos; f) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños (art. 6). También se considerarán actos de persecución aquellos que sean “una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos como para afectar” de igual modo a una persona que en el supuesto precedente.

Los actos de persecución “deberán estar relacionados” con los siguientes motivos de persecución la raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a grupo social determinado. Al objeto de precisar el alcance correcto de cada uno de estos motivos el legislador incorpora su significado preciso en orden a cumplir las condiciones para el reconocimiento del derecho de asilo. Así respecto del concepto de raza se hace especial incidencia en el color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico. En el caso de la religión, y en sintonía con la jurisprudencia del TEDH, tiene cabida en este concepto la profesión o abstención de creencias teístas, no teístas y ateas, así como su práctica individual o colectiva, pública o privada. La acepción de nacionalidad no se circunscribe a la ciudadanía sino que resulta comprensiva de “la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, origen geográfico, político común” o su relación con la población de otro Estado. También se incide en el concepto de opiniones políticas entre las que tiene cabida “la profesión de opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias”. Especialmente preciso es el legislador cuando concreta el concepto de grupo social determinado. De un lado, se especificaban aspectos relativos a la determinación del elemento identitario del mismo, de otro, se hace una remisión a las circunstancias imperantes en el país de origen derivando de la concurrencia de ambas, identidad y circunstancias presentes, la existencia del motivo de persecución.

En efecto, para definir el elemento identitario y su pertenencia al mismo es necesario bien compartir “una característica innata” o “antecedentes co-



munes que no pueden cambiarse". Igualmente puede contribuir a la configuración de la pertenencia al grupo como elemento identitario la compartición de "una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella". Además el grupo de pertenencia debe poseer "una identidad diferenciada en el país por ser percibido como diferente", bien por la propia sociedad o por el agente perseguidor. Consideración que se reitera en el caso de huir del país de origen debido a fundados temores a sufrir persecución singularizada por motivos de género, "sin que aquéllos o éstos por sí solos puedan dar lugar a la consideración de motivo de persecución" (art. 7.1).

Especialmente relevante resulta la consideración de grupo basado en "una característica común de orientación sexual o identidad sexual, y, o, edad", para determinar la inclusión en el concepto de grupo social determinado, si bien por sí solo no constituye elemento suficiente para concretar los motivos de persecución, sino que deberá operar en conexión con las circunstancias imperantes en el país de origen. Dos son las cuestiones en las que se debe reparar, de un lado, en la necesidad de precisar el sentido exacto en el que se habrá de entender la "orientación sexual o identidad sexual", que tal como queda recogida en la nueva redacción se presta indudablemente a un amplio margen de apreciación. Además, la conjunción de esta orientación o identidad con "las circunstancias imperantes en el país de origen" vuelve a posibilitar que la administración realice una evaluación de las citadas "circunstancias", sin atenerse a criterios objetivos que deberían haber quedado expuestos con toda claridad. Por tanto, esta nueva redacción plantea la duda sobre su operatividad futura frente a los términos que introdujo la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres antes analizada, ya que no podrá actuar como una causa de persecución por sí misma, sino en concurrencia con las circunstancias ambientales del país de origen y se aprecie la presencia de características comunes no sujetas a mayor precisión en cuanto a su exacto significado.

Quizá una de las novedades más polémicas que presenta esta norma es la relativa a las causas de exclusión y denegación de la protección internacional. Cabe señalar que en distintos capítulos del Título I de la Ley 12/2009 se contiene la enumeración de las mismas, con una serie de incorporaciones tanto formales como de fondo en su redacción, que nos obliga a realizar algunas consideraciones críticas.

En primer lugar, hemos de referirnos a la equiparación que el legislador ha realizado entre ambas cuestiones en referencia al derecho de asilo (art. 8

y 9) y a la protección subsidiaria (arts. 11 y 12). Conviene advertir desde este momento inicial que se trata de supuestos diferenciados, ya que las causas de exclusión se atienen al artículo 1.f de la Convención, que opera como elemento integrante de la propia definición de refugiado, no ocurre igual con las causas de denegación que operan en el ámbito del artículo 32.2 de la Convención y constituyen una excepción al principio de no devolución. Ha sido el ACNUR el que ha formulado una crítica concreta a la “combinación de motivos de exclusión y de excepciones al principio de *non-refoulement*”, afirmándose que “los motivos de exclusión son exhaustivos y no permiten la adición de otras situaciones” como ha sucedido en el caso de la Ley 12/2009 con respecto a las recogidas en el artículo 33.2 de la Convención, ya que operan en planos diferentes. Por tanto, resulta cuando menos cuestionable el criterio aquí introducido en la norma. La incorporación de las causas de denegación esto es, la comisión de hechos delictivos que supongan una amenaza para la comunidad y el peligro para la seguridad del Estado, configuran un escenario en la norma confuso en su formulación y probablemente también en sus consecuencias, ya que más allá del acierto en la denominación (denegación o exclusión) operan como nuevas cláusulas de exclusión no previstas en el artículo 1.f de la Convención de Ginebra³³. Es más, en la concreción de estas causas de exclusión del derecho a la protección subsidiaria se ha incorporado constituir un peligro para la “seguridad interior o exterior de España o para el orden público”. La cuestión sobre la que se debe reflexionar es la de la adecuada trasposición de la Directiva de cualificación sobre esta tema, en la medida en la que no son coincidentes las previsiones relativas al estatuto de refugiado y el de protección subsidiaria pese a la aparente equiparación que se persigue entre ambos estatutos jurídicos.

En segundo lugar, y atendiendo a los contenidos precisos recogidos en la Ley 12/2009, operan como causas de exclusión de la condición de refugiado, de un lado, estar recibiendo protección de un organismo de Naciones Unidas diferente del ACNUR, o cuando las autoridades del país donde reside les hayan reconocido los derechos “inherentes” a la posesión de la nacio-

³³ No presenta ninguna duda para Sánchez Legido que los nuevos supuestos que se contienen en esta regulación otorgan un amplio margen de maniobra a la administración al objeto de poder llevar a cabo el rechazo de solicitudes “por razones no expresadas (..) de orden público o seguridad pública”. A. SÁNCHEZ LEGIDO, “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*, núm. 18, 2009, p.. 12.



nalidad. También se reproducen como causas de exclusión las previstas en el artículo 1. f de la Convención de Ginebra, a saber la comisión de delitos contra la paz, delitos de guerra o contra la humanidad o cuando hubiere cometido fuera del país de refugio y antes de ser admitido como refugiado, delito grave de conformidad con el Código penal que afecte a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio con fuerza en las cosas, violencia o intimidación, si bien el legislador ha añadido los casos de delincuencia organizada (art. 8). Para la correcta interpretación de esta causa el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional de 1998 constituye un elemento de gran relevancia, por cuanto precisa el alcance del genocidio y los crímenes de guerra. Se considera causa de denegación de la solicitud de protección constituir un peligro para la seguridad de España o haber sido condenado por delito grave que constituyan un amenaza para la comunidad (art. 9). En relación con ambas previsiones legales están pendientes de resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo Administrativo Alemán.

Llegados a este punto, se debe reiterar con el ACNUR las especiales cautelas que han de operar. Con carácter general debe hacerse hincapié en la necesidad de apreciar las circunstancias particulares concurrentes en cada supuesto, atendiendo a la gravedad de la conducta delictiva, así como a las posibles consecuencias de la aplicación de la cláusula de exclusión. Al respecto de la interpretación de las cláusulas de exclusión contenidas en el artículo 1.f desde el ACNUR se ha señalado que deben ser interpretadas siempre de manera restrictiva, aplicadas con extrema precaución y a la luz del carácter primordialmente humanitario de la Convención de 1951. Así “el hecho que un individuo esté en una lista de sospechosos de terrorismo o sea miembro de una organización señalada como terrorista no debe sugerir la aplicación automática de las cláusulas de exclusión”, de tal modo que estas cláusulas sean aplicadas de forma proporcional a su objeto, atendiendo a la gravedad del delito en cuestión, evaluando las consecuencias que se derivarían de la apreciación de la causa de exclusión que podría llevar aparejada la expulsión a un tercer Estado en el que exista la probabilidad de sufrir persecución o maltrato. En suma, corresponderá a la administración y, en su caso a los tribunales, sopesar este riesgo en un juicio de confrontación con la gravedad de los actos cometidos por el solicitante. Hemos pues de hacer hincapié en la relevancia que han adquirido las exigencias derivadas del artículo

3 del CEDH ante cuestiones relativas a la seguridad en la regulación de esta materia. El TEDH ya se ha pronunciado sobre la necesidad también en estos casos de observar las obligaciones dimanantes del CEDH para los Estados parte. Surge así una interesante cuestión, pues aun cuando el artículo 15 CEDH admite bajo determinadas circunstancias la derogación temporal de derechos del Convenio, excluye expresamente la derogación del artículo 3 del CEDH, de tal modo que no podría invocarse motivos de seguridad o de lucha antiterrorista para eludir las obligaciones dimanantes del artículo 3 del CEDH.

El legislador ha llevado a cabo también la clarificación de los términos de determinadas cuestiones directamente vinculadas a la persecución que afectan por igual al derecho de asilo como a la protección subsidiaria. En este sentido, se incorpora una enumeración de los agentes de protección así como de persecución o causantes de daños graves. Tendrán la consideración de agentes de protección el Estado, los partidos y organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable del mismo, entendiéndose la existencia de protección cuando los agentes de protección “adopten medidas razonables y efectivas para impedir la persecución o el padecimiento de daños graves”. Toda vez que la enumeración no parece exhaustiva, junto al “establecimiento de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y siempre que el solicitante tenga acceso directo a dicha protección”, cabe entender factibles cualesquiera otras que garanticen los derechos de las personas frente a todo tipo de riesgos de persecución. Se deja abierta la posibilidad al legislador de que por parte de las instituciones de la Unión Europea u otra organización internacional se establezcan “orientaciones” respecto de la existencia de control y protección por parte de una organización internacional. También se reconocen las necesidades de protección internacional surgidas *in situ* que tengan su fundamento “en acontecimientos sucedidos o actividades en que haya participado” el solicitante de protección posteriormente al abandono del país de origen o de residencia habitual si fuere apátrida (art.15). En este sentido se ha planteado la compatibilidad entre el artículo 3 CEDH y este precepto de la Directiva de cualificación que a juicio del Tribunal de Justicia puede ser interpretado de forma autónoma en el sentido de que “la existencia de amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física del solicitante de protección subsidiaria no está supeditada al requisito de que éste aporte la prueba de que está afectado es-



pecíficamente debido a elementos propios de su situación personal". Ahora bien, "se ponderará" si el riesgo de sufrir persecución encuentra su origen y fundamento en "circunstancias expresamente creadas" por el solicitante de protección después de dejar el país.

3.2. El Procedimiento

En cuanto a las novedades que presenta el procedimiento, hemos de referirnos en primer lugar, a la supresión de la presentación de la solicitud en los Consulados y Misiones Diplomáticas³⁴. Hemos de recordar que aun cuando la Directiva que aquí se traspone excluye expresamente su aplicación a las solicitudes presentadas en embajadas, no constituye óbice alguno para suprimir esta posibilidad presente en nuestro ordenamiento hasta la aprobación de esta norma. Si bien el legislador ha previsto la posibilidad de que se pueda evaluar la necesidad de traslado a España de solicitantes de protección internacional que acudan a Embajadas y Consulados en países de los que no sean nacionales y "corra peligro su integridad física" (art. 38). No se alcanza la razón de ser de esta previsión que, si bien fue objeto de incorporación al texto durante la tramitación parlamentaria, sin duda en el futuro desarrollo reglamentario de la misma hemos de esperar que se pueda concretar³⁵. La cuestión que inmediatamente surge ante la lectura de este precepto es la del amplio margen de discrecionalidad de que dispone el responsable de la representación diplomática española, aunque la remisión al reglamento de desarrollo pospone la regulación del procedimiento "para evaluar las necesidades" que justifiquen el traslado a nuestro país para formalizar la solicitud. Subsisten además dos obstáculos añadidos para la efectividad de este precepto, la inexistencia de legaciones españolas en numerosos países de origen de los posibles solicitantes de asilo y la exigencia de que

³⁴ La Ley 9/1994 preveía la posibilidad de presentar la solicitud de asilo fuera de nuestro país ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares que enviaban dicha solicitud a la Oficina de Asilo y Refugio a través del Ministerio de Asuntos Exteriores. Se exigía al solicitante el abandono del territorio nacional de origen y la formulación de la solicitud fuera del mismo.

³⁵ Entiende García Mahamut que con la previsión legal del reasentamiento de refugiados se "permite satisfacer nuestro compromiso con la protección internacional más allá de nuestras fronteras". R. GARCÍA MAHAMUT, y J. GALPARSORO, *Régimen jurídico del derecho de asilo en La Ley 12/2009*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2010, p. 82.



el solicitante no lo sea del Estado en el que se encuentre la representación diplomática española.

En segundo lugar, queremos destacar entre las novedades de la regulación que aquí se analiza, el alcance que se reserva a las actuaciones del ACNUR. Recordemos como en la legislación anterior se preveía el efecto suspensivo del acto administrativo resolutivo de la inadmisión a trámite por interposición del recurso cuando el ACNUR hubiere formulado informe favorable a la admisión a trámite de la solicitud presentada en frontera. Se mantiene en el nuevo texto la comunicación al ACNUR de la presentación de las solicitudes de protección internacional y con carácter previo a la resolución de la solicitud presentada en frontera, se le dará audiencia. Bien es cierto que el legislador ha regulado con precisión los derechos y obligaciones de los solicitantes, así como las consecuencias de la presentación de un recurso contencioso-administrativo si se solicita la suspensión del acto recurrido, que tendrá la consideración de especial urgencia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Ahora bien, ha desaparecido la automaticidad de la suspensión que en este supuesto deberá ser contrarrestada con la garantía jurisdiccional de la suspensión cautelar prevista en aquél precepto, sobre todo si se acuerda por la administración la denegación al objeto de un rápido control jurisdiccional de la decisión administrativa que evite una situación irreversible³⁶.

Son igualmente novedosas la previsión de la tramitación de urgencia en determinados supuestos, así como de la denegación de plano de la solicitud de protección presentada en frontera³⁷. Ahora bien, más allá de la regulación de estos procedimientos pronto surge la duda respecto a su operatividad así

³⁶ Sin embargo en esta cuestión persisten visiones difícilmente conciliables desde quienes ponen de manifiesto la operatividad y efectividad del procedimiento de la Ley de la Jurisdicción ya que si para García Mahamut “no va en detrimento en las garantías” relativas a la permanencia en nuestro país del solicitante (op. cit. págs. 73-74). Entiende Galparsoro “que no hace sino disminuir las garantías de la persona solicitante en un puesto fronterizo”, op. cit., p. 131.

³⁷ La cuestión quizá más discutible nuevamente recae sobre las previsiones del legislador en la regulación del procedimiento en frontera. En efecto, se han incorporando causas de denegación frente a la redacción anterior en la que se refería exclusivamente a la inadmisión a trámite, con el riesgo de dar entrada en este procedimiento en frontera al análisis de motivos de fondo, frente a lo previsto en la Directiva de procedimientos que “limita estrictamente los motivos de inadmisibilidad”. A. SÁNCHEZ LEGIDO, op. cit., p. 27.



como a las consecuencias que se puedan derivar de las mismas. En todo caso, la tramitación de las solicitudes formuladas en frontera presenta dos novedades que implican un mayor rigor para el solicitante en la nueva regulación, de un lado la posibilidad de que por parte del Ministro del Interior mediante resolución motivada se lleve a cabo, junto a la inadmisión a trámite por falta de competencia o de requisitos, la denegación de la solicitud directamente cuando se planteen cuestiones no relacionadas con el examen de requisitos para el reconocimiento de la protección internacional, el solicitante proceda de un país de origen considerado seguro o que concurran en el solicitante alguna de las causas de denegación previstas en la propia ley, así como cuando se trate de solicitud manifiestamente infundada. No parecen sin embargo suficientemente concretados por el legislador los supuestos en los que debe proceder la denegación y los supuestos en los que procederá al examen de la admisión a trámite. Con todo, el mayor riesgo que implica la incorporación de este procedimiento recae en la posible confusión entre las causas de inadmisión a trámite de la solicitud de protección y el juicio de fondo sobre la pertinencia de la concesión de la protección. La experiencia ha demostrado como en numerosas ocasiones no parece que la administración lleve a cabo un discernimiento claro entre los requisitos para la concesión de protección y aquellos otros precisos para que la solicitud de protección sea admitida a trámite. A tenor de la jurisprudencia recaída en aplicación de la anterior ley 9/1994 tras la impugnación de las resoluciones de inadmisión, los órganos jurisdiccionales han podido constatar en diversas sentencias el error de apreciación en que ha incurrido la propia administración. Reiteramos en este aspecto el riesgo de confusión que se puede producir en virtud de la nueva norma entre el análisis liminar de la solicitud y el procedimiento de denegación directa de la solicitud, en detrimento de la jurisprudencia comentada, que fija con claridad hasta el momento, cual ha de ser el alcance de la consideración inicial relativa a la admisibilidad, que no implica en ningún caso un juicio sobre el fondo de los motivos del fundado temor a sufrir persecución. El precedente del procedimiento de inadmisión a trámite que permitió eludir el estudio a fondo de más del 50% de las solicitudes durante la vigencia de la Ley 9/1994 debe actuar como advertencia. En todo caso, se podrá formular petición de reexamen que paraliza los efectos de la inadmisión o denegación y tras la resolución de la misma el recurso potestativo de reposición o interponer un recurso contencioso-administrativo.

De otro lado, puede prolongarse la presencia en las dependencias de la frontera del solicitante hasta un máximo de diez días para que el ACNUR informe, en el caso de que por parte de la Oficina de Asilo y Refugio se haya acordado una propuesta de resolución desfavorable a la admisión a trámite, por estar incurso el solicitante en alguno de los supuestos de exclusión o denegación (arts. 21.3 y 35.3). La finalidad garantista en la ampliación de este plazo no oculta el rigor de la extensión, hasta diez días, de la situación de privación de libertad del solicitante en las dependencias en frontera. Creemos que no parece justificada dicha ampliación, que prolonga una vez más los supuestos de compulsión sobre la libertad, más allá de las situaciones inicialmente definidas en nuestra jurisprudencia constitucional.

La valoración de las circunstancias que de concurrir conllevarían el reconocimiento de la protección internacional es común a las solicitudes de asilo o de protección subsidiaria. Ahora bien, se prevé la tramitación de urgencia bien cuando se trate de solicitudes que parezcan manifiestamente fundadas, cuyos solicitantes presenten “necesidades específicas”, o las solicitudes no guarden relación con los requisitos previstos para el reconocimiento de la condición de refugiado o que el solicitante proceda de un país de origen considerado seguro. Si la presentación de la solicitud tiene lugar en un Centro de Internamiento, el legislador reconduce el procedimiento para su tramitación al previsto para las solicitudes presentadas en frontera y si fuese admitida a trámite le será de aplicación la tramitación de urgencia.

La inadmisión de las solicitudes puede tener lugar bien por la falta de competencia para el examen de las mismas o por la falta de requisitos, en todo caso el legislador ha incorporado como causa de inadmisión la procedencia de un tercer país seguro, cuestión esta ya apuntada con anterioridad, extraordinariamente controvertida y que está siendo objeto de reconsideración en el seno de la Unión Europea.

Aun cuando se mantiene el principio de *non-refoulement* y por ello, la formulación de la solicitud de protección suspenderá la ejecución del fallo en el caso de un proceso de extradición que se encuentre pendiente, cabe apuntar que “podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante a otro Estado de la Unión Europea en virtud de una orden europea de detención y entrega o su entrega a un tercer país ante órganos judiciales penales internacionales”. Creemos que debe ser cuestionada esta opción del legislador que posibilita la entrega o extradición del solicitante a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales sin resolver previamente la admisión o inadmisión de



la solicitud de protección internacional. La cuestión dista de estar resuelta a la luz de las distintas posiciones esgrimidas por los magistrados en la resolución por el Tribunal Constitucional de un recurso de amparo que tuvo su origen en la orden europea de detención (STC 199/2009).

Por otra parte, hemos de señalar que el legislador también ha incorporado a la norma la prestación de servicios sociales y de acogida de los solicitantes cuando carezcan de recursos económicos para la satisfacción de las necesidades básicas, así como la adopción de medidas necesarias para mantener la unidad familiar. La concesión de la autorización de trabajo de los solicitantes se remite al desarrollo reglamentario de la ley.

3.3. Los Efectos: concesión, denegación y revocación

Los efectos de la concesión de asilo o de protección subsidiaria suponen un reconocimiento de su garantía al ser especificados en la norma e implican una equiparación casi completa entre ambas figuras de protección en orden al ejercicio efectivo de toda una serie de derechos que son contemplados en la misma³⁸. El legislador manifiesta una mayor sensibilidad ante este doble sistema de protección frente al carácter casi residual de la protección subsidiaria recogido en la Directiva de la que trae su causa, lo que constituye sin duda un avance que debe ser reconocido.

Entre los efectos de las resoluciones de denegación se incluye que se autorice su estancia o residencia por razones humanitarias “determinadas en la normativa vigente” (art. 37 b), si bien a continuación el legislador mantiene la previsión de las razones humanitarias diferentes de las previstas para la concesión del estatuto de protección subsidiaria que conllevarán la autorización para permanecer en España del solicitante de protección internacional, si bien en los términos previstos en la legislación de extranjería (art. 46.3). Hay previsiones específicas relativas a la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria como de la reagrupación familiar. En efecto, el legislador ha traspuesto los contenidos de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar³⁹, orientada a la adopción de disposicio-

³⁸ Protección frente a la devolución, autorización de residencia y trabajo permanente de conformidad con la legislación de extranjería, expedición de documento de identidad y viaje, acceso a servicios públicos de empleo, educación, asistencia sanitaria, vivienda, asistencia social y servicios sociales, formación continua y ocupacional, planes de integración, etc. (art. 36).

³⁹ Directiva 2003/86, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

nes comunes en materia de reagrupación familiar, en la que se incluyen preceptos destinados a los refugiados que pueden obtener condiciones más beneficiosas en el ámbito de la reagrupación familiar. Además, al objeto de plantear una futura incorporación a la sociedad de recepción, los titulares del estatuto de refugiado quedarán favorablemente afectados por la Directiva sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁴⁰. El objetivo de esta norma, entre otras, es que los refugiados puedan beneficiarse del estatuto de residente de larga duración tras cinco años de residencia en el territorio de un Estado miembro.

El texto de la norma se completa con las referencias al cese de la protección subsidiaria y la revocación del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria. En concreto, el cese del estatuto de refugiado tendrá lugar a solicitud del interesado, por acogerse de nuevo y voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad, haber adquirido una nueva nacionalidad y disfrutar de protección, establecerse de nuevo voluntariamente en el país que abandonaron, dejar el territorio español para instalarse en otro país, o bien cuando careciendo de nacionalidad hubieren regresado al de su anterior residencia por haber desaparecido en aquél las circunstancias por las que fueron reconocidos como refugiados. El cese en la condición de refugiado no impedirá la continuación de la residencia en España en cumplimiento de la legislación de extranjería (art 42). Respecto del cese de la protección subsidiaria se contempla igualmente a solicitud del beneficiario, por abandono del territorio español fijando la residencia en otro país, la inexistencia presente o el cambio de circunstancias que hagan innecesaria la protección. El cese de la protección subsidiaria no impedirá la continuación de la residencia en España en cumplimiento de la legislación de extranjería (art. 43).

La revocación del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria tendrá lugar cuando concurra alguna de las causas de exclusión o denegación previstas en la ley para el reconocimiento del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria. Los supuestos previstos en la norma incluyen que el beneficiario hubiera “tergiversado u omitido” hechos decisivos para la concesión del estatuto o, cuando por razones fundadas, el beneficiario de la protección internacional constituya un peligro para la seguridad de España,

⁴⁰ Directiva 2003/109 relativa al estatuto jurídico de los residentes de larga duración. Se ha formulado la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional COM (2007) 298 final.



o que, habiendo sido condenado por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad (art. 44). Hemos de reproducir aquí cuanto se ha indicado al respecto en las causas de exclusión o denegación, insistiendo en la importancia que reviste el estándar probatorio para calcular el riesgo que se puede derivar de la revocación. Por cuanto respecta a los procedimientos previstos para el cese y la revocación el legislador ha establecido un conjunto de garantías durante la tramitación del procedimiento administrativo como el recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional frente a la resolución administrativa que ponga fin al mismo. La tramitación del procedimiento principiará en la Oficina de Asilo y Refugio que remitirá el expediente correspondiente a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio que, cuando proceda, elevará la propuesta al Ministro del Interior que resolverá sobre el cese o revocación.

3.4. Otras novedades

El legislador también ha prestado atención a las personas solicitantes de protección internacional que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad⁴¹, al objeto de que se puedan adoptar medidas necesarias para otorgarles un tratamiento diferenciado, si bien discrepamos del criterio seguido por el legislador respecto a la remisión al posterior desarrollo reglamentario para precisar el alcance de dichas medidas. Entendemos que hubiese sido más garantista concretar en la norma las medidas sin perjuicio de su desarrollo procedimental en el futuro reglamento que, transcurrido más de un año desde la aprobación de la ley, no parece inminente su elaboración.

Otras novedades de menor relevancia que presenta la nueva ley de asilo y refugio afectan por un lado, a la necesidad de informar anualmente por el Gobierno a las Cortes Generales sobre el número de solicitantes de protección internacional, el número de personas que han sido destinatarios de la concesión o denegación de este estatuto, el número de beneficiarios de reasentamiento y de reagrupación familiar, así como los ceses y revocaciones y la situación de las personas vulnerables (DA 8^a).

⁴¹ “menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada mujeres embarazadas, familias mono parentales con menores de edad, personas que han padecido torturas, violaciones y otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos” (art. 46).



Igualmente se prevé en la ley, como concreción del compromiso del Estado español con el reasentamiento de refugiados, la competencia del Consejo de Ministros para acordar anualmente el número de personas que puedan ser objeto de reasentamiento en colaboración con el ACNUR (DA 1^a). Se pretende así colaborar con países de primera acogida que pueden encontrarse desbordados por crisis de refugiados o desplazados de conflictos y proceder a su traslado a España⁴². En todo caso se debe reparar en la absoluta imprevisión del legislador para concretar en esta norma los aspectos formales y procedimentales relativos a la determinación de los refugiados objeto de los programas de reasentamiento, así como la vía para instar el control jurisdiccional de la actuación administrativa para llevar a cabo dicho reasentamiento. Nuevamente se hace urgente el desarrollo reglamentario para precisar el procedimiento conforme al que se podrá dar cumplimiento a este precepto.

También hemos de hacer hincapié en el silencio que el legislador ha guardado en relación con todas las circunstancias que rodean a las solicitudes de protección formuladas en Ceuta y Melilla, acaso hubieran precisado de alguna previsión de orden procedimental en atención tanto a su especificidad como a consideraciones cuantitativas y consecuencias que se derivan de su presentación en dichas ciudades autónomas. Quizá este olvido pueda ser subsanado en el previsto desarrollo reglamentario, si bien nos parece más adecuado incorporar al texto de la Ley 12/2009 previsiones específicas sobre dichas solicitudes en orden tanto a su tramitación como a la situación de los solicitantes en espera de la resolución administrativa relativa a la admisión.

Quizá el problema constitucional más grave que plantean las sucesivas regulaciones del derecho de asilo y la condición de refugiado es el relativo a su operatividad y eficacia. Estamos en presencia de un derecho basado sobre un mecanismo de reconocimiento de protección por un Estado, en el que los aspectos procedimentales en esta materia revisten un carácter substancial. Cabe entender que el acceso al procedimiento es una suerte de efecto previo al reconocimiento. No queremos hacer hincapié en la naturaleza jurídica de

⁴² El Consejo de Ministros el 29 de enero de 2010 aprobó el Programa de Reasentamiento de Refugiados para dicho año autorizando el reasentamiento en nuestro país de 75 refugiados. Hemos de imaginar que la estancia inicial de este grupo se realizará en los Centros de Acogida a Refugiados del Ministerio de Trabajo e Inmigración bajo las condiciones que se recogen en las Órdenes Ministeriales de 13.1.1989 y 18.11.2001.



la protección si bien es notorio que estamos en presencia de un derecho constitucionalizado. Es por ello que reviste un especial interés el acceso al procedimiento para solicitar la protección, así la supresión de garantías o la dificultad real para acceder al mismo, conculcaría este derecho constitucionalizado de marcado carácter procesal, en el que el procedimiento para la determinación de la veracidad de la persecución está íntimamente ligado con el ejercicio del propio derecho constitucionalizado. En resumen, es la apertura de un procedimiento administrativo la que permite la puesta en marcha del procedimiento de petición de asilo y de protección subsidiaria, para la ulterior constatación en su caso por los órganos administrativos y judiciales de la existencia o inexistencia de una amenaza real contra el peticionario.

La nueva regulación en materia de asilo y protección subsidiaria aquí comentada precisará de desarrollo reglamentario, así como de aplicación administrativa e interpretación jurisprudencial para evidenciar todas sus potencialidades, ya que su reciente entrada en vigor sólo nos ha permitido una evaluación teórica, en la que debemos destacar el esfuerzo garantista en los procedimientos, la concreción conceptual y la casi completa equiparación entre asilo y protección subsidiaria. Ahora bien, entendemos que debe cuestionarse la pluralidad de procedimientos regulados y el riesgo de que en alguno de ellos se sustancie con brevedad y escaso rigor la carencia de fundamentación de la persecución o del miedo a sufrirla invocado por el solicitante.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SANZ, L., "El derecho de asilo de menores no acompañados: una propuesta de regulación más segura", *Revista de Derecho Político*, núm 74, 2009.
- AA.VV. *Guía sobre el derecho de asilo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Ministerio del Interior, El Derecho, editores, Madrid 2005.
- BLANQUER, D., *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*. Ed. Civitas y Ministerio del Interior, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS A., *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007.
- GARCIA MAHAMUT, R. Y GALPASORO, J., *Régimen jurídico del derecho de asilo en La Ley 12/2009*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2010.
- GORTAZAR ROTAECHE, G., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

- LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991.
- PÉREZ SOLA, N., *La regulación del derecho de asilo y refugio en España*, Universidad de Jaén-Adhara ediciones, Granada 1997.
- “La problemática actual del derecho de asilo y refugio” en *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, C. Molina Navarrete, N. Pérez Sola, G. Esteban de la Rosa, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L., *Extranjería y refugio. Práctica contencioso-administrativa*. La Ley, Madrid 1997.
- 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*, núm. 18, 2009.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex nova, Valladolid, 2001.
- “El sistema europeo común de asilo y su recepción en la ley española”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 12, 2006.
- “¿A qué derecho fundamental, afecta que el solicitante de asilo deba permanecer en frontera?” en *La situación de los refugiados en España, Informe 2003 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado*, acento 2003
- SARDINA CÁMARA, p., “Notas jurisprudenciales sobre la protección subsidiaria del derecho de asilo y su incidencia en el marco de la nueva regulación legal”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 22, 2009.
- TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Dykinson, Madrid 2003.
- TRUJILLO PÉREZ A.J., Y ORTEGA TEROL, J.M., *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 de Tratado de Lisboa*, Sequitur, Madrid, 2009.

NICOLÁS PÉREZ SOLA
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad de Jaén
Paraje de las Lagunillas s/n
23007 Jaén
e-mail:nperez@ujaen.es

