

DERECHOS HUMANOS Y ASILO: SOBRE LAS DEFICIENCIAS DEL SECA Y LA REGULACIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA

HUMAN RIGHTS AND ASYLUM: ABOUT DEFICIENCIES OF THE CEAS AND THE SPANISH LEGAL REGULATION

ÁNGELES SOLANES CORELLA
*Instituto Universitario de Derechos Humanos.
Universitat de València*

Recibido: 11/06/2014

Aceptado: 13/10/2014

Resumen: El sistema europeo común de asilo (SECA) fue teóricamente pensado con la finalidad de asegurar el asilo como un derecho, articulando un estatuto uniforme de protección. Tras varios años, dicho sistema no sólo no se ha completado, sino que además en determinados Estados, como es el caso de España, los ataques que está sufriendo hacen que los solicitantes de asilo se encuentren en situaciones de extrema vulnerabilidad. Este artículo, a partir de las disposiciones europeas, evidencia, de modo crítico y razonado, las deficiencias iniciales en el acceso al estatuto de refugiado y las sistemáticas violaciones de derechos humanos que se producen en los movimientos mixtos en España. Se trata de reivindicar que las garantías frente a la persecución no pueden ser limitadas, ni los solicitantes de asilo pueden concebirse como un *numerus clausus*, porque cuando hablamos de asilo apelamos a un derecho humano conectado con la más elemental protección del género humano.

Palabras Clave: Derechos humanos; asilo; SECA; España.

Abstract: *The Common European Asylum System (CEAS) was theoretically designed with the aim of ensuring asylum as a right, articulating a uniform protection status. After several years, this system has not only not been completed, but also in certain states, such as Spain, said system is suffering attacks which are placing asylum seekers in situations of extreme vulnerability. This article, from the European guidelines, suggests, with critical and reasoned arguments, initial deficiencies in access to refugee status and to the systematic violations of human rights that occur in mixed movements in Spain. The focus of this paper is to demand that the guarantees from persecution not be limited and asylum seekers not be conceived as a numerus clausus, because when we discuss asylum we appeal to a human right connected to the most basic protection of human beings.*

Keywords: *Human rights; asylum; CEAS; Spain.*

SUMARIO: 1. EL SENTIDO DEL ASILO Y SU CONCRECIÓN EN EL ÁMBITO NORMATIVO. 2. ALGUNAS DIFICULTADES INICIALES. 3. MOVIMIENTOS MIXTOS Y ASILO. 4. INADMISIÓN, DENEGACIÓN DE SOLICITUDES Y VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 5. REIVINDICANDO EL ASILO COMO UN DERECHO: CONTRA LA APARENTE INDIFERENCIA DE LOS ESTADOS.

1. EL SENTIDO DEL ASILO Y SU CONCRECIÓN EN EL ÁMBITO NORMATIVO¹

Recordar a estas alturas el carácter básico del asilo como derecho humano podría considerarse como un pleonasma de no ser porque las vulneraciones del mismo (en diferentes contextos, pero en concreto en el ámbito de la Unión Europea y en ella significativamente en España) son sistemáticas. Es por ello necesario insistir en su origen como un “derecho a tener derechos”, es decir, como “el único derecho que había llegado a figurar como símbolo de los derechos del hombre en la esfera de las relaciones internacionales”². Efectivamente hablar de asilo y refugio es apelar a una deontología de protección del género humano en la que encontramos una estricta vinculación entre los derechos humanos y la dignidad humana³, entendiendo ésta como “el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa el derecho”⁴. A partir de ahí, es posible analizar cómo los derechos humanos, entre ellos el asilo, son concretados, interpretados y realizados a través de diferentes instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, para evidenciar las agresiones de que son objeto.

En principio, como respuesta a las atrocidades de la II Guerra Mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) hace un alegato al derecho de asilo en su artículo 14 al mantener que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” sin que este derecho se pueda invocar contra una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. En la misma línea la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, constituyen las dos disposiciones de referencia a nivel internacional respecto al derecho de asilo. Todas estas previsiones tienen un punto en común: proteger al perseguido, dotándole de instrumentos jurídicos que le amparen.

Además en el caso de España son determinantes las directrices del acervo de la Unión Europea en materia de asilo, pensado para la configuración del denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), para la armonización de

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto Consolider-Ingenio 2010 (CSD-2008-00007) El tiempo de los derechos, financiado por el Ministerio de Educación; y el Proyecto “Derechos Humanos, Sociedades Multiculturales y Conflictos” (DER 2012-31771), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, como parte del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, (Plan Nacional de I+D+I).

² H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Volumen II, 1982, p. 357.

³ J. DE LUCAS, “Fundamentos filosóficos del derecho de asilo”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 4, 1995, pp. 23-56; y *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Barcelona, Icaria, 1996.

⁴ J. HABERMAS, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 44, 2010, pp. 105-121, p. 111.

las legislaciones de los Estados miembros en materia de asilo, que marcará el futuro desarrollo legislativo español y la introducción de modificaciones en la normativa vigente. En este ámbito, el Convenio europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales (1950) se ha convertido en el mecanismo de protección por excelencia en el caso de los migrantes y refugiados. A pesar de que el número de derechos y libertades que recoge el Convenio son reducidos, puede afirmarse que el sistema regional de protección de los derechos humanos funciona especialmente gracias a la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Los derechos garantizados por el mencionado Convenio se amplían en sus protocolos adicionales⁵. Por otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales (2000) define además derechos aplicables a nivel comunitario, en particular los relativos a la dignidad, libertad, igualdad, ciudadanía y justicia, teniendo ahora el mismo carácter vinculante que los Tratados. En ella el artículo 18 garantiza el derecho de asilo.

Otras disposiciones marcan la regulación de esta materia, entre ellas, el Acuerdo Europeo nº 31 sobre la exención de visados para los refugiados, aprobado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959; el Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación de Schengen (en concreto los artículos 28 a 38); y el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, aprobado en Dublín el 15 de junio de 1990.

En 1999 se produjo un punto de inflexión para la configuración del mencionado SECA que sigue perfeccionándose en la actualidad, en la medida en que ha quedado patente que adolece de importantes deficiencias. En ese año el Consejo de Tampere fijó un programa para la consecución de un sistema común europeo de asilo, y la adopción de un procedimiento y un estatuto uniforme en todos los Estados de la Unión Europea. El programa establecía distintos pasos para ir reduciendo la autonomía estatal por etapas, y evitar las limitaciones por parte de algunos Estados⁶. En este marco se han aprobado diferentes normas comunitarias en materia de asilo, entre ellas, desde el ya superado reglamento Dublín II (Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003), hasta diversas directivas, como la relevante y periclitada Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, refundida por la Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a

⁵ D. BONDIA, “El sistema europeu de protecció dels drets humans”, en J. BONET y V. M. SÁNCHEZ (dirs), *Els drets humans al segle XXI: continuïtat i canvis*, Barcelona, Huygens Editorial, 2007, pp. 207-241.

⁶ E. M. UÇARER , “Burden-Shirking, Burden-Shifting, and Burden-Sharing in the Emergent European Asylum Regime”, *International Politics*, nº 43, 2006, pp. 219-240, p. 227.

protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)⁷. La intención de estas disposiciones es que los Estados de la Unión Europea “apliquen criterios comunes para identificación de personas auténticamente necesitadas de protección internacional y, por otra parte, asegurar que un nivel mínimo de prestaciones esté disponible para dichas personas en todos los Estados”. Todas estas previsiones, en teoría, fueron pensadas para la protección de las personas solicitantes de asilo⁸.

Por sintetizar un entramado normativo en constante cambio (puesto que su análisis exhaustivo y, sobre todo, los debates que ha conllevado, supera las posibilidades de este estudio) nos centraremos en las disposiciones más relevantes que permitirán evidenciar el desfase de la legislación española respecto a la europea en la materia, y los repetidos incumplimientos de las obligaciones internacionales por parte del Estado español.

En primer lugar, es una referencia ineludible la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para conceder o retirar la condición de refugiado⁹, modificada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de mayo de 2008, que establece una estructura de niveles mínimos para toda la Unión Europea mediante una serie de garantías destinadas a lograr que el procedimiento sea justo y eficiente.

Precisamente por la necesidad de introducir una serie de modificaciones sustantivas en la mencionada Directiva 2005/85/CE del Consejo, en pro de una mayor claridad se apuesta por su refundición. Surge así la reseñable Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, que tiene por objeto establecer procedimientos para conceder dicha protección conforme a la mencionada Directiva 2011/95/UE, de tal forma que, como se pretende desde los inicios del SECA, los casos similares reciban un trato semejante y produzcan el mismo resultado. Junto a ella se encuentra la Directiva 2013/33/UE Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido).

Por último, completan la normativa básicas dos reglamentos: el Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de la

⁷ Diario Oficial de la Unión Europea L337, de 20 de diciembre de 2011. *Vij. P. N. PAPANIMITRIOU, and I. F. PAPANAGEORGIOU, “The New ‘Dubliners’: Implementation of European Council regulation 343/2003 (Dublin II) by the Greek Authorities”, Journal of Refugee Studies, vol. 18, n° 3, 2005, pp. 299-318.*

⁸ C. TEITGEN-COLLY, “The European Union and Asylum: an illusion of protection”, *Common Market Law Review*, n° 43 (6), 2006, pp. 1503-1566, p. 1507

⁹ Diario Oficial de la Unión Europea L 326/13, de 13 de diciembre de 2005. Corrección de errores en Diario Oficial de la Unión Europea L 236/35, de 31 de agosto de 2006.

impresiones dactilares para la aplicación del reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011 por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia; y el mencionado Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013¹⁰.

Para contextualizar estas disposiciones, debe tomarse en consideración que tras finalizar el programa de la Haya (2005-2009), pensado para fortalecer el espacio de libertad, seguridad y justicia, con una significativa importancia en el control de fronteras; el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo (2008) estableció una explícita conexión entre inmigración y asilo, enfatizando en su compromiso cuarto la construcción de una Europa de asilo¹¹; y se inició el actual programa de Estocolmo (2010-2014) para consolidar el SECA. Como recuerda ACNUR el SECA sitúa a los Estados Miembros en una posición única para responder coherentemente y de manera justa a las necesidades de los hombres, mujeres y niños que buscan protección en la Unión. Sin embargo, a pesar de que muchos de sus elementos ya están instaurados, falta todavía un enfoque más armonizado, y las lagunas aún existentes en la ley y en la práctica presentan un riesgo para la protección de los refugiados¹².

En este marco europeo, de acuerdo con el artículo 13.4 de la Constitución Española, se aprobó la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria¹³. Con ella se trasponen las mencionadas

¹⁰ Las dos directivas de 2013 mencionadas y los reglamentos de ese mismo año pueden encontrarse en Diario Oficial de la Unión Europea L 180, de 29 de junio de 2013.

¹¹ Los informes de seguimiento del mismo dejan constancia de los avances que se han realizado al respecto, pero también de la imposibilidad de culminar el SECA en 2012 como se pensó en un primer momento. Vid. COM (2013) 422 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *IV Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011)*, 17 de junio de 2013. Vid. N. ARENAS HIDALGO, “El derecho de asilo en el marco de las políticas comunitarias de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización”, *Revista de Estudios Europeos*, 2008, pp. 125-146, en concreto pp. 130-135 e Y. PASCOAU, *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, Bayonne, Fondation Varenne, 2010.

¹² ACNUR, *Avanzando en materia de asilo en la UE: Recomendaciones de ACNUR a Irlanda para su Presidencia de la Unión Europea*, Enero -junio de 2013. Vid. E. GUILD and S. CARRERA, “Towards the Next Phase of the EU’s Area of Freedom, Security and Justice: The European Commission’s Proposals for the Stockholm Programme”, *CEPS policy brief*, N° 196/20, agosto 2009, pp. 5 y 8.

¹³ BOE núm. 263, de 31 de octubre. Sobre los aspectos más relevantes de la ley vid. A. J. TRUJILLO y J. M. ORTEGA (coords.), *Inmigración y asilo: problemas actuales y reflexiones*

Directivas de 2004 y 2005, así como el capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados. En su momento, con esta Ley se consideró cumplida la medida 108 del I Plan Nacional de Derechos Humanos (2008), según su informe de seguimiento de noviembre de 2012, encaminada a establecer un procedimiento que asegure las garantías jurídicas necesarias en el ejercicio del derecho de asilo tales como la intervención de ACNUR, la asistencia jurídica y de interprete, o la participación de ONG. Se trata, en todo caso, de una medida que requiere un desarrollo continuo. El Comité de DESC valoró positivamente la aprobación de la mencionada ley como una forma de mejorar el disfrute de los derechos sociales, económicos y culturales¹⁴. En todo caso, no puede obviarse que la ley cuenta con medidas de “prevención” pensadas para evitar el uso indebido de esta institución, parece que se legisla contra el transgresor y luego se presenta la norma como la regulación de la conducta habitual¹⁵.

Dicha Ley se desarrolla actualmente por el desfasado Reglamento 203/1995 de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo; que a su vez ha sido modificado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio; por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre y por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Una de las cuestiones normativas pendientes es el desarrollo reglamentario ajustado a la mencionada Ley 12/2009, para completar el sistema de garantías¹⁶.

al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, Ediciones Sequitur, Madrid, 2010.

¹⁴ Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 48º período de sesiones 30 de abril a 18 de mayo de 2012, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012.

¹⁵ Cfr. J. DE LUCAS, “La crisis y la política de inmigración y asilo: tiempos (más) difíciles”, *Página abierta*, nº 201 (marzo-abril) 2009, pp. 41-50; “Los movimientos de derechos por los sin derechos: la solidaridad con inmigrantes y refugiados”, *Revista Andaluza de Antropología*, nº 6, marzo 2014, pp. 78-98; y A. SOLANES CORELLA, “Un decálogo sobre la crisis del asilo en España”, *Sistema*, nº 218, 2010, pp. 103-122.

¹⁶ Se presentó una Proposición no de Ley por el Grupo Parlamentario Socialista, instando al Gobierno a proceder al desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009. En la misma se argumenta que la disposición final tercera de la ley 12/2009 autoriza al Gobierno para dictar, en el plazo de seis meses, cuantas disposiciones de carácter reglamentario exija el desarrollo de esa Ley. A ello el Gobierno contestó que esperaría a que el Sistema Europeo de Protección de Asilo estuviera elaborado, para que la normativa española se articulará en plena concordancia jurídica con la europea. Proposición no de Ley presentada por el GPS instando al Gobierno al desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009 de asilo, trabajos parlamentarios, 26 de noviembre de 2012; y Pregunta del Senador D. Rafael Bruguera Batalla (GPEPC) sobre el calendario de las medidas que tiene previsto impulsar el Gobierno para el desarrollo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (Núm. exp. 680/000209), trabajos parlamentarios, 9 de octubre de 2012.

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

2. ALGUNAS DIFICULTADES INICIALES

A pesar de las modificaciones legales en 2009, las cifras totales de solicitudes de asilo en España siguen siendo bajas y, en todo caso, menores en comparación con otros Estados de la Unión, y entre éstas y el reconocimiento efectivo de la condición de refugiado y la concesión del derecho de asilo hay una distancia abismal¹⁷.

Ello significa que, por una parte, España no se ha adecuado plenamente a las exigencias del incompleto SECA y, por otra, que arrastra una larga tradición de consideración del asilo como un derecho *soft*. Sin duda, en una dimensión teórica, sería necesario reformular los números en cuanto al asilo, en aras de una mayor solidaridad en torno a cuatro ejes: cooperación práctica y técnica, solidaridad financiera, asignación de responsabilidades y mejora de los instrumentos de gobernanza del sistema de asilo. En el ámbito práctico es imprescindible ir más allá, como mantiene el Comité Económico y Social Europeo la política de asilo dista mucho de estar consolidada y ser eficiente y los Estados miembros se siguen diferenciando en lo relativo a la apertura y la preparación para recibir a los refugiados, así como en la construcción de la política europea de asilo¹⁸.

Los problemas que dificultan el acceso al derecho de asilo (sin analizar ahora los mecanismos de identificación de solicitantes, cuestión de vital importancia a la que se dedicará el siguiente apartado), son especialmente tres: la formación de los agentes involucrados en el mismo, la exclusión a priori de determinados sujetos y los lugares de presentación de las solicitudes.

¹⁷ Por ejemplo, en 2012 los datos oficiales de la Oficina de Asilo y Refugio constatan que se reconoció la condición de refugiado y la concesión del derecho de asilo a 233 personas de un total de 2.588 solicitudes. Vid. AESO, European Asylum Support Office, *Informe Anual de 2012 sobre la situación del asilo en la Unión Europea*, 2013, p. 20; y Ministerio del Interior, Dirección General de Política Interior, de la Subdirección General de Asilo (Oficina de Asilo y Refugio), *Asilo en cifras 2012*, Madrid, 2013.

¹⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una mayor solidaridad en la UE en el ámbito del asilo. Una agenda de la UE para un mejor reparto de la responsabilidad y una mayor confianza mutua» [COM(2011) 835 final] (2012/C 299/17).

En cuanto a la primera dificultad, desde 2011 el Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería forma parte del punto de contacto español de la Red Europea de Migraciones, que fue una iniciativa de la Comisión Europea con el objetivo de satisfacer las necesidades de información de las instituciones comunitarias y de las autoridades e instituciones de los Estados miembros, proporcionando información actualizada, objetiva, fiable y comparable en materia de migración y asilo, con el fin de respaldar el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea en estos ámbitos¹⁹.

Para conseguir la correcta implementación de las diferentes fases del SECA y su consolidación en España, la medida 110 del mencionado I Plan Nacional de Derechos Humanos, apostó por establecer un programa de formación para jueces, fiscales, funcionarios de la Administración de Justicia, abogados, policías y sociedad civil, en materia de protección internacional de las personas refugiadas. Este compromiso del Plan se incorporó en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 12/2009, de Asilo, que se refiere al impulso de programas formativos en materia de protección internacional, destinados a todos los agentes involucrados, como medida clave para un eficaz y justo funcionamiento del sistema de protección. Como, de momento, no contamos con un II Plan Nacional de Derechos Humanos, no es posible valorar la continuidad de esta medida que en su momento fue catalogada como imprescindible.

La importancia de este tipo de previsiones se recuerda también en el ya mencionado Pacto de Inmigración y Asilo que en su apartado cuarto alude a la importancia de que el personal encargado del control de las fronteras reciba formación sobre los derechos de las personas que tengan necesidad de protección internacional. La ECRI además enfatiza la relevancia de que las autoridades fronterizas y los agentes del orden público reciban formación en materia de derechos humanos y cuestiones de asilo, en concreto por ejemplo sobre la manera de realizar una entrevista de asilo²⁰.

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

Los programas de formación, hasta el momento, no han impactado en el aumento de las cifras. Más bien al contrario, la mengua de solicitudes de asilo que se tramitan en España ha constituido objeto de atención permanente por parte del Defensor del Pueblo. En las diferentes visitas que se realizan a centros en los

¹⁹ Ministerio Fiscal, *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante*, Volumen I y II, Madrid 2012, pp. 844-845.

²⁰ ECRI, *Cuarto Informe sobre España*, de 8 de febrero de 2011, pp. 11 y 43.

que pudieran encontrarse personas en situación de protección internacional, esta Institución ha llevado a cabo comprobaciones sobre el acceso al procedimiento, habiendo encontrado casos de personas que manifestaron que no habían sido informadas de la posibilidad de solicitar protección internacional. Así constata que existen dificultades prácticas de acceso, una de las cuales es precisamente la aludida falta de formación para identificar al potencial solicitante de protección internacional por parte de los funcionarios de policía de frontera y los de extranjería, así como de los letrados que asisten al extranjero en el procedimiento de denegación de entrada o en los de expulsión o devolución por estancia irregular, con lo cual se refuerza la necesidad de mantener en un segundo plan la mencionada medida 110²¹.

No puede olvidarse que una de las pretensiones del Plan de Acción de la Unión Europea sobre Derechos Humanos y Democracia, en su cláusula de derechos humanos, insiste en la necesidad de que se evalúe con regularidad y se preste especial atención a la protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes en los países de acogida, que en un sentido amplio debe incluir esa posibilidad de acceso a la protección internacional²².

El Comité DESC ha expresado su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado español, perjudicando de forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, entre ellos los solicitantes de asilo²³.

Una segunda cuestión de especial importancia en el acceso al derecho de asilo es la relativa a la protección internacional en España de los nacionales de países miembros de la Unión Europea. Con la transposición de las mencionadas directivas 2004/83/CE y la 2005/85/CE, la Ley 12/2009 concretó su ámbito

²¹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, p. 171 e *Informe Anual 2013*, p. 218.

²² Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2012, sobre la revisión de la estrategia de la Unión Europea en materia de derechos humanos*. Cfr. E. J. RUIZ VIEYTEZ, *Juntos pero no revueltos. Sobre diversidad cultural, democracia y derechos humanos*, Madrid, Maia, 2011, pp. 198-208.

²³ Por ello el Consejo DESC recomienda al Estado “que garantice que todas las medidas de austeridad adoptadas identifiquen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y que tome todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En este contexto, el Comité recomienda al Estado parte que recopile información estadística desagregada, con el objeto de identificar a las personas y grupos afectados y aumentar la eficacia de sus esfuerzos para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales. El Comité también señala a la atención del Estado parte su carta abierta sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, con fecha 16 de mayo de 2012”, Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, op. cit., p. 11, p. 7. Sobre la directa relación entre estos derechos y la integración de los extranjeros vid. M. J. AÑÓN ROIG, “Integración: una cuestión de derechos”, *Revista Arbor*, n.º 477, 2010, pp. 625-638.

subjetivo en las personas nacionales de países no comunitarios y los apátridas²⁴. Éste fue uno de los motivos por lo que se solicitó al Defensor del Pueblo que recurriera por inconstitucionalidad la mencionada norma, al entender que excluía de la posibilidad de solicitar asilo a los nacionales de países miembros de la Unión Europea. Sin embargo, a juicio de la mencionada Institución la imposibilidad de que los ciudadanos de la Unión puedan gozar de protección internacional en España, no se corresponde “cabalmente con la norma”, por ello no presentó recurso de inconstitucionalidad. A la luz del artículo 20.1 f de la citada ley, el Defensor del Pueblo entendió que el legislador español no ha cerrado la posibilidad de la protección internacional para dichas personas ante las autoridades españolas, es más la redacción del texto no determina la inadmisión, sino que indica que el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite, necesariamente mediante resolución motivada, una solicitud lo que a contrario implica que también podrá admitirla. Así, en su opinión, cobra sentido la mención que en el texto legal se hace al Protocolo 24 anexo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), como marco para discernir la admisibilidad de las solicitudes que puedan formularse por ciudadanos de la Unión Europea²⁵.

La ECRI aun reconociendo el carácter excepcional con el que los ciudadanos europeos solicitarían protección internacional, insiste en que debe quedar claro que es posible solicitarla, superando lo que considera una interpretación especialmente restrictiva del Protocolo sobre asilo a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (1997). Por ello, al entender expresamente que las disposiciones de la nueva ley son discriminatorias, exhorta a las autoridades españolas a introducir enmiendas, recomendando que se modifique la Ley 12/2009 a fin de eliminar lo que considera una restricción del derecho²⁶.

En tercer lugar, una de las cuestiones fundamentales en el acceso al estatuto de refugiado, y por tanto en el disfrute del derecho de asilo, tiene que ver con los lugares de presentación de las solicitudes y las dificultades para que la misma se produzca. Con la ley de 2009 desapareció prácticamente la posibilidad de acudir a las embajadas. En relación al lugar de presentación de las solicitudes de asilo, conviene recordar que, por ejemplo, cuando la OAR ofrece datos de 2012 de solicitudes en embajadas, alude en realidad a las extensiones familiares del asilo que se han hecho a través de las mismas. Se trata de un mecanismo para que las personas refugiadas puedan extender la protección a sus familias, pero no quiere decir que exista la posibilidad de solicitar asilo por vía diplomática²⁷.

²⁴ B. ROMÁN LUJÁN, “La nueva ley de asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria)”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º. 22, 2009, pp. 147-160.

²⁵ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2010*, pp. 1449-1451.

²⁶ ECRI, *Cuarto Informe sobre España, op. cit.*, p. 43.

²⁷ CEAR, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *La situación de las personas refugiadas en España*. Informe 2013, Madrid, Catarata, 2013, p. 49.

En la práctica se evidencia las graves dificultades que suponen medidas como las enunciadas, por ejemplo, en la trágica situación de los potenciales solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla. La ECRI ya venía manifestando su preocupación a las autoridades españolas por la situación de las personas que llegaban a las mencionadas ciudades. Así en su tercer informe realizó diferentes recomendaciones: que las autoridades españolas investigasen y abordasen la situación de los inmigrantes y solicitantes de asilo procedentes del África subsahariana que tratan de llegar a territorio español a través de Ceuta y Melilla; que éstas asegurasen que se respeta plenamente en la práctica el derecho de las personas a acceder al procedimiento de asilo, especialmente en el caso de las mencionadas personas; que redoblasen sus esfuerzos para impartir formación en materia de derechos humanos a las autoridades fronterizas y funcionarios de los servicios policiales establecidos en Ceuta y Melilla, incluido el derecho a no ser objeto de discriminación y el derecho a solicitar asilo; y que asegurasen que nadie fuera “deportado” de Ceuta y Melilla, lo que contravendría el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el principio de no devolución²⁸.

Algunos acontecimientos especialmente lamentables como el ocurrido en El Tarajal en febrero de 2014, que se saldó con la muerte de quince personas al intentar entrar en territorio español por la playa de Ceuta y la nefasta actuación de la administración española, no deja lugar a dudas de que la política de seguridad es la preponderante en las fronteras lo que supone la constatación de que en las mismas el acceso al derecho de asilo, bajo las estrictas condiciones de las disposiciones internacionales, no es más que una quimera. Se niega así el primer amparo jurídico que va vinculado al asilo como forma institucional de la hospitalidad. Cuando la fuerza coactiva propia del derecho que se ejerce en las fronteras no respeta algunos límites, deja de ser ejercicio del monopolio legítimo de la fuerza y se convierte en violencia²⁹.

3. MOVIMIENTOS MIXTOS Y ASILO

Entre los aspectos más sensibles en el ejercicio efectivo del derecho de asilo destaca también la correcta identificación de los potenciales solicitantes. La ausencia de un procedimiento de identificación de perfiles de personas que puedan requerir determinada protección es una carencia acuciante. Se insiste en la lucha contra la inmigración irregular y se presentan los datos de denegación de entrada, readmisiones, devoluciones y expulsiones, como un logro de la política migratoria sin entrar a cuestionar, por ejemplo, que entre las 23.889 personas afectadas por estas medidas en 2013 habría potenciales solicitantes de asilo que no pudieron acceder a este derecho³⁰.

²⁸ ECRI, *Tercer informe sobre España*, 14 de junio de 2005, pp. 36-38.

²⁹ J. DE LUCAS, “Violencia, fronteras, Derechos”, www.sinpermiso.info, 27 de abril de 2014 (consultado el 28 de abril de 2014), p. 4.

³⁰ Ministerio del Interior, *Balance 2013. Lucha contra la inmigración irregular*, Abril 2014.

En efecto, la creciente complejidad de los denominados movimientos mixtos, en los cuales se trasladan personas que usan las mismas rutas con diferentes objetivos y medios de transporte o los servicios de los mismos traficantes, supone un importante reto³¹. Identificar a los refugiados que van en los flujos mixtos irregulares puede ser extremadamente complejo, en especial cuando los mismos individuos no tienen un único motivo para su movilidad. Una vez que se les identifica, los refugiados necesitan, protección contra la devolución y el acceso a soluciones duraderas. La concienciación sobre la multidimensionalidad del fenómeno de la migración, pueden ofrecer nuevas oportunidades para la protección de los refugiados. Con la finalidad de ayudar a los gobiernos y a otras partes interesadas a incorporar las consideraciones de protección de los refugiados en las políticas migratorias ACNUR comenzó a desarrollar el denominado plan de los 10 Puntos.

Dicho plan consta de 10 puntos de acción en los que se proponen herramientas prácticas sensibles a la protección y las estrategias que se podrían adoptar como parte de respuestas coherentes y eficaces para los movimientos mixtos. Se concentra en actividades en países de tránsito o de destino, basado en fundamentos de cooperación y responsabilidad compartida entre los Estados y otras partes interesadas. Incorpora tanto actividades tradicionales de protección como propuestas específicas para proteger a los refugiados y a los solicitantes de asilo que viajan como parte de los movimientos mixtos. El plan especialmente recomienda establecer sistemas de entrada que contengan mecanismos para identificar a los recién llegados que tengan necesidades de protección y satisfacer las necesidades de otras categorías de personas involucradas en los movimientos mixtos. La idea fundamental es establecer un compromiso a largo plazo y un desarrollo sostenible orientado hacia la consolidación de la paz, la democratización y la creación de oportunidades de medios de vida sostenibles como parte de un enfoque integral y de colaboración. Desde su puesta en marcha, España ha realizado diversas actividades que se enmarcan en el catálogo de buenas prácticas, algunas relacionadas con sistemas de ingresos sensibles a la protección³². Sin embargo, a pesar de los esfuerzos en los últimos años, persiste la confusión especialmente entre determinados colectivos a lo hora de identificar potenciales solicitante de asilo.

En primer lugar por lo que se refiere a las víctimas de trata de seres humanos, el Defensor del Pueblo ha prestado una atención constante a la necesidad de

³¹ 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*, nº 18, 2009, 32 pp y J. GARCÍA AÑÓN “Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación por perfil étnico”, en J. GARCÍA AÑÓN y M. RUIZ SANZ (eds.), *Discriminación racial y étnica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 281-316.

³² ACNUR, *La protección de los refugiados y la migración mixta: el Plan de los 10 puntos en acción*, febrero de 2011. Las referencias a España pueden encontrarse en las pp. 41, 67, 101, 144, 169 y 298.

identificar los potenciales solicitantes de asilo y de víctima de trata. Así se han realizado recomendaciones a la Subsecretaría del Ministerio del Interior y a la Secretaría de Estado de Seguridad para que revisara los criterios de actuación de la Oficina de Asilo y Refugio en las solicitudes de protección internacional en las que el interesado alegara la condición de víctima de trata o en las que el ACNUR pone de manifiesto la existencia de tales indicios, que han sido rechazadas por el mencionado Ministerio³³.

Diferentes recomendaciones realizadas sobre esta cuestión en 2012³⁴ por parte de la mencionada institución sí han sido atendidas. Persiste, sin embargo, la dificultad relativa a la necesidad de encontrar una fórmula adecuada para la incorporación de las organizaciones no gubernamentales especializadas en el procedimiento de identificación de las víctimas. Asimismo son patentes las dificultades no sólo de las mencionadas asociaciones (que ya vienen desarrollando un papel imprescindible) sino también la de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Otra de las sugerencias que no ha sido aceptada es la que está vinculada con las dificultades en relación a superar los obstáculos básicamente en la acreditación de la existencia de un fundado temor de persecución o la pertenencia a determinado grupo social³⁵. En efecto, ACNUR enfatiza la conexión que puede darse entre asilo y trata, y la posibilidad de concebir éste como una forma de protección si bien hay obstáculos difíciles de salvar unidos especialmente a las cuestiones probatorias propias del procedimiento de asilo³⁶.

Una de las claves en la identificación de los solicitantes de asilo es su consideración casi automática, a priori, como inmigrantes económicos³⁷.

³³ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006, párrafo 48; y *Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas*, 2010. Vid. Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2013*, p. 223.

³⁴ Defensor del Pueblo, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, 2012.

³⁵ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2013*, p. 176.

³⁶ J. BHABHA y Ch. ALFIREV, *Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional*, PPLAS/2009/03, Octubre de 2009; y T. M. CHRISTENSEN, *Trata con fines de explotación sexual: protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*, Informe de Investigación nº 16, ACNUR, Abril 2011.

³⁷ Vid. J. DE LUCAS, “Dos test sobre la consistencia del Estado de Derecho. Ante los proyectos de reforma de asilo y extranjería”, *Jueces para la democracia*, nº 64, 2009, pp. 15-23 y “Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”, en AA. VV., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Bilbao, Eurobask, 2012, pp. 11-91; P. SANTOLAYA MACHETTI, “El sistema común de asilo y su recepción en España”, y M. FULLERTON, “Inadmissible in Iberia: The Fate of Asylum Seekers in

Ciertamente, en la práctica el procedimiento establecido por el régimen general de extranjería para la protección de las víctimas de trata y el procedimiento de asilo son compartimentos estancos. El Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, ya tomo en consideración la cuestión de la trata³⁸. Así, por ejemplo, se determinaba la no incoación de procedimientos sancionadores en materia de extranjería para las víctimas de trata. Sin embargo, uno de los grandes retos es encajar la protección de víctimas de trata procedentes de países de la Unión Europea, las cuales están legalmente excluidas del sistema de protección internacional y no les es aplicable el régimen general de extranjería, en tanto no les sea más beneficioso que la regulación contenida en el RD 240/2007 de 16 de febrero³⁹.

Otro de los colectivos en los que la falta de una correcta identificación es preocupante es el de los menores. ACNUR recuerda algunos aspectos básicos en el caso de menores potenciales solicitantes de asilo, entre ellos: es de vital importancia detectar de inmediato la presencia de posibles menores no acompañados (MENA) entre los extranjeros que llegan al país, poniendo sus casos en conocimiento de las autoridades competentes en protección de menores; las pruebas de determinación de la edad que generalmente se vienen realizando a los menores no acompañados, no son precisas ya que no toman en consideración aspectos raciales, étnicos, nutricionales, medioambientales, psicológicos y culturales, que tienen una influencia directa en el desarrollo y crecimiento del niño, obviar estos factores así como no constatar márgenes de error en estos exámenes, puede acarrear graves consecuencias para el menor; por último, un menor ignora que su experiencia y las circunstancias vividas en su país de origen podrían ser motivo de la protección internacional y desconoce su derecho a pedir asilo, por tanto, los Servicios Competentes de Protección de Menores son los responsables de proporcionarle la ayuda que necesita⁴⁰.

En España, de forma continuada, no se realizan ulteriores pruebas complementarias más allá de la oseométrica de muñeca. Hubiera sido deseable que se siguieran las normas y los códigos de conducta aprobados al respecto así

Spain and Portugal”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, issue 4, 2005, pp. 659-687.

³⁸ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril. Corrección de errores en BOE núm. 145, de 18 de junio), modificado por la *Sentencia de 12 de marzo de 2013*, del Tribunal Supremo; por la *Sentencia de 11 de junio de 2013*, del Tribunal Supremo, por el *Real Decreto 844/2013*, de 31 de octubre y por el *Real Decreto 162/2014*, de 14 de marzo.

³⁹ CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012*, op. cit., p. 168.

⁴⁰ ACNUR, *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 2009 y Menores no acompañados y la protección de asilo*. 2012. Vid. SAVE THE CHILDREN, UNICEF, *Declaración de buenas prácticas, Separated Children in Europe Programme*. 2004, y AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, *Separated, asylumseeking children in European Union Member States*, 2010.

como las recomendaciones del informe del Defensor del Pueblo⁴¹. En el informe de 2013, se constata que algunas recomendaciones comienzan a ser atendidas, aunque sigue sin publicarse el Protocolo Marco de Menores Extranjeros no Acompañados, previsto en el artículo 190.2 del ya mencionado reglamento de extranjería⁴².

La ECRI también avala que se han detectado deficiencias en el trato que reciben estos menores, incluida la ausencia de representación legal independiente en los procedimientos de repatriación, la falta de información sobre el derecho a solicitar asilo, y el uso de métodos obsoletos y poco fiables para la determinación de la edad. Por ello exhorta a las autoridades españolas a que aseguren que todos los MENA sujetos a repatriación cuentan con dicha representación y a que se respete el derecho internacional y los derechos de los niños. Además recomienda que se tomen todas las medidas necesarias para asegurar que dichos niños son informados de su derecho a solicitar asilo, al tiempo que se mejoran los sistemas de recopilación de datos⁴³.

En último lugar existe una gran opacidad acerca del número de solicitudes de asilo presentadas por personas que llegan a nuestras costas como polizones ya que la Oficina de Asilo y Refugio no proporciona dichos datos tal como se reivindica desde las organizaciones no gubernamentales. Las preguntas hechas por Migreurop en diciembre de 2010 al Ministerio del Interior español sobre el número de polizones llegados en el período 2005 a 2010 no tuvieron respuesta. Esta red europea evidencia que el número de solicitantes de asilo que llegan en los barcos de la marina mercante es particularmente bajo en todos los países europeos. En Alemania, Bulgaria, España, Francia, Italia o los Países Bajos, los diferentes actores (armadores, agentes marítimos, etc.) consideran, por lo general, que los polizones son migrantes económicos⁴⁴.

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

⁴¹ Defensor del Pueblo, *Menores o Adultos. Procedimientos para la determinación de la edad*, 2011.

⁴² Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2013*, p. 176.

⁴³ ECRI, *Cuarto informe sobre España, op. cit.*, p. 10 y 41.

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

realizar la custodia del mismo por parte de los vigilantes de seguridad; el capitán del barco no está obligado a contratar una empresa de seguridad para realizar la custodia del polizón si toma esta opción deberá realizar el contrato de arrendamiento de servicios de seguridad⁴⁵.

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

El Defensor del Pueblo, en relación al tratamiento a los polizones avala que las principales dificultades residen en las diferencias en la interpretación que los distintos organismos con competencia en la materia realizan acerca de las mencionadas Instrucciones conjuntas. Las citadas instrucciones no recogieron en sus propios términos la recomendación formulada por el Defensor del Pueblo en el año 2004, a los efectos de garantizar la plena aplicación del derecho a la asistencia gratuita en los casos amparados por la legislación de extranjería, puesto que persisten las irregularidades⁴⁶, así como a los de favorecer que los polizones extranjeros puedan precisar sus circunstancias y su voluntad a las autoridades españolas, para lo que se solicitó la presencia de letrado en la primera entrevista al polizón. Puesto que sigue sin resolverse el momento en el que debe verificarse la citada asistencia y el contenido de la misma, las quejas se centran en la falta de asistencia a la primera entrevista en la que la policía indaga acerca de la intención del polizón de entrar en España o de solicitar protección internacional⁴⁷.

4. INADMISIÓN, DENEGACIÓN DE SOLICITUDES Y VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

En cuanto a la admisión a trámite, esta fase se basa en la descripción de la persecución, y si ésta es manifiestamente inverosímil o no. En caso de que surgiesen

⁴⁵ MINISTERIO DEL INTERIOR. Unidad Central de Seguridad Privada, *Informe sobre custodia de polizones*, Informe UCSP nº: 2009/007, 16 de julio de 2009.

⁴⁶ Así por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 25 de mayo de 2011, atendió a las peticiones de la demanda interpuesta por CEAR Euskadi. La sentencia reconoció que la Subdelegación de Gobierno en Pontevedra y la Brigada de Extranjería y Documentación de Vigo habían incumplido el artículo 22 de la Ley de Extranjería, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, al negar el derecho de asistencia jurídica gratuita a favor de dos polizones que llegaron al puerto de Vigo el 22 de junio de 2009 a bordo del buque de pabellón noruego denominado *Virana*.

⁴⁷ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2013*, p. 176.

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

La realidad es que las solicitudes en frontera son realizadas por personal de la OAR que, en muchas ocasiones como se indicaba anteriormente, carece de una formación específica para la realización de entrevistas en situaciones de crisis y vulnerabilidad. La ECRI ya había insistido a España, antes de la ley 12/2009, y continúa haciéndolo en su último informe, sobre la necesidad de que se mejore la calidad de la entrevista y de la asistencia jurídica, especialmente en la fase de admisión del procedimiento de asilo, al tiempo que se evite que la legislación sobre transportistas impida en la práctica que los solicitantes puedan buscar protección o ejercer el derecho a solicitar asilo. Dicha Comisión, al constatar que la práctica destaca por su inadecuación, subraya la importancia de la calidad de la entrevista de admisión de la solicitud de asilo para asegurar que puede obtenerse suficiente información pertinente a la solicitud, puesto que, la calidad del proceso no puede verse comprometida en aras de su agilización⁴⁸.

Otra de las causas utilizadas por la OAR, a la hora de denegar las solicitudes en frontera, es el hecho de que las personas solicitantes manifiesten su intención de pedir protección internacional una vez le ha sido denegado el acceso al territorio español, cuando en realidad esta motivación no tiene base legal⁴⁹. Ante esta situación, es imprescindible insistir en la necesidad de que la mencionada medida 110 del I Plan de Nacional de Derechos Humanos continúe en desarrollo.

En la primera fase de admisión a trámite es capital que se tome en cuenta todos los indicios. Tal como ha mantenido ACNUR y el Defensor del Pueblo, de forma reiterada, siempre que en la tramitación de solicitudes de protección internacional aparezcan indicios aunque sean mínimos de trata de seres humanos o que se cuestione la edad del solicitante, las demandas han de admitirse a trámite, puesto que como se señalaba anteriormente estamos ante sujetos especialmente vulnerables. Esa admisión a trámite tiene por objeto el poder profundizar en su

⁴⁸ ECRI, *Cuarto informe sobre España*, op. cit., pp. 42-43. Cfr. ECRI, *Tercer informe sobre España*, op. cit., pp. 19, 46 y 47.

⁴⁹ Cfr. N. PÉREZ SOLA, “La nueva legislación sobre asilo”, D. BOZA MARTÍNEZ; F. J. DONAIRE VILLA y D. MOYA MALAPEIRA, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 597-629, en concreto, pp. 609-614.

estudio en condiciones óptimas. Por ello ACNUR en numerosos supuestos ha informado favorablemente la admisión a trámite de demandas si ha apreciado indicios de trata de seres humanos. Sin embargo, la OAR considera que la trata de seres humanos no es subsumible en la institución del asilo, aun cuando el intérprete oficial del Convenio de 1951 estima lo contrario y, por ello, aunque existan indicios resuelve denegar la solicitud y el reexamen. Ésta es una cuestión que debe ser revisada en la praxis española a la luz de las interpretaciones que se proponen desde una dimensión internacional más garantista con los derechos de los solicitantes⁵⁰.

Por otra parte, el Ministerio del Interior puede también no admitir las solicitudes por las diferentes causas legalmente establecidas al efecto, entre ellas cuando resulte que el examen de la solicitud no corresponde a España según el mencionado Reglamento de Dublín u otros convenios internacionales ratificados por España. En este caso, el Defensor del Pueblo comprobó que, en ocasiones, los solicitantes esperan el traslado en la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, desde donde se coordina la misma. Dicha Institución formuló un recordatorio de los deberes legales a la mencionada Comisaría, que lo aceptó, al apreciar irregularidades en la actuación policial y observar que la protección que merecen los solicitantes de asilo en esta situación no está suficientemente garantizada. Como acertadamente recuerda el Defensor hasta que se realiza el traslado al país responsable del examen de la solicitud, el demandante de asilo se encuentra en una situación de desprotección no deseable. Esta situación contrasta con el espíritu garantista que debe prevalecer en los procedimientos de asilo y con la asunción de responsabilidades del Estado en la acogida de los solicitantes de asilo. En estos casos, la solicitud de asilo no ha sido examinada en profundidad aún por lo que el solicitante carece de protección en la práctica hasta que se efectúe su traslado, lo que implica que en muchos supuestos estas personas pueden caer en la marginalidad al carecer de ayudas, pudiendo ser detenidas e ingresadas en centros de internamiento. Por ello, como apuntó dicha Institución a la Secretaría General de Inmigración y Emigración⁵¹, hay que insistir en la necesidad de considerar la posibilidad de que estas personas ingresen en un CAR hasta su efectivo traslado. El Defensor no pudo comprobar si en tales casos la Unidad de Trabajo Social de la Oficina de Asilo facilita información por escrito a los demandantes sobre las posibilidades de acogerse a la protección proporcionada por la Administración española, mientras se hace efectivo su traslado⁵². Con esta medida se podría hacer frente a dos riesgos que parecen persistir en los solicitantes de asilo: por un parte que, aunque sea por error, se acabe aplicando el régimen de infracciones de la legislación de extranjería, y por otra que se quebrante la garantía del principio de no devolución.

Por lo que se refiere al traslado de los solicitantes de asilo al Centro de Acogida a Refugiados (CAR), sería una forma de proporcionarles los medios mínimos

⁵⁰ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, p. 172 e *Informe Anual 2013*, p. 223.

⁵¹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2010*, p. 456.

⁵² Defensor del Pueblo, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, op. cit., p. 225.

necesarios para su subsistencia y atención, facilitando su localización a efectos del propio traslado lo que a su vez garantizaría que se examinara realmente su solicitud. La alternativa de trasladar a los solicitantes a los CIE no es recomendable. La actual ley 12/2009 contempla la posibilidad de inadmitir o denegar en el plazo de cuatro días, las solicitudes formalizadas en los CIE. En ambos casos la consecuencia para el solicitante será la de la permanencia en el Centro a la espera de su expulsión.

El Comité DESC ha manifestado su preocupación en los casos de las personas que siguen retenidas en los centros de internamiento pendientes de expulsión en condiciones de hacinamiento, sin acceso a la información y a servicios adecuados de asistencia social, médica o legal. El Comité insta al Estado español “a dar pleno efecto a la nueva normativa para mejorar las condiciones de vida en los centros de retención para los extranjeros pendientes de expulsión, especialmente en términos de su acceso a servicios adecuados de asistencia sanitaria, social, legal y médica”⁵³.

España al igual que Austria, Suecia, Estonia y Grecia, no dispone de recurso con efecto suspensivo, lo que le acaba de suponer una condena por parte del TEDH. En cambio otros nueve Estados como Holanda e Italia prevén el efecto suspensivo en alguna de sus instancias, mientras que otros catorce Estados entre los que se encuentra, por ejemplo, Portugal contemplan el efecto suspensivo en todas sus instancias⁵⁴.

En cuanto al principio de no devolución, sin duda el *non refoulement* constituye la base de la institución del asilo tal como lo presenta la Convención de Ginebra en su artículo 33 que imposibilita la expulsión o devolución de un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas, salvo los casos en los que el refugiado suponga un peligro para la seguridad del país o una amenaza para la comunidad en caso de delito grave⁵⁵.

Ciertamente, según la Convención de Ginebra (en sus artículo 32 y 33.2), en el caso de que el individuo que constituye una amenaza para la seguridad o el orden público reúna los requisitos necesarios para ser considerado como refugiado puede realizarse una ponderación que en caso de ser la amenaza muy acusada puede

⁵³ Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012, op. cit.*, p. 14, p. 4.

⁵⁴ G. GYULAI and T. ROSU, *Structural Differences and Access to Country Information (COI) at European Courts Dealing with Asylum*, Hungarian Helsinki Committee, 2011, p. 14.

⁵⁵ D. ALLAND et C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit d'asile*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 224-232; J. Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, Cours à l'Académie de droit international de la Haye, Tome 332, (2007), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, pp. 76-130; E. LAUTERPACHT et D. BETHLEHEM “Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement”, en E. FELLER, V. TÜRK, et F. NICHOLSON (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, Bruselas, 2008, pp. 174-181; A. DUFFY, “Expulsion to face torture. Non refoulement in International Law”, en *International Journal of Refugee Law*, vol 20, n 3, 2008. pp 373-390.

llegar a justificar la devolución al país de origen del refugiado⁵⁶. En cambio dicha devolución no es posible cuando el sujeto en cuestión cumpla los requisitos para ser amparado por la protección subsidiaria, al menos, cuando exista un riesgo real de que el afectado sea sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes⁵⁷.

Asimismo es imperativo reiterar la medida 109 del I Plan Nacional de Derechos Humanos relativa a que el Gobierno garantizará el cumplimiento del principio de *non refoulement*, impidiendo la entrega de cualquier persona a un país en el que corra peligro su vida o su integridad física. La Ley 12/2009 incluye en dicha garantía la protección subsidiaria otorgada a personas que, sin ser reconocidos como refugiados, de su situación se desprendan motivos fundados para creer que en caso de retorno al país de origen se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves, incluida la tortura, la degradación o la muerte. Sin duda ésta tiene que ser una medida en desarrollo continuado, como apunta la evaluación de dicho Plan de noviembre de 2012, para que España respete este principio, sin excepciones, y asegure la permanencia en su territorio de las personas en estas situaciones.

A pesar de la regulación legal teóricamente garantista la carencia del mencionado efecto suspensivo supone una vulneración de derechos como ha mostrado el TEDH. Así, por ejemplo, en sentencia de 24 de abril de 2014⁵⁸ el mencionado Tribunal Europeo ha condenado a España por vulnerar el ya aludido Convenio europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales al permitir la expulsión de 30 saharauis que habían solicitado asilo en 2011. En efecto, dicha expulsión se produjo por decisión de la Audiencia Nacional cuando a los mencionados solicitantes, que se encontraban en el CIE de Fuenteventura, se les denegó la solicitud de protección internacional por parte del Ministerio del Interior. Los saharauis alegaban un temor de persecución por parte de las autoridades marroquíes tras su participación en los hechos ocurridos en el Campamento de Gdeim Izik en el año 2010.

En este caso, el TEDH establece que se ha vulnerado el artículo 13 de la Convención al no contemplar la legislación española un mecanismo con efecto suspensivo automático que paralice la devolución de solicitantes de asilo hasta que la decisión sobre su caso sea definitiva. Tal como se establece en el fallo, España debe garantizar la permanencia de los solicitantes de protección internacional en territorio español durante la tramitación del recurso. El Tribunal reconoce un margen de apreciación a los Estados contratantes, puesto que el artículo 13 obviamente

⁵⁶ A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura”, *Revista española de derecho internacional*, volumen 60, nº 1, 2008, pp. 11-38.

⁵⁷ Cfr. J. MCADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *International Journal of Refugee Law*, volumen 17, number 3, 2005, pp. 416-516; y A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de asilo”, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁸ CEDH (TEDH), Troisième Section, Affaire A.C. et autres c. Espagne, (Requête no 6528/11) Arrêt Strasbourg, 22 avril 2014.

no puede suponer un resultado favorable para el solicitante, del mismo modo, la “autoridad “ a que se refiere dicha disposición no tiene por qué ser una autoridad judicial . Ahora bien, las exigencias de accesibilidad y de realidad hacen que para que el recurso que exige el artículo 13 esté disponible, tanto en la legislación como en la práctica, sea imprescindible que su ejercicio no se obstaculice injustificadamente por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado⁵⁹.

El Tribunal evidencia las deficiencias y muestra su preocupación acerca de los mecanismos efectivos de salvaguarda para proteger a los solicitantes de asilo contra devoluciones arbitrarias a su país de origen mientras los tribunales resuelven el fondo del asunto. Ciertamente, estos mecanismos suspensivos constituyen una garantía jurídica consecuencia del Estado de Derecho y de los principios fundamentales de una sociedad democrática inherentes al articulado de la Convención.

5. REIVINDICANDO EL ASILO COMO UN DERECHO: CONTRA LA APARENTE INDIFERENCIA DE LOS ESTADOS

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

En primer lugar, en este proceso España debe afrontar algunas cuestiones clave urgentes, entre ellas, la especial situación en Ceuta y Melilla como punto de presentación de solicitudes de asilo. En su cuarto informe la ECRI, apuntaba que no se había recibido información sobre violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el principio de no devolución.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteerem realizó una visita oficial a España en enero de 2013 en la que llamó la atención sobre la situación de colectivos específicos que son frecuentemente marginados, como los inmigrantes y los solicitantes de asilo. En relación con la situación de los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla, el Relator destacó la diferencia de tratamiento que reciben en comparación con las personas que solicitan asilo en distintos lugares de España, en el sentido de que no tienen libertad de movimiento por el territorio español y no se les permite salir hacia la península mientras no se haya tomado una decisión sobre sus peticiones de asilo, que destacó pueden demorar desde seis meses hasta varios años. Esta situación puede estar motivando que algunas personas que necesitan protección internacional no pidan asilo o renuncien a sus solicitudes con tal de cruzar a la península y que arriesguen su vida en el intento en algunos casos. El Relator enfatizó el progreso que se había logrado en España en la lucha contra la discriminación, pero insistió en la necesidad de buscar mecanismos para cuantificar

⁵⁹ Cakici c. Turquía (GS), nº 23657/94, § 112 (TEDH 1999), MSS c. Bélgica y Grecia (GS), no 30696/09, § 290 (TEDH 2011) y A.C. y otros c. España, nº 6528/11, § 85 (TEDH 2014).

el fenómeno del racismo y la xenofobia y alertó del peligro de que la situación de crisis económica en el país pueda exacerbar actitudes racistas o xenófobas por parte de grupos extremistas que culpabilicen a la población inmigrante de los males de la sociedad⁶⁰.

Las limitaciones a la entrada en territorio peninsular para los solicitantes de asilo procedentes de Ceuta y Melilla, ha sido objeto de atención también por parte del Defensor del Pueblo que instó actuaciones ante la Administración, considerando finalmente que “a juicio de esta institución, la explicación ofrecida en el informe recibido no resulta suficiente para impedir la libre circulación dentro del territorio nacional de los solicitantes de asilo que han visto admitida dicha solicitud”⁶¹. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por ejemplo, declaró nulas las medidas administrativas de retención en Ceuta aplicadas a las personas cuyas solicitudes de asilo habían sido admitidas a trámite⁶².

Los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla son conducidos a los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI), en los que coinciden tanto inmigrantes como solicitantes de protección internacional, con el consiguiente agravio comparativo en relación con los CAR que se encuentran en la Península. Las condiciones en las que se encuentran los CETI han sido analizadas por parte del Defensor del Pueblo, en repetidas ocasiones, evidenciando la sobreocupación, las precarias condiciones de las instalaciones y el excesivo tiempo de permanencia en los mismos⁶³. En su informe de 2013, la mencionada institución constata el llamativo descenso de las solicitudes de protección internacional en el CETI poniendo en evidencia que uno de los efectos de la interpretación por parte de la Secretaría de Estado de Seguridad, acerca de las consecuencias de la admisión a trámite de una solicitud de protección internacional, (en relación a impedir a los solicitantes de asilo de Ceuta y Melilla su libre circulación por el resto del territorio español), ha sido la práctica desaparición de las solicitudes en las ciudades citadas. Sin embargo, el número de personas que se encuentran en dicho CETI no desciende de forma paulatina. Más bien al contrario, el centro de Melilla se encuentra al doble de su capacidad, de tal forma que los servicios de asistencia social, psicológica y de mediación están desbordados, siendo imposible prestar a este colectivo asistencia especializada⁶⁴. Es imprescindible reiterar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estas personas que se agrava por las nefastas condiciones de acogida de los CETI⁶⁵.

⁶⁰ Texto íntegro de la declaración de prensa del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, Sr. Mutuma Ruteere el 28 de enero de 2013 en Madrid, España, 28 de enero de 2013.

⁶¹ Defensor del Pueblo, Expediente 10003229, 20/04/2010, 07-4CG-MJLR.

⁶² Entre otras muchas, STSJA, Rollo 398/2010, de 25 de octubre del 2010; STSJA, rollo 437/2010, de 28 de octubre del 2010; STSJA, Rollo 525/2010, de 10 de febrero del 2011 y la STSJA, Rollo 527/2010, de 13 de enero del 2011.

⁶³ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, op. cit. pp. 148-149.

⁶⁴ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2013*, op. cit. pp. 220-222.

⁶⁵ AESO, *European Asylum Support Office, Informe Anual de 2012*, op. cit, p. 72.

En relación a los lugares de presentación de solicitudes de asilo es así mismo fundamental insistir en la introducción en la Ley 12/2009 de un artículo que recoja las condiciones de acceso de las personas que manifiesten su intención de solicitar la protección internacional en embajadas y consulados, para perfeccionar la vía del artículo 38 de la misma, manteniendo la posibilidad que establece el actual reglamento de traslado urgente a España a propuesta del ACNUR, cuando los refugiados individuales reconocidos bajo su mandato se encuentren en situación de alto riesgo o desprotección en un tercer país.

El asilo está pensado para ofrecer una tipo de protección que, por su propia naturaleza, ha de ser ajena a interpretaciones de índole más política que jurídica que lo desvirtúan. Por ello puede ser útil volver sobre cuestiones que no han quedado zanjadas como la protección internacional en España de los nacionales de países miembros de la Unión Europea, puesto que puede no considerarse satisfactoria respuestas argumentadas como la mencionada del Defensor del Pueblo para mantener el carácter constitucional y garantista de esta medida. De igual forma cabe insistir, como se ha señalado en este trabajo, en la necesidad de una especial protección desde los parámetros de asilo de los tres colectivos especialmente vulnerables que se han mencionado: mujeres sometidas a trata, MENA y polizones, cuya correcta identificación continúa pendiente.

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

Por último, no puede eludirse la difícil situación de aquellos que viendo rechazada su solicitud son inmediatamente expulsados, sin esperar al recurso, o la de aquellos cuya expulsión no puede materializarse, por ejemplo, por las especiales circunstancias en las que se encuentra su país de origen. Esta segunda cuestión ya la puso en evidencia la ECRI al exhortar a las autoridades españolas a que buscaran una solución para los no ciudadanos que permanecen en Ceuta y Melilla, una vez rechazadas sus solicitudes de asilo, pero que no pueden ser “deportados”⁶⁶.

El TEDH en 2014, como se ha señalado, aun reconociendo la especial situación que deber afrontar España respecto a la cantidad de demandantes de asilo,

⁶⁶ ECRI, *Cuarto informe sobre España*, op. cit., pp. 40-45.

ha vuelto a recordar la necesidad de suspender la expulsión hasta que sea definitiva la denegación. Dicha carencia supone la violación del artículo 13 de la Convención Europea, en conexión con la vulneración de los artículos 2 y 3 de la misma⁶⁷. En efecto, la calidad, la premura y el efecto suspensivo automático que paralice la devolución en estos casos puede evitar el riesgo de tortura o de tratos inhumanos y degradantes. La eficacia del recurso en el sentido que lo articula el mencionado artículo 13 requiere una triple acción: una estrecha vigilancia obligatoria de una autoridad nacional; una revisión rigurosa e independiente de cualquier queja en virtud de la cual pueda afirmarse que no hay razón para creer que existe el riesgo de un trato contrario a las disposiciones del mencionado precepto de la Convención Europea (por tanto hay que atender asimismo a la Convención de Ginebra y a los instrumentos internacionales que la complementan); y una celeridad en la actuación, puesto que la duración excesiva puede hacer que el recurso resulte inadecuado.

Esta última cuestión conecta con el carácter irreversible del daño causado si no se paraliza la expulsión, lo cual puede llegar a afectar tanto al mencionado artículo 3, como al 2 de la Convención Europea si la expulsión expone al solicitante a un riesgo real de violación de su derecho a la vida. Por ello, no basta, como señala el Tribunal Europeo, con establecer un mecanismo que contemple un efecto suspensivo automático si con él no se cumple las condiciones de efectividad exigidas por el artículo 13 de la Convención.

Es fundamental destacar que el Tribunal no se pronuncia sobre si los solicitantes de asilo debían o no ser expulsados, atendiendo a la legislación nacional española, si no sobre si se produce vulneración de los derechos de éstos al no paralizarse la misma hasta la decisión definitiva. Por ello, se enfatiza que corresponde a las autoridades españolas responsables de asilo examinar las alegaciones de los demandantes y los documentos aportados por los mismos y evaluar los riesgos derivados. La principal preocupación del Tribunal es si se respetan en este caso, las garantías efectivas que protejan a los solicitantes contra una devolución arbitraria, directa o indirecta, a su país de origen, cuando el recurso de casación sobre el fondo presentado por los solicitantes se encuentra pendiente en los tribunales nacionales⁶⁸.

El Consejo de Europa destaca también como principales retos de futuro, aunando la figura de los migrantes y los solicitantes de asilo: la detención injustificada, excesiva o inadecuada; y la falta de una protección básica a los que no son detenidos. Por ello recomienda codificar las normas de detención y ofrecer garantías legales, administrativas y prácticas que permitan a las personas en situación irregular ejercer derechos básicos sin correr el riesgo de expulsión

⁶⁷ Cfr. S. MORGADES GIL, “El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH. TEDH-Sentencia de 201.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. C. Bélgica y Grecia, 30696/09”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º. 41, 2012, pp. 183-204.

⁶⁸ A.C. y otros c. España, no 6528/11, § 87-93 (TEDH 2014).

y proteger a los que prestan ayuda humanitaria de los riesgos de las sanciones penales⁶⁹.

En definitiva, la reivindicación del asilo como derecho, elemental y primario (por supuesto, humano), exige la no “utilización de las fronteras como violencia”, que estigmatiza a los más débiles, lo que conlleva la destrucción del Estado de Derecho⁷⁰.

Por otra parte, dicha consideración del asilo significa también el requerimiento a la Unión Europea como motor de articulación de un sistema común, y con ella a cada uno de sus Estados miembros, para el cumplimiento de las obligaciones internacionales que han asumido a través de los tratados que consagran el derecho internacional de los derechos humanos. Ciertamente, a partir del papel garantista que el ordenamiento jurídico debe tener, puede ser necesario una mejor (que no mayor) reglamentación en varios de los aspectos que, como se ha señalado, van unidos al acceso al estatuto de refugiado, pero sin olvidar que en el ámbito de los derechos humanos de los solicitantes de asilo, como el de los migrantes irregulares, “el Derecho está siendo ostensiva y flagrantemente violado, día a día, en detrimento de millones de seres humanos”⁷¹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

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

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

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

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

Menores no acompañados y la protección de asilo. 2012.

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

⁶⁹ COUNCIL OF EUROPE, *State of Democracy, Human Rights and the rule of law in Europe*, Report by Secretary of the Council of Europe, SG (20014) 1 Final.

⁷⁰ J. DE LUCAS, “Violencia, fronteras, Derechos”, *op. cit.*, p. 7.

⁷¹ CIDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Voto Concurrente de A. A. Cançado Trindade párrafo 88.

AESO, European Asylum Support Office, *Informe Anual de 2012 sobre la situación del asilo en la Unión Europea*, 2013

AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, *Separated, asylumseeking children in European Union Member States*, 2010.

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

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

ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, Volumen II, 1982.

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

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

BONDIA, D., “El sistema europeu de protecció dels drets humans”, en BONET, J. y SÁNCHEZ, V. M. (dirs), *Els drets humans al segle XXI: continuïtat i canvis*, Huygens Editorial, Barcelona, 2007, pp. 207-241.

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

CEAR, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2013*, Madrid, Catarata, 2013.

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

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

COUNCIL OF EUROPE, *State of Democracy, Human Rights and the rule of law in Europe*, Report by Secretary of the Council of Europe, SG (20014) 1 Final.

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

Puertas que se cierran. Europa como fortaleza, Barcelona, Icaria, 1996.

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

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

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

“Los movimientos de derechos por los sin derechos: la solidaridad con inmigrantes y refugiados”, *Revista Andaluza de Antropología*, nº 6, marzo 2014, pp. 78-98.

“Violencia, fronteras, Derechos”, www.sinpermiso.info, 27 de abril de 2014 (consultado el 28 de abril de 2014).

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2010*.

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

La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles, 2012.

Informe Anual 2012.

Informe Anual 2013.

DUFFY, A., “Expulsion to face torture. *Non refoulement* in International Law”, *International Journal of Refugee Law*, vol 20, nº 3, 2008. pp 373-390.

ECRI, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, *Tercer informe sobre España*, 14 de junio de 2005.

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

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

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

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

GUILD, E. y CARRERA, S., “Towards the Next Phase of the EU’s Area of Freedom, Security and Justice: The European Commission’s Proposals for the Stockholm Programme”, *CEPS policy brief*, Nº 196/20, agosto 2009, pp. 1-11.

HABERMAS, J., “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Análes de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 44, 2010, pp. 105-121.

LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D. “Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement”, en FELLER, E. TÜRK, V. y NICHOLSON, F

(dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruselas, Larcier, 2008, pp. 174-181.

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

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

MINISTERIO DEL INTERIOR, *Balance 2013. Lucha contra la inmigración irregular*, Abril 2014.

Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2011, Julio 2012.

Asilo en cifras 2012, Madrid, 2013.

Unidad Central de Seguridad Privada, *Informe sobre custodia de polizones*, Informe UCSP n°: 2009/007, 16 de julio de 2009.

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

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

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

PASCOAU, Y., *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, Bayonne, Fondation Varenne, 2010.

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

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

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

SÁNCHEZ LEGIDO, A., "Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura", *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen 60, n° 1, 2008, pp. 11-38.

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

SANTOLAYA MACHETTI, P., “El sistema común de asilo y su recepción en España”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 12, 2006, pp. 83-88.

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

SOLANES CORELLA, A., “Un decálogo sobre la crisis del asilo en España”, *Sistema*, nº 218, 2010, pp. 103-122.

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

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

UÇARER, E. M., “Burden-Shirking, Burden-Shifting, and Burden-Sharing in the Emergent European Asylum Regime”, *International Politics*, nº 43, 2006, pp. 219-240.

