

# LAS REGLAS PROCEDIMENTALES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

**DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO**  
*Profesor Doctor de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gregorio PECES BARBA MARTÍNEZ, don Íñigo DEL GUAYO CASTIELLA, don Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, doña Blanca LOZANO CUTANDA, don Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y don Luciano PAREJO ALFONSO.

## **Extracto:**

**EL** asilo se configura, en la nueva regulación española, como la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. El presente estudio analiza las reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional, tras abordar la definición de asilo, refugiado y protección subsidiaria, para luego recorrer la normativa del derecho de asilo, en la que se estudian las primeras manifestaciones de esta institución, los tratados internacionales, la normativa europea y la legislación española. Seguidamente, se aborda la actuación de la Administración Pública bajo la óptica jurisprudencial, para estudiar el procedimiento de asilo que la nueva norma establece, tras haber transcurrido más de catorce años desde la primera modificación que se le hizo a la anterior ley.

**Palabras clave:** asilo, refugio, protección subsidiaria, protección internacional.

# THE PROCEDURAL RULES FOR THE RECOGNITION OF THE INTERNATIONAL PROTECTION

**DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO**

*Profesor Doctor de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social*

*Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, don Íñigo DEL GUAYO CASTIELLA, don Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, doña Blanca LOZANO CUTANDA, don Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y don Luciano PAREJO ALFONSO.

## **Abstract:**

**T**HE asylum is formed, in the new Spanish regulation, as the protection dispensed to the not EU citizens or to the stateless ones to whom the refugee's condition is recognized by the Law 12/2009, of October 30, regulatory of the right of asylum and of the subsidiary protection, the Geneva Convention of 1951 and the New York Protocol of 1967. The present study analyses the procedural rules for the recognition of the international protection, after tackling the definition of asylum, refugee and subsidiary protection, and then goes through the regulation of the right of asylum, in which there are studied the first manifestations of this institution, the international agreements, the European regulation and the Spanish legislation. Afterwards, it is tackled the action of the Public Administration under the legal viewpoint, to study the procedure of asylum that the new norm establishes, once have passed more than fourteen years from the first modification carried out by the previous law.

**Keywords:** asylum, refuge, subsidiary protection, international protection.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. El derecho de asilo.
  - 2.1. Asilo.
  - 2.2. Refugiado.
  - 2.3. Protección subsidiaria.
- III. Recorrido normativo del derecho de asilo.
  - 3.1. Primeras manifestaciones.
  - 3.2. Tratados internacionales.
  - 3.3. Normativa europea.
  - 3.4. Legislación española.
    - 3.4.1. Constitución Española.
    - 3.4.2. Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.
    - 3.4.3. Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.
    - 3.4.4. Real Decreto 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.
    - 3.4.5. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
    - 3.4.6. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
    - 3.4.7. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

- IV. Actuación de la Administración Pública bajo la óptica jurisprudencial.
  
- V. Procedimiento de asilo.
  - 5.1. Solicitud de asilo.
  - 5.2. Órganos competentes para la instrucción.
  - 5.3. Efectos de la solicitud.
  - 5.4. Inadmisión de la solicitud.
  - 5.5. Tramitación de urgencia.
  - 5.6. Cesación del estatuto de refugiado.
  - 5.7. Las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional.
    - 5.7.1. Derechos sociales generales.
    - 5.7.2. Acogida.
    - 5.7.3. Autorización de trabajo a los solicitantes de protección internacional.
    - 5.7.4. Retirada o reducción de las condiciones de acogida.
  - 5.8. Efectos de la resolución de asilo o protección subsidiaria.
  - 5.9. Fichero de datos de carácter personal.
  
- VI. Bibliografía.

## ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AS	Aranzadi Social.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CIAR	Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
LIBE	Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior.
OAR	Oficina de Asilo y Refugio.
OIR	Organización Internacional para los Refugiados.
ONG	Organización No Gubernamental.
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo.
RDLOEx	Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
RDS	Revista de Derecho Social.
REI	Revista de Estudios Internacionales.
RGDE	Revista General de Derecho Europeo.
RIE	Revista de Instituciones Europeas.
RTSS.CEF	Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TL	Temas Laborales.
UE	Unión Europea.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 13.1 de la Constitución Española (CE) <sup>1</sup> establece que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». De su lectura se desprende que otorga a los extranjeros un gran abanico de derechos y libertades, con la limitación de disfrutarlos, según lo previsto en los tratados internacionales y en las leyes <sup>2</sup>.

El alcance del precepto, en cuanto al elemento subjetivo delimitador, se refiere a todos los extranjeros y no exclusivamente a los residentes. En relación a la extensión objetiva, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el término de «libertades públicas» no tiene un significado restrictivo <sup>3</sup>, debiendo incluirse la totalidad de los derechos y libertades señalada en el Título I «De los derechos y deberes fundamentales». Para que nazcan estos derechos se tendrían que someter a los tratados internacionales y a las leyes internas. Entendiéndose que la Carta Magna no señala que los extranjeros disfruten de los derechos y libertades que le atribuyen estos instrumentos <sup>4</sup>, sino que disfrutarán de éstos siempre que lo garantice «el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Dicho en otras palabras, son derechos constitucionales los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros <sup>5</sup>. Sin embargo, se han dado voces, en relación a los dos primeros párrafos del precepto por no ser derechos en sí mismos, además de la conexión efectiva con los derechos fundamentales que se refiere a las reglas para el ejercicio de estos derechos <sup>6</sup>.

Los derechos reconocidos a los extranjeros tienen un límite, al otorgarle al legislador la particularidad de establecer condiciones adicionales, siempre que no vulneren el contenido esencial del

<sup>1</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>2</sup> *Vid.* ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros. Ley Orgánica 8/2000», *RDS*, núm. 13, 2001, pág. 33.

<sup>3</sup> STC 107/1984.

<sup>4</sup> ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M., «La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España», en AA.VV. (Dir. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.), *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 11-38.

<sup>5</sup> PÉREZ VERA, E. y ABARCA JUNCO, P., «Artículo 13 Extranjería», en AA.VV. (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Artículos 10 a 23, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, pág. 183.

<sup>6</sup> *Cf.* MURILLO DE LA CUEVA, P., «Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español», en AA.VV. (Dir. FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S.), *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, págs. 13-23.

derecho, o no se limite a las prescripciones debidamente reconocidas a los ciudadanos extranjeros por la CE <sup>7</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha negado al legislador que configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya ha venido reconocido por el Texto Constitucional directamente a los extranjeros. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales <sup>8</sup>. En este sentido, el legislador está en la potestad de no tener en consideración, para reconocer el ejercicio de cada derecho, la nacionalidad del extranjero, otorgándole el mismo tratamiento a españoles y a extranjeros, como es el caso de los derechos inherentes a la persona atribuidos en el artículo 10.1 de la CE <sup>9</sup>.

El artículo 13 no se limita únicamente a contemplar la situación jurídica en que se encuentran los extranjeros en el territorio español, a los efectos del ejercicio de derechos y libertades constitucionales, sino que, a su vez, regula otros aspectos, como la extradición y el asilo. La figura que más interesa, a objeto de este estudio, es esta última. El apartado cuarto del precepto contempla el derecho de asilo en España, remitiéndose a lo que la ley que lo regule establezca. Figura que tiene su fundamento en el momento actual de la evolución del Derecho internacional en la competencia que ejerce el Estado en su territorio. En este sentido, se exterioriza como un mecanismo de protección del que dispone el Estado para salvaguardar a personas de otros países frente a las probables vulneraciones que de sus derechos puedan hacer otros Estados <sup>10</sup>.

El presente estudio analiza las reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional, partiendo del recorrido normativo por el derecho de asilo, en el que se estudian las primeras manifestaciones de esta institución, los tratados internacionales, la normativa europea y la legislación española. Seguidamente, se aborda la actuación de la Administración Pública bajo la óptica jurisprudencial, para estudiar el procedimiento de asilo que la nueva norma establece, tras haber transcurrido ya más de 14 años desde la primera modificación que se le hizo a la antigua ley.

## II. DERECHO DE ASILO

### 2.1. Asilo.

Antiguamente, el ordenamiento jurídico español regulaba la figura de asilo en la Ley de 4 de diciembre de 1885, que sólo se limitaba a fijar los principios fundamentales de esta institución en

<sup>7</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, J., «Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros», en AA.VV. (Coords. CASAS BAAMONDE, M., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 531-563.

<sup>8</sup> STC 115/1987, de 7 de julio.

<sup>9</sup> Artículo 10.1 de la CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». SSTC 107/1984, 99/1985 y 130/1995.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, págs. 188 y 189.

cinco artículos, con la salvedad de configurarlo como una excepción procesal frente a las solicitudes de extradición. Principios que fueron denominados como inviolabilidad del territorio español, rechazo de la extradición por delitos políticos, regulación de los derechos de los extranjeros por tratados internacionales, alejamiento de la frontera de un extranjero cuando existiera motivo justificado y expulsión de los extranjeros que abusaran de asilo <sup>11</sup>.

Posteriormente, en el año 1978, el ordenamiento jurídico español incorpora en su haber a la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 <sup>12</sup>. Por consecuencia, el asilo territorial se recoge en la CE en el artículo 13.4 al señalar que la «ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». De este modo, al existir una reserva de ley por mandato constitucional, se crea la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, que posteriormente fue modificada parcialmente por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y desarrollada por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 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 <sup>13</sup>, que a grandes rasgos suprime la dualidad asilo-refugio, por considerar que el asilo es la protección que se dispensa al extranjero a quien se otorga la condición de refugiado. Un cambio que ha sido justificado, entre otras razones, por la necesidad de evitar que el sistema de protección de los refugiados sea utilizado por los inmigrantes de carácter económico.

Transcurridos quince años, nace la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria <sup>14</sup>, que deroga la Ley 5/1984, de 26 de marzo, la cual tiene por objeto «establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional».

El origen de la palabra asilo nace del vocablo griego *asylum*, que significa aquello que no puede ser capturado o sitio inviolable, lo cual implica una protección a la persona perseguida y, a su vez, un lugar donde pueda sentirse segura <sup>15</sup>. La Real Academia Española lo define como un lugar privilegiado de refugio para los perseguidos <sup>16</sup>. El artículo 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, lo señala como la «protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta ley y en la Convención sobre el Estatuto de

<sup>11</sup> BUENO ARÚS, F., «Comentarios a la Ley 5/1984, de 26 de marzo», en AA.VV. (Dir. COBO DEL ROSAL, M.), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VIII, Vol. 2.º, Derecho Reunidas, Madrid, 1988, pág. 827.

<sup>12</sup> Mediante Instrumento de 22 de julio de 1978, España ratificó la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, y el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967. BOE de 21 de octubre de 1978.

<sup>13</sup> BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

<sup>14</sup> BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

<sup>15</sup> GARCÍA MACHO, R., «El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución Española», en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 767.

<sup>16</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es).



los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967»<sup>17</sup>.

La doctrina, no obstante, entiende que es «la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades»<sup>18</sup>. Dicho en otros términos, es «la persona que solicita ser admitida en el territorio de un Estado para que éste le conceda protección en prevención del ejercicio de la jurisdicción de otro Estado»<sup>19</sup>. Por ello, no hay que confundir el término de asilo con el de refugiado, que más adelante se analizará; sin embargo, se adelanta que la diferencia básica estriba en que el derecho de asilo territorial es una facultad soberana de los Estados, que consiste en dar protección en su territorio a extranjeros o apátridas, cuando el Estado de su nacionalidad u origen se la deniega o no puede garantizársela<sup>20</sup>. Mientras que el refugio es una institución jurídica internacionalmente regulada, puesto que los Estados, en base al Convenio de Ginebra de 1951, han asumido una serie de obligaciones en esta materia<sup>21</sup>.

## 2.2. Refugiado.

La Real Academia Española define refugiado como la persona que, a consecuencia de guerras, revoluciones o persecuciones políticas, se ve obligada a buscar refugio fuera de su país<sup>22</sup>. La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en su artículo 3 establece que la «condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere

<sup>17</sup> «El contenido esencial del Estatuto de Refugiado está expresado en el Convenio de Ginebra de 1951, y destaca especialmente el principio de *non-refoulement*. En cuanto al contenido esencial del derecho de asilo territorial, o asilo en sentido estricto, estaría integrado por ese mismo principio del *non-refoulement* y por unas mínimas facilidades de estancia en el territorio del Estado de destino, así como por la facultad de acceder al mercado de trabajo. En los dos casos, tanto en cuanto al refugio como en el asilo territorial, un contenido esencial del derecho es el del establecimiento de vías de recurso jurisdiccional frente a las decisiones más significativas de la Administración como son: la inadmisión de la demanda a trámite, el rechazo del otorgamiento del estatuto de refugiado o asilado, y la expulsión». LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991, pág. 173.

<sup>18</sup> DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 629.

<sup>19</sup> VELLOSO DE SANTISTEBAN, A., *El desorden mundial y los refugiados*, UNED, Madrid, 1998, pág. 113.

<sup>20</sup> La Convención de Ginebra no recoge una definición de derecho de asilo en sentido propio, puesto que sigue siendo una potestad soberana de los Estados. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, pág. 213.

<sup>21</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C., *Derecho de asilo y «no rechazo» del refugiado*, Dykinson-Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1997, pág. 148.

<sup>22</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es).

regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9».

Conforme a lo establecido en la Convención de Ginebra y en el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, se considera refugiado a toda persona que, «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de fundados temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

La doctrina ha señalado que esta definición ha presentado zonas grises a la hora de su adopción, por los siguientes motivos <sup>23</sup>:

- a) Fue estipulada en su articulado para respetar la noción de soberanía estatal, más propia del Derecho Internacional clásico que del contemporáneo.
- b) La filosofía individualista que subyace en el dispositivo que regula para dar cobijo a todo refugiado.
- c) La falta de previsión de las necesidades futuras a cubrir, ya que se le da más importancia a los esfuerzos normativos necesarios para resolver problemas heredados por las dos guerras mundiales y centradas en el continente europeo.

Los requisitos generales que hay que tener en cuenta para que encajen en el significado de refugiado son los siguientes:

- a) El sujeto debe ser extranjero o apátrida y encontrarse fuera del país de origen o residencia habitual.
- b) La existencia de fundados temores de ser perseguido si regresa a su país.
- c) Las causas del temor fundado de persecución deben concretarse en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.
- d) La existencia de una situación de desprotección objetiva, al no poder acogerse a la protección de su país, o subjetiva, al no querer ampararse a ella a causa de los fundados temores.

De manera que toda persona que reúna estas condiciones generales tiene derecho a la protección por cualquiera de los Estados parte de los citados convenios internacionales y, por ende, al

<sup>23</sup> MARTÍN ARRIBAS, J., *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Dykinson, 2000, págs. 109-233. RUEDA FERNÁNDEZ, C., «La aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en el ordenamiento español: aspectos fundamentales», en *La revitalización de la protección de los refugiados*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002, págs. 326-327.

reconocimiento del estatuto de refugiado. Por consecuencia, los extranjeros reconocidos como tal tienen derecho a residir en el territorio español y desarrollar cualquier actividad laboral, profesional y mercantil. Por el solo hecho de desarrollar cualquiera de estas actividades, con la previa obtención de la respectiva autorización de residencia y trabajo <sup>24</sup>, se incluirán directamente en el Sistema de Seguridad Social, de conformidad con el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social <sup>25</sup>, en relación a las prestaciones contributivas. Ahora bien, cuando un extranjero entra en territorio español y le conceden dicha condición <sup>26</sup>, tendrá una autorización de permanencia provisional <sup>27</sup>, mientras se sustancia el expediente. En el supuesto de que no traiga ninguna documentación, el Ministerio del Interior acordará la residencia obligatoria al interesado hasta la resolución definitiva de su expediente.

Hay que resaltar que tanto los apátridas como los refugiados gozan del nivel de protección nacional, y, por tanto, tienen derecho a que se les conceda la autorización de residencia y trabajo «por razones de protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional», cuando son considerados a permanecer en territorio español conforme a lo dispuesto en el artículo 37.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria <sup>28</sup>.

Paralelamente, se benefician en virtud de ciertas previsiones legales de una protección superior de nivel europeo. La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración <sup>29</sup>, contempla la concesión de residencia permanente a refugiados y apátridas. Ello les permite, además de no necesitar autorización de trabajo, acceder al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración. Por su parte, el Reglamento Comunitario 883/2004 <sup>30</sup>, al igual que el Reglamento 1408/1971, al que sustituye, contempla expresamente el ámbito subjetivo de aplicación a los refugiados y apátridas en el artículo 1 <sup>31</sup>.

<sup>24</sup> Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M., «Los contratos de trabajo con los trabajadores extranjeros», en AA.VV. (Coords. SÁNCHEZ MAJADAS, G., ESCOBAR PÉREZ, C. y ANDRÉS LÓPEZ, T.), *Migraciones y redes sociales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, págs. 11-22.

<sup>25</sup> BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994.

<sup>26</sup> Vid. La Convención sobre los Estatutos de los Refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950, ratificada por España mediante Instrumento de fecha 22 de julio de 1978. El artículo 3 prohíbe cualquier discriminación por motivos de raza, religión o país de origen. ÁLVAREZ CORTÉS, J., «Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», *RL*, núm. 1, 2001, pág. 396.

<sup>27</sup> Para la tramitación de este procedimiento véase AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 637.

<sup>28</sup> Vid. SSTS de 18 de junio de 1999, 22 de marzo y 4 de octubre de 2000, 28 de julio de 2001, 28 de septiembre de 2002, 12 de mayo, 1 de julio, 2 y 29 de septiembre, 5, 13 y 20 de octubre, 3 de noviembre y 16 de diciembre de 2004, 25 de enero de 2005, 11 de febrero de 2007 y 22 de mayo de 2009.

<sup>29</sup> DOUE núm. 16/44, de 23 de enero de 2004.

<sup>30</sup> Vid. SEMPERE NAVARRO, A., «Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004», *AS*, núm. 9, 2004.

<sup>31</sup> Acerca de la integración de los refugiados y apátridas, véase OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 216-220.

### 2.3. Protección subsidiaria.

La protección subsidiaria se introduce por primera vez en el ordenamiento español de forma explícita, mejorando significativamente la actual situación, en la que se ha venido aplicando sobre la base de unas genéricas previsiones de protección humanitaria contenidas en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren acogerse a la protección del país de que se trate <sup>32</sup>.

La Exposición de Motivos de la ley, en este sentido, señala que «el Título I dedica todo un Capítulo, de manera paralela y con arreglo a parámetros análogos, a la novedosa figura de la protección subsidiaria, que hasta ahora aparecía configurada como una institución carente de entidad propia y, por ende, desprovista de una regulación detallada de sus elementos constitutivos. En esta línea, debe destacarse que la ley regula la protección subsidiaria siguiendo las mismas pautas utilizadas con el derecho de asilo. Ello es consecuencia lógica de la voluntad de unificar en su práctica totalidad ambos regímenes de protección, atendiendo a que, más allá de las diferencias que puedan existir entre las causas que justifican uno y otro, el propósito común de ambos es que las personas beneficiarias reciban una protección, frente a riesgos para su vida, integridad física o libertad, que no pueden encontrar en sus países de origen».

## III. RECORRIDO NORMATIVO DEL DERECHO DE ASILO

### 3.1. Primeras manifestaciones.

Las primeras manifestaciones de asilo en la historia de la humanidad se encuentran coligadas a la religión, y se remontan a lo recogido en el Antiguo Testamento. El cristianismo es el instrumento que le ha dado el reconocimiento como un derecho intrínseco a la dignidad humana, al amparar al inocente injustamente perseguido, mas no al de proteger al criminal <sup>33</sup>. Los emperadores cristianos romanos habían promulgado leyes que reconocían los santuarios cristianos como lugares de protección de los perseguidos.

<sup>32</sup> Artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

<sup>33</sup> Vid. RICO ALDAVE, H., *El derecho de asilo en la cristiandad: fuentes histórico-jurídicas*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2005.

Posteriormente, el derecho de asilo religioso consigue su punto culminante en la Edad Media. A finales del siglo XVI, comienza a transformarse para convertirse en un derecho civil de protección de aquellas personas consideradas como extranjeros, al no pertenecer al territorio del Estado que les abrigue. A partir de la Revolución Francesa es cuando esta figura alcanza su plena naturaleza política. Los perfiles de la institución del derecho de asilo y refugio inciden por los acontecimientos acontecidos por las dos guerras mundiales. Acentuándose en la primera (1914-1918) y, cada vez más, en la segunda (1939-1945).

Al cesar esta última guerra, se crea la Organización Internacional para los Refugiados (OIR), en 1947, como organismo especializado dentro del ámbito de actuación de las Naciones Unidas. En la fecha en que se estableció se preveía que para el 30 de junio de 1950 habría completado su programa de tres años. Si bien su labor se circunscribía en ayudar a los refugiados europeos, fue el primer organismo internacional que abordó de forma exhaustiva todos los aspectos relativos a los refugiados, puesto que dentro de sus funciones abarcaba la repatriación, identificación, registro y clasificación, atención y asistencia, protección legal y política, transporte, reasentamiento y reinserción <sup>34</sup>.

### 3.2. Tratados internacionales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) <sup>35</sup>, en el artículo 14, señala que en «caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país». El borrador de la DUDH se refería al derecho «a obtener asilo»; sin embargo, la redacción final se limitó a recoger el derecho a «buscar asilo, y disfrutar» <sup>36</sup>.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, conocida como la Convención de Ginebra <sup>37</sup>, no recoge la obligación de asilar para los Estados; no obstante, obliga a respetar la regla de *non refoulement* o no devolución <sup>38</sup>. El artículo 33 señala que «ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde

<sup>34</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *La situación de los refugiados en el mundo*, ICARIA Editorial, Barcelona, 2000, pág. 20.

<sup>35</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>36</sup> Borrador preparado por la Comisión de Derechos Humanos en 1947. *Vid.* SCHNYDER, F., «Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés», *Recueil des Cours*, Vol. 114, 1965, pág. 380.

<sup>37</sup> Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951, por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43. Serie Tratados de Naciones Unidas, núm. 2545, Vol. 189, pág. 137.

<sup>38</sup> El *non refoulement* deriva del término francés *refouler*, que quiere decir «empujar hacia atrás, hacer retroceder a las personas». En el ámbito de extranjería implica la reconducción sumaria a la frontera de quien se ha descubierto su entrada ilegal, así como la denegación sumaria de admisión a quienes no poseen documentación válida. Es un proceso distinto de la expulsión y de la extradición. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, en <http://dicc.hegoa.efaber.net> [14-04-2010]. La decisión del Estado de admitir o no a un solicitante es indisociable del *non refoulement*, ello significa que el solicitante tiene derecho a que se tramite su solicitud y que el procedimiento de decisión esté revestido de garantías suficientes con el *refoulement*. LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991, pág. 168.

su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas»<sup>39</sup>.

El instrumento internacional con más notabilidad es la Declaración sobre el Asilo Territorial, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1967<sup>40</sup>, el cual recoge un conjunto de principios elementales en la materia:

- a) El Estado que asila es el que aprecia la validez de los motivos invocados.
- b) El otorgamiento de asilo es un acto pacífico y humanitario, el cual no debería ser considerado como inamistoso.
- c) La condición de asilado no se otorgará en los supuestos de crímenes de guerra, contra la paz o la humanidad.
- d) El solicitante de asilo no puede ser objeto de rechazo en frontera, ni puede ser devuelto o expulsado a un Estado en el que corra el riesgo de ser perseguido nuevamente.
- e) La solidaridad internacional debe intervenir para aliviar las cargas de los Estados cuando el otorgamiento de asilo les conlleve ciertas dificultades.
- f) La persona sujeta a la condición de asilado no puede realizar actividades que vayan en contra de los principios elementales de la Carta de las Naciones Unidas.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se destaca la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>41</sup>. El artículo 22 impide la devolución al país de origen o procedencia del extranjero, aun cuando no haya sido considerado refugiado de conformidad con el Convenio de Ginebra. Literalmente, el precepto señala que «ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura».

### 3.3. Normativa europea.

Los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no cuentan con ninguna disposición que haga referencia a la figura de asilo o refugio. Hay que partir de que la finalidad primordial del

<sup>39</sup> La Convención de Ginebra impide la devolución al país en el que puede sufrir la persecución, pero no a cualquier otro. La única excepción a este principio es que no se produzca el *refoulement* indirecto, puesto que el artículo 33 obliga también a sus signatarios a evitar que se cree una cadena de devoluciones; es decir, a no enviar a un refugiado a un tercer país que, a su vez, puede provocar la ruptura de la obligación internacional de *non refoulement*. SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 29.

<sup>40</sup> Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

<sup>41</sup> Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27.

Tratado de Roma de 1957 era de naturaleza eminentemente económica. No obstante, el éxito de este instrumento europeo favoreció un interés por ciertas materias políticas como la de extranjería <sup>42</sup>. Por ello, nace en 1969 la primera resolución al respecto en la Cumbre de Jefes de Estado que tuvo lugar en La Haya.

El principal agente desencadenante de una acción comunitaria sobre el asilo se ha construido sobre la perspectiva de la conclusión del establecimiento de un espacio sin fronteras interiores y de la cual los diversos factores productivos pudieran gozar de libertad de circulación. Sin olvidar, el impulso que, también, le ha dado el Tratado de Maastricht en 1991. Bajo este contexto, esta regulación se ha realizado en varios planos internacionales:

- a) La cooperación política europea.
- b) El Convenio de Dublín, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo.
- c) Espacio Schengen, Convenio de aplicación de 1990 <sup>43</sup>.
- d) La cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior del Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992, que consideró el asilo como una de las materias de interés común <sup>44</sup>.

Entre las características fundamentales de la multiplicidad normativa antes reseñada, se destacan las siguientes:

- a) Ausencia de una regulación material de las figuras jurídicas, limitándose a disponer mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de solicitudes de asilo, y de reenvío a la Convención de Ginebra de 1951 y de su Protocolo.
- b) Remisión de las normativas del Derecho Internacional a las disposiciones de los ordenamientos internos de los Estados.
- c) Simulación del concepto de asilo con el de refugiado, el cual ha opacado los contenidos jurídicos <sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Vid. TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Dykinson, Madrid, 2003.

<sup>43</sup> Recientemente se ha modificado el Convenio, véase Reglamento núm. 265/2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) núm. 562/2006, por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración, DOUE, núm. 85, de 31 de marzo de 2010.

<sup>44</sup> El Tratado de Maastricht pone en marcha la nueva política de cooperación de la Unión en los ámbitos de justicia e interior, aunque sus realizaciones serán limitadas debido al contenido prudente del mismo tratado. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., «Asilo e inmigración en la Unión Europea», *RDCE*, núm. 13, 2002, pág. 833.

<sup>45</sup> Situación que se produce como resultado de la remisión convencional y de la práctica interna de los Estados, que han conocido de un proceso de aproximación interna de las categorías de asilo y de refugio sobre la base de las definiciones de los Convenios internacionales. Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación del asilo desde la perspectiva comunitaria», *RIE*, núm. 1, 1993, págs. 53-98.

Como puede observarse, estas actuaciones son insuficientes para abordar el ámbito de estudio. No obstante, el Tratado de Ámsterdam establece dentro de sus cometidos el de las políticas relacionadas con la libre circulación de personas: asilo, refugio y desplazado. Ello, en consecuencia, permite una regulación del Derecho comunitario en estas materias <sup>46</sup>, que se fundamenta en la expresa remisión general al marco jurídico del Derecho Internacional Público aplicable <sup>47</sup>.

En relación al asilo, se prevé la adopción de normas mínimas aplicables en todo los Estados miembros sobre la acogida de solicitantes de esta figura, así como iniciar un estudio para establecer un único procedimiento de asilo europeo. Situación diferente al estatuto de refugiado que sólo puede concederse a nacionales de terceros países, mientras que el asilo se concede a nacionales comunitarios. De allí el nacimiento de un Protocolo sobre asilo de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, anejo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, por la que se prevé la reconsideración recíproca de los Estados miembros como países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos relativos en esta materia <sup>48</sup>.

En la Cumbre de Tampere (1999) se declara que el objetivo perseguido es el de lograr una Unión Europea abierta y segura, plenamente comprometida con las obligaciones que derivan de la Convención de Ginebra, especialmente en materia de asilo. Por ello, se acuerda trabajar en la creación de un sistema común basado en la plena y total aplicación de aquel instrumento internacional.

Posteriormente, nacen las principales decisiones y normativas adoptadas, tras el Tratado de Ámsterdam y de los compromisos de la Cumbre de Tampere (proceso aún no culminado), bajo los siguientes instrumentos:

- a) Decisión 2000/596/CE del Consejo, de 28 de septiembre de 2000, por la que se crea un Fondo Europeo para los Refugiados <sup>49</sup>.
- b) Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas

<sup>46</sup> Vid. MARTÍN ARRIBAS, J., *Los Estados Europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Dykinson, 2000, págs. 109-233.

<sup>47</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, J., «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (II)», en AA.VV. (Coords. LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.), *Derecho comunitario material*, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 58.

<sup>48</sup> El Protocolo, anejo al Tratado de Ámsterdam sobre el asilo a los nacionales de los Estados miembros, nace a consecuencia del interés de España de poder solucionar los conflictos surgidos con la extradición de miembros de la banda terrorista Euskadi Ta Askatasuna (ETA), debido a la posibilidad de acogida de éstos a la protección dispensada por el asilo en determinados países miembros de la Unión Europea. Vid. Los antecedentes del Protocolo en FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «La compatibilidad del Protocolo sobre el asilo a los nacionales de los Estados miembros con los distintos instrumentos internacionales sobre la materia y con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RGDE*, núm. 11, 2006, págs. 2-4. Un sector de la doctrina del Derecho europeo es del criterio de que no todos los Estados han considerado este instrumento compatible con el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York; por consiguiente, podría originar problemas en el supuesto de que se intente su aplicación. ZAMORA CRESPO, M., «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», en AA.VV. (Coord. CALONGE VELÁZQUEZ, A.), *Políticas Comunitarias. Bases jurídicas*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

<sup>49</sup> DOUE núm. 252, de 6 de octubre de 2000.



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 <sup>50</sup>.

- c) Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros <sup>51</sup>.
- d) Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país <sup>52</sup>.
- e) Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida <sup>53</sup>.
- f) Directiva 2005/85/CE del Consejo, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado <sup>54</sup>.

Uno de los proyectos más relevantes de la Comisión Europea es el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo <sup>55</sup>, en el que los Jefes de Estado y de Gobierno expresan al más alto nivel el compromiso político de la Unión Europea (UE) y de sus Estados miembros para con sus ciudadanos y los terceros Estados de cara a una verdadera política común en materia de migraciones. El documento político señala una serie de objetivos y de orientaciones estratégicas para el desarrollo de la política europea de inmigración y de asilo, el cual descansa sobre cinco compromisos importantes:

- a) Organizar la inmigración legal, teniendo en cuenta las prioridades, necesidades y capacidades de acogida determinadas por cada Estado miembro, y promover la integración.
- b) Luchar contra la inmigración irregular, asegurando el retorno de los extranjeros en situación no regular a su país de origen o a uno de tránsito.
- c) Reforzar la eficacia de los controles fronterizos.
- d) Construir una Europa de asilo.
- e) Establecer una asociación global con los países de origen y de tránsito, favoreciendo las sinergias entre las migraciones y el desarrollo.

<sup>50</sup> DOUE núm. 212, de 7 de agosto de 2001.

<sup>51</sup> DOUE núm. 31, de 6 de febrero de 2003. *Vid.* GORTÁZAR ROTAECHE, C., «Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros», *RGDE*, 2003, págs. 2-9.

<sup>52</sup> DOUE núm. 50, de 25 de febrero de 2003.

<sup>53</sup> DOUE núm. 304, de 30 de septiembre de 2004.

<sup>54</sup> DOUE, núm. 326, de 13 de diciembre de 2005.

<sup>55</sup> Refrendado el 15 y 16 de octubre de 2008 por el Consejo Europeo.

El compromiso que más interesa, a objeto de este estudio, es el cuarto «Construir la Europa del asilo». En este sentido, el Pacto señala, entre otros, que cualquier extranjero perseguido tiene derecho a obtener ayuda y protección en el territorio de la UE conforme a sus valores fundamentales y a los compromisos internacionales de los Estados miembros. Asimismo, sugiere la implantación de un régimen común de asilo europeo para evitar las discrepancias que se dan a la hora de conceder la condición de refugiado, el cual señala que se pondrá en marcha una Oficina Europea de Apoyo, que tendrá como fin el de facilitar la cooperación práctica entre los Estados miembros para así acercar los procedimientos y la jurisprudencia. Por otra parte, establece la implantación de un procedimiento único de asilo que incluirá garantías comunes, y aquellos extranjeros que se beneficien de otras formas de protección tendrán el mismo estatus en Europa. Finalmente, implantará equipos europeos de personas encargadas de examinar las solicitudes, con el propósito de organizar la ayuda a aquellos Estados miembros que tengan que hacer frente a afluencias masivas de peticionarios de asilo.

Por otra parte, el Parlamento Europeo realiza una serie de observaciones a través de la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2009, sobre la aplicación en la Unión Europea de la Directiva 2003/9/CE, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo y los refugiados: visitas de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) de 2005 a 2008 [2008/2235(INI)]<sup>56</sup>, por la que lamenta que en algunas de las visitas realizadas se pusiera de manifiesto que algunos Estados miembros aplican mal o no aplican las directivas existentes; a tal efecto, pide a la Comisión que adopte las medidas necesarias para garantizar la transposición y el respeto no sólo formal de las directivas. Por otro lado, deplora el número de deficiencias relativas al nivel de las condiciones de acogida, resultantes, principalmente, del hecho de que la Directiva de acogida deja actualmente a los Estados miembros un amplio margen de discreción en cuanto al establecimiento de las condiciones de acogida a nivel nacional.

De las observaciones que reza el documento, se destacan, entre otras, las siguientes:

- a) Acogida.
- b) Acceso a la información y derecho de interpretación.
- c) Asistencia jurídica.
- d) Acceso a la sanidad.
- e) Acceso al empleo.
- f) Asistencia proporcionada por las ONG.
- g) Retención.
- h) Menores no acompañados y familias.
- i) Familias.

<sup>56</sup> DOUE de 18 de marzo de 2010.

- j) Personas vulnerables.
- k) Sistema de Dublín.

Se hará referencia al de acogida, por ser el punto más interesante para este estudio, en el que el Parlamento Europeo señala lo siguiente:

- a) Advierte la obligación de los Estados miembros de garantizar el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo.
- b) Solicita que la acogida de los solicitantes de asilo se realice preferentemente en centros de acogida abiertos, antes que en unidades cerradas, siguiendo el ejemplo de los que existen en determinados Estados miembros.
- c) Lamenta la reducida capacidad de los centros de acogida abiertos que ciertos Estados miembros han establecido y que no parece responder a las necesidades reales de los migrantes.
- d) Exhorta a los Estados miembros a que apliquen la Directiva sobre la acogida a todos los solicitantes de asilo a partir del momento en que expresan su deseo de pedir protección en un Estado miembro, incluso cuando la solicitud de asilo no se haya presentado formalmente.
- e) Estima que las condiciones básicas de acogida, como el alojamiento, la alimentación y los cuidados sanitarios de emergencia, no han de denegarse, ya que su retirada puede violar los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo.
- f) Exhorta a la Comisión a que recuerde a los Estados miembros la obligación de retirada o reducción de condiciones de acogida basadas en argumentos no incluidos en la «Directiva de acogida».
- g) Considera necesario encontrar un justo equilibrio entre rapidez de los procedimientos, recuperación del retraso y tratamiento justo caso por caso, especialmente para los procedimientos acelerados o tramitación de urgencia.

### 3.4. Legislación española.

#### 3.4.1. Constitución Española.

A nivel de Derecho Constitucional comparado, no es frecuente que el derecho de asilo quede garantizado, como lo pone de relieve el texto constitucional alemán, francés e italiano<sup>57</sup>. En España, sin embargo, es un principio constitucional que se recoge en el Título I «De los derechos y debe-

<sup>57</sup> Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. y ALCÓN YUSTAS, M., *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996.

res fundamentales», específicamente en el artículo 13.4, al disponer que la «ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». No obstante, se han dado voces al manifestar que es indiferente que el asilo esté o no reconocido por la Carta Magna, ya que lo relevante es el grado de protección que se asegura a otras libertades y el grado de control y protección de la actividad administrativa, que se refleja, a su vez, en los procedimientos de asilo <sup>58</sup>.

A la hora de redactar el precepto se mantuvieron diferentes puntos de vista. Por una parte, el derecho de asilo quedaba garantizado en el propio texto constitucional <sup>59</sup>. Por otra, se sostenía que constituía una facultad estatal, por lo que la Carta Magna sólo debería recoger un mandato al legislador para que estableciera las normas pertinentes de la materia <sup>60</sup>. Finalmente, quedó, sin duda, constitucionalizado, y de la cual la ley concretará un perfil determinado del derecho, mas no podrá, en ninguno de los casos, obviar el reconocimiento constitucional del mismo <sup>61</sup>.

En este sentido, la doctrina ha manifestado que no se reconoce un derecho subjetivo del extranjero al asilo en el territorio español, independientemente de que cumpliera las exigencias para considerarse asilado o refugiado en sentido propio <sup>62</sup>, puesto que el asilo se configura como un derecho fundamental de rango objetivamente constitucional, a pesar de las miserias legales y políticas que se le adhieren <sup>63</sup>. Dicho en otros términos, el artículo 13.4 ha quedado vacío de contenido, y, por ende, no existe un auténtico derecho constitucional de asilo, sino un derecho del Estado a regular su configuración <sup>64</sup>. Por consecuencia, la condición de refugiado es objetiva, de manera que el Estado debe reconocerla cuando se cumplen los requisitos previstos al efecto tras tramitar la solicitud correspondiente <sup>65</sup>.

### 3.4.2. Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

Antiguamente, la condición de asilado la otorgaba el Ministerio del Interior, a través de las Órdenes de 16 de mayo y 31 de agosto de 1979, como una facultad puramente discrecional <sup>66</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo jugaba un papel muy importante, ya que, a pesar de la dudosa aplicación

<sup>58</sup> SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución Española*, op. cit., pág. 49.

<sup>59</sup> GARCÍA MACHO, R., «El derecho de asilo y de refugio en la Constitución Española», en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 772.

<sup>60</sup> *Idem*.

<sup>61</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C., «El derecho de asilo en la Constitución de 1978», en AA.VV. (Coords. LÓPEZ DE LERMA, J., PRADA, A. y RUBIALES, A.), *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 960.

<sup>62</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Algunas observaciones sobre la futura ley de asilo española», *REI*, núm. 4, 1981, pág. 956.

<sup>63</sup> LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, op. cit., pág. 12.

<sup>64</sup> GARCÍA MACHO, R., «El derecho de asilo y de refugio en la Constitución Española», en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, op. cit., pág. 772.

<sup>65</sup> PÉREZ TREMPES, P., «Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales», en AA.VV., *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 171.

<sup>66</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C., «El derecho de asilo en España», en AA.VV. *La inmigración*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 613.

directa del artículo 31 de la Convención de Ginebra, exceptuaba el plazo de presentación de solicitudes previsto en aquellas órdenes <sup>67</sup>, siempre que el solicitante alegara causa justificada <sup>68</sup>.

Transcurridos cinco años, se aprueba la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado <sup>69</sup>, después de que la Carta Magna señalara el derecho de asilo en el artículo 13.4. La principal característica de esta normativa es la diferenciación que realiza entre la figura de asilo y refugio.

El asilo es concebido como una institución dependiente en exclusiva de la soberanía del Estado, y cuya concesión estará en función de la graciosa concesión de aquél. Dicho en otros términos, se configura como una «protección graciable dispensada por el Estado en el ejercicio de su soberanía» <sup>70</sup>. El refugio es establecido como una figura internacional que adopta España, a través de la Convención de Ginebra de 1951, en la que se compromete a no rechazar a quien busca refugio huyendo de un Estado que le persigue.

Otro aspecto relevante de la ley es la creación de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR), que está compuesta por los representantes de cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Asuntos Sociales; que en sus sesiones se convoca al representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

### 3.4.3. *Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.*

Diez años después de la promulgación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, nace su reforma, en la que trata de responder, por una parte, a los nuevos retos que el fenómeno de los refugiados presenta en el escenario mundial posterior a la Guerra Fría, y, por otra, a las obligaciones de España como miembro de un espacio supranacional como es la Unión Europea <sup>71</sup>. Dicho en otros términos, nace la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado <sup>72</sup>.

La modificación de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado presenta seis aspectos fundamentales en relación a su antecesora:

<sup>67</sup> Las solicitudes debían estar formuladas antes del 1 de septiembre de 1979.

<sup>68</sup> STS de 15 de abril de 1982.

<sup>69</sup> BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

<sup>70</sup> Artículo 2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición del refugiado.

<sup>71</sup> LESMES SERRANO, C., «La evolución del derecho de asilo en Europa. El asilo como sistema internacional de protección frente a la violencia de género», en AA.VV. *Hacia un Derecho unitario europeo en materia de extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 81, Madrid, 2006, págs. 158 y 159.

<sup>72</sup> BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

- a) Supresión de la dualidad de la figura de asilo y refugio, estableciendo estatutos bien diferenciados.
- b) Desaparece la discrecionalidad del Estado al consagrar el derecho de asilo. En el sentido de que se concederá este derecho a quien se le reconozca la condición de refugiado con lo dispuesto en la Convención de Ginebra.
- c) Establecimiento de una fase previa de inadmisión a trámite, que permite rechazar las solicitudes manifiestamente infundadas o que no le corresponde a España su tramitación.
- d) Creación de un procedimiento en frontera.
- e) Aplicación de la legislación general de extranjería en lo referente al asilo por razones humanitarias <sup>73</sup>.
- f) Otorgamiento de carácter suspensivo al informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Por último, hay que resaltar que la Audiencia Nacional ha señalado que «la reforma introducida por la Ley 9/1994 impide que razones HUMANITARIAS puedan justificar la concesión del derecho de asilo, sin perjuicio del tratamiento que las mismas puedan tener en el marco genérico de la legislación de extranjería, por lo que ante él deberá ejercitar sus pretensiones» <sup>74</sup>.

Este criterio, sin embargo, no es el adoptado por el Alto Tribunal, al considerar «errónea la tesis de la Sala sentenciadora acerca de las razones humanitarias contempladas en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo, ya que constituye doctrina jurisprudencial que la Administración <sup>75</sup>, al inadmitir a trámite o denegar una solicitud de asilo, debe pronunciarse acerca de si razones humanitarias justifican la permanencia en España del solicitante en el marco de la legislación general de extranjería (arts. 17.2 de la Ley de Asilo, 22.2, 23.2 y 31.3 de su Reglamento), de mane-

<sup>73</sup> En lo que atañe a las invocadas razones humanitarias, conviene precisar que en el artículo 3.3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, se establecía que podrá igualmente otorgarse el asilo a las personas no comprendidas en el número anterior en los casos en que la concesión del asilo se justifique por dichas razones, mientras que en el artículo 17.2 de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, se recoge que, por las mismas razones –u otras de interés público–, podrá autorizarse la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, siempre en el marco de la legislación general de extranjería, lo que con claridad implica que la nueva redacción de la ley ha supuesto una importante limitación de los efectos de las denominadas razones humanitarias, en cuanto que de generar la concesión del asilo han pasado a determinar sólo la autorización de permanencia en España y eso en el marco de la legislación de extranjería, mas, en cualquier caso, ha de advertirse que lo «humanitario», equivalente a lo benéfico, benigno, misericordioso o caritativo, supone la acogida de un concepto metajurídico que se instala en el ámbito de la moral colectiva, de la solidaridad, de la generosidad y de la benevolencia, valores todos de suficiente entidad como para ser dignos de impregnar tanto las decisiones normativas como las jurisprudenciales, y para ser paradigma de cualquier actuación en el marco del Derecho, en el que deben prevalecer, con similar eficacia, técnica y humanismo, pero también aquí requiere la existencia y suficiencia de unas bases en que apoyar la efectividad de tales razones humanitarias so pena de desvirtuadas si se convierten en un «saco sin fondo» en el que, en principio, pudieran entrar todas aquellas que determinan el deseo de vivir en nuestro territorio y que siempre concurren, a juzgar por el simple hecho de solicitar el asilo, que no tendría razón de ser si el peticionario no tuviera ningún motivo para pretender integrarse en un país que no es el de su origen. STS de 11 de febrero de 1997.

<sup>74</sup> SAN de 22 de marzo de 2000.

<sup>75</sup> SSTs de 28 de julio de 2001, 28 de septiembre de 2002 y 2 de septiembre de 2004.

ra que la decisión administrativa al respecto es controlable y revisable al tiempo de enjuiciar si las inadmisiones a trámite o denegaciones de asilo son ajustadas a derecho, razones que, en este caso, no justifican dicha medida»<sup>76</sup>. Asimismo, «se denuncia la vulneración de los preceptos que permiten la permanencia en España por razones humanitarias, porque se trata de una cuestión que la sentencia recurrida no aborda y de unos preceptos que, por tanto, no toma en consideración, ni para aplicarlos, ni para dejarlos de aplicar. El precepto hipotéticamente infringido sería, así, el que regula el deber de congruencia, siendo este precepto, y no aquéllos, el que hubiera debido denunciarse en sede de un recurso de casación, dado el objeto de éste. Sólo así, mediante la previa denuncia de un vicio de incongruencia omisiva, que no se hace, le cabría a este Tribunal, una vez apreciado tal vicio, casada la sentencia y convertido ya en Tribunal de instancia, decidir si aquellos preceptos debieron aplicarse, o no, en el caso de autos. Y el tercero, en el que se denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución con el argumento de que la no apreciación de que concurren causas para la concesión del asilo o para la permanencia por razones humanitarias coloca al actor en una situación de indefensión, porque con toda evidencia ello no es así; la indefensión no nace por el solo hecho de la desestimación de las pretensiones, sino por el impedimento o por el obstáculo que indebidamente se hubiera opuesto al ejercicio del derecho de defensa, lo cual no se alega»<sup>77</sup>.

*3.4.4. Real Decreto 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.*

El Real Decreto 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<sup>78</sup>, se dicta para completar la ley cuyo contenido se centra en el procedimiento para determinar el reconocimiento de la condición de refugiado, y las normas y garantías que deben regir los procedimientos de inadmisión a trámite, tanto en frontera como en el interior del territorio.

Asimismo, trata los efectos de las resoluciones favorables o desfavorables en relación a las solicitudes de asilo, y los recursos que pueden interponerse tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional, regulando, en especial, el contenido y efectos del informe favorable del ACNUR en el procedimiento de inadmisión a trámite en fronteras. Por otra parte, se contempla la situación especial que plantean los desplazados a consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso<sup>79</sup>, para los que se crea una cobertura legal específica que incluye su acceso a las estructuras asistenciales previstas para los solicitantes de asilo y refugiados.

<sup>76</sup> STS de 29 de septiembre de 2004.

<sup>77</sup> STS de 28 de julio de 2001 y 25 de enero de 2005.

<sup>78</sup> BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

<sup>79</sup> *Vid.* GARCÍA MAHAMUT, R., «Algunas reflexiones sobre la libertad religiosa y la protección internacional (derecho de asilo y protección subsidiaria) en el ordenamiento jurídico español», en AA.VV. *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, págs. 245-259.

La disposición adicional única del reglamento crea la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), perteneciente a la Dirección General de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo del Ministerio de Justicia e Interior, de la que se destacan, entre otras, las siguientes funciones:

- a) Instruir el procedimiento para la concesión de asilo.
- b) Constituir el soporte material de la Secretaría de la CIAR.
- c) Notificar a los interesados las resoluciones de las solicitudes.
- d) Informar y orientar a los solicitantes de asilo sobre los servicios sociales existentes.
- e) Proponer al Ministro de Justicia e Interior las inadmisiones a trámite de solicitudes de asilo.
- f) Rendir periódicamente cuentas a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio de las inadmisiones acordadas y de los criterios aplicados.
- g) Someter a dicha Comisión las propuestas de autorización de permanencia en España.
- h) Proporcionar al representante del ACNUR en España los datos estadísticos y cualesquiera otros relacionados con solicitantes de asilo y refugiados en España.
- i) Examinar los expedientes de apátrida y elevar propuestas de resolución al Ministro del Interior a través de la Dirección General de Extranjería e Inmigración.
- j) Instruir los expedientes para reconocer el estatuto de apátrida, así como para la concesión de los beneficios de la protección temporal.

#### 3.4.5. *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.*

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>80</sup>, señala en el artículo 22 que los extranjeros que se hallen en España y que no cuenten con recursos económicos suficientes según los requisitos establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. De su lectura se desprende que los refugiados tienen derecho a la asistencia gratuita y a un intérprete. Hay que resaltar que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nula la inclusión del término «residentes»<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>81</sup> STC 236/2007.



El artículo 25 establece los requisitos para la entrada en territorio español, el cual deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, y hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad y no estar sujeto a prohibiciones expresas. De igual manera, presentará los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. No obstante, la ley señala que los requisitos exigidos no serán de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España. En este sentido, se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los anteriores requisitos cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España <sup>82</sup>.

En relación a la residencia de apátridas, indocumentados y refugiados, el artículo 34 señala que el Ministro del Interior reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas <sup>83</sup> y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención. Por consiguiente, los apátridas reconocidos tendrán derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la normativa de extranjería, y tendrán tarjeta acreditativa del reconocimiento de apátrida, así como el documento de viaje. El procedimiento se llevará a cabo conforme lo establece el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida <sup>84</sup>.

En cualquier caso, el extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior acreditando que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país y que desea ser documentado por España, una vez verificada la pertinente información y siempre que concurren y se acrediten razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, podrá obtener un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias. La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados <sup>85</sup>.

En relación a la protección por razones excepcionales de tipo humanitario, hay que resaltar que tiene una categoría híbrida que lo ubica en un terreno bifronte entre el asilo y la extranjería, sin que pueda obtener su encaje de manera exclusiva, ni en una, ni en otra categoría de normas y prácticas <sup>86</sup>. El Alto Tribunal ha señalado en relación al artículo 45 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de

<sup>82</sup> KAHALE CARRILLO, D., «Autorización de residencia por circunstancias excepcionales», *CEF Gestión*, núm. 128, 2009, págs. 57-64.

<sup>83</sup> Resolución de 24 de junio de 1997, de la Secretaría General Técnica, por la que se hace público el Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 (BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997).

<sup>84</sup> BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001.

<sup>85</sup> Hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

<sup>86</sup> RED EUROPEA DE MIGRACIONES, *Prácticas nacionales en lo relativo a la concesión de estatutos de protección no armonizados en la UE*, Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid, 2009, págs. 11-13.

diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (RDLOEx)<sup>87</sup>, donde la Ley de Extranjería dispone que la Administración Pública podrá conceder una autorización de residencia temporal, en el que no será exigible el visado, por los motivos de situación de arraigo, razones humanitarias, colaboración con la justicia, y otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente<sup>88</sup>. Debe interpretarse que el artículo 31.3 de la Ley de Extranjería puede tener una aplicación directa y el artículo 45 realiza una relación exhaustiva, pero no excluyente, de los supuestos en que es posible la concesión de una autorización por circunstancias excepcionales.

El artículo 45 del RDLOEx recoge la mayoría de las situaciones por las que es posible conceder una autorización por circunstancias excepcionales. Sin embargo, no recoge todos los supuestos. De hecho, en otras partes del reglamento se contemplan algunas más, por ejemplo, el artículo 94.2 para menores o la disposición adicional primera, párrafo cuarto para situaciones no previstas. Por consecuencia, la propia aplicación directa de la ley cabrá siempre y cuando exista fundamento suficiente para su aplicación.

De igual manera, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en la disposición adicional decimovena señala que las autoridades competentes facilitarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Extranjería, la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a quien, sin estar incluido en el artículo 2 de este reglamento, acompañe a un ciudadano de la Unión o se reúna con él, y se halle en una de las siguientes circunstancias:

- a) Sea otro familiar con parentesco hasta segundo grado, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea, o, cuando por motivos graves de salud o discapacidad, sea estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal.
- b) Sea la pareja, ciudadano de un Estado no miembro de la Unión Europea ni parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable debidamente probada.

Por otra parte, el Tribunal advierte que la autorización de residencia temporal a la que se refiere la ley, específicamente en el artículo 31.3, es diferente de la normal a la que se refieren los dos ordinales anteriores de dicho precepto, en vista que contempla situaciones diferentes como el arraigo, las razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales; pero en todas ellas existe un denominador común que es el de que la Ley de Extranjería remite a la Administración para su concesión a lo que se determine reglamentariamente.

<sup>87</sup> BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005.

<sup>88</sup> STS de 10 de enero de 2007.

Por consiguiente, la recta interpretación del inciso cuestionado significa que estas autorizaciones deben siempre obedecer a las razones que el precepto menciona, a saber, el arraigo, la protección internacional, las humanitarias, la colaboración con determinadas autoridades o las de interés público o seguridad nacional. Pero dentro de ese elenco o catálogo la Administración podrá moverse con libertad para la determinación de los supuestos a los que pueda alcanzar la concesión de esas autorizaciones excepcionales en cada uno de esos conceptos jurídicos indeterminados que constituyen el arraigo, la protección internacional, las razones humanitarias, la colaboración con determinadas autoridades o las razones de interés público o seguridad nacional <sup>89</sup>.

Finalmente, el Reglamento de la Ley de Asilo en su artículo 31.4 establece que «Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el apartado anterior, el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia del interesado en España y, en su caso, recomendar la concesión de una autorización de residencia conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siempre y cuando la concurrencia de dichas razones humanitarias quede acreditada en el expediente de solicitud de asilo. Dicha autorización de permanencia revestirá la forma de autorización de estancia».

Por otra parte, la Exposición de Motivos de Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social <sup>90</sup>, señala que «ha ido creciendo el número de normas comunitarias que afectan al Derecho de Extranjería de los Estados europeos; así pues, cada vez son más las normas que se aprueban en la Unión Europea, en materia de inmigración, que deben ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico. En este orden de cuestiones, cabe destacar la firma del Pacto europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado en el Consejo Europeo de 16 de octubre de 2008 por los 27 países miembros de la Unión Europea, en el cual se establecen como principales objetivos conseguir una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y deberes. La presente ley asume esta realidad como algo positivo en el convencimiento de que es necesario contar con un marco normativo europeo común en materia de inmigración».

En este sentido, sólo establece dos preceptos, por un lado, que no se considerará infracción a la ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que habiendo presentado sin demora su solicitud de protección internacional ésta le sea admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en la Ley de Asilo (art. único cincuenta y siete).

Por otro, no será preciso la incoación de expediente de expulsión a la hora de proceder al traslado, escoltado por funcionarios, a la persona solicitante de protección internacional cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite en aplicación de la Ley de Asilo, al ser responsable otro Estado del examen de la solicitud, de conformidad con los convenios internacionales en que España sea parte,

<sup>89</sup> KAHALE CARRILLO, D., «Autorización de residencia por circunstancias excepcionales», *RTSS.CEF*, núm. 314, 2009, págs. 195-202.

<sup>90</sup> BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

cuando dicho traslado se produzca dentro de los plazos en los que el Estado responsable tiene la obligación de proceder al estudio de la solicitud (art. único setenta).

#### 3.4.6. *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.*

El contenido de la disposición adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>91</sup>, añade la disposición tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en la que se materializa el primer reconocimiento legislativo en la materia, al señalar que lo «dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género».

Este precepto de la antigua Ley de Asilo remite a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, que reconoce como causas que justifican la concesión de asilo a toda persona que tenga fundados motivos a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opiniones políticas, y se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país.

Dicho en otras palabras, España ya recoge de forma explícita la persecución por motivos de género como causa para que las mujeres puedan optar a obtener el estatuto de refugiado. Por consecuencia, aquellas que huyan de la trata para la explotación sexual, mutilación genital, persecución por su orientación sexual e identidad de género, violencia de género, violación y abusos sexuales como arma de guerra, y los llamados crímenes de honor u otras violaciones de los derechos humanos relacionadas con el género estarán protegidas por la legislación de asilo española<sup>92</sup>.

Por consiguiente, existe persecución por motivos de género cuando las violaciones de los derechos fundamentales tienen relación con el papel que se asigna a una persona por pertenecer a un sexo o a consecuencia de su orientación sexual o identidad de género. Este tipo de persecución se ejerce contra las mujeres en mayor medida debido a la situación de desigualdad de partida y subordinación en que se hallan en todas las sociedades y oscila desde formas sutiles en el lenguaje hasta las más graves violaciones de sus derechos fundamentales.

#### 3.4.7. *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.*

Transcurridos más de 20 años desde la publicación de la derogada Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, nace la Ley 12/2009, de 30 de octubre,

<sup>91</sup> BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

<sup>92</sup> Vid. KAHALE CARRILLO, D., «Igualdad y violencia de género. Reconocimiento del derecho de asilo a mujeres víctimas de violencia de género», *TL*, núm. 239, 2009, págs. 239-250.

reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. El objetivo de esta ley es el de transponer los tres siguientes instrumentos europeos:

- a) Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida <sup>93</sup>.
- b) Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado <sup>94</sup>.
- c) Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, que se traspone parcialmente <sup>95</sup>.

Las principales novedades de la Ley de Asilo son las siguientes:

- a) Eleva el estándar de protección internacional al equiparar los dos estatutos en que ésta se traduce: el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria. Por otra parte, equipara ambos estatutos en garantías y contenido, y, además, define en términos rigurosos la protección subsidiaria al concebirla como aquella que se dispensa a quienes, sin reunir los requisitos de la Convención de Ginebra para ser refugiados, tienen motivos fundados para creer que, en caso de regresar a su país de origen, estarían en riesgo de sufrir daños graves como pena de muerte, tortura, tratos inhumanos o degradantes o amenazas en un contexto generalizado de violencia ante un conflicto armado internacional o interno.
- b) Distingue con claridad los ámbitos de asilo y extranjería. El estatuto de refugiado se reconoce únicamente a quienes no ofrezcan dudas en su temor fundado de sufrir persecución por los motivos tasados en la ley, circunscribiendo la protección internacional a sus exclusivos y exactos términos, e impidiendo que el asilo pueda utilizarse de manera fraudulenta por parte de inmigrantes económicos.
- c) Recoge de forma expresa las características de género, orientación sexual y edad como causas que pueden dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado por pertenencia a un determinado grupo social.
- d) Refuerza las garantías inherentes al procedimiento de obtención de protección internacional.
- e) Regula el reasentamiento, mediante el cual se podrá reasentar por medio de la fijación de un cupo anual y con la intervención del ACNUR a un número de refugiados establecidos en países limítrofes al de su origen, y pese a ser refugiados, no tienen garantizada la no devolución a éste porque corre peligro.

<sup>93</sup> DOUE de 30 de septiembre de 2004.

<sup>94</sup> DOUE de 13 de diciembre de 2005.

<sup>95</sup> DOUE de 3 de octubre de 2003.

- f) Desarrolla y pormenoriza la exclusión, revocación y cese de la protección internacional.
- g) Presentación de la solicitud, además de los sitios clásicos, en los Centros de Internamiento para Extranjeros.

Uno de los puntos más relevantes de la ley radica en el Título I «De la protección internacional», el cual da cabida a algunos de los aspectos más innovadores, con especial referencia a la dimensión de género; en relación con los motivos que, en caso de existir persecución, pueden conducir a la concesión del estatuto de refugiado. Asimismo, incluye, y con un detalle sin precedentes en la legislación española, las correlativas causas que determinan el cese o la exclusión del disfrute del derecho de asilo.

De igual manera, señala los motivos de persecución y considera que un grupo constituye un grupo social determinado, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, entre otros, cuando está integrado por personas que huyen de sus países debido a fundados temores a sufrir persecución singularizada por motivos de género. Por tanto, el efecto de la concesión del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria da acceso a la educación, asistencia sanitaria <sup>96</sup>, vivienda, asistencia social y servicios sociales, y los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la Seguridad Social y a los programas de integración en las mismas condiciones que los nacionales <sup>97</sup>.

Por otra parte, por extensión familiar no se aplica a su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia el derecho de asilo o la protección subsidiaria de la persona refugiada o beneficiaria de esta protección, cuando la persona haya sufrido o tenido fundados temores de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente.

La Amnistía Internacional critica la ley al considerar que restringe considerablemente el mero hecho de poder acceder al derecho de asilo; es decir, a su solicitud como un derecho humano universal. Resulta muy preocupante el reducido número de estatutos de refugiado solicitados y concedidos en los últimos años. En este sentido, el 2008 se cerró con unas 4.000 solicitudes de asilo y tan sólo se concedieron unos 100 estatutos de refugiados; la cifra más baja de concesiones durante el periodo 2001-2008. Por tanto, la norma limita aún más el acceso de víctimas de violaciones de derechos humanos a solicitar protección internacional. Asimismo, supone una reducción sustancial de las garantías de las víctimas a la hora de solicitar protección. En consecuencia, la Amnistía Internacional especifica las fallas del instrumento, en vista que no acoge a los europeos comunitarios como sujetos solicitantes de asilo. Limitación que es contraria a la Convención de Ginebra, que debe ser la piedra

<sup>96</sup> KAHALE CARRILLO, D., «Los beneficiarios extracomunitarios de la asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», *TL*, núm. 88, 2007, págs. 85-122, y «El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, tras la nueva Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», *Jurisprudencia Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y otros Tribunales*, núm. 6, 2004, págs. 11-26.

<sup>97</sup> *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboristas», *AS*, núm. 4, 2005, y «Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en AA.VV. (Coord. MUERZA ESPARZA, J.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 87-168.

angular de todo sistema de asilo. En el artículo 3 prohíbe expresamente la discriminación por nacionalidad, ya que esto implicaría poner en peligro el carácter universal del «derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país»; un derecho que, a su vez, es reconocido en la Carta Magna.

#### IV. ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA ÓPTICA JURISPRUDENCIAL

La CE, en el artículo 13.4, remite a la ley para establecer los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas pueden gozar del derecho de asilo en España. En este sentido, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios, así como los apátridas, puedan disfrutar en territorio español de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria.

La Convención de Ginebra, en el artículo 33, señala una prohibición de expulsión y de devolución, para los Estados contratantes en relación a los refugiados, a los territorios donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. En este sentido, desde la perspectiva del Derecho Internacional, el asilo se configura como «un mecanismo legal de protección para defensa de ciudadanos de otros Estados que se encuentran en una situación de posible vulneración de sus derechos, por las causas que enumera»<sup>98</sup>.

La jurisprudencia ha determinado la forma y las condiciones en las que ha de obrar la Administración Pública para que su actuación en materia de asilo se ajuste al ordenamiento jurídico, al precisar las siguientes particularidades:

- a) El otorgamiento de la condición de refugiado, a que se refiere la Ley de Asilo, aunque de aplicación discrecional, no es una decisión arbitraria ni graciable<sup>99</sup>.
- b) Para determinar si la persona debe tener la condición de refugiado no basta ser emigrante, ya que debe existir persecución.
- c) El examen y apreciación de las circunstancias que determinan la protección no han de efectuarse con criterios restrictivos, so pena de convertir la prueba de tales circunstancias en difícil, si no imposible, por lo que ha de bastar una convicción racional de que concurren para que se obtenga la declaración pretendida; es decir, que existan indicios suficientes<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> SAN de 13 de enero de 2009.

<sup>99</sup> STS de 4 de marzo de 1989.

<sup>100</sup> SSTs de 4 de marzo, 10 de abril y 18 de julio de 1989, y 4 de febrero de 1997.

- d) Para obtener la condición de refugiado no son suficientes las meras alegaciones de haber sufrido persecución, cuando éstas carecen de toda verosimilitud o no vienen avaladas por mínimos indicios que se ajustan a la realidad <sup>101</sup>.
- e) Debe existir una persecución y un temor fundado y racional por parte del perseguido (elementos objetivo y subjetivo), para quedar acogido a la situación de refugiado.

El Alto Tribunal ha establecido una jurisprudencia consolidada respecto de los supuestos en que se recurre en vía contencioso-administrativa la denegación de la solicitud de reconocimiento de derecho de asilo. En este sentido, «(...) es visto cómo deviene obligada la aplicación de nuestra reiterada doctrina, que por razón de su misma reiteración es ocioso citar en concreto, según la cual si ciertamente no es exigible para la concesión de asilo o de la condición de refugiado el acreditamiento mediante una prueba plena o absoluta de los hechos alegados por el peticionario, pues basta con aportar meros indicios, no cabe aquel reconocimiento jurisdiccional pretendido, cuando ni siquiera son de apreciar, según sucede en el supuesto ahora enjuiciado, los aludidos indicios de los que pueda deducirse la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos prescritos por el legislador, al modo que los señala el Tribunal de instancia, y adviértase en fin que las meras declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas como indicio suficiente de la persecución alegada, cuando carecen de todo punto de referencia o contraste, y que el informe emitido por Amnistía Internacional sólo se refiere, en términos de generalidad, a la situación general de Angola, sin establecer particulares circunstancias relacionadas con el recurrente susceptibles de amparar el derecho de asilo, más aun cuando ni siquiera consta la pertenencia del mismo a grupo que pudiere dar lugar a presumir posibles persecuciones» <sup>102</sup>.

## V. PROCEDIMIENTO DE ASILO

El nuevo procedimiento de asilo en España se estructura, de acuerdo a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, de la siguiente manera:

### 5.1. Solicitud de asilo.

La persona solicitante deberá solicitar el asilo ante la autoridad gubernativa competente, ya sea personalmente o por medio de un representante en caso de impedimento. Solicitud que deberá ratificar, en este último caso, una vez desaparecida tal dificultad. Los lugares en que puede presentarse la solicitud serán la OAR, los puestos fronterizos de entrada en España, las oficinas de extranjeros, las comisarías provinciales de policía o comisarías de distrito designadas por el

<sup>101</sup> SSTs de 19 de junio de 1998 y 2 de marzo de 2000. *Vid.* KAHALE CARRILLO, D., «El significado de los indicios suficientes como requisito para la admisión a trámite en un procedimiento de asilo», *RTSS.CEF*, núm. 285, 2006, págs. 95-102.

<sup>102</sup> SSTs de 19 de junio y 17 de septiembre de 2003.



Ministerio del Interior, las misiones diplomáticas y las oficinas consulares españolas en el extranjero. Como novedad, la Ley de Asilo señala, a su vez, que podrán presentarse en un centro de internamiento para extranjeros. Hay que resaltar que la entrada ilegal en territorio español no es impedimento para solicitar el asilo, siempre que la persona solicitante reúna los requisitos para ser considerado refugiado.

El antiguo texto reglamentario de asilo de 1985 establecía un plazo general para la presentación de la solicitud de tres meses, en la actualidad el Reglamento de 1995, y la propia Ley de Asilo redujeron el plazo al término de un mes<sup>103</sup>. Este periodo se debe computar desde la entrada de la persona solicitante en España, salvo que tuviera autorización para permanecer legalmente por un periodo superior, en cuyo caso la solicitud se deberá presentar antes de finalizado el plazo de permanencia legal. Paralelamente, si la solicitud de asilo se fundamenta en acontecimientos o causas provenientes en el país de origen de la persona solicitante, posteriores a su estancia en el territorio español, que hagan temer que será perseguido, el plazo será de un mes y se contará a partir de que ocurran esos acontecimientos o causas.

En el momento en que la persona solicitante efectúa la solicitud, será informada en una lengua que pueda comprender y, en su caso, elegir, acerca de las siguientes cuestiones:

- a) El procedimiento que debe seguirse.
- b) Los derechos y las obligaciones que tiene durante la tramitación del expediente, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para poder cumplirlos.
- c) La posibilidad de contactar con el ACNUR y con las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) legalmente reconocidas, que entre cuyos objetivos destaque el asesoramiento y la ayuda a las personas necesitadas de protección internacional.
- d) Las consecuencias del no cumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades.
- e) Los derechos y las prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

Uno de los momentos cruciales del procedimiento es que la solicitud debe formalizarse mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de la persona solicitante, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud, siempre que no sea su propio agresor. Por tanto, la Administración deberá adoptar las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante, del que deberá dejarse constancia en el expediente administrativo. El entrevistador informará a la per-

<sup>103</sup> Vid. NODAR MONTES, M., «El derecho de asilo: el asilo territorial», *AJA*, núm. 290, 1997, pág. 1 y ss.

sona solicitante sobre cómo efectuar la solicitud, y le ayudará a cumplimentarla, facilitándole la información básica. Asimismo, colaborará para establecer los hechos relevantes de su solicitud.

Solicitada la protección, la persona solicitante no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. Sin embargo, por motivos de salud o seguridad pública, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración <sup>104</sup>. Por otra parte, tiene derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros.

## 5.2. Órganos competentes para la instrucción.

La OAR, dependiente del Ministerio del Interior, será el órgano competente para la tramitación de las solicitudes de protección internacional. La CIAR es un órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior, que está compuesto por un representante de cada uno de los departamentos con competencia en política exterior e interior, justicia, inmigración, acogida de los solicitantes de asilo e igualdad, cuyas funciones serán las señaladas en la Ley de Asilo y aquellas otras que, junto con su régimen de funcionamiento, se establezcan reglamentariamente.

La solicitud de protección internacional admitida a trámite dará lugar al inicio, por parte del Ministerio del Interior, del correspondiente procedimiento, al que se incorporarán las diligencias de instrucción del expediente. Así como, si el caso lo amerita, la realización de nuevas entrevistas a las personas solicitantes. Finalizada la instrucción del expediente, se elevará a estudio de la CIAR, que formulará propuesta al Ministro del Interior, que es el órgano competente para dictar la resolución por la que se conceda o deniegue, según proceda, el derecho de asilo o la protección subsidiaria. Pasados seis meses desde la presentación de la solicitud sin que haya notificación de la correspondiente resolución, aquélla se entenderá desestimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente.

## 5.3. Efectos de la solicitud.

El solo hecho de presentar la solicitud supone la admisión provisional de la persona solicitante, hasta que no se decida sobre su expediente. Dicho en otras palabras, mientras no exista una decisión definitiva sobre la concesión o denegación de asilo, la solicitud paraliza el fallo de cualquier proceso de extradición o, en su caso, la ejecución de éste. En el transcurso del procedimiento, la persona solicitante deberá ser informada de sus derechos, y en especial el de asistencia letrada. Al igual que el derecho a la atención médica y a un intérprete.

<sup>104</sup> Vid. DE LA VILLA GIL, L., «Inmigración y Gobierno», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Ediciones CEF, Madrid, 2006, págs. 1.741-1.759.

Entre los derechos que tiene la persona solicitante se destacan los siguientes:

- a) Documentación como solicitante de protección internacional.
- b) Asistencia jurídica gratuita e intérprete.
- c) Comunicación al ACNUR de su solicitud.
- d) Conocer el contenido del expediente en cualquier momento.
- e) Recibir prestaciones sociales específicas.

La solicitud de asilo no sólo implica derechos, sino que también conlleva deberes. De manera que la persona solicitante estará obligada a cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional. Así como presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud <sup>105</sup>. Proporcionar sus impresiones dactilares, permitir que se le hagan fotografías y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones y/o entrevistas. Informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en ella y, asimismo, a la autoridad competente, o comparecer ante ella cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud.

La Circular núm. 12/2009, de 18 de noviembre (Asunto: Actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil) señala que la reseña decadactilar que debe practicarse a toda persona solicitante se realice simultáneamente y en el mismo momento de presentar la solicitud, remitiéndose a la OAR, en donde la Sección de la Comisaría General procederá a realizar las comprobaciones dactilares, para investigar si la persona peticionaria ha solicitado asilo con anterioridad en otro Estado de la Unión Europea, a través del fichero EURODAC.

Una vez admitida a trámite la solicitud, si la persona solicitante no cuenta con medios económicos, podrá beneficiarse de los servicios sociales, educativos y sanitarios que presten las Administraciones Públicas. Asimismo, se le podrá autorizar a trabajar, aunque esto no implica que se le garantice en ningún caso el derecho al trabajo. Dicho en otros términos, el solo hecho de admitir a trámite un procedimiento de asilo es una consecuencia casi ineludible de la universalización de los derechos subjetivos y de la generalización del control judicial. La existencia de la fase de admisión a trámite revela indirectamente que no se han ignorado los derechos de los extranjeros solicitantes de asilo, puesto que la Administración Pública no puede inadmitir de plano esas solicitudes si los intereses generales se hubiesen impuesto rompiendo el equilibrio. No existiría un procedimiento integrado por una serie de trámites encaminados a dilucidar la admisibilidad de la solicitud de asilo, sino que se habría habilitado a la propia Administración para dictar de plano una resolución de inadmisibilidad <sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Asimismo, podrá presentar la solicitante la documentación de que disponga sobre su edad, pasado, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección. Artículo 18.2 b) de la Ley de Asilo.

<sup>106</sup> BLANQUER, D., *Asilo político en España*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 91-92.

## 5.4. Inadmisión de la solicitud.

Las causas de inadmisión a trámite se recogen en el artículo 20 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, al señalar que el Ministro del Interior <sup>107</sup>, a propuesta de la OAR, podrá no admitir a trámite las solicitudes cuando concurra alguna de las dos circunstancias siguientes <sup>108</sup>:

a) No tener competencia para examinar las solicitudes:

- En el supuesto de que no le corresponda a España su examen, con arreglo al Reglamento (CE) 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero, 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.
- En el caso de que no le corresponda a España su examen, de conformidad con los convenios internacionales en que sea parte.

b) No completar los requisitos exigidos <sup>109</sup>:

- Cuando la persona solicitante se halle reconocida como refugiada y tenga derecho a residir o a obtener protección internacional efectiva en un tercer Estado, y sea readmitida en ese país, y no exista peligro para su vida o su libertad, ni esté expuesta a tortura o a trato inhumano o degradante y tenga protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, de conformidad con lo establecido en el artículo 25.2 b) y en el artículo 26 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.
- En el caso de que la persona solicitante proceda de un tercer país seguro, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo y, en su caso, con la lista que sea elaborada por la UE, donde, atendiendo a sus circunstancias particulares, reciba un trato en el que su vida, su integridad y su libertad no estén amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opinión política, se respete el principio de no devolución. Así como la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes y exista la posibilidad de soli-

<sup>107</sup> Vid. GARCÍA BUISÁN, N., «La inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo», *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, 2007.

<sup>108</sup> SSTS de 23 de marzo y 22 de diciembre de 2006. Cfr. ESCRIBANO TESTAUT, P., «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de asilo y extranjería», en AA.VV. (Dir. BALADO RUIZ-GALLEGOS, M.), *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 654-668.

<sup>109</sup> Vid. STS, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de noviembre de 2005.

citar el estatuto de refugiado y, en caso de serlo, a recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra; siempre que el solicitante sea readmitido en ese país y existan vínculos por los cuales sería razonable que el solicitante fuera a ese país.

- Cuando la persona solicitante hubiese reiterado una solicitud ya denegada en territorio español o presentado una nueva solicitud con otros datos personales, siempre que no se planteen nuevas circunstancias relevantes en cuanto a las condiciones particulares o a la situación del país de origen o de residencia habitual de la persona interesada.
- En el supuesto de que la persona solicitante sea nacional de un Estado miembro de la UE, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre el derecho de asilo a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.

La no admisión a trámite deberá notificarse en el plazo máximo de un mes, contado a partir de la presentación de la solicitud <sup>110</sup>. En relación al silencio administrativo, la Ley de Asilo señala que es positivo, al establecer que el transcurso de dicho plazo sin que se haya notificado la resolución a la persona interesada determinará la admisión a trámite de la solicitud y su permanencia provisional en territorio español. Por otra parte, señala que la no admisión a trámite conllevará los mismos efectos que la denegación de la solicitud.

La Administración General del Estado velará por que la información necesaria para la evaluación de las solicitudes de protección no se obtenga de los responsables de la persecución o de los daños graves, de manera que no dé lugar a que aquellos responsables sean informados de que la persona interesada es el peticionario de protección internacional cuya solicitud está siendo considerada, ni se ponga en peligro la integridad de la persona interesada y de las personas a su cargo, ni la libertad y la seguridad de sus familiares que aún vivan en el país de origen. En este sentido, para que se resuelva de manera favorable la solicitud, bastará con que aparezcan indicios suficientes de persecución de daños graves <sup>111</sup>.

La Audiencia Nacional, como órgano judicial competente en materia de asilo, ya se habría pronunciado al respecto al señalar que «sobre la aplicación de la normativa expuesta tiene dicho esta Sala, entre otras, en Sentencias de 12 de mayo y 20 de octubre de 2004, lo siguiente: la Sala ha venido perfilando últimamente la doctrina relativa a la aplicación del artículo 17.2 y así, desde la Sentencia de 12 de noviembre de 1919, señala que este precepto de la Ley 5/1984, modificado por la

<sup>110</sup> El Alto Tribunal ha señalado la distinción entre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo y denegación, que en fase de admisión no procede valorar si hay o no indicios de la persecución, sino que ha de determinarse exclusivamente si se expone o no una persecución protegible. SSTS de 23 de marzo, 21 de abril, 6 y 16 de octubre de 2006.

<sup>111</sup> SSTS de 9 de mayo y 28 de septiembre de 1988, 4 de marzo, 10 de abril y 18 de julio de 1989, 21 de mayo de 1991, 30 de marzo de 1993, 23 de junio de 1994, 4 de febrero de 1997, 19 de junio de 1998, 2 de marzo de 2000, 19 de junio y 17 de septiembre de 2003, 29 de marzo y 26 de mayo de 2005, 16 y 30 de marzo y 26 de mayo de 2006 y 19 de abril de 2007. *Vid.* KAHALE CARRILLO, D., «El significado de los indicios suficientes como requisito para la admisión a trámite en un procedimiento de asilo», *op. cit.*, págs. 95-102.

Ley 9/1994, tras haber establecido en el apartado anterior que la inadmisión a trámite o la denegación de la solicitud de asilo determinarán el rechazo en frontera o la salida obligatoria o expulsión del territorio español, según los casos, del extranjero si careciera de alguno de los requisitos para entrar o permanecer en España de acuerdo con la legislación general de extranjería, establece «No obstante lo dispuesto en el número anterior, por razones humanitarias o de interés público, podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo tercero de esta ley. Nos encontramos en este precepto con una previsión del legislador para que la Administración pueda autorizar al extranjero en quien no concurren los requisitos del artículo 3.1 de la ley a quedarse en España, confiando de este modo a la Administración la posibilidad de valorar la situación concreta del solicitante de asilo, con un margen de discrecionalidad para resolver. Como asimismo se recuerda en dicha sentencia, esta Sala ha declarado, por todas Sentencia de 18 de junio de 1999, que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para reconocer esta modalidad debe valorarse la situación del extranjero conforme al principio de solidaridad internacional proyectada sobre el valor de la dignidad humana, de forma que sólo cuando entran en juego estos dos valores cabe hablar con fundamento de esta modalidad. En este sentido, el Consejo de Estado (Dictámenes 53.039 y 53.677) entiende que para la contemplación de las razones humanitarias hay que atender a la situación anómala del país de origen conjugada con la conservación o dignidad de la persona y no a su mero desenvolvimiento o a la mejora de las situaciones personales en que pueda encontrarse un hombre, sin que sea procedente su otorgamiento cuando caben otras posibilidades, tanto al amparo de la propia Ley 5/1984, como, en su caso, del régimen general de extranjería»<sup>112</sup>.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha establecido los criterios a tener en cuenta para resolver sobre la aplicación del mismo artículo de la Ley de Asilo al señalar que «las razones humanitarias a que se refiere el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, rectamente entendidas, no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectan al nivel del riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la integridad física, la seguridad y la libertad, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico, social o religioso»<sup>113</sup>.

En contra, a su vez, ha señalado que para la mera admisión a trámite se requieren dos requisitos:

- a) Uno positivo, cual es la descripción de una persecución.
- b) Uno negativo, que se basa en la inexistencia de una manifiesta falsedad o inverosimilitud de las alegaciones.

<sup>112</sup> STS de 4 de octubre de 2006.

<sup>113</sup> STS de 22 de mayo de 2009.

Los Jueces y Tribunales no deben juzgar, por tanto, en fase de admisión a trámite, si hay indicios suficientes de dicha persecución, sino si el relato describe una persecución y si ésta es o no manifiestamente falsa o inverosímil <sup>114</sup>.

### 5.5. Tramitación de urgencia.

Una de las novedades de la Ley de Asilo es el procedimiento de urgencia. El Ministerio del Interior, de oficio o a petición del interesado, acordará la aplicación de la tramitación de urgencia, previa notificación al interesado, en las solicitudes en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Peticiones que parezcan manifiestamente fundadas.
- b) Solicitudes formuladas por personas que presenten necesidades específicas, como menores no acompañados.
- c) Aquellas que planteen exclusivamente cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o protección subsidiaria.
- d) En el supuesto de que la persona solicitante proceda de un país de origen considerado seguro, y del que posea la nacionalidad, o si fuere apátrida, en el que tuviera su residencia habitual.
- e) En el caso de que la persona solicitante, sin motivo justificado, presente su solicitud transcurrido el plazo de un mes, conforme lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.
- f) Cuando concurran causas de exclusión o de denegación.

### 5.6. Cesación del estatuto de refugiado.

El estatuto de refugiado, en efecto, se puede perder; es decir, deja de ser aplicable al beneficiario lo dispuesto en la Convención. En este sentido, la nueva Ley de Asilo señala, en el artículo 42, las causas del cese del estatuto de refugiado que se materializarán por la concurrencia de una de las siguientes:

- a) Solicitud expresa de no querer estar amparado como refugiado.
- b) Acogerse nuevamente, de manera voluntaria, a la protección del país de su nacionalidad.
- c) Al recobrar voluntariamente la nacionalidad, cuando la haya perdido.

<sup>114</sup> STS de 1 de septiembre de 2006.

- d) Al adquirir una nueva nacionalidad y disfrutar de la protección del país de la nueva nacionalidad.
- e) Al establecerse voluntariamente en el país que había abandonado, o fuera del cual había permanecido por temor a ser perseguido.
- f) Al abandonar el territorio español y fijar su residencia en otro país.
- g) Al no poder continuar negándose a la protección del país de su nacionalidad por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocido como refugiado. El Estado español tendrá en cuenta si el cambio de circunstancias es lo suficientemente significativo, sin ser de carácter temporal, como para dejar de considerar fundados los temores del refugiado a ser perseguido.
- h) Al no tener nacionalidad, pueda regresar al país de su anterior residencia habitual por haber desaparecido las circunstancias por las que fue reconocido como refugiado.

### **5.7. Las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional.**

El Capítulo III del Título II «De las reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional» de la Ley de Asilo establece las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional. En este sentido, recoge los derechos sociales generales, la acogida de los solicitantes de protección internacional, la autorización de trabajo y la retirada o reducción de las condiciones de acogida.

#### *5.7.1. Derechos sociales generales.*

A la persona solicitante de protección internacional se le proporcionarán, siempre que necesite de recursos económicos, los servicios sociales y de acogida necesarios, con el propósito de asegurar la satisfacción de su necesidad básica en condiciones de dignidad. En el supuesto de que se comprobara que dispone de suficientes medios para cubrir los costes inherentes a los servicios y prestaciones reservados a personas que carezcan de recursos económicos, se procederá a la reclamación de su reintegro.

#### *5.7.2. Acogida.*

La acogida se realizará principalmente a través de los centros propios del Ministerio competente y de aquellos que sean subvencionados a ONG. Los servicios, ayudas y prestaciones del programa de acogida podrán ser diferentes cuando así lo requiera el procedimiento de asilo o sea conveniente la evaluación de las necesidades de la persona solicitante o ésta se encuentre detenida o en las depen-



dencias de un puesto fronterizo. Por otra parte, se adoptarán, conforme el acuerdo del interesado, las medidas necesarias para mantener la unidad de la familia, integrada por sus ascendientes y descendientes en primer grado, salvo los supuestos de independencia familiar, mayoría de edad y diferente nacionalidad. Asimismo, se incluye a su cónyuge o a la persona por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los supuestos de divorcio, separación legal, separación de hecho, diferente nacionalidad o concesión del estatuto de refugiado por razón de género, cuando en el expediente de la solicitud quede documentado que la persona ha sufrido o tenido fundados temores de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente. Por extensión familiar podrá concederse asilo a otros miembros de la familia de la solicitante, siempre que se demuestre la dependencia en relación a ella y la existencia de convivencia previa en el país de origen.

### 5.7.3. *Autorización de trabajo a los solicitantes de protección internacional.*

La persona solicitante de protección internacional será autorizada para trabajar en los términos que el reglamento establezca. En este sentido, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que no se considerará infracción a la ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de protección internacional, ésta le sea admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en la Ley de Asilo.

Por otra parte, señala que no será preciso la incoación de expediente de expulsión a la hora de proceder al traslado, escoltado por funcionarios, de la persona solicitante de protección internacional cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite en aplicación de la Ley de Asilo, al ser responsable otro Estado del examen de la solicitud, de conformidad con los convenios internacionales en que España sea parte, cuando dicho traslado se produzca dentro de los plazos que el Estado responsable tiene la obligación de proceder al estudio de la solicitud.

### 5.7.4. *Retirada o reducción de las condiciones de acogida.*

La Ley de Asilo señala que el Ministerio competente en el ejercicio de las competencias sobre servicios, ayudas y prestaciones de los diferentes programas de acogida podrá reducir o retirar alguno o la totalidad de los servicios de acogida en los siguientes supuestos:

- a) El hecho de que la persona solicitante abandone el lugar de residencia asignado, sin comunicarlo a la autoridad competente o, en caso de solicitarlo, sin permiso.
- b) En el supuesto de que la persona solicitante accediese a recursos económicos y pudiese hacer frente a la totalidad o parte de los costes de las condiciones de acogida o cuando hubiere ocultado sus recursos económicos, y, por consecuencia, se beneficie indebidamente de las prestaciones de acogida establecidas.

- c) En el caso de que se haya dictado resolución de la solicitud de protección internacional, y se haya notificado al interesado.
- d) Por acción u omisión se vulneren los derechos de otros residentes o del personal encargado de los centros donde estén acogidos o se dificulte gravemente la convivencia en ellos.
- e) Por la finalización del periodo del programa o prestación autorizada.

Por último, la persona solicitante de protección internacional podrá ver reducidos o retirados los programas de ayudas del servicio de acogida, como consecuencia de las sanciones que se deriven de la comisión de alguna de las faltas antes mencionadas.

### 5.8. Efectos de la resolución de asilo o protección subsidiaria.

La Ley de Asilo señala que la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implica el reconocimiento de los derechos establecidos en los siguientes instrumentos:

- a) Convención de Ginebra.
- b) Normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.
- c) Normativa de la Unión Europea.

Por otra parte, de manera taxativa, dispone los siguientes derechos:

- a) Protección contra la devolución, en los términos establecidos en los tratados internacionales firmados por España.
- b) Acceso a la información sobre los derechos y obligaciones conexos con el contenido de la protección internacional concedida, en un idioma que le sea comprensible a la persona beneficiaria de dicha protección.
- c) Autorización de residencia y trabajo permanente, en los términos que establece la normativa de extranjería.
- d) Expedición de documentos de identidad y viaje a quienes les sea reconocido el asilo, y, en su caso, para quienes se beneficien de la protección subsidiaria.
- e) Acceso a los servicios públicos de empleo.
- f) Acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la Seguridad Social y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los nacionales.

- g) Acceso a la formación continua u ocupacional y al trabajo en prácticas, así como a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero, en las mismas condiciones que los españoles.
- h) Libertad de circulación.
- i) Acceso a los programas de integración con carácter general o específico.
- j) Acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario.
- k) Mantenimiento de la unidad familiar.
- l) Facilitar la integración de las personas con estatuto de protección internacional, a través de programas necesarios, procurando la igualdad de oportunidades y la no discriminación en su acceso a los servicios generales.

Por otra parte, la ley establece que la no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional vendrá impuesta por el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo, a cambio de que se dé alguno de los supuestos que la normativa en materia de extranjería señala. Es decir, que la persona solicitante reúna los requisitos para permanecer en territorio español en situación de estancia o residencia, o que se le autorice su estancia o residencia por razones humanitarias <sup>115</sup>.

## 5.9. Fichero de datos de carácter personal.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal <sup>116</sup>, señala en el artículo 20.1 que la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones Públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario oficial correspondiente. Asimismo, el artículo 52.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal <sup>117</sup>, lo dispone en los mismos términos. Por consiguiente, en este sentido, se crea la Orden TIN/258/2010, de 2 de febrero, por la que se crea un fichero de datos de carácter personal <sup>118</sup>, para asegurar a los ciudadanos el ejercicio de sus legítimos derechos, denominado Permisos y Autorizaciones a Extranjeros.

El fichero es gestionado por la Dirección General de Inmigración y tiene como finalidad la tramitación de permisos y autorizaciones que se concedan a extranjeros para residir y trabajar en

<sup>115</sup> Vid. STS de 28 de julio de 2001.

<sup>116</sup> BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

<sup>117</sup> BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008.

<sup>118</sup> BOE núm. 37, de 11 de febrero de 2010.

España, gestión de estadísticas internas, gestión de las competencias del Ministerio de Trabajo e Inmigración en materia de extranjería, advertir a extranjeros y empleadores de la necesidad de renovación de permisos y procedimiento administrativo.

Por otra parte, la nueva Ley de Asilo implica su adaptación al subsistema del fichero ADEXTTRA destinado a las peticiones de protección internacional. La Orden INT/1751/2002, de 20 de junio de 2002, por la que se regulan los ficheros informáticos de la Dirección General de la Policía que contienen datos de carácter personal, adecuándolos a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y demás normativa sobre la materia <sup>119</sup>, señala en su anexo la relación de ficheros automatizados de datos de carácter personal de la Dirección General de la Policía, en el que se destaca ADEXTTRA y establece lo siguiente:

«Finalidad del fichero: gestión de trámites, informes y resoluciones seguidos en procedimientos de aplicación de la legislación de extranjería (visados en frontera, denegaciones de entrada y retorno, estancias y sus prórrogas, permisos de residencias y trabajo, renovaciones de permisos, devoluciones, expulsiones, sanciones, prohibiciones de entrada y cuantos otros se tramiten en aplicación de dicha ley), de la normativa de comunitarios, de la legislación de apátrida, de la de asilo y refugio, de trámites e informes de nacionalidad, y de menores extranjeros indocumentados o en situación legal de desamparo.

Usos previstos: control administrativo e investigación policial.

Personas o colectivos sobre los que se pretende obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos: ciudadanos extranjeros, comunitarios o extracomunitarios que accedan o se hallen regular, irregular o ilegalmente en España.

Procedimiento de recogida de datos de carácter personal: grabación de datos a través de terminal a partir de formularios diversos cumplimentados por el ciudadano comunitario o extranjero o su representante; diligencias, trámites o actuaciones policiales o resoluciones de las autoridades gubernativas o judiciales.

Estructura básica del fichero y la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo:

A) De mayores de edad. Filiación: nombre, apellidos, fecha y lugar de nacimiento, nombre de los padres, sexo.

Personales: nacionalidad, domicilio, teléfono, estado civil, profesión, fotografía, pasaporte, documento de identidad, impresiones dactilares, imágenes, voz, firma, número de identificación de extranjero, datos de familiares a cargo o de los que dependa, empresa y activi-

<sup>119</sup> BOE núm. 165, de 11 de julio. Corrección de errores en BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2002.

dad laboral, número de Seguridad Social, representante legal, propiedades y posesiones, alojamiento y vivienda, ingresos y rentas, convivencia y arraigo, conducta, antecedentes, y cualquier otro que pudiera ser identificativo de la persona.

- B) De menores indocumentados o en situación legal de desamparo: nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, sexo, nacionalidad, domicilio, centro de acogida o lugar de residencia, teléfono, última residencia en el país de procedencia, impresiones dactilares, fotografía, organismo público bajo cuya protección se halle, informe médico forense de resultado de la prueba ósea de determinación de la edad, marcas y deficiencias físicas y psíquicas, tatuajes, características físicas o antropométricas, situación de indocumentado o de situación legal de desamparo; nombre, apellidos y domicilio de los padres, tutores o guardadores y cualquier otro dato de relevancia a los citados efectos identificadores.

Cesiones de datos que se prevean y transferencias a países terceros, en su caso:

- A) De mayores de edad: a otras fuerzas y cuerpos de seguridad, a los órganos jurisdiccionales y al Ministerio Fiscal, en virtud de lo establecido en los artículos 3 y 45 de la Ley Orgánica 2/1986, y artículos 11.2 a), d) y e) y 21.1 de la Ley Orgánica 15/1999, y a organismos internacionales y países extranjeros en los términos establecidos en los acuerdos y tratados suscritos por España (Interpol, Europol, Sistema Información Schengen, Unión Europea y convenios bilaterales); a los órganos de la Administración del Estado con competencia en materia de extranjería e inmigración (Ministerios de Administraciones Públicas, Trabajo, Exteriores, Justicia) y cuantos otros se contemplan en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y normas de desarrollo).
- B) De menores: exclusivamente a instituciones públicas nacionales o extranjeras encargadas de la protección de menores y aquellos que prevé la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

Órgano responsable del fichero: Comisaría General de Extranjería y Documentación, calle General Pardiñas, 90, 28071 Madrid.

Órgano ante el que pueden ejercitarse los derechos de acceso, rectificación o cancelación, cuando proceda: Unidad de Coordinación y Apoyo Técnico de la Comisaría General de Extranjería y Documentación, calle General Pardiñas, 90, 28071 Madrid.

Medidas de seguridad, con indicación del nivel básico, medio o alto exigible: Alto.»

Por último, la Circular núm. 12/2009, de 18 de noviembre (Asunto: actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil) establece que todas las unidades policiales de extranjería deberán proceder a grabar en el fichero las actuaciones reflejadas en la circular; es decir, las peticiones que se reciban, que deberán realizarse de manera simultánea o inmediata después que se produzca el acto.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J., «Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», *RL*, núm. 1, 2001.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M., «La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España», en AA.VV. (Dir. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.), *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. y ALCÓN YUSTAS, M., *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996.
- BLANQUER, D., *Asilo político en España*, Civitas, Madrid, 1997.
- BUENO ARÚS, F., «Comentarios a la Ley 5/1984, de 26 de marzo», en AA.VV. (Dir. COBO DEL ROSAL, M.), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VIII, Vol. 2.º, Derecho Reunidas, Madrid, 1988.
- CRUZ VILLALÓN, J., «Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros», en AA.VV. (Coords. CASAS BAAMONDE, M., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006.
- DE LA VILLA GIL, L., «Inmigración y Gobierno», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Ediciones CEF, Madrid, 2006.
- DEL VALLE GÁLVEZ, J., «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (II)», en AA.VV. (Coords. LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.), *Derecho comunitario material*, McGraw Hill, Madrid, 2002.
- DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1994.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación del asilo desde la perspectiva comunitaria», *RIE*, núm. 1, 1993.
- ESCRIBANO TESTAUT, P., «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de asilo y extranjería», en AA.VV. (Dir. BALADO RUIZ-GALLEGOS, M.), *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 2008.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «La compatibilidad del Protocolo sobre el asilo a los nacionales de los Estados miembros con los distintos instrumentos internacionales sobre la materia y con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RGDE*, núm. 11, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.
- GARCÍA BUISÁN, N., «La inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo», *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, 2007.
- GARCÍA MACHO, R., «El derecho de asilo y de refugio en la Constitución Española», en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

- GARCÍA MAHAMUT, R., «Algunas reflexiones sobre la libertad religiosa y la protección internacional (derecho de asilo y protección subsidiaria) en el ordenamiento jurídico español», en AA.VV. *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., «Asilo e inmigración en la Unión Europea», *RDCE*, núm. 13, 2002.
- GORTÁZAR ROTAECHE, C., «El derecho de asilo en España», en AA.VV. *La inmigración*, Bosch, Barcelona, 1995.
- *Derecho de asilo y «no rechazo» del refugiado*, Dykinson – Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1997.
  - «Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros», *RGDE*, 2003.
  - «El derecho de asilo en la Constitución de 1978», en AA.VV. (Coords. LÓPEZ DE LERMA, J., PRADA, A. y RUBIALES, A.), *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Barcelona, 2003.
- KAHALE CARRILLO, D., «El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, tras la nueva Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», *Jurisprudencia Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y otros Tribunales*, núm. 6, 2004.
- «El significado de los indicios suficientes como requisito para la admisión a trámite en un procedimiento de asilo», *RTSS.CEF*, núm. 285, 2006.
  - «Los beneficiarios extracomunitarios de la asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», *TL*, núm. 88, 2007.
  - «Autorización de residencia por circunstancias excepcionales», *RTSS.CEF*, núm. 314, 2009.
  - «Autorización de residencia por circunstancias excepcionales», *CEF Gestión*, núm. 128, 2009.
  - «Igualdad y violencia de género. Reconocimiento del derecho de asilo a mujeres víctimas de violencia de género», *TL*, núm. 239, 2009.
- LESMES SERRANO, C., «La evolución del derecho de asilo en Europa. El asilo como sistema internacional de protección frente a la violencia de género», en AA.VV. *Hacia un Derecho unitario europeo en materia de extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 81, Madrid, 2006.
- LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991.
- MACHO, R., «El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución Española», en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Algunas observaciones sobre la futura ley de asilo española», *REI*, núm. 4, 1981.
- MARTÍN ARRIBAS, J., *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Dykinson, 2000.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002.
- MURILLO DE LA CUEVA, P., «Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español», en AA.VV. (Dir. FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S.), *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.
- NODAR MONTES, M., «El derecho de asilo: el asilo territorial», *AJA*, núm. 290, 1997.
- OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M., «Los contratos de trabajo con los trabajadores extranjeros», en AA.VV. (Coords. SÁNCHEZ MAJADAS, G., ESCOBAR PÉREZ, C. y ANDRÉS LÓPEZ, T.), *Migraciones y redes sociales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.
- PÉREZ TREMPES, P., «Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales», en AA.VV., *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- PÉREZ VERA, E. y ABARCA JUNCO, P., «Artículo 13», en AA.VV. (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales, Edersa, Madrid, 1997.
- RED EUROPEA DE MIGRACIONES, *Prácticas nacionales en lo relativo a la concesión de estatutos de protección no armonizados en la UE*, Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid, 2009.
- RICO ALDAVE, H., *El derecho de asilo en la cristiandad: fuentes histórico-jurídicas*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2005.
- RUEDA FERNÁNDEZ, C., «La aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados en el ordenamiento español: aspectos fundamentales», en *La revitalización de la protección de los refugiados*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- SCHNYDER, F., «Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés», *Recueil des Cours*, Vol. 114, 1965.
- SEMPERE NAVARRO, A., «Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004», *AS*, núm. 9, 2004.
- «Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en AA.VV. (Coord. MUERZA ESPARZA, J.), *Comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- «La Ley Orgánica de protección contra la violencia de género: una introducción para laboralistas», *AS*, núm. 4, 2005.
- TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Dykinson, Madrid, 2003.
- VELLOSO DE SANTISTEBAN, A., *El desorden mundial y los refugiados*, UNED, Madrid, 1998.
- ZAMORA CRESPO, M., «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», en AA.VV. (Coord. CALONGE VELÁZQUEZ, A.), *Políticas Comunitarias. Bases jurídicas*, Lex Nova, Valladolid, 2002.