



1970-2010

# ITINERA UNIVERSITAS

## Derechos Humanos y Migraciones

MAYO 2010

Edita Fundación Paulino Torras Domènech 1970

### 1. NUESTRO PUNTO DE VISTA

#### SOBRE EL DERECHO DE ASILO Y EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

El presente número de Itinera digital se dedica de forma prácticamente íntegra a las figuras del asilo y el refugio, que han sido objeto de una nueva regulación en España en octubre de 2009. La Ley 12/2009, que regula el derecho de asilo y la protección subsidiaria, es objeto de un comentario doctrinal recogido en el apartado 2 (Opinión de colaboradores) realizado por Juan José Martín Arribas, profesor titular de Derecho internacional público de la Universidad de Burgos, director de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la Unión Europea y autor, entre otras publicaciones, de la monografía Los estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo (Madrid: Dykinson, 2000). El profesor Martín Arribas es asimismo el editor del Código de los Extranjeros (Cizur Menor (Navarra): Aranzadi / Thomson Reuters), cuya 4ª edición data de marzo de 2010. La importancia de la institución del asilo queda patente al comprobar el elevado número de solicitudes de asilo formalizadas en 2009 - 377.200 -, 3.000 de ellas en España. Estas cifras han sido publicadas por el ACNUR en su Informe Niveles y tendencias del asilo en los países industrializados 2009, del que se hace eco la sección 5 (Instituciones).

Al ACNUR precisamente se dedica el apartado 3 (Políticas migratorias), en la que, tras recordar el proceso de constitución de este organismo de las Naciones Unidas, se

señalan las dificultades que encuentra para alcanzar en la actualidad sus objetivos iniciales. Una de estas dificultades es precisamente el surgimiento de nuevos fenómenos que son causa de las migraciones internacionales (inmigrantes económicos, desplazados,...); nuevos fenómenos que el propio ACNUR ha sistematizado en 7 categorías de población: refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos, retornados, desplazados internos retornados, apátridas y otros grupos de personas afectadas. Con el objetivo de ofrecer una salida a los refugiados y a los Estados en los que éstos se encuentran el ACNUR ha promovido los programas de reasentamiento. Por primera vez España recién ha aprobado uno de estos programas. La sección 4 (Estatus del inmigrante) trata esta cuestión y pone en relación este programa con otros similares aprobados en Europa. Finalmente, en el apartado 6 (Instituciones) se recogen las Conclusiones de la Abogada General Sharpston en el asunto Asunto C-31/09 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Nawras Bolbol c. Bevándorlási És Állampolgársági Hivatal, presentadas en marzo de este año, y la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010 (autos acumulados C-175 a 179/2008). Tanto las primeras como la segunda resultan interesantes porque permiten advertir la complejidad de la normativa sobre asilo y refugio desde sus inicios.

1. NUESTRO PUNTO DE VISTA	1
2. OPINIÓN DE COLABORADORES	1-3
3. POLÍTICAS MIGRATORIAS	4-5
4. ESTATUS DEL INMIGRANTE	5-6
5. MULTICULTURALISMO	7
6. INSTITUCIONES	7-9
7. UNA PUBLICACIÓN DE INTERÉS	9-10

### 2. OPINIÓN DE COLABORADORES

#### ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LOS CONTENIDOS JURÍDICOS DE LA LEY 12/2009, DE 30 DE OCTUBRE, QUE REGULA EL DERECHO DE ASILO Y LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA

AUTOR: J. J. MARTÍN ARRIBAS

##### 1. El contexto de aprobación de la Ley

La entrada en vigor de Ley 12/2009 de 30 de octubre ha pretendido adecuar el mandato que prescribe el artículo 13.4 de la Constitución de 1978 a la actual realidad de las cosas, puesto que su predecesora, la Ley 5/84 de 26 de marzo, había quedado obsoleta, a pesar de las

modificaciones que había sufrido gracias a la Ley 9/1994 de 19 de mayo.

En efecto, aunque evidentemente el núcleo duro del Derecho internacional convencional aplicable a esta materia siga estando conformado por la Convención de Ginebra de 1951 y por el Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el estatuto de los refugia-



dos, no es menos cierto que, por una parte, ya venían planteándose situaciones fácticas que no habían sido contempladas en el momento de la celebración de ambos instrumentos jurídicos internacionales y a las cuales había que darles, por tanto, la pertinente respuesta jurídica; y, por otra, habían sido adoptadas normas de Derecho internacional institucional por parte de las instituciones de la Unión Europea (UE) cuya aplicación a España debía ser inminente y/o facilitada desde la propia Administración española.

Buenos exponentes de esta última afirmación son, entre otros, el Reglamento (CE) núm. 343/2003 que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, la Directiva 2003/9/CE sobre normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, la Directiva 2004/83/CE 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, la Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado o la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho de reagrupación familiar (su capítulo V hace referencia a los refugiados). Precisamente el mantenimiento de la unidad familiar de las personas beneficiarias de protección internacional se regula en tres disposiciones de la Ley 12/2009 con las que se garantiza respectivamente el mantenimiento de la unidad familiar (art. 39), la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria (art. 40) y la reagrupación familiar (art. 41).

Ahora bien, como la realidad social evoluciona mucho más deprisa que la propia realidad jurídica, resta por revisar algunas de estas normas para adaptarlas a los nuevos mandatos que ha introducido el Tratado de Lisboa en el Tratado de Funcionamiento de la UE para ir consolidando el Sistema Europeo Común de Asilo, al tiempo que se materializan en la práctica otros como puede ser la puesta en marcha de la oficina de apoyo europea; algo que debería tenerse muy presente en la redacción que, en estos momentos, parece estar efectuándose del Real Decreto de aplicación de la Ley 12/2009 de 30 de octubre.

Si a grandes rasgos este ha sido el contexto en el que se ha fraguado la Ley objeto de reflexión, sorprende que, en una atenta lectura y desde un punto de vista formal, se compruebe que arrastra un lenguaje que incluye expresiones anteriores a la más reciente modificación de los tratados constitutivos de la UE. Sin embargo, desde una perspectiva sustancial, cabe subrayar que aporta algunas originalidades que la diferencian claramente de su predecesora, la Ley 9/1994 de 19 de mayo, y que, a continuación, merece la pena subrayar.

## **2. Regulación conjunta del derecho de asilo y la protección subsidiaria**

Partiendo de su enunciado general se constata que regula el derecho de asilo y la protección subsidiaria, armonizando y aproximando ambas figuras desde el contenido de la protección internacional que reciben;

a las que, a su vez, diferencia del fenómeno migratorio considerado como tal, o, dicho de otro modo, del régimen jurídico de la extranjería cuya norma capital en estos precisos momentos es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha sufrido sendas modificaciones, de las cuales la última ha tenido lugar gracias a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 diciembre. Así puede deducirse del objeto que persigue y que radica en establecer los términos en que las personas nacionales de los países no comunitarios y los apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria (art. 1). Con ello se acaba, hasta cierto punto, con la dicotomía en el tratamiento jurídico que se daba por un lado a quienes recibían una protección en base al estatuto del refugiado y por otro a aquellos que se les protegía por razones humanitarias, con un estatuto claramente inferior y muy condicionado a la discrecionalidad de las autoridades estatales competentes. Y es que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, se protege a las personas a quienes se les reconozca el derecho de asilo o la protección subsidiaria con su no devolución ni expulsión, reconociendo en ambos casos derechos y prestaciones tales como a ser informados de sus derechos y deberes, a la autorización de residencia y trabajo permanente, a recibir documentos de identidad y de viaje, a acceder a los servicios públicos de empleo, la libertad de circulación, a acceder a los programas de integración, a los programas de retorno voluntario, al mantenimiento de la unidad familiar, a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda o, por terminar, a la asistencia social.

## **3. Noción y contenido del derecho de asilo**

Configura el derecho de asilo como la protección dispensada a aquellas personas nacionales de países no comunitarios y a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado, de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 (art. 2). Se trata de una noción clara, sencilla y precisa que, por una parte, traslada contenidos jurídico-internacionales a las normas internas españolas, y, por otro, identifica el derecho de asilo con el estatuto de los refugiados en la línea que lo habían hecho otros países de nuestro entorno y nuestro propio Estado desde hace unos tres lustros. Al propio tiempo, ofrece un contenido que se enmarca en las normas convencionales e institucionales de la UE, dado que, en sintonía con la Directiva 2003/9/CE, se equipara a aquella persona que cumple los requisitos que determina el contenido jurídico del art. 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951, esto es, aquella 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 dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (cuyo contenido también se incorpora al art. 3 de la Ley).

Muy probablemente bajo la influencia de los más recientes desarrollos normativos, doctrinales y jurisprudenciales

denciales, profundiza tanto en algunos de los actos que pueden ser constitutivos de la persecución cuanto en ciertos elementos que pueden tenerse en cuenta a la hora de analizar los motivos de persecución, detallando algunos de sus contenidos más relevantes para ayudar a valorarlos y facilitando así su aplicación por parte de las autoridades estatales competentes (arts. 6-7). Aún así, debe entenderse como un contenido meramente enunciativo y referencial, puesto que no se agotan todas y cada una de las situaciones que se presentan (como sucede con la niña que sufre ablación genital) y, en su consecuencia, cada concreto expediente debe ser analizado de forma individualizada, en su propio contexto y trayendo a colación los actos y motivos de persecución que sean pertinentes. En todo caso, no se trata de obtener pruebas sólidas de persecución o de sufrir daños graves por parte del solicitante, sino que, en la línea la doctrina consagrada por nuestros más altos órganos jurisdiccionales a lo largo de estas últimas décadas, la Ley 12/2009 únicamente exige que aparezcan indicios suficientes (art. 26).

#### **4. Noción y contenido del derecho a la protección subsidiaria**

Pueden beneficiarse del derecho a la protección subsidiaria quienes, sin ser nacionales de un Estado miembro (del tenor literal del art. 4 podría llegarse a la conclusión de que son los no españoles, pero debe ser interpretado en relación con otras disposiciones) y sin cumplir los requisitos necesarios para obtener el asilo, tienen motivos fundados para creer que si regresan a su país de origen o al de su anterior residencia habitual, corren el riesgo real de morir, sufrir tortura y tratos inhumanos o degradantes, así como amenazas graves contra su vida o su integridad, y no pueden o no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, a condición de que no les sean aplicables las causas de exclusión o de denegación que se tipifican en la Ley (arts. 11 y 12). Se trata de una nueva y loable aportación que viene exigida desde la UE y cuya redacción, sin embargo, tanto desde un ángulo conceptual, como de su contenido sustancial –máxime en lo que respecta a sus efectos jurídicos– parece, en un alto grado, innovadora.

#### **5. Otros elementos novedosos de la Ley**

Otras novedades que pueden destacarse radican, por un lado, en el especial tratamiento que se dispensa a los menores, a los menores no acompañados y a personas de colectivos vulnerables, tales como las mujeres, los discapacitados, los mayores y quienes se hallen en situación de precariedad y presenten su solicitud de asilo y/o de protección subsidiaria. Por otro, y en sintonía con los países de nuestro entorno, pretende impedir que se beneficien de ambos derechos aquellos que puedan poner en peligro la seguridad del Estado, el orden público o realicen actividades incompatibles con el estatuto de refugiado o de la protección internacional. Y, en fin, esboza con realismo algunos contenidos que refuerzan la operatividad práctica: la necesidad de formar a las autoridades que se ocupen de estas materias y de colaborar tanto con las ONG especializadas, entre Administraciones Públicas y con la UE.

#### **6. El reforzamiento de las garantías del procedimiento de asilo**

Otra de las ventajas que ofrece la Ley 12/2009 de 30 de octubre radica en que refuerza las garantías propias del procedimiento que ha de seguirse para el reconocimiento de la protección internacional, el cual es objeto de casi la mitad de la totalidad de sus artículos (arts. 16-38) y se inicia mediante la presentación de la solicitud dentro del territorio español, en puestos fronterizos y, en determinados casos, en embajadas y consulados.

Bajo el buen criterio de economía procesal, se trata de un procedimiento único para todo solicitante de asilo y para el solicitante de una protección subsidiaria, en el que ab initio ya se les garantiza derechos como la asistencia sanitaria, la asistencia jurídica gratuita y el derecho a intérprete.

El principio de la transparencia se proyecta en el deber de la Administración de informar al solicitante de los derechos y deberes que le asisten, y muy particularmente en el derecho a conocer el contenido de su expediente en cualquier momento. Aunque el Ministro del Interior pueda no admitir solicitudes presentadas en el territorio español, porque no tiene competencia o porque no se cumplen los requisitos establecidos, debe tomar su decisión de forma motivada, a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio y en el plazo de un mes contado a partir de la presentación de la solicitud (si no se respeta dicho plazo, se entiende admitida a trámite la solicitud).

Si bien en casos tasados, como cuando se trata de una petición formulada por un menor no acompañado, la solicitud puede tramitarse con urgencia (art. 25), por lo general sigue el denominado procedimiento ordinario que dura seis meses ampliables en base al art. 49 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en caso de no contestación por parte del Ministerio del Interior si se concede o deniega el derecho de asilo o, en su caso, la protección subsidiaria, puede entenderse como desestimada.

Entre las garantías procesales que prescribe la Ley 12/2009 cabe destacar la posibilidad de presentar petición de reexamen, solicitud de revisión cuando aparezcan nuevos elementos probatorios, recurso de reposición y recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Importante es destacar el relevante papel que se reconoce al ACNUR en el procedimiento de solicitud, así como en la tramitación de la protección internacional en cuyo contexto debe de ser convocado para participar en las sesiones de la Comisión Intermunicipal de Asilo y Refugio. Con ello se ha hecho justicia y se ha reconocido la magnífica trayectoria que ha venido recorriendo este organismo a lo largo de estas décadas de colaboración, al actuar con incuestionable profesionalidad de la cual se han visto beneficiados tanto las autoridades estatales competentes, como los verdaderos solicitantes de asilo en España.

En pocas palabras, la Ley 12/2009 reactualiza la regulación del derecho de asilo e incorpora la protección subsidiaria inspirándose en criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia, reconociendo un estándar de derechos y de obligaciones mucho más adaptados a la actual realidad social y respetando el Derecho de la UE y el Derecho internacional vigentes.