

ENTRE LA OBSESIÓN POR LA SEGURIDAD Y LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN IRREGULAR: A PROPÓSITO DE LA NUEVA LEY DE ASILO

AMONG THE OBSESSION WITH SECURITY AND THE FIGHT AGAINST IRREGULAR IMMIGRATION: À PROPOS OF THE NEW SPANISH ASYLUM LAW

Angel Sánchez Legido*

Sumario: I. UNA REFORMA MOTIVADA POR LA NECESARIA –Y TARDÍA– ADAPTACIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO AL DERECHO COMUNITARIO EN LA MATERIA; II. SOBRE EL FONDO: ¿QUIÉN TIENE DERECHO A PROTECCIÓN? BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE ASILO Y DE LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA; III. SOBRE LA FORMA: ¿CÓMO DETERMINAR QUIÉN TIENE DERECHO A PROTECCIÓN? PROCEDIMIENTOS PARA LA CONCESIÓN DEL DERECHO DE ASILO Y DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA; IV. CONCLUSIONES

RESUMEN: La presente contribución tiene por objeto el análisis de la nueva ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Adoptada con la finalidad de adaptar nuestro ordenamiento a los desarrollos experimentados por la política europea de asilo, la nueva norma introduce mejoras incuestionables, en especial, la regulación del estatuto de protección subsidiaria y su práctica equiparación al derecho de asilo. La obsesión por preservar la seguridad y por evitar el uso del asilo con fines de inmigración irregular determina, sin embargo, que en el nuevo modelo subsistan unas veces y aparezcan ex novo otras, medidas que resultan discutibles cuando no difícilmente compatibles con la Convención de Ginebra.

ABSTRACT: The goal of this contribution is to analyse the new Spanish law on asylum and subsidiary protection. Adopted last October in order to adapt the Spanish legal order to the European asylum policy developments, the new law introduces unquestionable improvements, particularly, the regulation for the first time of the subsidiary protection status and its practical equalization to the right of asylum. However, the obsession with preserving security, on the one hand, and with avoiding the use of asylum for irregular immigration aims, on the other, bring about the persistence in some cases, and new emergence in others, of measures which are questionable, if not hardly compatible with the Geneva Convention relating to the Status of Refugees.

PALABRAS CLAVE: Asilo, Refugio y Protección Subsidiaria; Derechos Humanos y Terrorismo; Inmigración y Derechos Humanos.

KEYWORDS: Asylum, Refugee and Subsidiary Protection; Human Rights and Terrorism; Immigration and Human Rights.

Fecha de recepción del artículo: 2 de diciembre de 2009. Fecha de aceptación de la versión final: 7 de enero de 2010.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho de Albacete (UCLM).

El 31 de octubre de 2009, el Boletín Oficial del Estado publicaba la nueva “Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”¹. Por casualidades del destino, su entrada en vigor veinte días después ha venido a coincidir con una fecha especialmente señalada, al conmemorarse en ella el vigésimo cuarto aniversario de un acontecimiento decisivo para muchos exiliados españoles. Se culminaba así un proceso legislativo iniciado cerca de un año antes con la presentación del correspondiente proyecto de ley², y se introducía con ello la tercera gran reforma del régimen de asilo en nuestro país³. Las razones que están detrás de la última modificación son en buena medida, sin embargo, diferentes a las que subyacían a las dos anteriores. La primera, con la Ley 5/1984, obedecía a la necesidad de colmar el vacío que representaba la ausencia de una regulación en la materia en un país que, durante muchos años, había sido tierra no de refugio sino de exilio, dando cumplimiento al mandato de desarrollo previsto en el artículo 13.4 de la Constitución⁴. La segunda, con la ley 9/1994, trataba de corregir los supuestos excesos materiales y las deficiencias procedimentales a que había conducido la aplicación de la primera, a cuyo efecto se optó, de una parte, por suprimir la dualidad entre derecho de asilo y condición de refugiado en que se basaba la primera y, de otra, por introducir procedimientos específicos para hacer frente a las, a decir del legislador, frecuentes pretensiones de uso abusivo o fraudulento del derecho a solicitar asilo⁵.

Sin perjuicio de que la nueva ley aspire también, como reza su exposición de motivos, a “servir de instrumento eficaz para garantizar la protección internacional de las personas a las que les es de aplicación”, el factor fundamental que ha motivado su adopción es la necesaria adaptación de nuestro ordenamiento al derecho comunitario en la materia.

Sin pretensiones de exhaustividad, tras una breve referencia a la normativa de cuya transposición se trata (I), el grueso del presente trabajo se orientará a un análisis selectivo del nuevo régimen español de asilo de cara a apreciar si, efectivamente, el margen de maniobra del que ha dispuesto nuestro legislador contribuye realmente al citado objetivo de garantizar una protección eficaz a quienes por motivos de persecución o de amenaza a sus más preciados derechos en sus países de origen llegan a España tras verse obligados a huir de sus países de origen. De cara a ofrecer una cabal

¹ Ley 12/2009, BOE nº 263.

² BOCG, Congreso, IX Legislatura, Serie A, nº 13-I, de 19-XII-2008.

³ Pese a la relevancia de la modificación introducida por la disposición adicional 29ª de la denominada Ley de Igualdad -LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres- con el fin de incorporar entre las circunstancias para el reconocimiento del derecho de asilo la persecución por motivos de género –disposición adicional 3ª de la Ley 5/1984-, no deja de tratarse en este caso de una modificación de carácter puntual y no una reforma que implique un cambio general del modelo español de protección.

⁴ Sobre la ley de 1984 y su aplicación judicial, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Asylum and Refugee Status in Spain”, *IJRL*, vol. 4 (1992), pp. 58 y ss.; o J.M. ORTEGA TEROL, “Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (Examen jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 16 (1993), pp. 135 y ss.

⁵ Véase, en un tono muy crítico, M.L. ESPADA RAMOS, “El derecho de asilo a revisión: los costes de la coherencia con Europa”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 2 (1994), pp. 157 y ss.; o M.T. GIL BAZO, “The Role of Spain as a Gateway to the Schengen Area: Changes in the Asylum Law and their implications for Human Rights”, *IJRL*, vol. 10 (1998), pp. 214 y ss.

valoración, en las páginas sucesivas se tratará de contestar, desde la perspectiva de la nueva ley a dos tipos de preguntas: quién tiene derecho a ser protegido (II) y cómo se determina si quien lo reclama tiene derecho a protección (III).

I. UNA REFORMA MOTIVADA POR LA NECESARIA –Y TARDÍA- ADAPTACIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO AL DERECHO COMUNITARIO EN LA MATERIA

Por más que sea la lógica consecuencia de la supresión de los controles en las fronteras interiores inherente a un objetivo –el mercado interior- presente en los tratados constitutivos desde hace ya casi un cuarto de siglo, los tradicionales recelos soberanistas a hacer excesivas concesiones en materia de acceso, estancia y trabajo de nacionales de terceros Estados al propio territorio hacían poco previsible una intervención intensa de la Unión en el ámbito del asilo. Impulsada sin embargo a velocidad de crucero por la presión que para los sistemas nacionales de asilo representa la intensificación de los flujos migratorios, los ámbitos cubiertos y los objetivos perseguidos por la política europea de asilo no han dejado de crecer. Inicialmente, a falta de mayores compromisos por los Estados miembros, los esfuerzos quedaron limitados a la pretensión de reducir el fenómeno de los denominados *refugiados en órbita*, mediante la adopción de reglas orientadas a la determinación de un único Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de asilo. Normas que, además, hubieron de incorporarse inicialmente, ante el rechazo a comunitarizar la materia, a través de sendos instrumentos convencionales paracomunitarios desarrollados, respectivamente, a través de la cooperación intergubernamental entre los entonces Doce, de una parte, y mediante la más restringida cooperación también intergubernamental en el seno del sistema Schengen, de otra⁶.

Sin perjuicio de que, con el Tratado de Maastricht, el asilo apareció contemplado por primera vez como un ámbito de preocupación de la Unión dentro del ámbito del tercer pilar (Cooperación en asuntos de Justicia e Interior⁷), el auténtico revulsivo para el desarrollo de una política europea en materia de asilo se producirá en la segunda mitad de la década de los noventa. En el marco del nuevo objetivo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en efecto, el Tratado de Amsterdam comunitarizó las políticas de controles de fronteras, inmigración y asilo, las cuales desde entonces han estado reguladas en el Título IV de la Tercera Parte del Tratado de la Comunidad Europea⁸. La

⁶ Puede verse, sobre ambos, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria”, *RIE*, vol. 20 (1993), pp. 53 y ss.

⁷ Aún con las deficiencias propias de la debilidad inherente a los instrumentos entonces previstos en el tercer pilar, las disposiciones sobre la materia del TUE (antiguo artículo K1.1) recibieron algún desarrollo digno de mención que, como es el caso de la Posición Común 96/196/JAI, relativa a la aplicación armonizada del término refugiado, preconfiguraron parcialmente el contenido de muy relevantes instrumentos posteriores.

⁸ Entre la abundante bibliografía relativa a la comunitarización de la política de asilo y los primeros pasos en su desarrollo, pueden consultarse los trabajos de J.J. MARTÍN ARRIBAS, *Los Estados Europeos*

inicial previsión de una aplicación diferida de los procedimientos supranacionales de decisión no ha impedido que el conjunto de medidas contempladas en el art. 62 del Tratado de Roma hayan sido efectivamente adoptadas sin demasiado retraso respecto del calendario previsto en Tampere⁹.

Dejando a un lado el denominado Reglamento de Dublín II¹⁰, que sustituye al Convenio de Dublín en materia de determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo, cuya naturaleza directamente aplicable excluye toda transposición nacional, y la Directiva sobre protección temporal¹¹, objeto de transposición en nuestro país mediante una norma específica de rango reglamentario¹², el grueso de las medidas orientadas a armonizar los sistemas nacionales de asilo aparecen contempladas en tres directivas específicas sobre la materia –las conocidas como directivas sobre reconocimiento o cualificación¹³, sobre procedimientos¹⁴ y sobre acogida¹⁵- y una cuarta sobre un aspecto de singular relevancia que afecta a todos los nacionales de terceros estados entre los cuales figuran también los refugiados –la directiva sobre reagrupación familiar¹⁶-.

frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo, Madrid, 2000; J. MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, 2002; o las contribuciones de J.M. ORTEGA TEROL, “Una panorámica sobre el asilo y el refugio en la Unión Europea”, en A. Salinas de Frías (dir.), *Inmigración e integración. Aspectos sociales y legales*, Madrid, 2008, pp. 228 y ss.; y “El asilo y el refugio en la Unión Europea: crónica de un amor ausente”, en J. Soroeta Licerias (dir.), *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional. Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 6 (2005), pp. 55 y ss.

⁹ En el Consejo Europeo de Tampere se identificaban como medidas a adoptar a corto plazo las relativas a “la determinación clara y viable del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado. Debería también completarse con medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite esa protección”. Consejo Europeo, Conclusiones de la Presidencia, 15 y 16 de octubre de 1999, par. 14.

¹⁰ Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. DO L 50 de 25.2.2003.

¹¹ 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 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 (DO L 212 de 7.8.2001)

¹² Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. BOE n° 256, de 25.10.2003.

¹³ 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 (DO L 304 de 30.9.2004).

¹⁴ Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DO L 326 de 13.12.2005 y corr. de errores DO L 236 de 31.8.2006).

¹⁵ 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 (DO L 31 de 6.2.2003).

¹⁶ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251, de 3.10.2003).

A título de aproximación introductoria a las relaciones entre los Derechos europeo y español en la materia, cabe decir que la ley 12/2009 opera respecto de las citadas directivas una transposición tardía, parcial, precisada de desarrollos futuros y que, por ahora, lo es sólo de normas europeas expresamente calificadas de mínimas. Tardía en primer lugar, ya que su promulgación acaece con notable retraso respecto de los plazos de transposición previstos en las correspondientes directivas¹⁷. Y ello hasta el punto de haber motivado una sentencia del Tribunal de Justicia constatando la violación del Derecho Comunitario por nuestro país por falta de transposición en plazo de la directiva de reconocimiento¹⁸.

En cierto modo, en segundo lugar, puede ser considerada como una transposición provisional, habida cuenta que las normas de cuya transposición se trata constituyen tan sólo la concreción en una primera fase de un objetivo más ambicioso, a saber, el establecimiento de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). El mismo implica, en efecto, desarrollos posteriores que, según se acordó en Tampere, deben dar lugar entre otras cosas a “un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo”¹⁹. La incorporación, al fin, de las correspondientes bases jurídicas en los tratados merced a la próxima entrada en vigor del Tratado de Lisboa²⁰, y las manifestaciones al máximo nivel de una clara voluntad política de avanzar en esa línea, son claros indicios del carácter provisional de las actuales normas europeas de armonización y, consiguientemente, de las nacionales con las que se ha verificado su transposición²¹.

¹⁷ Retraso que oscila entre los casi dos años en el caso de la directiva de procedimientos (art. 43) y los cuatro años y medio en el de la directiva de acogida (art. 26). Por razones seguramente relacionadas con lo escueto de la regulación contenida en el Capítulo III del título II de la nueva ley, relativo a “las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional”, la mencionada directiva no es mencionada expresamente entre los instrumentos comunitarios que son objeto de transposición por la citada norma. El cumplimiento de la obligación de transposición de la citada directiva, y de paso el mandato contenido en su art. 26 de comunicar las normas nacionales adoptadas en su desarrollo, parece que habrá de seguir esperando a la adopción del reglamento de desarrollo de la ley.

¹⁸ STJCE (Sala Quinta), de 9.7.2009, as. C-272/08, *Comisión contra España*.

¹⁹ Conclusiones ya citadas, par. 15. Según se hace constar en el Programa de La Haya, la segunda fase de creación del SECA, centrada en lo que ahora interesa en el establecimiento de un procedimiento común y de un estatuto uniforme de protección se inició el 1-V-2004, y según las iniciales previsiones debería conducir a la aprobación de los correspondientes instrumentos de la UE antes de finales de 2010. Consejo Europeo, “El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la UE” (2005/C 53/01), apdo. 3.I.3.

²⁰ El nuevo Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión incluye como principales medidas novedosas a adoptar por la Unión en el marco de la política común en materia de asilo las relativas a “un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión” (art. 78.2.a), “un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional” (art. 78.2.b), y “procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria” (art. 78.2.d).

²¹ Adoptado formalmente en el Consejo Europeo de Bruselas de 15 y 16 de octubre de 2008 a iniciativa francesa, el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo apuesta dentro del compromiso nº 4 (Construir la Europa del Asilo) y junto a otras medidas orientadas a reforzar la cooperación operativa entre las administraciones nacionales, por “la implantación de un régimen común de asilo europeo para evitar las discrepancias que se dan todavía hoy en la concesión del régimen de refugiado y sus consecuencias”, sin marcar fecha para ello; y por implantar, esta vez antes de 2012, un “procedimiento único de asilo”.

Aunque solo sea por lo que de relevante pueda haber en la nueva ley de cara a marcar pautas de futuro en un panorama europeo en continuo desarrollo, tal vez no sea ocioso recordar, por último, que la transposición ahora emprendida lo es de normas expresamente calificadas de mínimas tanto en el art. 63 del Tratado de Roma, cuanto en su propio enunciado. Al respecto, el propio desarrollo de los acontecimientos se ha encargado de disipar las dudas que, con la adopción del Tratado de Amsterdam, pudo provocar esa referencia al carácter mínimo de las citadas normas, que bien podía interpretarse simplemente como una reiteración del principio de proporcionalidad que rige con carácter general para el ejercicio de las competencias comunitarias²². Si en su momento, en efecto, podía pensarse que se trataba sobre todo de limitar el alcance de la competencia normativa comunitaria en la materia, hoy es claro que su significado se dirige más bien a descartar interpretaciones regresivas dirigidas a encontrar en las normas comunitarias la coartada para una generalizada reducción a la baja de los niveles de protección nacional. Según se afirma expresamente en las directivas²³, y tal y como se ha terminado por constatar en el propio preámbulo de la ley, los Estados miembros mantienen la posibilidad de mantener o adoptar normas más favorables –pero no menos– para las personas necesitadas de protección que las contempladas en las citadas directivas.

II. SOBRE EL FONDO: ¿QUIÉN TIENE DERECHO A PROTECCIÓN? BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE ASILO Y DE LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA

1. La supresión del derecho de protección de los ciudadanos europeos.

En lo que se refiere a la delimitación del círculo de sujetos a los que se pretende extender la protección, y comenzando por uno de los aspectos más criticados de la ley, a lo largo de su articulado es manifiesta e inequívoca la voluntad de dejar fuera de su ámbito de aplicación a los ciudadanos comunitarios: si, por una parte, la delimitación del objeto de la ley (art. 1), y las definiciones del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (arts. 2 y 4) aluden únicamente a los nacionales de países no comunitarios, por otra, sólo a ellos se les reconoce el derecho a solicitar protección (art. 16), hasta el punto de que la condición de ciudadano europeo del solicitante es causa determinante de la inadmisión a trámite de la solicitud (art. 20.1.f)²⁴. Se trata, sin duda, de una drástica proyección interna del Protocolo sobre asilo a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, incorporado precisamente a iniciativa de España con ocasión de la

²² Puede encontrarse rastro de un debate hoy ya superado por el propio consenso en cuanto a la necesidad de avanzar en el SECA, en J. MARTÍN PEREZ DE NANCLARES, *La inmigración...*, cit., 211-212.

²³ Véanse los párrafos 15º de la directiva de acogida, 7º de la directiva de reconocimiento, y 8º de la directiva de procedimientos.

²⁴ Inspirado en el mismo espíritu de confianza mutua entre los Estados miembros de la Unión, el art. 19.3 de la ley contempla como excepción a la prohibición de devolución o entrega de los solicitantes de asilo, la posibilidad de que los afectados, por definición ciudadanos de terceros Estados o apátridas, sean entregados a otro Estado miembro en virtud de una orden europea de detención y entrega.

adopción del Tratado de Amsterdam en 1997²⁵ y que pretende ser un claro gesto de coherencia respecto de lo que nuestro país ha venido reclamando insistentemente durante muchos años: que la noble institución del asilo no pueda ser empleada por los peores delincuentes, especialmente vinculados con el terrorismo, como instrumento de propaganda e impunidad.

Sin perjuicio de reconocer la legitimidad y el apoyo que merece la vieja reivindicación española, no puede dejar de cuestionarse, por excesiva, la solución adoptada. En primer lugar, porque se trata de una solución regresiva respecto de la legislación anterior que, frente a lo que en algún momento pueda haberse dicho, no viene impuesta por la normativa europea. Es cierto que las directivas comunitarias definen su ámbito de aplicación en relación con los nacionales no comunitarios y los apátridas²⁶, pero precisamente por su carácter mínimo no imponen la exclusión de los ciudadanos europeos. Más bien al contrario, si bien el Protocolo antes mencionado introduce una muy fuerte presunción de la condición Estado seguro de origen para todos los miembros de la Unión, la única obligación que se impone es la de considerar la solicitud como manifiestamente inadmisibile *prima facie* y de informar de su examen al Consejo. Y ello, además, sin perjuicio de que en coherencia con las normas internacionales, la presunción es desvirtuable ya no sólo en hipótesis absolutamente extremas institucionalmente controladas –activación de la cláusula de suspensión de los derechos en virtud del art. 15 CEDH- o constatadas –activación de los mecanismos preventivo y de sanción del art. 7 TUE- a nivel supranacional, sino también si así lo decide unilateralmente el Estado miembro de que se trate.

En segundo lugar, porque aunque no puede dejar de reconocerse que la Unión Europea constituye una de las regiones del mundo en la que los derechos fundamentales reciben un mayor grado de protección, sin que parezca poder hablarse de cuadros sistemáticos, masivos y generalizados de violación de los derechos humanos, algunos datos seguramente militan contra una supresión radical y total del derecho de asilo dentro de la UE. Por ejemplo, tal vez convenga no olvidar que en alguna ocasión, ciertos Estados miembros han organizado o, más recientemente, parecen haber consentido, tramas organizadas en la lucha antiterrorista cuya dinámica de actuación no parece haber sido demasiado compatible con las más elementales garantías. O que la sujeción al sistema europeo de protección de los derechos humanos no viene siendo óbice para que algunos de los miembros del Consejo de Europa figuren entre los países de origen de individuos a los que se viene reconociendo por diversos Estados de la Unión Europea, España

²⁵ El citado Protocolo, identificado con el número 24, no sufre ninguna modificación y mantiene su plena vigencia tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre el citado protocolo, con una posición diferente a la aquí planteada, y además del trabajo ya citado de J. MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “El Derecho de Asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1995, pp. 837 y ss.; o G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, “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”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 11 (2006).

²⁶ Véanse los arts. 1 de la Directiva de reconocimiento, 3 de la directiva de acogida y 2, apartados b y c, de la directiva sobre procedimientos.

incluida, el estatuto de refugiado²⁷. O, por último, que el mecanismo de respuesta frente a casos de violación grave de los principios democráticos por un Estado miembro o frente al riesgo de que suceda tal violación, depende para su activación de decisiones de instancias políticas –Estados miembros, Comisión, Consejo de la UE, Consejo Europeo y Parlamento Europeo– y están sujetas a umbrales de mayoría de prácticamente imposible superación.

No es todo ello, sin embargo, el principal problema que suscita la configuración negativa del estatuto de ciudadano europeo implícita en la nueva ley. Al fin y al cabo, en nuestro propio ordenamiento, debidamente interpretado a la luz de las obligaciones asumidas por nuestro país en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Refugiados, cabe encontrar vías procedimentales para otorgar protección, en caso necesario, a un ciudadano europeo perseguido o amenazado en su país de origen, sea en el marco de la supervisión judicial de los expedientes de expulsión de ciudadanos europeos por motivos de orden público, salud pública o seguridad pública, sea, se quiera o no, en aplicación de las cláusulas humanitarias incorporadas en los apartados 12 y 13 del preámbulo de la Decisión marco sobre la euro-orden²⁸. Sin que, por lo demás, un nacional de un Estado miembro que no pueda ser expulsado, devuelto o entregado, deje de ser un ciudadano europeo beneficiario por ello de un estatuto que ya quisiera para sí el más privilegiado de los restantes extranjeros.

En suma, lo discutible no es tanto que la exclusión de los ciudadanos europeos del ámbito de aplicación de la ley haga imposible el cumplimiento por nuestro país de sus obligaciones internacionales en materia de no devolución, sea en casos de persecución, sea en caso de riesgo de vulneración de las prohibiciones en materia de derechos humanos de carácter absoluto. Podría llegar a razonarse incluso que la mayor cohesión y las garantías reforzadas que existen en el ámbito europeo, o la inmensamente mayor facilidad con la que pueden acceder al territorio español, excluyen que el otorgamiento de una consideración diferenciada a los ciudadanos europeos que solicitan protección internacional pueda considerarse un trato discriminatorio proscrito por el art. 3 del Convenio de Ginebra o por las cláusulas de no discriminación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. El auténtico problema es el posible efecto-imitación que en otros ámbitos regionales y/o de integración puede conllevar la adopción de medidas que aparentemente pueden ser interpretadas como una negación de toda protección a los nacionales de los Estados implicados, y el duro golpe que ello puede representar para la institución del asilo.

²⁷ Según las estadísticas sobre la materia correspondientes a 2008, un año eso sí complicado en el Cáucaso, un porcentaje no desdeñable de solicitudes de asilo procedentes de Rusia (60%), Georgia (73'91%) y de Armenia (38,64%), países todos ellos sujetos a la jurisdicción del TEDH, fueron admitidas a trámite en España. Esos y otros datos, en el apéndice estadístico del Informe de CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2009*, Madrid, 2009, p. 344.

²⁸ Sobre esto último, puede verse mi trabajo “La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *REEI*, nº 14 (2007), pp. 48 y ss.

2. El reconocimiento del derecho de protección subsidiaria y su equiparación interna al derecho de asilo

Mucho más positiva es la segunda gran novedad introducida por una ley que, aunque sigue identificando estrictamente el derecho de asilo con la condición de refugiado, incorpora un nuevo estatuto de protección, denominado de protección subsidiaria (art. 4). Y, lo que es más reseñable, si su incorporación a nuestro ordenamiento en tanto que derecho subjetivo de quienes reúnen los requisitos previstos es una exigencia del Derecho comunitario, en particular de la directiva de reconocimiento, la voluntad de configurarlo con cierta amplitud y de unificar en su práctica totalidad el régimen de protección correspondiente con el propio del derecho de asilo²⁹, tal y como se afirma en la exposición de motivos, constituye un ejercicio del poder discrecional del legislativo patrio digno de beneplácito. En lo que en cierto modo puede interpretarse como una vuelta al espíritu abierto de la originaria ley de 1984, la consecuencia práctica es que se convierte en competencia reglada y se somete a reglas revestidas de cierta precisión buena parte de lo que hasta ahora aparecía contemplado como una facultad discrecional del Ministro del Interior ejercitable por razones humanitarias o de interés público³⁰.

A la hora de definir, además, los supuestos en los que una persona tiene derecho a la obtención del estatuto de protección subsidiaria, la ley acoge con cierta amplitud la definición de cuáles son los graves daños que, en caso de existir un riesgo real de sufrirlos en el país de origen, justifican el reconocimiento del derecho a protección. El artículo 10 de la ley, en efecto, sigue literalmente el tenor de la directiva de reconocimiento para incorporar supuestos claramente inspirados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la doctrina de los correspondientes órganos de garantía en materia de no devolución en caso de riesgo grave de violación de la prohibición de la tortura³¹. Pero, además, el artículo citado contempla un tercer apartado cuya finalidad es dar respuesta a la necesidad de protección de quienes huyen de sus países de origen como consecuencia de la existencia de situaciones de violencia

²⁹ La ley española anticipa, de este modo, lo que parece ser también la intención de la Comisión. Véase el documento *Plan de política de asilo: un planteamiento integrado de la protección en toda la UE*, 17 de junio de 2008, [COM(2008) 360 final], p. 3.

³⁰ Arts. 17.3 de la Ley 5/1984, en la redacción resultante de la Ley 9/1994, y 31.3 y 4 del 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.

³¹ Siguiendo la configuración que el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales hace de la obligación de no devolución, tanto la directiva, en los apartados a y b del artículo 15, como la ley, en esos mismos apartados del artículo 10, aluden únicamente como daños relevantes a la “condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material”, de una parte, y a la “tortura y los tratos inhumanos o degradantes”. Ha de recordarse, sin embargo, que aún cuando es éste el supuesto típico y más relevante de surgimiento de la citada obligación en el ámbito del DI de los Derechos Humanos, los órganos de garantía del CEDH y del PIDCP han dejado claro que la misma opera también frente a otras violaciones del derecho a la vida (ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzosas) y frente a formas especialmente flagrantes de denegación de justicia. Véase al respecto, mi contribución “El derecho fundamental a no ser expuesto al riesgo de tortura mediante la expulsión o extradición al exterior”, en A. SALINAS DE FRIAS (dir.), *Inmigración e integración. Aspectos sociales y legales*, Madrid-Buenos Aires-Ciudad de México, 2008, pp. 243 y ss.

indiscriminada. Se trata de un supuesto que, en parte, aparece ya contemplado a través del denominado régimen de protección temporal, regulado en otras normas tanto europea como interna, para supuestos institucionalmente constatados de afluencia masiva de personas, el cual eso sí reviste un carácter provisional, excepcional y urgente y, por ello, no excluye el acceso de los individuos afectados a las, llamémosles, formas “ordinarias” de protección³².

La configuración de este supuesto en la directiva de reconocimiento constituyó uno de los aspectos en los que la definición de los llamados criterios de elegibilidad recibió una más crítica acogida por parte tanto de ACNUR como de la doctrina más cualificada³³. Y ello por dos razones básicamente. De una parte, porque en su artículo 15.c finalmente sólo se incluyó como situación de violencia indiscriminada susceptible de permitir la aplicación del precepto la derivada de un conflicto armado interno o internacional, lo que representaba una seria restricción de la propuesta de la Comisión, que incluía también una referencia a las situaciones de violaciones sistemáticas o generalizadas de los derechos humanos. Lamentablemente, el art. 10.c de la ley española insiste en una restricción carente de toda justificación que obligará a interpretar la noción de conflicto armado de acuerdo con los más recientes desarrollos de las jurisdicciones penales internacionales, y sin olvidar que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 contempla también como conflictos armados situaciones de enfrentamiento y violencia menos formalizadas y organizadas que las previstas en el artículo 2 común de los citados convenios y en el Segundo Protocolo Adicional.

Eso sí, junto a la de arena, la de cal. Merced a la modificación operada en el proyecto a su paso por el Senado, el art. 10.c de la ley no reproduce la exigencia de individualización del daño que sí contempla la directiva y que es asumida con carácter general en las normas de adaptación aprobadas en otros Estados miembros³⁴. Por más que en la primera decisión prejudicial recaída sobre la directiva de reconocimiento, el Tribunal de Luxemburgo haya relativizado considerablemente el carácter restrictivo de la exigencia de individualización³⁵, la idea de base de la directiva no deja de ser la

³² Véanse el art. 3.1 de la Directiva 2001/55/CE sobre protección temporal, y el art. 22 del Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

³³ Vid., respectivamente, *Declaración del ACNUR sobre la protección subsidiaria a personas amenazadas por violencia indiscriminada, bajo la Directiva de Reconocimiento del Consejo de Europa (sic)*, Enero de 2008, en especial, pp. 5-7; y J. McADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *Int'l J. Refugee L.*, vol. 17 (2005), pp. 479 y ss.

³⁴ Tal y como se señala en un reciente informe de ACNUR, “(t)he research has shown that the impact of this interpretation of ‘individual threat’ is to deny subsidiary protection to persons who risk serious harm on return to their country of origin on the basis that they face the same risk as, for example, other members of their clan or other residents of their town. Véase el informe de ACNUR, *Asylum in the European Union: A Study of the Implementation of the EC Qualification Directive*, November 2007, p. 11.

³⁵ En el sentido de considerar que el apartado c del artículo 15 no es una simple precisión de los dos anteriores, sino que goza de autonomía, de modo que ante una situación de conflicto armado la exigencia de individualización es en su intensidad indirectamente proporcional al grado de violencia indiscriminada en el país de origen. TJCE, S. de 17.2.2009, *Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie* (as. C-465/07). Sobre la misma, pueden verse los comentarios de C. DAUTRICOURT (“Justice, liberté et sécurité : arrêt “Elgafaji”, *RDUE*, n° 2 -2009-, pp. 338 y ss.), o de M.E. SALAMANCA AGUADO, (“La protección

expresada en su preámbulo, según la cual “los riesgos a los que en general se ven expuestos la población de un país o un sector de la población no suelen suponer en sí mismos una amenaza individual que pueda calificarse como daño grave” (pfo. 26). El carácter mínimo de la normativa europea con el alcance que ya conocemos, añadido al hecho de que la supresión de la exigencia de individualización constituye una opción deliberada del legislador, son elementos que deben llevar necesariamente a la conclusión de que, siempre y cuando satisfagan el umbral de gravedad requerido, las amenazas contra la vida o la integridad que afectan con carácter general a la población civil son elementos suficientes, por sí solas, para la concesión a los afectados del estatuto de protección subsidiaria en nuestro país³⁶.

3. La obsesión por la seguridad: circunstancias de exclusión y excepciones a la prohibición de devolución

A la formalización del estatuto de protección subsidiaria se añaden otros aspectos – precisión de los criterios de elegibilidad en casi plena consonancia con las aspiraciones de ACNUR, incorporación de la persecución por razón de edad, pleno reconocimiento de los agentes no estatales como agentes de persecución, consolidación del género y extensión a la orientación e identidad sexual como motivos de persecución susceptibles de justificar el reconocimiento de la condición de refugiado, o previsión de la participación de nuestro país en programas de reasentamiento en colaboración con ACNUR, entre otros³⁷ – en los que cabe apreciar en la nueva ley un significativo avance respecto de la regulación hasta ahora vigente. No obstante, un último aspecto a comentar no resulta tan positivo. Se trata de la configuración que de las causas de exclusión y denegación hacen los artículos 8 y 9 respecto del derecho de asilo, y 11 y 12 respecto de la protección subsidiaria y ello, más precisamente, como consecuencia de las dudas que plantean algunos aspectos de esa regulación en cuanto a su compatibilidad, en algún caso, con el Convenio de Ginebra y, en algún otro, con la

subsidiaria de personas amenazadas por violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de febrero de 2009 en el asunto Elgafaji”), *RGDE*, nº 19 -2009.

³⁶ Aun cuando tradicionalmente ha sido bastante estricto, a veces con lamentables consecuencias (asunto *Vilvarajah*), a la hora de exigir la individualización del riesgo, en los más recientes pronunciamientos del TEDH cabe detectar una cierta relativización de la exigencia de individualización, apuntándose a la idea según la cual, cuando la situación general en el país de destino revela un cuadro persistente de violaciones de la prohibición de la tortura que se proyecta específicamente sobre un grupo concreto, específico y delimitado, la simple pertenencia del afectado a ese grupo es por sí sola elemento suficiente para constatar la concurrencia del riesgo real determinante de la obligación de no devolución. STEDH de 11.I.2007, *Salah Sheekh c. Holanda*, paras. 148-149; o STEDH (Gran Sala) de 28.II.2008, *Saadi c. Italia*, par. 39.

³⁷ Resulta en cambio lamentable, por exasperantemente restrictiva, la limitación como acto de persecución de los procesamientos o penas por incumplimiento del servicio militar a los supuestos en los que el mismo se preste en un conflicto que obligue al interesado a incurrir en la comisión de crímenes más graves de trascendencia internacional, crímenes comunes graves o actos contrarios a los propósitos de Naciones Unidas. Esto es, en supuestos absolutamente límites entre los que figuran casos en los que el propio Derecho internacional impone obligaciones de resistencia so pena de incurrir en responsabilidad penal internacional sin posible exención por razones de obediencia debida. Véase, en este sentido, ACNUR, *Comentarios al Proyecto de Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria*, pp. 8-9.

doctrina de los órganos internacionales de garantía de los derechos humanos en materia de no devolución.

De la simple lectura de los citados preceptos hay dos cuestiones que llaman poderosamente la atención. En primer lugar, la ley española opera respecto de ambas figuras una diferenciación entre, de una parte, unas denominadas cláusulas de exclusión, claramente inspiradas en el artículo 1 (D, E y F) de la Convención de Ginebra³⁸, y unas causas calificadas como de denegación referentes a los supuestos en los que el solicitante constituye, por razones fundadas o por haber sido objeto de una condena firme, un peligro para la seguridad de España o una amenaza para la comunidad (arts. 9 y 12). A lo que se añade que únicamente respecto del estatuto de protección subsidiaria, y no así por tanto, en relación con el derecho de asilo, se incluye como de exclusión una causa que resulta realmente difícil de diferenciar respecto de las mencionadas causas de denegación: que el solicitante, constituya un “peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público”. El segundo aspecto llamativo se refiere a la forma con que la ley concreta y precisa el motivo de exclusión referente a la comisión de un delito grave (arts. 8.2.b y 11.1.b).

Ambos aspectos de la ley responden a una finalidad evidente: conceder a las autoridades españolas un amplio margen de maniobra que les permita rechazar la protección solicitada en nuestro país por razones no precisadas de orden público o seguridad pública. Una inquietud que, acrecentada sobremanera en los últimos años en respuesta al fenómeno del terrorismo internacional, motivó alguno de los más intensos debates durante el proceso de elaboración de la directiva. Y que suscita asimismo importantes interrogantes jurídicos que, en parte, se encuentran actualmente a la espera de respuesta por vía prejudicial por el Tribunal de Justicia³⁹. Ciñéndonos a la regulación de este tema en la nueva ley, tres son los principales problemas que con la misma se plantean.

El primero de ellos tiene que ver con la configuración del peligro para la seguridad de España y de la amenaza para la comunidad como causas de denegación del derecho de asilo. La solución finalmente adoptada difiere de la prevista en el artículo 3.2 de la

³⁸ Tanto en la directiva de reconocimiento como en la ley española, las causas de exclusión son más numerosas para el reconocimiento de la condición de refugiado que para la obtención del derecho de protección subsidiaria, al incorporar para aquél y no para éste de acuerdo con una transcripción casi literal las circunstancias relativas a la ausencia de necesidad de protección por venir ésta otorgada bien por un organismo internacional distinto de ACNUR –en referencia inequívoca y exclusiva a UNRWA–, bien por un tercer Estado en el que el interesado hubiera fijado su residencia y al que le hubiera otorgado derechos equivalentes a los de la nacionalidad del citado país. Sobre el alcance del primer motivo puede verse el documento de ACNUR, *Nota sobre la aplicación del artículo 1D de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 a los refugiados palestinos*, Octubre de 2002. Ambas causas se diferencian claramente de los supuestos del artículo 1F, al referirse a situaciones en las que se presume que no existe necesidad de protección.

³⁹ En febrero y marzo de 2009 el Tribunal Supremo Administrativo alemán (Bundesverwaltungsgericht) presentó sendas peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de las causas de exclusión relacionadas con la participación en la comisión de delitos graves y en actos contrarios a los principios de Naciones Unidas (arts. 12.2.b y c de la directiva de reconocimiento) en relación con solicitantes de asilo vinculados con organizaciones calificadas como terroristas en la lista de la UE. Se trata de los asuntos C-57/09, *República Federal de Alemania c. B*, y C-101/09, *República Federal de Alemania c. D*. DO C 129, de 6.6.2009, pp. 3 y 7.

anterior ley y en el art. 8.4 del proyecto de ley. En ambos casos las amenazas a la seguridad y el peligro para la comunidad se conceptuaban como causas de exclusión conjuntamente con las relacionadas con la comisión de crímenes más graves de trascendencia internacional, crímenes comunes graves y actos contrarios a los principios de Naciones Unidas. Finalmente, en la línea apuntada por la directiva de reconocimiento (art. 14.4 y 5), tales circunstancias no son etiquetadas como causas de exclusión, sino como causas de denegación (art. 9 de la ley) o de revocación (art. 44.1.c de la ley). Da la sensación de que tanto la directiva como la ley recurren a un mero formalismo terminológico, hablando de denegación en lugar de exclusión, para sortear las dificultades que plantea el tratamiento que hace la Convención de Ginebra de este tipo de circunstancias. Aunque amparada en el tenor de la directiva, la solución ideada opera una ampliación de las cláusulas de exclusión⁴⁰ previstas en el Convenio de Ginebra poco compatible con sus disposiciones y, por ello, poco congruente con la definición que del derecho de asilo hace el propio artículo 2 de la ley.

En el Convenio de Ginebra, en efecto, las amenazas a la seguridad y el peligro para la comunidad no aparecen conceptuadas como causas de exclusión (art. 1.F), sino tan solo como excepciones a la prohibición de expulsión y devolución de un refugiado (art. 33.2). A diferencia de las causas de exclusión, como reiteradamente ha señalado ACNUR⁴¹ y viene defendiendo un relevante sector doctrinal⁴², tales circunstancias no forman parte de la definición de refugiado, ya no solo por razones de ubicación sistemática dentro del Convenio, sino por el propio fundamento al que responden. Las causas de exclusión tienen por finalidad, no proteger al Estado al que se reclama protección, sino preservar la integridad de la propia institución del refugio, impidiendo que puedan servirse de la misma quienes por haber cometido actos atroces, ni merecen protección ni deben poder recurrir a la misma para eludir sus responsabilidades. Y su aplicación, para quien invoca protección frente a persecución en los términos del Convenio de Ginebra, presupone previamente el reconocimiento de la condición de refugiado. Por lo demás, aunque permite excepcionalmente la expulsión por los citados motivos, la Convención de Ginebra no autoriza a que, por razones de seguridad nacional, se prive al refugiado de otros derechos que forman parte del estatuto de refugiado y aparecen salvaguardados expresamente en la directiva y que, pese a ello, no

⁴⁰ Ampliación que habría sido, además, absolutamente escandalosa si no hubiera sido suprimida en el Congreso la causa de revocación prevista en el art. 40.1 del proyecto, consistente en que “la persona beneficiaria participe en actividades contrarias a los intereses generales, a la soberanía de España, a la seguridad del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países”.

⁴¹ Pueden verse los documentos, *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004)*, 28.1.2005, pp. 30-31; *Declaración del ACNUR sobre el artículo 1F de la Convención de 1951*, pp. 8 y 16.

⁴² E. LAUTERPACHT, y D. BETHLEHEM, “The Scope and Content of the Principle of non-refoulement: Opinion”, en Feller, E., Türk, V. Y Nicholson, F, *Refugee Protection in International Law: UNHCR'S global consultations on international protection*, Cambridge-New York-Geneve, 2003, pp. 133 y ss.; o G.S. GOODWIN-GILL, y R. HUSAIN, “Overview of History and Current Scope of Non-Refoulement, and Current Attacks on the Principle”, en *Non-Refoulement under Threat. Proceedings of a Seminar Held Jointly by the Redress Trust and The Immigration Law Practitioners' Association*, Londres, 2006, p. 15.

parecen quedar garantizados en la nueva ley, que se limita a hablar de denegación o revocación del derecho de asilo⁴³. Sea como fuere, la previsión de la citada cláusula de denegación provoca que, pese a lo que da a entender su artículo 2, la ley no confiera el derecho de asilo a todas las personas a las que, según el Derecho Internacional, corresponde la condición de refugiado.

El segundo problema tiene que ver con la configuración que hace el art. 8.2.b de la ley de la segunda de las causas de exclusión contempladas en el artículo 1.F de la Convención de Ginebra. De acuerdo con el citado precepto, se excluye de su ámbito de aplicación y, consiguientemente, de la condición de refugiado, a quien haya cometido un delito común grave fuera del país de refugio antes del reconocimiento como refugiado. El artículo 12.2.b de la directiva, por su parte, tras reproducir más o menos literalmente el citado motivo de exclusión, precisa en plena coherencia con las directrices de ACNUR sobre el particular, que los actos especialmente crueles, aun cuando son realizados con intencionalidad política, pueden ser calificados como delitos comunes graves. Contrastada con ambos parámetros, la legislación española sobre el particular, pese a haber experimentado una notoria suavización a lo largo de su tramitación parlamentaria⁴⁴, parece ir más allá de lo que contemplan ambos referentes. De una parte, porque se omite toda referencia a una distinción básica en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados, como es la que distingue entre delitos políticos y delitos comunes⁴⁵, por más que, como apunta la directiva, la intencionalidad política de un delito no impide su calificación como delito común si el mismo es desproporcionado. A lo que ha de añadirse que, si la intención era impedir el acceso al derecho de asilo de los presuntos terroristas, la forma adecuada de hacerlo tal vez sea haciendo constar que los delitos de terrorismo no pueden ser calificados, por desproporcionados, como delitos políticos, más que obviando una distinción que, de hecho, supone una reducción de la definición de refugiado contenida en el artículo 1 del Convenio de Ginebra.

Y, de otra parte, porque el umbral de gravedad seleccionado parece ir más allá de lo que cabe entender incluido en un concepto pensado, según ACNUR, para infracciones castigadas con penas de muerte o con penas muy graves, y que exige una adecuada valoración tanto de las circunstancias del delito en cuestión como de la persecución padecida⁴⁶. Y ello por mucho que el citado umbral de gravedad se haya acabado elevando respecto de lo previsto en el proyecto para incorporar, en líneas generales, los

⁴³ Se trata, de conformidad con el artículo 14.6 de la directiva, de los derechos reconocidos en los artículos 3 (prohibición de discriminación), 4 (libertad religiosa), 16 (acceso a los tribunales), 22 (educación), y 31 (prohibición de imposición de sanciones penales por entrada o presencia ilegales en el territorio). El tenor literal de la directiva incluye también una referencia a los artículos 32 y 33 de la Convención de Ginebra, lo que puede hacer pensar que, frente a lo que permiten los citados preceptos, la directiva prohíbe excepcionar por razones de seguridad nacional el principio de no devolución.

⁴⁴ El artículo 8.2.b del proyecto de ley calificaba como delitos graves los castigados en España con penas privativas de libertad de un mínimo de tan solo 12 meses.

⁴⁵ Sobre el particular, G. GILBERT, "Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses", en E. Feller, V. Turk y F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 437 y ss.

⁴⁶ *Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de refugiado*, Apdo. 155.

delitos castigados en España con una pena privativa de libertad superior a cinco años⁴⁷ y que atenten contra determinados bienes jurídicos protegidos –vida, libertad, indemnidad o libertad sexual o patrimonio- realizados con violencia o intimidación sobre las personas o fuerza en las cosas, así como en los casos de delincuencia organizada.

La reproducción en el artículo 11 de la ley, por último, respecto de la condición de beneficiario de protección subsidiaria, de las causas de exclusión previstas para la condición de refugiado, con el añadido no contemplado para éste de los supuestos en los que el interesado puede ser considerado un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público, no merece más comentario que el cuestionamiento que puede representar respecto de la voluntad del legislador de equiparar ambas figuras. Es algo que parece encajar sin problemas en la regulación de la directiva (art. 17.1.d), sin que, a diferencia de lo que ocurre con los refugiados, inexistentes normas internacionales sobre el estatuto de protección subsidiaria impidan su exclusión en estos casos. Hay sin embargo un aspecto de importancia que no aparece contemplado en la ley y que conviene no perder de vista. Se trata de las diferentes consecuencias que, según el Derecho internacional, puede asociar un Estado a la constatación de que un individuo constituye una amenaza para su seguridad u orden público según que reúna los requisitos para ser reconocido como refugiado o para obtener el estatuto de protección subsidiaria. En el primer caso, el propio Convenio de Ginebra, y en particular sus artículos 32 y 33.2 posibilitan un ejercicio de ponderación que puede llegar a justificar, cuando la amenaza a la seguridad nacional es muy acusada, la devolución al país de origen a un refugiado⁴⁸. En el segundo, en cambio, la devolución al país de origen debe entenderse radicalmente descartada, como mínimo, en los casos en que exista un riesgo real de que el afectado sea sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes, toda vez que el carácter absoluto de la prohibición de la tortura se proyecta igualmente sobre la prohibición de devolución en esos supuestos⁴⁹. Tales individuos, expulsados fuera del ámbito de aplicación de la directiva (preámbulo, apartado 9º) en lo que ha sido calificado como una suerte de limbo jurídico⁵⁰, quedan así relegados en nuestro país a una situación incierta que, muy probablemente, obligaría a utilizar el expediente de la autorización de estancia o residencia por razones humanitarias (art. 37.b de la ley).

⁴⁷ El artículo 13 del Código Penal califica como delitos graves, los castigados con penas graves, las cuales aparecen enumeradas en el apartado 2º del artículo 33, incluyendo entre ellas, la prisión superior a cinco años.

⁴⁸ No deja de ser una incógnita, sin embargo, si la directiva permite en esos casos la devolución de un refugiado, toda vez que el artículo 14.6, con la condición de que se encuentre en el Estado miembro, menciona entre los derechos de los que seguirá disfrutando la persona a la que se haya revocado el estatuto de refugiado por motivos de seguridad los contemplados, entre otros, en los artículos 32 y 33 de la Convención de Ginebra.

⁴⁹ Respecto de la doctrina del TEDH, del CAT y del Comité de Derechos Humanos sobre el particular, puede verse mi trabajo “Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura”, *REDI*, vol. 60 (2008), pp. 20 y ss.

⁵⁰ J. McADAM, “The European...”, cit., p. 494.

III. SOBRE LA FORMA: ¿CÓMO DETERMINAR QUIÉN TIENE DERECHO A PROTECCIÓN? PROCEDIMIENTOS PARA LA CONCESIÓN DEL DERECHO DE ASILO Y DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA.

No parece necesario insistir demasiado en la obviedad: los de asilo, en sentido amplio, son procedimientos administrativos harto peculiares. Y lo son aparte de por otras cosas porque, sin perjuicio de que en otros procedimientos administrativos también pueden estar en juego derechos fundamentales –decisiones de autorización de manifestaciones, expedientes de expropiación, reclamaciones por deficiencias en la atención sanitaria o en materia educativa...-, detrás de una solicitud de protección internacional pueden estar en juego derechos absolutos e inderogables. No es un mero recurso hiperbólico afirmar que tras una solicitud de protección puede haber una cuestión de vida o muerte. Y no debe olvidarse que, por más que los derechos internos, incluyendo el nuestro, no hayan extraído de ello las oportunas consecuencias, el derecho a solicitar asilo en caso de persecución es un derecho humano proclamado como tal en el más relevante e influyente de los instrumentos internacionales en la materia.

Sin duda, los Estados de recepción están en su perfecto derecho de preservar sus privilegiados sistemas de bienestar en una época caracterizada por la intensificación de los flujos migratorios derivados de la miseria. Como también lo están de adoptar las medidas oportunas para combatir las amenazas a su seguridad impidiendo el acceso a o la estancia en su territorio de quienes son un peligro para su orden público. Pero tanto en un caso como en otro, sus prerrogativas encuentran límites en los compromisos internacionalmente asumidos y, de manera muy particular, los que derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Refugiados. Unos compromisos que, para no quedar convertidos en letra muerta, deben encontrar adecuados cauces procedimentales de realización. En particular, el derecho a solicitar asilo y el conjunto de garantías que derivan del principio de no devolución imponen a los Estados la obligación de garantizar procedimientos justos, equitativos y eficaces para resolver las peticiones de protección. En suma, el legítimo deseo de resolver expeditamente las solicitudes “fraudulentas”, inspiradas preferentemente en motivaciones económicas, o de impedir que el asilo ampare a quien no lo merece o a quien pretende emplearlo para atentar contra la seguridad de quien lo acoge, no puede afectar al no menos legítimo derecho de protección de quien realmente lo necesita.

Contrastada con esos parámetros, la regulación que de los aspectos procedimentales incluye el nuevo texto legislativo contiene aspectos claramente positivos, que mejoran notablemente la situación preexistente, junto a otros que mantienen elementos claramente mejorables o que, incluso, implican un inequívoco paso atrás. Comenzando por lo positivo, en tres aspectos cabe apreciar un claro avance.

1. Unificación de procedimientos para el examen de las solicitudes de asilo y protección subsidiaria

En primer lugar, en el marco del ya comentado espíritu de otorgar un tratamiento uniforme a las dos modalidades de protección internacional contempladas, y tal y como

se proclama en su exposición de motivos, la nueva ley establece un mismo y único procedimiento para el examen de las solicitudes, ya sean de asilo o de protección subsidiaria. Se supera con ello la situación generada por la ley de 1984, lastrada durante sus diez años de vigencia por prácticas dilatorias derivadas del ineficaz diseño de un sistema dual de procedimientos sucesivos de refugio, primero, y asilo después. Y se deja atrás, también, el modelo hasta ahora vigente, en el que la discrecionalidad con la que aparece configurada la autorización de residencia por razones humanitarias impide que pueda hablarse, en puridad, de la existencia de un procedimiento de examen de las necesidades de protección más allá de las derivadas de la condición de refugiado⁵¹.

La unificación procedimental debe permitir un más rápido y eficaz examen de las solicitudes de protección, al no postergar a la inadmisión o desestimación de la solicitud de asilo el examen de la necesidad de protección desde la óptica de la protección subsidiaria. Lo que no es óbice para recordar la conveniencia de que el derecho de protección subsidiaria se reserve a aquellos individuos necesitados de protección por razones distintas de las que determinan la condición de refugiado⁵². Siendo el de refugiado un estatuto dotado de un mayor y más desarrollado reconocimiento en normas internacionales, oponibles como tales a terceros Estados que pueden no considerar oportuno dotar de un régimen propio a quienes no pueden ser devueltos por razones de derechos humanos, su reconocimiento otorga al interesado un plus en el exterior del que no hay por qué privarlo.

Por lo demás, la extensión a la protección subsidiaria del procedimiento de asilo constituye un innegable avance al que, además, España no estaba obligada en virtud del Derecho de la Unión, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre con la directiva de reconocimiento, lamentablemente la de procedimientos únicamente resulta aplicable al estatuto de refugiado (arts. 1 y 2). La plena y completa extensión al procedimiento de protección subsidiaria de las garantías propias del procedimiento de asilo puede ser entendida, así, como la meritoria apuesta por parte de nuestro país de cara al futuro desarrollo de un procedimiento común de protección en el ámbito de la Unión.

⁵¹ No obstante, en virtud de la reforma del Reglamento de la ley de asilo realizada por el RD 2393/2004, su art. 31 establecía una conexión casi automática entre el procedimiento de asilo y el procedimiento de autorización de residencia por circunstancias excepcionales previsto en la legislación de extranjería (arts. 31.3 LO 4/2000 y 45), para aquellos supuestos en los que la existencia de un riesgo grave de violación de la integridad o la vida del interesado o la concurrencia de otras circunstancias humanitarias en caso de devolución fueran constatadas en el propio expediente de asilo. En tales casos, a propuesta de la CIAR y previa solicitud del interesado en el plazo de un mes tras la resolución desestimatoria de su solicitud de asilo, el Ministro del Interior podía –*de facto* venía concediendo- autorización de residencia temporal por razones humanitarias.

⁵² Tanto ACNUR como la Comisión Europea recomiendan un sistema jerarquizado de determinación de las solicitudes de protección, de tal forma que la primera determinación sea siempre hecha en relación con el estatuto de refugiado de la Convención de 1951 y sólo si el solicitante no es considerado como refugiado, los criterios de protección complementaria o subsidiaria sean analizados. ACNUR, *Comentarios...*, cit., Introducción, apdo. 4.5, p. 2.

2. Derechos y garantías: la asistencia jurídica

El segundo aspecto en el que en líneas generales es detectable un significativo avance es en el relativo al alcance de las garantías que deben ser respetadas a lo largo del procedimiento. La precisión, por ejemplo, según la cual la información al interesado ha de hacerse “en una lengua que pueda comprender” (art. 17.3) y no en una lengua “que sea razonable suponer que comprenda”, como se limita a exigir la directiva (art. 10.1.a) es una precisión conveniente que puede tener su utilidad en contextos en los que la presión sobre los procedimientos de asilo derivada del elevado número de solicitudes no se ve acompañada de la dotación a las instituciones oportunas de los medios necesarios para su adecuada tramitación. Igualmente, la regla según la cual es la “solicitud de protección” la que da lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para la tramitación (art. 19.5), y no “la presentación de la solicitud” como decía el proyecto, da pie a una interpretación de la misma en la línea defendida por el Defensor del Pueblo, que no haga recaer sobre el interesado las consecuencias desfavorables de los retrasos en la formulación de la solicitud imputables a la administración⁵³.

Por su parte, la opción por continuar la práctica desarrollada hasta la fecha, consistente en que la formalización de la solicitud se verifique mediante la realización de una entrevista personal, se ve acompañada en la ley de una más que saludable precisión orientada a subrayar la finalidad de la misma y la consiguiente actitud que ha de guiar a los correspondientes funcionarios de la Oficina de Asilo y Refugio (OAR): ayudar a los solicitantes a cumplimentar la solicitud y colaborar con ellos para establecer los hechos relevantes (art. 17.6). Siendo ésa su finalidad básica, y puesto que la audiencia personal es una garantía instrumental básica de cara a asegurar un adecuado examen de las cuestiones de fondo de la solicitud⁵⁴, es inevitable concluir que por más que la directiva lo autorice⁵⁵, la eventual negativa a celebrar una nueva audiencia no sólo habrá de ser motivada, tal y como exige la ley, sino que habrá de fundarse en su innecesariedad para garantizar un examen equitativo de la solicitud (art. 17.8). Eso sí, aún cuando las condiciones exigidas en la directiva sobre la celebración de la audiencia personal puedan deducirse de lo establecido en diversos preceptos de la ley (confidencialidad: arts. 16.4 y 26; competencia del personal que la celebre: D.A. 3ª; derecho a intérprete: 16.2; realización de forma individual), no habría estado de más haber consagrado a la misma un precepto acorde con la relevancia que representa como garantía procedimental.

⁵³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, Madrid, 2005, pp. 219 y ss.

⁵⁴ Tal y como se afirma en el citado informe del Defensor del Pueblo, “en muchos casos, la decisión sobre un caso penderá de un elemento en extremo subjetivo, como es la credibilidad, y difícilmente puede formarse un juicio a este respecto si el análisis del caso se hace únicamente sobre la base de los documentos que van conformando el expediente”, *Idem*, p. 238.

⁵⁵ De conformidad con el art. 12.1.b de la directiva de procedimientos, cabe prescindir de la audiencia personal cuando la autoridad competente ya se haya reunido con el solicitante con el fin de ayudarlo a rellenar su solicitud y de facilitarle la información básica en relación con la solicitud.

Con ser relevantes las anteriores garantías, sin embargo, por las enormes deficiencias detectadas en la práctica desarrollada al amparo de la legislación anterior⁵⁶, quizá sean las mejoras que parecen poder detectarse respecto del derecho de asistencia jurídica las que merezcan una mejor acogida. Éstas son básicamente de dos tipos. La primera tiene que ver con la precisión según la cual la asistencia jurídica “se extenderá a la formalización de la solicitud y a toda la tramitación del procedimiento” (art. 16.2.1º). Es cierto que una expresión equivalente aparecía también, si no en la anterior ley, que se contentaba con proclamar el derecho a asistencia letrada “en todo caso” (art. 4.1), sí en el reglamento de aplicación (art. 8.4). Sin embargo, precisamente como consecuencia de la insistencia sobre el tema de alguna de las ONG’s más representativas en la materia⁵⁷, su formulación se encuentra ahora en el propio texto legal y, más concretamente, en un precepto rubricado “derecho a solicitar protección internacional” y, sobre todo, en el capítulo en el que se trata “de la presentación de la solicitud”. La anterior precisión debería poner fin de una vez por todas a esa idea, presente entre los sectores de la Administración implicados en la instrucción de las solicitudes de asilo, según la cual la asistencia letrada no es necesaria en la fase inicial y, más específicamente, antes de la entrevista personal, sino que se orientaría más bien a la fase posterior⁵⁸. Tratándose, en la práctica, de una etapa fundamental y decisiva desde el punto de vista de las expectativas de viabilidad de la solicitud, la asistencia letrada en esa fase es esencial.

Más relevante aún es la previsión según la cual la asistencia jurídica tendrá carácter preceptivo en el marco del procedimiento fronterizo (art. 16.2.2º). La especial vulnerabilidad en la que se encuentran a menudo los solicitantes recién llegados a un puesto fronterizo, la situación de privación de libertad a la que quedan sometidos como consecuencia de la prohibición de acceso al territorio español⁵⁹, y la extraordinaria celeridad con la que ha de procederse a su tramitación, convierten la asistencia jurídica en este tipo de supuestos en especialmente necesaria. Si se tiene en consideración,

⁵⁶ En el reiteradamente citado informe del DEFENSOR DEL PUEBLO se revelaban innumerables lagunas e irregularidades en la prestación de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo, extensivas a la práctica totalidad del procedimiento. Tales deficiencias derivan entre otros factores de los siguientes: dificultades de acceso de los abogados a los centros de internamiento de extranjeros así como a las dependencias fronterizas; inercias administrativas que obstaculizan la asistencia jurídica preliminar, es decir, antes de la formalización de la solicitud; discontinuidad de la asistencia jurídica por parte de los abogados que asisten a los solicitantes en las primeras fases, como consecuencia de la centralización en Madrid de la tramitación de los expedientes y el consiguiente monopolio de asistencia ante los tribunales a los abogados colegiados en Madrid; ausencia de previsión de intérpretes para asegurar la comunicación entre abogado y solicitante; dificultades de acceso al expediente por parte de los abogados; falta de especialización por parte de los abogados de oficio, especialmente fuera de Madrid; o disfunciones en el sistema dual de asistencia ONG’s-Colegios, derivada de la preferencia otorgada a estos últimos.

⁵⁷ CEAR, “Propuestas de CEAR ante el proyecto de una nueva ley de asilo. Una nueva ley para un derecho en crisis”, en *Informe 2009, cit.*, pp. 274-275.

⁵⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe...*, *cit.*, pp. 255- 256 y 251.

⁵⁹ En la STC 53/2002, por la que se resolvía el recurso de inconstitucionalidad presentado ¡diez años antes! por el Defensor del Pueblo contra los aspectos de la ley 9/1994 relacionados con este tema, el máximo intérprete de nuestra Constitución concluyó que la retención en el puesto fronterizo de los solicitantes de asilo en tanto se resuelve sobre la admisión de su petición constituye una privación de libertad sometida al art. 17 de la Constitución, si bien no le es aplicable el límite de 72 horas previsto para las privaciones de libertad de carácter penal en ese mismo precepto constitucional, siendo suficiente con que sea cierta, con límites temporales claramente definidos, y proporcionada.

además, que el procedimiento fronterizo resulta también aplicable a efectos de admisión respecto de las solicitudes presentadas en los Centros de Internamiento de Extranjeros, o a un grupo de solicitantes especialmente vulnerable, como es el caso de los polizones, cuya privación de libertad derivada de la prohibición de desembarque se produce en el propio buque en condiciones a menudo deplorables⁶⁰, la nueva norma resulta mucho mejor bienvenida.

Y lo propio cabe decir, por último, respecto de la previsión del art. 19.4 de la nueva ley que, al proclamar el derecho del solicitante a entrevistarse con el abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamientos de extranjeros, debería poner fin a las restricciones injustificadas que se han denunciado en lo que se refiere al acceso de los asesores jurídicos a tales dependencias⁶¹.

3. La ejecución de las resoluciones denegatorias o de inadmisión en caso de impugnación judicial

Un último aspecto a reseñar en el que la nueva ley representa una cierta mejora respecto de la situación actual tiene que ver con la suspensión de los efectos de las resoluciones de inadmisión o desestimatorias en caso de impugnación judicial. Al igual que ocurría hasta ahora, la principal consecuencia vinculada a tales resoluciones es la salida del territorio español, sea mediante retorno, devolución, salida obligatoria o expulsión o traslado del interesado⁶². Bajo la anterior regulación y con carácter general, el recurso contencioso-administrativo contra la citada resolución carecía de efecto suspensivo, de modo que desde el mismo momento de su notificación al interesado, éste podía ser devuelto o expulsado. La única excepción venía representada por aquellos supuestos en los que la resolución de inadmisión se hubiera dictado en el marco de un procedimiento fronterizo en el que, además, ACNUR hubiera manifestado en su informe una posición favorable a la admisión. En tales casos, previa solicitud del interesado, el acto administrativo decretando la devolución, expulsión o traslado quedaba suspendido⁶³.

Pese a que desde algún sector ha sido equivocadamente interpretada como un debilitamiento de la posición de ACNUR, la nueva regulación implica una no desdeñable mejora respecto de la situación anterior, no exigida además por la normativa comunitaria⁶⁴. Y ello pese a que la regla general sigue siendo el carácter no suspensivo de las resoluciones en materia de protección internacional. La suspensión, en efecto, ha de solicitarse expresamente en caso de interposición de recurso contencioso-administrativo por más que, eso sí, su tramitación se beneficie de su consideración de especial urgencia a los efectos previstos en la legislación sobre la jurisdicción

⁶⁰ Sobre la especial problemática que plantean los polizones, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe...*, cit., pp. 271 y ss.; y CEAR, *Informe 2009*, pp. 48 y ss.

⁶¹ Una vez más, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe...*, pp. 262-263, y 265-267.

⁶² Véanse los arts. 37 y 17 de la nueva y de la anterior ley, respectivamente.

⁶³ Arts. 21.2 de la anterior ley, y 39.2 del Reglamento.

⁶⁴ En el preámbulo de la directiva sobre procedimientos, si bien se recuerda que el derecho de revisión judicial de las decisiones relativas a las solicitudes de asilo y a la retirada del estatuto de refugiado refleja un principio de Derecho comunitario fundamental, la eficacia del recurso depende de cada ordenamiento jurídico nacional. Véase el apartado 27 de la exposición de motivos y el art. 39.3 de la directiva 2005/85.

contencioso administrativa (art. 29.2). Ahora bien, el efecto suspensivo sí que se asocia a su solicitud: de acuerdo con el art. 22, cuando se solicite la adopción de las medidas previstas en el precepto antes citado, la persona solicitante de asilo permanecerá en las dependencias habilitadas a tal efecto. Si se tiene en cuenta que la asistencia letrada es preceptiva y que, en esas condiciones, es impensable que no se solicite la suspensión de la resolución, el efecto de la reforma es, a efectos prácticos, atribuir carácter suspensivo al recurso hasta que la autoridad judicial se pronuncie sobre la citada solicitud. Si recordamos que algo parecido es lo que, en toda lógica, venía reclamando ACNUR⁶⁵, no parece que el que se le haya privado de una función específica en la suspensión de las resoluciones de inadmisión o denegación sea algo que deba echarse de menos.

4. Supresión de la posibilidad de solicitar asilo en el exterior

En el lado opuesto de la balanza, y por lo que se refiere a la configuración de los procedimientos, la nueva ley presenta dos tipos de problemas, que en modo alguno parecen de índole menor o accesorio. El primero de ellos representa a todas luces un claro retroceso respecto de la situación hasta ahora vigente en nuestro país, y hace referencia a la supresión de la posibilidad de solicitar protección en las embajadas y oficinas consulares de España en el exterior. La anterior normativa española, en efecto, contemplaba las misiones diplomáticas y oficinas consulares como uno de los lugares de presentación de las solicitudes de asilo (art. 4.1. RD 203/1995), disponiéndose su transmisión a la OAR a través del Ministerio de Asuntos Exteriores (arts. 4.4. de la ley y 6.2 RD 203/1995). La concesión de asilo en tales casos aparecía configurada como circunstancia determinante de la expedición de visado o autorización de entrada en España (art. 30.3 RD), sin perjuicio de que con anterioridad a la conclusión de la tramitación del expediente, la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) a propuesta de la OAR, podía autorizar el traslado a España del solicitante cuando el mismo se encontrase en situación de riesgo (art. 16 RD).

La citada regulación suponía un paliativo, ciertamente limitado, frente a una realidad que, se quiera o no, representa una muy seria amenaza para el derecho humano a solicitar asilo. En el marco en efecto de la denominada “Europa-fortaleza”, el endurecimiento de las políticas de control de fronteras hace cada vez más difícil que un extranjero, por muy fundados que sean sus temores a sufrir persecución, tortura o atentados contra su vida en su país de origen, alcance suelo europeo, en general, y español en particular. No se olvide, por ejemplo, que España ha levantado altos e intrincados muros fronterizos, fomenta y subvenciona el fortalecimiento de los controles sobre la salida de personas por mar en terceros Estados, contribuye a la creación en ellos de centros de detención, o prevé la sanción a las compañías de transporte que, sin la imposible documentación en regla, traiga a suelo europeo a un solicitante de asilo

⁶⁵ Concretamente, la representación en España de la organización ginebrina sostenía que “dada la gravedad de las potenciales consecuencias de una decisión errónea en primera instancia, la permanencia del recurrente en el territorio debería permitirse como regla general, admitiéndose excepciones a este principio fundamental en casos expresamente definidos para casos de comportamientos abusivos o manifiestamente infundados”. ACNUR, Comentarios..., cit., pp. 42-43.

cuya solicitud no acabe siendo admitida a trámite, cosa que sólo ocurre en menos de uno de cada dos casos⁶⁶.

Es cierto que, acogiéndose a una interpretación sin duda restrictiva de la noción de refugiado recogida en el artículo 1 de la Convención de Ginebra, la posibilidad de presentar la solicitud en el exterior se limitaba a las embajadas y consulados radicados fuera del país de la nacionalidad o residencia del interesado, lo que dejaba fuera de su alcance el supuesto más habitual en que el afectado está perseguido o amenazado en su propio país, del que además no ha llegado a salir. De hecho, los datos estadísticos demuestran que, con la salvedad del año 2007⁶⁷, la presentación de solicitudes en el exterior apenas ha venido representando aproximadamente un minúsculo 2% del total de solicitudes presentadas en España. Pero al menos, la regulación aseguraba una innegable coherencia formal, garantizando el derecho a solicitar asilo en España a quien, mostrándose disciplinado con el mensaje más característico de nuestras políticas de inmigración, no tratase de acceder irregularmente a territorio español solicitando el visado en origen.

Bajo el cobijo de una directiva que, lisa y llanamente, ignora un problema que deriva de la propia política europea de inmigración, dejando fuera de su ámbito de aplicación los casos de asilo diplomático o territorial presentados en las representaciones de los Estados miembros (art. 3.2)⁶⁸, la nueva ley excluye la posibilidad de solicitar asilo en el exterior. Todo lo más, como consecuencia de la presión de algunas de las ONG's más representativas en la materia⁶⁹, finalmente se incluyó durante su tramitación en el Congreso de los Diputados un precepto, el artículo 38, que contempla la posibilidad de que, en estos casos, y siempre y cuando corra peligro su integridad física, los Embajadores de nuestro país promuevan el traslado a España “del o de los solicitantes de asilo” (*sic*) “para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”. Si no hay riesgo para la integridad física del interesado, si éste no puede sortear los obstáculos físicos que acostumbran a dificultar el acceso a nuestras embajadas y consulados en lugares “calientes” o si, en última instancia, los embajadores no estiman oportuno ejercer en un sentido *pro homine* una competencia que no parece que esté configurada con un carácter excesivamente reglado, la única posibilidad de solicitar asilo en España es, llanamente, jugándose para tratar

⁶⁶ Sobre esto último puede verse con mayor detalle, E. ORIHUELA CALATAYUD, “El derecho a solicitar asilo. Un derecho en fase Terminal por las violaciones del Derecho internacional”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Vol. 9 (2003), pp. 81 y ss.

⁶⁷ En ese año, superando con creces las alrededor de trescientas solicitudes presentadas anualmente en el exterior, la cifra se disparó hasta alrededor de 1.500 como consecuencia de la masiva presentación de solicitudes por ciudadanos iraquíes en la embajada española en Egipto. Tales solicitudes fueron inadmitidas a trámite por estimar la OAR que los interesados gozaban de suficiente protección en Egipto. Véase, sobre estos temas, P. BÁRCENA GARCÍA, “25 años de la ley de asilo de 1984, un balance necesario”, en CEAR, *Informe 2009*, pp. 238-239.

⁶⁸ Omisión transitoria, quizá, a la espera de la puesta en práctica de soluciones “imaginativas” como la planteada en 2003 por Reino Unido, consistentes en crear Centros especiales de retención de los solicitantes de asilo fuera de la UE.

⁶⁹ CEAR, Manifiesto en defensa del Derecho de asilo, diciembre de 2008, apdo. 2.

de llegar “ilegalmente” a nuestro país. ¡Una curiosa forma de combatir el tan traído y llevado efecto llamada!

5. Pluralidad de procedimientos: ¿un examen siempre justo y eficiente?

El segundo tipo de problemas hace referencia a la pluralidad y complejidad de procedimientos previstos para la tramitación de las solicitudes de protección. De acuerdo con el nuevo texto legal, la tramitación más pausada y completa la recibirán aquellas solicitudes que sean capaces de alcanzar el denominado *procedimiento ordinario*, regulado en apenas tres párrafos en el artículo 24. Además de la mención de la posibilidad de nuevas audiencias personales, sus rasgos más sobresalientes son, de una parte, la intervención de la CIAR, órgano colegiado creado por la ley de 1984 que añade a su composición un representante del departamento de Igualdad⁷⁰, como instancia para pronunciarse sobre el fondo de la solicitud y formular la oportuna propuesta de resolución al Ministro del Interior. Y, de otra, la previsión de un plazo de seis meses para adoptar la resolución⁷¹, transcurrido el cual sin que haya recaído resolución, por silencio administrativo negativo la solicitud puede entenderse desestimada. Pese a su denominación, sin embargo, puede afirmarse con absoluta seguridad que no será éste el procedimiento a través del cual se tramitarán ordinariamente la mayoría de las solicitudes. Por el contrario, de mantenerse la tónica de la actual ley, bajo cuya regulación menos de la mitad de las solicitudes llegan al procedimiento ordinario⁷², un porcentaje en absoluto desdeñable de las mismas acabará obteniendo una respuesta negativa a través de alguno de los otros tres procedimientos previstos en la ley.

Dos de ellos, más que procedimientos autónomos, se configuran como etapas de necesaria superación que operan a modo de filtro para que las solicitudes puedan ser plenamente examinadas en cuanto al fondo. Se trata de versiones ligeramente remozadas del procedimiento de admisión a trámite, de una parte, y del procedimiento fronterizo, de otro, introducidos ambos en la ley anterior con ocasión de la reforma de 1994, y que muy fundadamente han sido señalados por M. FULLERTON, en una ácida crítica a los sistemas ibéricos de asilo, como responsables del reducido número de solicitudes de protección que, comparado con los países de nuestro entorno, se presentan en España⁷³.

El procedimiento de *admisión a trámite* resulta aplicable, según se desprende de la rúbrica del artículo 20, al examen inicial de las solicitudes presentadas dentro del territorio español, si bien de ellas quedan excluidas, por la razón que después se dirá y

⁷⁰ De conformidad con el art. 23.2, la CIAR estará compuesta por un representante de cada uno de los departamentos con competencia en materia de política exterior e interior, justicia, inmigración, acogida de los solicitantes de asilo e igualdad. El art. 35.1 mantiene, por su parte, la participación en sus reuniones del representante en España de ACNUR.

⁷¹ En los términos del art. 19.7 de la ley, los plazos en ella establecidos son siempre susceptibles de ser ampliados de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49 de la Ley 30/1992 hasta un máximo del 50%.

⁷² Véase el apéndice estadístico de CEAR, *Informe 2009*, p. 345.

⁷³ M. FULLERTON, “Inadmissible in Iberia: The Fate of Asylum Seekers in Spain and Portugal”, *Int'l J. Refugee L.*, vol. 17 (2005), pp. 659 y ss.

de conformidad con lo previsto en el art. 25.2, las que sean presentadas por una persona privada de libertad en un Centro de Internamiento de Extranjeros. Respecto de su tramitación, el precepto que lo regula no da más pista que la celeridad con la que ha de resolverse, al señalar un plazo de un mes desde la presentación de la solicitud para que la administración dicte la oportuna resolución, transcurrido el cual la solicitud se estima admitida a trámite con la consiguiente prolongación del derecho de permanencia provisional en España del interesado hasta que se dicte la resolución definitiva (art. 20.2). Toda la tramitación, eso sí, parece reservarse como es ahora el caso, a la OAR, cuya propuesta de resolución se basará presumiblemente en la información inicial aportada por el solicitante y la obtenida a raíz de la entrevista personal, siendo difícil que la celeridad requerida permita la celebración de nuevas audiencias.

Un repaso a los motivos de inadmisión a trámite previstos en la nueva ley permitiría *a priori* vislumbrar en ella la apuesta por un modelo más garantista en comparación con el anteriormente vigente. De los motivos enumerados en el artículo 20 de la ley se caen en efecto, por imperativo de la directiva comunitaria en materia de procedimientos⁷⁴, todos los que aparecían en la anterior relacionados con la apreciación de cuestiones de fondo, es decir, vinculadas con el carácter manifiestamente infundado de la solicitud, o de las circunstancias de exclusión y excepciones a la no devolución⁷⁵. Con esa salvedad, y con el ya señalado añadido derivado de la cuestionable exclusión del derecho de asilo a ciudadanos europeos (apdo. f), las causas de inadmisión reproducen, adaptándolas a los desarrollos derivados de la evolución de la política europea de asilo, los restantes motivos que ya contemplaba nuestra legislación. Así, el motivo relacionado con la asignación de la responsabilidad para el examen de la solicitud a otro Estado, se adapta en su redacción para hacer referencia al Reglamento de Dublín (apdo. a), lo que no obsta para que se mantenga, con una redacción idéntica a la de la legislación anterior, una referencia a eventuales Convenios Internacionales que pueda celebrar España sobre la materia (apdo. b)⁷⁶. La inadmisión, en aplicación de la regla *non bis in idem*, de solicitudes posteriores a otras anteriores ya denegadas, queda condicionada a que no hayan surgido cambios relevantes, no sólo en el país de origen, como se limitaba a contemplar la anterior legislación, sino también en las condiciones particulares del interesado, en lógica coherencia con el reconocimiento expreso en el artículo 15 de la denominada persecución “in situ” (apdo. e).

⁷⁴ Véase el art. 25 de la directiva 2005/85, el cual limita básicamente los motivos de inadmisión a circunstancias relacionadas con la asignación de responsabilidad para el examen de la solicitud a otro Estado, incluyendo la noción de tercer país seguro, el otorgamiento previo de protección en otro Estado, incluyendo la noción de primer país de asilo, o la reiteración de una solicitud previa.

⁷⁵ Véanse los subapartados a, b y d del art. 5.6 de la ley 5/1984. Si el primero hace referencia a las circunstancias de exclusión, los otros dos se referían a la falta de alegación de circunstancias determinantes del reconocimiento como refugiado, y a la invocación de hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles u obsoletos.

⁷⁶ La referencia a otros convenios no deja de ser cuestionable por tres razones: en primer lugar, porque hasta la fecha no existe ninguno de esos convenios; en segundo lugar, porque en pleno proceso de construcción de un Sistema Europea Común de Asilo, parece razonable pensar que la competencia al respecto correspondería a la UE, lo cual además encaja en la definición de las competencias de la Unión en ese ámbito que hace el art. 216.1 TFUE; y, en tercer lugar y sobre todo, porque este tipo de reglas de distribución de responsabilidad debería asentarse en un principio de reconocimiento mutuo articulado a partir de una cierta armonización previa de los sistemas nacionales de asilo implicados.

Los otros dos motivos, relacionados con las nociones de “primer país de asilo” y “Estado tercero seguro” (apdos. c y d), son objeto de un desarrollo sensiblemente mayor que en la anterior ley, y ello con la inequívoca finalidad de adaptar su redacción a los requisitos a los que se supedita su aplicación en los artículos 26 y 27 de la directiva de procedimientos, a los que incluso se hace remisión de manera expresa. Sin entrar en detalles sobre el mayor o menor acierto a la hora de reflejar los citados requisitos en la ley⁷⁷, hay dos cosas sobre los citados motivos que deberían quedar claras. De una parte, que la simple concesión de protección en un tercer Estado o el mero tránsito por él son circunstancias que no autorizan por sí solas la inadmisión de la solicitud, especialmente si ese tercer Estado no ofrece garantías efectivas en materia de derechos humanos y de protección de los refugiados. Y de otra, que las nociones de primer país de asilo y de tercer Estado seguro no excluyen el derecho a un examen individual, objetivo e imparcial de la solicitud configurado como una garantía esencial en la directiva de procedimientos (art. 8.2.a). De donde, si se tiene en cuenta la celeridad de este tipo de procedimientos, habría que extraer una consecuencia inevitable: la invocación razonada de circunstancias plausibles que cuestionen el respeto de aquellas garantías en el tercer país debería ser motivo suficiente para que la solicitud fuera admitida a trámite y examinada con mayor sosiego en el marco del procedimiento ordinario⁷⁸.

Consideraciones similares, aunque con mayor rotundidad, cabe hacer respecto del denominado *procedimiento fronterizo*, toda vez que en él se da la sorprendente paradoja de que los motivos de rechazo de la solicitud se incrementan mientras que la tramitación se acelera. Introducido en 1994 con la intención de impedir el uso del asilo con estrictos fines de inmigración, el procedimiento fronterizo aspira a asegurar un rechazo rápido de las solicitudes “fraudulentas” o manifiestamente infundadas, de tal manera que se reduzca al mínimo indispensable el periodo de privación de libertad que se impone en las dependencias fronterizas al solicitante. Por dos razones, sin embargo, su ámbito de aplicación no se limita a los supuestos en los que, como reza el art. 21.1 de la nueva ley, “una persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo”.

⁷⁷ Hay que recordar, por ejemplo, que para aplicar la noción de primer país de asilo, no basta con que el Estado en cuestión garantice de modo efectivo el principio de no devolución “con arreglo a la Convención de Ginebra”, pues del DIDH también derivan exigencias de no devolución, como por lo demás se reconoce en la propia configuración del estatuto de protección subsidiaria y en el tenor del apartado d) relativo a la noción de “tercer país seguro”. Asimismo, el hecho de que hasta el último momento no se introdujera en este último apartado la exigencia de vinculación con el tercer país, determina un error de redacción como consecuencia del cual dicha relación aparece al propio tiempo como un requisito obligatorio (“siempre que ... existan vínculos por los cuales sería razonable que el solicitante fuera a ese país”) y una condición de aplicación discrecional (“También podrá requerirse la existencia de una relación entre el solicitante de asilo y el tercer país de que se trate”).

⁷⁸ Y ello porque una solicitud de este tipo no encajaría dentro de aquéllas para las que resultan admisibles los procedimientos acelerados y/o abreviados. No se olvide que, según el Comité Ejecutivo de ACNUR, tales solicitudes serían “those which are clearly fraudulent or not relate to the criteria for the granting of refugee status laid down in the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees nor to any other criteria justifying the granting of asylum”. UNHCR, *The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum*, 20 October 1983, No. 30 (XXXIV) – 1983. Par. D.

De una parte, porque como antes se avanzó, por razones vinculadas a la conveniencia de resolver con celeridad lo que no deja de ser un obstáculo para la expulsión de un extranjero privado de libertad, el procedimiento fronterizo resulta también aplicable cuando la solicitud de asilo es presentada por quienes están internados en Centros de Internamiento de Extranjeros (art. 25.2). De otra, porque es más que presumible que, como ha venido aconteciendo hasta ahora, este procedimiento se siga aplicando a los polizones extranjeros embarcados en buques que atracan en puertos españoles y que soliciten protección internacional, haciendo las veces el propio buque de dependencia fronteriza de permanencia del solicitante hasta tanto se procede a su sustanciación. Es de lamentar que, reconocida oficialmente no sólo la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los polizones⁷⁹, sino también la necesidad de resolver los problemas denunciados en su momento por el Defensor del Pueblo, no se haya aprovechado la ocasión para asegurar por vía legal sus garantías de manera más adecuada. Cabe esperar, al menos, que por vía de Real Decreto, el Reglamento de Aplicación de la ley solviente la anomalía que representa que sean simples Instrucciones de direcciones generales diversas del Ministerio del Interior las que regulen tan delicada cuestión⁸⁰.

Aún cuando en alguna fase de la tramitación de la ley se planteó la supresión del reexamen⁸¹, finalmente la regulación que de la estructura del procedimiento fronterizo hace el art. 21 de la nueva ley reproduce *mutatis mutandis* su anterior configuración: resolución en primera instancia en un plazo máximo de cuatro días desde la presentación de la solicitud, con posibilidad de solicitar el reexamen de la resolución de inadmisión o denegación en un plazo de dos días desde su notificación, que a su vez habrá de ser resuelto en un plazo máximo de otros dos días. Sin perjuicio de posibles

⁷⁹ Derivada, entre otros factores, de “la incertidumbre, la imposibilidad de abandonar el buque, el no mantener más contacto con el exterior que el de las autoridades policiales, la procedencia de países de gran inestabilidad política (o) el desconocimiento del idioma y del sistema jurídico que se les aplica al llegar a territorio español”, según rezaba la ya derogada Instrucción de la Dirección General de Política Interior, de 14 de julio de 2005, sobre aspectos procedimentales ligados al posible ejercicio del derecho de asilo por polizones extranjeros.

⁸⁰ La regulación actualmente vigente está representada por las Instrucciones conjuntas de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, de la Dirección General de Política Interior, y de la Dirección General de Inmigración, sobre tratamiento a polizones extranjeros, de fecha 28 de noviembre de 2007. Si bien con ella se trata de solventar algunos de los problemas detectados por el Defensor del Pueblo, disponiendo la asistencia jurídica desde el mismo momento que el polizón manifieste su intención de entrar en España (Instrucción 3ª, apdo. 2º), subsiste la aplicación del procedimiento fronterizo (Instrucción 6ª) y la permanencia del solicitante en el buque mientras se procede a su sustanciación, salvo que, por apreciarse vulneración de la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Subdelegado del Gobierno decreta su desembarco (Instrucción 4ª).

⁸¹ En el proyecto de ley, ese peculiar recurso administrativo no devolutivo que es la petición de reexamen era reemplazado por un recurso de reposición (art. 19.4 y 5). Debido sobre todo a que este último impide revisar las apreciaciones de hecho en las que se basa la resolución impugnada, a petición de ACNUR, durante la tramitación en el Congreso se restableció que el recurso procedente contra las resoluciones dictadas en el marco del procedimiento fronterizo debía seguir siendo el reexamen. Véase, ACNUR, *Comentarios...*, p. 34. Aunque el art. 29.1 de la ley parece admitirlo, resulta absurdo mantener la posibilidad de un recurso de reposición contra la resolución por la que se resuelva la petición de reexamen.

ampliaciones⁸², la idea es que con carácter general en unos ocho días debe quedar resuelta la cuestión de si el solicitante puede entrar en territorio español a la espera de que su solicitud sea objeto de un examen más detenido⁸³ o, por el contrario, puede ser expulsado, devuelto o trasladado.

Sin embargo, lo más preocupante de la regulación del procedimiento fronterizo es que el mismo no aparece configurado como un simple procedimiento de admisión a trámite. En efecto, los ya mencionados motivos determinantes de la inadmisión a trámite resultan igualmente aplicables en el ámbito del procedimiento en frontera. Pero, junto a la inadmisión, este procedimiento puede concluir igualmente mediante una resolución de denegación basada en tres motivos adicionales⁸⁴. Dos de ellos son reconducibles a supuestos de falta manifiesta de fundamento, y se refieren, de una parte, a que la solicitud no plantee cuestiones relacionadas con los requisitos para el reconocimiento del estatuto de refugiado o del derecho de protección subsidiaria; y, de otra, a que las alegaciones invocadas en apoyo de la solicitud sean incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre el país de origen. Es discutible que un simple cambio terminológico, mediante el cual se habla de denegación para aludir a lo que el artículo 5.6 y 7 de la anterior ley calificaba de inadmisión a trámite, baste para hacer compatible la extensión del procedimiento fronterizo a motivos de fondo con una directiva de procedimientos que, si bien es cierto que admite la existencia de procedimientos fronterizos (art. 35), limita estrictamente los motivos de inadmisibilidad excluyendo los anteriores (art. 25). Sea como fuere, en su aplicación debería reclamarse una exquisita prudencia, rechazándose su operatividad como causa de denegación a poco que se plantee la más mínima duda razonable sobre la posible existencia de persecución o de daños graves, o sobre la veracidad de las alegaciones. Desde esta perspectiva, tratándose de los motivos que en mayor medida han venido fundamentando bajo la anterior ley las inadmisiones en frontera, no puede sino deplorarse la práctica denunciada por el Defensor del Pueblo en

⁸² Por la situación de privación de libertad que acompaña a este procedimiento, la posibilidad de ampliación del plazo que con carácter general permite el art. 19.6 por remisión a la Ley de Procedimiento Administrativo, y que permitiría extender esa situación hasta un total de 12 días, debería ser objeto de interpretación restrictiva.

⁸³ El transcurso de los plazos fijados sin que haya recaído resolución expresa determina, según el art. 21.5, la admisión a trámite de la solicitud, su tramitación por el procedimiento ordinario y la autorización de entrada y permanencia provisional del solicitante. Aunque no se diga expresamente, la puesta en libertad debe ser también la consecuencia de la falta de resolución en plazo respecto de los solicitantes internados en Centros de Internamiento de Extranjeros. No se olvide, sin embargo, que de conformidad con el art. 19.1, por motivos de salud o seguridad públicas pueden adoptarse medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración. De conformidad con el artículo 61 de la ley de extranjería, entre las posibles medidas a adoptar figuran la presentación periódica ante las autoridades competentes, la residencia obligatoria en determinado lugar, la retirada del pasaporte o documento acreditativo de nacionalidad o el internamiento preventivo previa autorización judicial.

⁸⁴ Y ello gracias a que, en el último momento, durante la tramitación en el Senado, desapareció el motivo referente a tener incoado expediente de expulsión, acordada la devolución o el rechazo en frontera, es decir, circunstancias que en modo alguno tienen que ver con la concurrencia o no de los criterios de elegibilidad.

virtud de la cual las correspondientes resoluciones se caracterizaban por una evidente parquedad y un uso generoso de modelos preconfeccionados⁸⁵.

Junto a los anteriores motivos, en contra de una posición reiterada con insistencia por ACNUR⁸⁶, el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁸⁷, y alguna de las ONG's más representativas en la materia a nivel europeo⁸⁸, por inequívocas razones de seguridad azuzadas en los últimos tiempos por el temor frente a la amenaza terrorista, se mantiene la posibilidad de que en el marco del aceleradísimo procedimiento fronterizo se examinen las muy complejas cuestiones vinculadas con la concurrencia de criterios de exclusión o de excepciones al principio de no devolución. ¡Alrededor de dos semanas, en el mejor de los casos⁸⁹, para que instancias administrativas se pronuncien sobre si el solicitante, recién llegado a la frontera, ha cometido crímenes o prácticas atroces, o es un peligro para la seguridad de España de tal magnitud como para hacer asumible un eventual riesgo grave de persecución en el país de origen!⁹⁰. Resulta inevitable pensar que la práctica totalidad de los casos fronterizos que culminen en una resolución de denegación por estos motivos deben ser objeto de revisión judicial, cosa a la que, eso sí, ayudaría la preceptiva asistencia letrada si ésta se instrumenta como es debido. Pero, si esto es así, ¿no habría sido preferible reconducir estos casos directamente al procedimiento ordinario a fin de asegurar desde el principio un examen adecuado?

El último procedimiento previsto es, a diferencia de los anteriores, una novedad en nuestro ordenamiento. Inicialmente denominado en el proyecto de ley “procedimiento abreviado”, tras una tramitación parlamentaria que ha supuesto la introducción de retoques de incierto alcance en su configuración, el artículo 25 de la ley regula la denominada “*tramitación de urgencia*”. Los mencionados retoques afectan tanto a la configuración del procedimiento como a la determinación de los motivos a los que

⁸⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe...*, cit., pp. 235-237. Véase también, en un sentido similar, M. FULLERTON, “Inadmissible...”, cit., pp. 670 y 680 y ss.

⁸⁶ Vid., por todos sus posicionamientos sobre el particular, UNHCR, *Guidelines on International Protection: Application of Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/05, Sept. 2003, para. 31: “Given the grave consequences of exclusion, it is essential that rigorous procedural safeguards are built into the exclusion determination procedure. Exclusion decisions should in principle be dealt with in the context of the regular refugee status determination procedure and not in either admissibility or accelerated procedures, so that a full factual and legal assessment of the case can be made...”.

⁸⁷ Recommendation Rec(2005)6 of the Committee of Ministers to member states on exclusion from refugee status in the context of Article 1 F of the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951. Para. 2.b.

⁸⁸ ECRE, *Comments from the European Council on Refugees and Exiles on the Commission Working Document. The Relationship between Safeguarding Internal Security and Complyng with International Protection Obligations and Instruments*, Londres, 2002, pp. 2 y ss.

⁸⁹ Con el fin de suavizar en cierto modo el impacto de la inclusión de las citadas circunstancias en el marco del procedimiento fronterizo, el proyecto de ley incluyó ya la ampliación, finalmente contemplada en el art. 21.3, del plazo de resolución en primera instancia a diez días para el caso de que, por estar implicada alguna de esas circunstancias en el examen de la solicitud, el ACNUR así lo solicite razonadamente.

⁹⁰ Para un análisis más amplio de esta problemática, G. GILBERT, “Current Issues in the Application of Exclusion Clauses”, en E. Feller, V. Türk y F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNCHR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 464 y ss.

resulta aplicable, siendo así que la incertidumbre respecto a aquéllos repercute necesariamente sobre la valoración relacionada con éstos. A ver si me explico.

En el art. 22 del proyecto de ley presentado por el Gobierno, en efecto, se regulaba un procedimiento de fondo alternativo al ordinario denominado procedimiento abreviado, que se diferenciaba de aquél en dos aspectos. De una parte, en una notoria reducción de los plazos de tramitación en un tercio, quedando inicialmente fijados en dos meses frente a los seis del procedimiento ordinario desde la presentación de la solicitud⁹¹. De otra, en una configuración del procedimiento basada en la asignación a la OAR no sólo de la función de instrucción, sino también de la propuesta sobre el fondo, sin perjuicio de la asignación de la decisión final, como en todos los demás procedimientos, al Ministro del Interior. La CIAR, en cambio, que en el procedimiento ordinario formula la propuesta, tan sólo sería informada de las resoluciones dictadas en el marco de este procedimiento. Junto al cambio terminológico, los retoques durante el proceso parlamentario han afectado a ambos aspectos, si bien es incierto su alcance respecto de este último.

Respecto de los plazos, en efecto, porque finalmente se han ampliado para quedar fijados en la mitad de los señalados para el procedimiento ordinario o, lo que es lo mismo, en tres meses (art. 25.4). Y en relación con la intervención de la CIAR, porque la obligación de información se refiere, ya no a las resoluciones dictadas a través del procedimiento de urgencia, sino a “los expedientes que vayan a ser tramitados con carácter de urgencia” (art. 25.3), suprimiéndose la referencia a que la resolución se dicte a propuesta de la OAR y disponiéndose que, salvo en materia de plazos, “será de aplicación al presente procedimiento lo dispuesto en el artículo 24 de la ley”, esto es, para el procedimiento ordinario. A la espera de su concreción a través del desarrollo reglamentario, el procedimiento de urgencia vendría así a representar únicamente una versión preferente y acelerada en su tramitación del procedimiento ordinario, del que no derivaría ni una reducción de garantías, ni una supresión de trámites de singular relevancia, en especial en lo que se refiere a una posible audiencia personal, ni una exclusión de la función de decisión sobre el fondo que, de facto, ejerce la CIAR en el procedimiento ordinario. Una función que, además de contribuir a una más que saludable división entre tareas instructoras y decisorias, aporta una pluralidad y riqueza de perspectivas en el examen de las solicitudes de asilo mayor que la que puede ofrecer, por su naturaleza, un órgano de gestión del Ministerio del Interior. Y ello, además, en presencia y con participación en las deliberaciones de ACNUR.

El problema es que, si bien es cierto que en relación con algunos motivos sí está presente un elemento de urgencia en la resolución, relacionado con la situación de especial vulnerabilidad (menores no acompañados) o de privación de libertad en la que se encuentra el interesado (solicitudes presentadas en centros de internamiento admitidas a trámite), en la mayor parte de los motivos más que un factor de urgencia lo

⁹¹ En el proyecto de ley se venía a sugerir indirectamente que la reducción de plazos implicaría generalmente renunciar al trámite de audiencia, el cual sólo se preveía obligatoriamente para el caso de que la resolución de denegación viniera motivada en hechos, alegaciones o pruebas distintas de las aducidas por el interesado.

que parece haber es la voluntad de facilitar la rápida –y masiva- tramitación de ciertas solicitudes respecto de las que se introduce una presunción casi siempre desfavorable a su estimación. En este sentido, comenzando por lo excepcional, teniendo en cuenta lo restrictivo de la práctica seguida en nuestro país en materia de asilo, no parece problemática desde el punto de vista de lo equitativo de la solución a adoptar la tramitación acelerada de las solicitudes que, a juicio de la OAR, parezcan manifiestamente fundadas. Tampoco deja de ser razonable, en un sentido opuesto, que se tramiten de manera rápida las solicitudes que se sustenten en circunstancias que para nada tienen que ver con los criterios de elegibilidad para el reconocimiento de la condición de refugiado o del derecho de protección subsidiaria, por no haber sido alegados ni apreciarse de oficio motivos de carácter general -sobre la situación en el país de origen- ni de índole individual -sobre la situación particular del solicitante- relacionados con temores de persecución o de riesgo contra su vida o integridad. Eso sí, esto último siempre y cuando todo ello no se deba a deficiencias en la prestación efectiva de la asistencia letrada y de intérprete en el cumplimiento de las obligaciones de información y asistencia a las que tienen derecho los solicitantes.

En otros casos, en cambio, parece necesario insistir especialmente en que la presunción es sólo *iuris tantum*, y que debe bastar con la aportación de indicios razonables de duda para que la aceleración del procedimiento no impida un examen pleno -individualizado, objetivo e imparcial- de la solicitud. Es lo que debe ocurrir, como ha acabado por reconocer expresamente la ley, respecto de esa suerte de presunción de solicitud fraudulenta que se asocia a las solicitudes presentadas con posterioridad al plazo de un mes desde la entrada en territorio español⁹². Una presunción que sólo es admisible cuando esa presentación tardía lo es “sin motivo justificado”, debiendo entenderse que difícilmente dejará de serlo el más que comprensible temor de quien, tras una experiencia traumática, accede a un país del que desconoce casi todo menos la sensación de que las autoridades tienen por cometido, casi siempre, expulsar a quien entró irregularmente en el territorio.

Y lo propio habría que decir respecto de las solicitudes formuladas por nacionales de terceros Estados incluidos en la futura lista comunitaria de *países de origen seguros*⁹³,

⁹² Aún cuando sea legítimo denegar las solicitudes presentadas por motivos de mera inmigración, resulta peligroso tildar sin más de presuntamente fraudulentas las peticiones formuladas por quienes entran irregularmente en España o por quienes no han tenido ocasión de regularizar su situación en nuestro país y estén pendientes de expulsión. Respecto de lo primero, baste recordar lo ya dicho sobre la presentación de solicitudes en embajadas. Y respecto de lo segundo, conviene subrayar que las razones por las que un inmigrante irregular no presenta una solicitud de protección hasta un momento tardío no tienen por qué estar siempre ligadas a la consideración del asilo como una especie de último cartucho para impedir fraudulentamente una expulsión. Es de agradecer, por ello, que en el Senado se suprimiera como motivo para la tramitación urgente el tener incoado expediente de expulsión, acordada la devolución o el rechazo en frontera.

⁹³ Los artículos 29 y 36 de la directiva de procedimientos, por el que se sometía a simple consulta la adopción de las listas de países seguros, fueron anulados por entenderse aplicable el mismo procedimiento –codecisión- que el previsto en la base jurídica para la adopción de la propia directiva. TJCE, s. de 6 de mayo de 2008, *Parlamento c. Consejo*. Un comentario de la misma desde la perspectiva eminentemente competencialista, N. NAVARRO BATISTA, “Bases jurídicas derivadas, delegación legislativa y poder de ejecución: el equilibrio institucional. Comentario a la sentencia del TJCE de 6 de

motivo respecto del cual debe recordarse con insistencia que la citada inclusión no excluye la necesidad de un examen individual de la solicitud, y que además solo resulta operativa como presunción cuando el solicitante “no ha aducido motivo grave alguno para que el país no se considere país de origen seguro en sus circunstancias particulares”⁹⁴. Insistencia tanto más justificada cuanto que, por razones específicas vinculadas con la presión que representa el fenómeno terrorista en nuestro país, la tentación de no perturbar la por lo demás tan necesaria cooperación internacional en materia penal, podría debilitar la voluntad de una ecuánime aplicación de la ley –y del Derecho internacional del que ésta trae causa-. Es de agradecer, con todo, que al menos en nuestro país la eventual lista europea no sólo será mínima, sino también máxima, al no haberse hecho uso de la posibilidad ofrecida por el artículo 30 de la directiva de procedimientos de designar como seguros terceros países distintos de los incluidos en la lista mínima.

Por último, por las razones ya señaladas derivadas de la complejidad que casi siempre comporta la valoración de las causas de exclusión y de las excepciones al principio de no devolución por razones de seguridad y orden público, no sólo no cabe asociar ninguna presunción a las solicitudes de quienes supuestamente estén incurso en ellas, sino que su tramitación preferente y/o acelerada en modo alguno debe impedir su examen de manera plena, individual, objetiva e imparcial.

IV. CONCLUSIONES

Ya señalamos al principio que el objetivo de este trabajo era intentar ofrecer una valoración sobre si la nueva ley es capaz de servir a la voluntad, proclamada en la exposición de motivos, “de servir de instrumento eficaz para garantizar la protección internacional de las personas a quienes les es de aplicación y de reforzar sus instituciones: el derecho de asilo y la protección subsidiaria”. No puede negarse, desde este punto de vista, que comparada con el más que cuestionable modelo anterior, la nueva ley introduce mejoras indiscutibles. Junto con una mejor definición de las

mayo de 2008, Parlamento Europeo c. Consejo, C-133/06”, *RGDE*, vol. 18 (2009). Además de haber retrasado la adopción de la mencionada lista, el incremento de la intervención parlamentaria debería suponer, en condiciones normales y tomando en cuenta la mayor sensibilidad de la instancia parlamentaria hacia el respeto de los derechos humanos, una garantía mayor frente a indeseables inclusiones motivadas por factores meramente políticos.

⁹⁴ Para un análisis más amplio del que probablemente es el aspecto más cuestionado de la directiva de procedimientos, puede consultarse C. COSTELLO, “The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection, and the Dismantling of International Protection?”, *Int'l J. Refugee L.*, vol. 18 (2006), pp. 68 y ss.; C. PEREZ GONZALEZ, “La directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado en el marco del sistema común de asilo de la Unión Europea”, *RGDE*, nº 11 (2006), pp. 8 y ss.; o C. QUESADA ALCALÁ, “Las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Comentario a la directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005”, *RGDE*, nº 12 (2007), pp. 18 y ss. Sobre la citada noción puede verse igualmente, J. QUEL LOPEZ, “El acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de tercer país seguro y movimientos irregulares)”, en P. A. Fernández Sánchez, *La revitalización de la protección de los Refugiados*, Huelva, 2002, pp. 184 y ss.

circunstancias de elegibilidad para el reconocimiento del derecho de asilo, la ampliación de los motivos que lo justifican, o la proclamada voluntad de participar en programas de reasentamiento, quizá los aspectos más destacables sean la configuración legal del derecho de protección subsidiaria en términos matizadamente razonables, su unificación prácticamente total a efectos procedimentales y sustantivos con el derecho de asilo, así como incuestionables mejoras en el ámbito de las garantías procedimentales relativas, sobre todo, a la asistencia jurídica y al aplazamiento de la ejecutoriedad de las resoluciones de inadmisión o denegación en caso de impugnación judicial.

Los mismos factores, sin embargo, que amenazan el derecho de asilo a nivel global, relacionados con la doble obsesión por frenar la inmigración económica no controlada, de una parte, y por garantizar la seguridad, ensombrecen seriamente la impresión general que provoca el nuevo texto legal. Comenzando por lo último, la obsesión por la seguridad se traduce, de una parte, en una suerte de configuración negativa encubierta del estatuto de ciudadanía europea en nuestro país, al privarse a los nacionales de Estados miembros de la UE del derecho a solicitar asilo en España. De otra, la regulación de las causas de exclusión resulta dudosamente compatible, como mínimo, con la Convención de Ginebra. Por su parte, el legítimo deseo de combatir el uso del derecho a solicitar asilo con estrictos fines de inmigración lleva, de un lado, a excluir la posibilidad reconocida hasta ahora de solicitar asilo en embajadas y oficinas consulares y, de otro, a profundizar en la línea de contemplar una pluralidad de procedimientos decisorios que, de no funcionar adecuadamente, pueden conducir a justificar rechazos masivos y estereotipados de solicitudes sobre la base de la aplicación de presunciones o apreciaciones no siempre coincidentes con la realidad.

Bajo la vigencia del anterior modelo, España ha alcanzado el dudoso honor de ocupar uno de los escalones más bajos dentro de la Unión Europea en lo que se refiere tanto al número de solicitantes de asilo, como al de reconocimientos de algún estatuto de protección⁹⁵. Ya se ha dicho que la legislación anterior era manifestación mejorable de cara a otorgar una respuesta adecuada a las exigencias del Derecho internacional en materia de asilo y derechos humanos. Pero no puede olvidarse que la eficacia en la aplicación de una ley no es nunca sólo el resultado del mayor o menor acierto en su configuración técnico-jurídica. El desarrollo reglamentario y los medios que se pongan para su adecuada aplicación dirán si, como se dice en la exposición de motivos, la intención era realmente mejorar una situación manifiestamente mejorable o si, por el contrario, de lo que se trataba era tan solo de cubrir el expediente de la transposición de las normas mínimas europeas para que todo siga más o menos igual.

⁹⁵ Con datos de 2008, y pese a tratarse de un país con una posición fronteriza muy característica en el ámbito de las relaciones Norte-Sur, en España se recibieron 4.440 solicitudes, es decir cien por cada millón de habitantes. Con cifras tan redondas, la comparación es sencilla: sesenta y tantas veces menos que Malta, cuarenta y tres veces menos que Chipre, diecisiete veces menos que Grecia, catorce veces menos que Bélgica, menos de un tercio que Alemania, más de seis veces menos que Francia, o casi diez veces menos que Holanda y Luxemburgo. De hecho, solo estamos por encima de Letonia, Estonia, Rumanía y Portugal. Las cifras son aún más alarmantes si, en lugar del número de solicitantes atendemos al número de decisiones positivas. Mientras que, como media, en la Unión Europea se estimaron alrededor de una de cada cuatro solicitudes, en España fue aproximadamente una de cada veinte. Esos y otros datos en EUROSTAT, *Asylum in the EU in 2008*. Newrelease 66/2009, 8.V.2009.