

**DERECHO EUROPEO Y FLUJOS MIXTOS RESULTADO DE CONFLICTOS
EN ÁFRICA**

Trabajo de Fin de Grado presentado por Francisco Peña Díaz
siendo tutor del mismo la Profesora Ana Salinas de Frías

En Málaga, a 19 de junio, de 2014

FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

TRABAJO DE FIN DE GRADO (CURSO ACADÉMICO 2013/2014)

TÍTULO: “Derecho Europeo y flujos mixtos resultado de conflictos en África”

AUTOR: Francisco Peña Díaz

TUTOR ACADÉMICO: Ana Salinas de Frías

RESUMEN (MÁXIMO 8 LÍNEAS): Se estudiará la regulación en Europa y España de los llamados “flujos mixtos”, formados por migrantes y refugiados. En este sentido, se expondrá en líneas generales la normativa aplicable, con especial énfasis en el Derecho comunitario, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español. Posteriormente, se analizarán los casos de Ceuta y Melilla, comparando la normativa vigente expuesta con la práctica de las autoridades españolas.

The subject of this paper is the treatment European and Spanish Law give to the so-called “mixed flows”, composed of migrants and refugees. Firstly, we’ll expose in general terms the legal order in force, stressing the European Union Law, the European Convention on Human Rights and the Spanish order. Secondly, we’ll analyse the cases of Ceuta and Melilla, comparing the legal practice of Spanish authorities with the legal order studied in the first part of the paper.

PALABRAS CLAVE:

Asilo – Ceuta y Melilla – Convención de Ginebra de 1951 – Convenio Europeo de Derechos Humanos – Derechos Humanos – Derecho Internacional Público – Derecho de los Refugiados – Derecho de la Unión Europea – Directiva de retorno – Flujos mixtos – Inmigración – Ley de Asilo – Ley de Extranjería – No devolución – Refugiados – Sistema Europeo Común de Asilo

Asylum – Asylum Act – Ceuta and Melilla – Common European Asylum System – European Convention on Human Rights – European Union Law – Foreigners Act – The 1951 Geneva Convention – Human Rights – Immigration – International Public Law – Mixed Flows – Non-refoulement – Refugees – Refugee Law – Return Directive

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.....	4
2.1. Concepto de refugiado.....	4
2.2. Concepto de migrante.....	7
3. LA MIGRACIÓN Y EL ASILO EN LA HISTORIA EUROPEA.....	8
3.1. Los albores del siglo XX y la Primera Guerra Mundial: De las Grandes Migraciones a las primeras restricciones.....	8
3.2. El fin de la Segunda Guerra Mundial: las migraciones intraeuropeas y la Convención de Ginebra.....	9
3.3. La crisis de 1973. Actualidad.....	11
4. MARCO JURÍDICO.....	12
4.1. La migración y el asilo en la Unión Europea.....	12
4.1.1. <i>Evolución normativa hacia una política común de migración y asilo.....</i>	<i>12</i>
4.1.2. <i>La aplicación práctica del ELSJ antes de Lisboa: los Programas de Tampere y La Haya.....</i>	<i>14</i>
4.1.3. <i>La migración y el asilo en el marco del Tratado de Lisboa.....</i>	<i>16</i>
4.1.4. <i>El Programa de Estocolmo.....</i>	<i>17</i>
4.1.5. <i>Derecho derivado.....</i>	<i>20</i>
4.2. La migración y el asilo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	27
4.3. El asilo y la devolución en el Derecho español.....	29
4.3.1. <i>Ley de Asilo.....</i>	<i>29</i>
4.3.2. <i>Ley de Extranjería.....</i>	<i>33</i>
4.3.3. <i>Convenio España-Marruecos.....</i>	<i>38</i>
5. LA FRONTERA SUR: EL CASO DE CEUTA Y MELILLA.....	39
6. CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	45

1. INTRODUCCIÓN.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) define los “flujos mixtos” como movimientos de población complejos que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes. Se trata de un fenómeno deudor de la globalización cuya principal consecuencia es la integración de refugiados y migrantes, con estatutos, conceptos y regímenes jurídicos muy claramente diferenciados, en unos mismos flujos migratorios¹. Se trata de movimientos a menudo irregulares, lo que no sólo vulnera la clásica prerrogativa soberana de los Estados a controlar el acceso a su territorio, sino que pone en peligro los derechos fundamentales de las personas inmersos en ellos². Suponen además un reto para el Derecho Internacional, que tradicionalmente ha regulado el refugio y la migración por separado, y que no ha articulado de momento una respuesta específica para los flujos mixtos³.

La llegada de grupos de extranjeros a nuestras costas y fronteras en las últimas dos décadas puede encuadrarse perfectamente en el fenómeno de los flujos mixtos. Es el ejemplo clásico de la precaria embarcación en la que viajan un centenar de personas de origen y situación inciertas. El hecho de que personas que necesiten de protección internacional lleguen a nuestras fronteras acompañados de otras personas que no acuden a Europa con este fin, sino con el objetivo de mejorar su –con frecuencia abismal– calidad de vida, no debe privarles del derecho a disfrutar de ella. Será el objeto de este trabajo estudiar la respuesta de nuestro ordenamiento a estas situaciones. Se comprobará que es una normativa extensa y compleja.

Con este fin, el trabajo se estructura en tres partes. Una primera, que comprende los apartados 2 y 3, que intentan dar una definición a dos términos que se repetirán a lo largo del texto, “refugiado” y “migrante”, y contextualizar históricamente a ambos. Posteriormente, se procederá a exponer la normativa más relevante a nivel europeo, con especial detalle en la Unión Europea –de capital importancia en la gestión de la inmigración, el asilo y las fronteras–, así como en el ámbito nacional. Finalmente, se estudiarán los casos de Ceuta y Melilla, la única frontera terrestre entre la Unión Europea y África, donde los flujos mixtos han cobrado una gran relevancia. Se intentará arrojar algo de luz sobre la aplicación de la normativa expuesta en el control de dicha frontera por las autoridades españolas, incidiendo especialmente en los sucesos de Isla de Tierra, en 2012, y el Tarajal, en 2014.

2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Con vistas a realizar un análisis centrado en el refugio y la inmigración, resulta muy conveniente aclarar en primer lugar qué conceptos de refugiado y de inmigrante van a ser manejados en este trabajo.

¹ ACNUR, *Los flujos migratorios mixtos y la protección internacional de refugiados en las Américas: avances y buenas prácticas*, 2006, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4370.pdf?view=1> (visitado por última vez el 7 de junio de 2014).

² OIM, *Migración irregular y flujos migratorios mixtos: enfoque de la OIM*, 2009, disponible en http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf (visitado por última vez el 7 de junio de 2014).

³ OIM, *Migración irregular y flujos migratorios... cit. supra*, p. 2.

2.1. Concepto de refugiado.

Para determinar a qué sujetos es posible aplicarles el régimen cualificado de extranjería correspondiente a los refugiados, es preciso delimitar cuál es el concepto jurídico de refugiado que el Derecho Internacional Público establece. Con este fin, el texto que se debe tomar como referencia es la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra en 1951 en el seno de Naciones Unidas, así como el Protocolo de Nueva York de 1967. Así, será considerado refugiado “toda persona (...) que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”⁴.

De esta definición pueden deducirse varios rasgos propios del estatuto de refugiado:

- Se fundamenta en un temor racional a ser perseguido.
- Implica la salida del Estado del que el individuo es nacional o en el que tiene su residencia habitual.
- El individuo no puede o, por razón de ese temor, no quiere regresar a tal Estado.
- La persecución temida ha de darse necesariamente por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas.

Un ejemplo posible que encaja en esta definición sería el de un miembro de una organización política opositora que huye de un Estado cuyo gobierno persigue y ejecuta de forma sistemática a los disidentes. En los últimos años, varios supuestos de persecución por pertenencia a un grupo social han cobrado relevancia en la doctrina y la práctica, como el de las mujeres que tratan de escapar de formas de violencia de género como la ablación⁵ o el de las personas LGBT⁶.

Ahora bien, en la práctica, el contemplado en la Convención de 1951 y su Protocolo no es, ni mucho menos, el único supuesto en que una persona se ve obligada a abandonar su Estado o el Estado en que reside habitualmente. Así, de los aproximadamente 15.300.000 refugiados que había en el mundo en 2012⁷ (según datos de ACNUR), no todos reúnen los rasgos propios del estatuto de refugiado previsto en la

⁴ Artículo 1 de la Convención de 1951. El concepto de refugiado contenido en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 es recogido por la legislación española en prácticamente los mismos términos en el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

⁵ Véase SALINAS DE FRÍAS, “Pertenencia a un grupo social y solicitud de asilo: el largo camino para la protección frente a la mutilación genital femenina”, en TRUJILLO PÉREZ/ORTEGA TEROL, *Inmigración y asilo – problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva ley*, Madrid, 2010, pp. 93-129.

⁶ Es especialmente interesante a este respecto el Informe Lunacek del Parlamento Europeo, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, expuesto por la eurodiputada austríaca Ulrike Lunacek, del grupo Los Verdes, y aprobado por Resolución del PE de 4 de febrero de 2014; para conocer la política de ACNUR en este ámbito, *vid.* TÜRK, “Ensuring protection for LGBTI persons of concern”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 25 núm. 1, 2012, pp. 120-129, artículo firmado por Volker Türk, Director de Protección Internacional del ACNUR.

⁷ Datos extraídos de la base de datos online de estadísticas de población de ACNUR, disponible en <http://popstats.unhcr.org/> (visitado por última vez el 7 de junio de 2014).

Convención. Y es que la Convención y el Protocolo no contemplan situaciones como la de las personas huidas de sus Estados de origen por causa de un conflicto armado o una catástrofe natural. Tal circunstancia implica excluir de la protección que supone el refugio a, por ejemplo, buena parte del 1,1 millones de refugiados procedentes de Somalia, muchos de los cuales huyeron de su país en 2011 a causa de la fuerte sequía y posterior hambruna que azotó al Cuerno de África ese año; o de los 729.000 refugiados sirios, que necesitan esa protección no por un temor a ser perseguidos por sus circunstancias individuales sino por escapar del conflicto que se desarrolla en la República Árabe Siria.

Para atajar este problema, en 1969 se aprobó en el seno de la Unión Africana -entonces, Organización para la Unidad Africana (OUA)- la Convención Relativa a Aspectos Específicos del Problema de los Refugiados en África. El artículo 1 de esta Convención incluía un concepto de refugiado ligeramente distinto al de la Convención de 1951. Tras reproducir en el primer epígrafe la definición de la Convención de Ginebra, en el segundo amplía el concepto de refugiado, haciéndolo extensible a “toda persona que, debido a una agresión externa, ocupación, dominación extranjera o sucesos que afecten gravemente al orden público en alguna parte de o en todo su Estado de origen o de su nacionalidad, se vea obligada a abandonar su lugar de residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su Estado de origen o de su nacionalidad”.

Tomando tal definición con las debidas cautelas, pues al ser un Tratado Internacional no ratificado por España no vincula a nuestro país, el concepto de *refugiado* se va a utilizar en este trabajo para designar a personas que se encuentren en ambos tipos de situaciones. La justificación de este uso se halla en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas.⁸ En el epígrafe IV, apartado E, de este texto, la Conferencia “expresa la esperanza de que la Convención (...) incite a todos los Estados a otorgar, en la medida de lo posible, a las personas que se encuentren en su territorio como refugiados y que no estén protegidas por las disposiciones de la Convención, el trato previsto por la Convención”⁹. Es decir, la Conferencia entiende que la Convención no debe aplicarse estrictamente, sino de forma tal que pueda amparar a otras personas necesitadas de protección.

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR) presta su apoyo no sólo a los refugiados reconocidos en virtud de la Convención de Ginebra, tal y como prevé su Estatuto¹⁰. Es más, incluso si el Estado en el que se encuentra el sujeto no ha ratificado la Convención de 1951, recibirá la protección de ACNUR si cumple con los presupuestos de dicho texto¹¹. El concepto de *refugiado* que utiliza ACNUR comprende varias figuras:

- Individuos reconocidos como tal por la Convención de Ginebra, su Protocolo de 1967 y la Convención de la OUA de 1969.
- Los reconocidos en virtud del Estatuto de ACNUR.
- Individuos que reciben una protección complementaria o temporal.

⁸ GUNNING, “Expanding the International definition of refugee: a multicultural view”, *Fordham International Law Journal*, 1989-13, p. 50.

⁹ El énfasis es nuestro.

¹⁰ *Vid.* GUNNING, “Expanding the International definition of refugee...”, *cit. supra*. p. 51.

¹¹ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*, Ginebra, 2011, p. 7.

- Personas en una situación similar a la de refugiado.

Es necesario tener en cuenta además los apartados D y F del artículo 1 de la Convención de 1951, que recogen supuestos en los que una persona no merece la consideración de refugiado por estar disfrutando ya de la protección de un Estado o por haber tenido un comportamiento reprochable. Así, queda excluida aquella persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- Que ha cometido un delito contra la paz, delito de guerra o contra la humanidad, según se establezca en tratados internacionales.
- Que ha cometido un delito grave común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida como refugiada.
- Que es culpable de actos contrarios a las finalidades y principios de Naciones Unidas.

La Unión Europea maneja el mismo concepto de refugiado que la Convención de 1951, de acuerdo con el artículo 2, apartado d), de la Directiva 2011/95/UE¹², si bien no sólo concede protección internacional en este supuesto.

Así, otro concepto que se utilizará es el de “protección subsidiaria”, que el artículo 2, apartado f) de la misma Directiva define como “un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país”. Esto es, será posible conceder la protección subsidiaria cuando en el sujeto no se reúnan las condiciones para ser refugiado pero exista un riesgo real de ser condenado a muerte, sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes o exista una amenaza grave e individual contra su vida debido a una situación de conflicto armado, siempre que en él no concurren las circunstancias de exclusión del artículo 17¹³.

En último lugar, resulta necesario aclarar que, siguiendo la terminología utilizada en los textos europeos, se equiparará el concepto de asilo al de refugio.

2.2. Concepto de migrante

En un sentido amplio, un migrante internacional es toda aquella persona que abandona un Estado para instalarse en otro, emigrando del Estado de origen e inmigrando al Estado receptor. Por tanto, se podría empezar delimitando el concepto de inmigrante como todo aquel sujeto que entra en un Estado ajeno al suyo sin que pueda ser considerado refugiado de acuerdo con el término ya analizado (*supra* 1.1).

¹² Directiva 2011/95/UE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DOUE L337, de 20 de diciembre de 2011, p.9.

¹³ Que coinciden con las del artículo 1, apartados D y F de la Convención de 1951, incluyendo además una cláusula de seguridad nacional.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias¹⁴ califica en su artículo 2.1. como “trabajador migrante” a “toda aquella persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. La Convención clasifica además varios tipos concretos de trabajadores migrantes, si bien en ningún momento desgaja el concepto “migrante” del de “trabajador”. La Organización Internacional de la Migración asume esta tarea en su Glosario de la Migración, incluyendo en el término “migrante” todos aquellos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por razones de conveniencia propia y sin la intervención de ninguna presión externa, para mejorar las condiciones de vida, tanto materiales como sociales, individuales como familiares¹⁵.

Resulta útil acudir a la definición que el Código de fronteras Schengen¹⁶ recoge para “nacional de un tercer país”, siendo “toda aquella persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado¹⁷ y que no esté cubierta por el punto 5 del presente artículo”; es decir, personas no nacionales de un Estado miembro que no pueden beneficiarse del derecho a la libre circulación.

3. LA MIGRACIÓN Y EL ASILO EN LA HISTORIA EUROPEA.

El desplazamiento de la población es un fenómeno presente a lo largo de toda la historia de la humanidad de manera constante. Los movimientos migratorios existen desde el inicio de la especie humana. La protección internacional tampoco es una figura contemporánea, pudiendo encontrarse antecedentes en la Antigüedad. Así, Edipo, huyendo de un complot urdido por sus propios hijos, buscó asilo en la Atenas del rey Teseo. Por tanto, un análisis descriptivo completo superaría con creces el ámbito de este trabajo, por lo que la atención se centrará en los principales movimientos producidos en el último siglo en Europa.

Conocer los antecedentes históricos más inmediatos de la inmigración es vital para entender las tendencias normativas actuales en este campo. Con este fin, pueden distinguirse tres fases en la evolución de los procesos migratorios en Europa durante el siglo XX: el periodo comprendido entre el final del siglo XIX y los años de Entreguerras; las décadas posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial, y el período que siguió a la crisis económica de 1973.

3.1. Los albores del siglo XX y la Primera Guerra Mundial: De las Grandes Migraciones a las primeras restricciones.

Desde finales del siglo XIX y durante los albores del siglo XX se sucedieron algunos de los mayores movimientos migratorios de la historia¹⁸, con la emigración de alrededor

¹⁴ Resolución 45/158 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1990.

¹⁵ Glosario disponible en http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/serial_publications/Glossary_eng.pdf (visitado por última vez el 7 de junio de 2014).

¹⁶ Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DOUE L105, de 13 de abril de 2006, p. 1.

¹⁷ Actual artículo 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁸ SÁNCHEZ ALONSO, “La época de las grandes migraciones: desde mediados del siglo XIX a 1930”, en PIMENTEL SILES (coord.), *Colección Mediterráneo Económico: Procesos migratorios, economía y personas*, 2002, p. 23.

de sesenta millones de trabajadores europeos hacia destinos del Nuevo Mundo¹⁹. Estos países, relativamente jóvenes, absorbieron gran parte de la mano de obra excedente en Europa, siendo de tal importancia para su desarrollo económico que los Gobiernos de los países receptores llevaban a cabo políticas incentivadoras de la inmigración europea²⁰. Son los años de las Grandes Migraciones, *the Age of Mass Migrations*²¹.

La Primera Guerra Mundial (1914-1918) supuso un cambio en la concepción de la migración a nivel mundial. El colapso de los Imperios Austrohúngaro y Otomano y la Revolución Rusa movilizaron a millones de personas dentro de Europa²².

Sin embargo, no todos estos movimientos de personas eran voluntarios, sino que podrían encuadrarse en lo que consideramos actualmente como “refugiados”. Aún más, es precisamente a partir de la Primera Guerra Mundial cuando comienza a distinguirse a nivel jurídico-internacional a ciertos grupos como “refugiados”, es decir, como personas necesitadas de una protección diferenciada del resto de migrantes. Estas distinciones, no obstante, eran establecidas *ad hoc*. Así, la Sociedad de Naciones creó el Alto Comisionado para los Refugiados rusos²³, dirigido por el noruego Fridjot Ansen²⁴, cuya protección acabó extendiéndose a griegos, armenios, búlgaros o turcos²⁵. Esta protección no dependía de las causas que forzaban la salida de sus respectivos Estados, sino que buscaba paliar las necesidades y la situación provocada por unos movimientos masivos de población²⁶. En 1933 fue creado el Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania²⁷, que pronto extendió su acción a los refugiados austriacos²⁸.

En este contexto, los controles estatales sobre la inmigración se volvieron más estrictos²⁹, tanto en Europa como en los anteriormente acogedores Estados del Nuevo Mundo³⁰.

3.2. El fin de la Segunda Guerra Mundial: las migraciones intraeuropeas y la Convención de Ginebra.

Tras la destrucción provocada por la Segunda Guerra Mundial, las exigencias de la recuperación económica de los países europeos provocaron una gran demanda de mano de obra barata y no cualificada³¹. Esto se tradujo en una mirada hacia la inmigración mucho más benévola por parte de los Estados de la Europa central y del norte;

¹⁹Principalmente, Estados Unidos, Canadá, Brasil, Argentina y Australia. Vid. SOLIMANO, *Globalization, history and International migration: a view from Latin America*, Ginebra, 2004, p. 1.

²⁰ Vid. SOLIMANO, *Globalization, history...*, cit. *supra* p. 4.

²¹ HATTON/WILLIAMSON, *The Age of Mass Migrations. Causes and Economic Impact*, Nueva York, 1998.

²² KAYA, *The Changing Face of Europe: Population Flows in the 20th Century*, Neuchâtel, 2002, p. 16.

²³ Vid. GUNNING, “Expanding the International definition of refugee...”, cit. *supra*. p. 40.

²⁴ Quien recibiría por esta labor el Premio Nobel de la Paz de 1922.

²⁵ KARATANI, “How History Separated Refugee and Migrant Regimes: In Search of Their Institutional Origins”, en *International Journal of Refugee Law*, 2005-3, pp. 517-541.

²⁶ Vid. GUNNING, “Expanding the International definition of refugee...”, cit. *supra*. p. 41.

²⁷ GESULFO, *La comunidad internacional se hace cargo del problema*, texto completo en: <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/la-comunidad-internacional-se-hace-cargo-del-problema/> (visitada por última vez a de 19 de mayo de 2014).

²⁸ Vid. GUNNING, “Expanding the International definition of refugee...”, cit. *supra*. p. 42.

²⁹ Vid. KAYA, *The Changing Face of Europe...*, cit. *supra* p. 15.

³⁰ Vid. SÁNCHEZ ALONSO, “La época de las grandes migraciones...”, cit. *supra* p. 26.

³¹ MESSINA, *The Logics and Politics of Post-WWII Migration to Western Europe*, Nueva York, 2007, p. 20.

particularmente, Alemania, Suiza, Francia, Luxemburgo, Suecia, Reino Unido, Bélgica y Países Bajos. Esta nueva actitud favoreció una política migratoria mucho más acogedora e incentivadora de la inmigración procedente de los países de la periferia europea³². De otra parte, la inmigración intraeuropea se caracterizó por una alta tasa de retorno de migrantes³³.

La Segunda Guerra Mundial también supuso un punto de inflexión en el Derecho Internacional de los Refugiados. Es a partir de la destrucción y los intensos movimientos de personas que tienen lugar entre los Estados europeos cuando se empieza a dar un tratamiento diferenciado a los migrantes y refugiados en términos generales³⁴. Ya en 1943 se constituyó la Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción³⁵, si bien tenía un carácter marcadamente temporal para cubrir necesidades urgentes en tanto que los prisioneros y exiliados regresaban a sus países de origen³⁶. En 1946, Naciones Unidas sustituyó esta agencia por la Organización Internacional de los Refugiados, también temporal, pues su mandato expiraba en 1950³⁷.

Así, el 14 de diciembre de 1950, la Asamblea General de Naciones Unidas acordó la creación del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, con una vocación de permanencia³⁸. El 28 de julio de 1951 fue adoptada la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra. Con este instrumento, el estatuto de refugiado comenzó a depender de las causas que llevaban a necesitar la protección internacional³⁹. No obstante, la Convención seguía adoleciendo de una naturaleza *ad hoc*, pues vinculaba las causas que debían concurrir para ser considerado refugiado a que se hubieran producido “con anterioridad al 1ª de enero de 1951”, “en Europa o en otro lugar”, según interpretasen los Estados partes⁴⁰. Estas dos limitaciones -temporales y espaciales- al alcance de la Convención forzaron la adopción de posteriores resoluciones para asegurar la protección de húngaros, chinos, argelinos, angoleños⁴¹, etc. ACNUR asumió esta labor, pero era necesaria una base jurídica más sólida que su Mandato⁴². De ahí que se adoptase en 1967 el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de ese año, que suprime esas limitaciones. Con todo, y como ya se ha mencionado, existen supuestos en los que es necesaria la protección internacional que no entran en el régimen del Convenio de 1951 y el Protocolo de 1967 en los que la intervención de ACNUR es clave⁴³.

³² Especialmente, España, Italia, Grecia, Portugal, Turquía, Finlandia y Yugoslavia. *Vid.* PENNINX, “International Migration in Western Europe Since 1973: Developments, Mechanisms and Controls”, *International Migration Review*, Vol. 20, Nº 4, 1986, p. 951 y ss.

³³ WANNER, *Migration trends in Europe*, Consejo de Europa, 2002, p. 4.

³⁴ *Vid.* KARATANI, “How History Separated Refugee and Migrant Regimes...”, *cit. supra* p. 518.

³⁵ Si bien sus actividades se extendieron hasta 1952. *Vid.* GESULFO, *La comunidad internacional...*, *cit. supra*.

³⁶ *Vid.* GUNNING, “Expanding the International definition of refugee...”, *cit. supra* p. 42.

³⁷ *Vid.* GESULFO, *La comunidad internacional...*, *cit. supra*.

³⁸ VILLALPANDO, *El asilo en la historia*, texto completo en <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/el-asilo-en-la-historia/> (visitada por última vez el 19 de mayo de 2014).

³⁹ *Vid.* GUNNING, “Expanding the International definition of refugee...”, *cit. supra* p. 43.

⁴⁰ Artículo 1, apartados A y B, de la Convención de 1951.

⁴¹ *Vid.* GUNNING, “Expanding the International definition of refugee...”, *cit. supra* p. 45.

⁴² *Vid.* VILLALPANDO, *El asilo en la historia...* *cit. supra*.

⁴³ *Vid.* GUNNING, “Expanding the International definition of refugee...”, *cit. supra* p. 46.

Por otro lado, los procesos de la Descolonización supusieron de nuevo un gran influjo de migrantes procedentes de las antiguas colonias, especialmente de ex-colonos, como los *pied noirs* de Argelia, entre otros⁴⁴.

3.3. La crisis de 1973. Actualidad.

La crisis de los precios del petróleo de 1973 sacudió con fuerza a Europa. Los años posteriores, marcados por periodos de crecimiento lento y recesión, volvieron a transformar la visión que los Gobiernos y, sobre todo, las sociedades europeas tenían sobre la inmigración. Es en este tiempo cuando comienzan a adoptarse medidas mucho más restrictivas con respecto a la inmigración, y también cuando surgen por todo el norte y centro de Europa partidos antiinmigración (si no directamente xenófobos) como el Frente Nacional en Francia, el Partido Nacional Británico, el Partido del Progreso en Noruega, el Partido de Centro y la Lista Pim Fortuyn en Países Bajos, entre otros⁴⁵.

En esta época se produjo también un cambio en la composición de la población migrante. Así, mientras los españoles, italianos o portugueses regresaban a sus países de origen, se dio un aumento en la inmigración procedente de más allá de las fronteras europeas. De este modo, los Estados europeos, que tradicionalmente habían sido exportadores de emigrantes, se convirtieron paulatinamente en receptores de inmigrantes⁴⁶ como resultado de la mejora en las comunicaciones internacionales y del proceso de descolonización⁴⁷.

En la actualidad, la globalización ha modificado la composición de la población europea. Se calcula que en torno al 7% de los residentes en la Unión Europea -más de 33 millones de personas- reside en un Estado distinto del que es nacional, de los cuales aproximadamente 20 millones son nacionales de terceros países⁴⁸. Casi el 80% de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea se distribuye entre cinco Estados: Alemania (22,92%), Italia (15,2%), España (14,7%), Francia (13,16%) y Reino Unido (12,3%), y son mayoritariamente nacionales de Turquía, Marruecos, China, India, Ucrania, Rusia, Albania, Serbia, Pakistán y Estados Unidos. Los desplazamientos entre Estados miembros son también habituales, y alrededor de 13 millones de ciudadanos de la Unión Europea residen en Estados distintos del que son nacionales⁴⁹. Son, principalmente, nacionales rumanos, polacos, italianos, portugueses, británicos y alemanes.

En Europa hay casi 3 millones de refugiados -la mayoría en la UE- y más de un millón de desplazados internos, principalmente en Europa del Este y la Antigua Yugoslavia⁵⁰. Por otro lado, la Unión Europea recibió en 2013 434.610 solicitudes de

⁴⁴ Vid. MESSINA, *The Logics and Politics...*, cit. supra p. 103.

⁴⁵ Vid. MESSINA, *The Logics and Politics...* cit. supra p. 56 y ss.

⁴⁶ Vid. PENNINX, *International Migration in Western Europe Since 1973...*, cit. supra p. 952.

⁴⁷ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea – Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, 2002, p. 36.

⁴⁸ Eurostat, 2012, datos disponibles en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/infographics/immigration/migration-in-eu-infographic_en.pdf (visitado por última vez el 3 de junio de 2014).

⁴⁹ Eurostat, 2011, datos disponibles en http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-12-031/EN/KS-SF-12-031-EN.PDF (visitado por última vez el 3 de junio de 2014).

⁵⁰ ACNUR, *Global Report 2012: Europe*, disponible en <http://www.unhcr.org/gr12/index.xml>, (visitado por última vez el 7 de junio de 2014).

asilo, concediendo el 35% en primera instancia⁵¹ y registrando un aumento de las solicitudes en más de 100.000, como resultado principalmente del agravamiento del conflicto interno en Siria. La mayoría de los solicitantes procedían de este país, así como de Rusia, Afganistán, Serbia, Pakistán y Kosovo.

4. MARCO JURÍDICO

4.1. La migración y el asilo en la Unión Europea.

4.1.1. Evolución normativa hacia una política común de migración y asilo.

La presión migratoria que comenzó a sufrir Europa a partir de los años setenta hizo patente la necesidad de adoptar soluciones internacionales a una cuestión que convertía en insuficientes las capacidades de respuesta a nivel nacional⁵². Hasta ese momento, los únicos instrumentos jurídicos de los que disponían los Estados para permitir la entrada de nacionales de terceros países eran los convenios bilaterales (normalmente con Estados con los que existían vínculos históricos especiales), el reagrupamiento familiar y el asilo⁵³, en particular, el principio de *non-refoulement*, que prohíbe la expulsión o devolución de un refugiado a un territorio en el que corra peligro su vida o su libertad⁵⁴. No obstante, el camino hacia una política común europea en materia de migración no ha sido fácil. Los Estados han mantenido tradicionalmente una posición eminentemente proteccionista en esta materia, considerando que afectaba directamente a su soberanía⁵⁵, de ahí que los primeros avances fueran a través de la técnica convencional.

Destaca en esta vía convencional el sistema de Schengen, creado a través del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica BENELUX, la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, así como de su Convenio de aplicación, de 19 de junio de 1990. A este sistema se han ido incorporando progresivamente otros Estados, entre los que se encuentra España⁵⁶.

La consecución del objetivo del mercado único europeo previsto en el Acta Única Europea de 1986, que implicaba la eliminación de las fronteras interiores, hacía necesaria a su vez una “gestión en común”⁵⁷ de las fronteras exteriores. La libertad de

⁵¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “V Informe Anual de Migración y Asilo (2013)”, 2014, p. 4.

⁵² Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea...*, cit. supra p. 36.

⁵³ Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea...*, cit. supra p. 36; también, VILA COSTA, “El extranjero no comunitario: actualidad y evolución en materia de política común de inmigración: ¿Hacia un posible estatuto coherente?”, *Anuario Internacional CIDOB* 1996, p. 162.

⁵⁴ Artículo 33 de la Convención de 1951.

⁵⁵ Vid. VILA COSTA, “El extranjero no comunitario...”, cit. supra p. 162.

⁵⁶ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991, BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994, pp. 10390 a 10422.

⁵⁷ Vid. VILA COSTA, “El extranjero no comunitario...”, cit. supra p. 162.

circulación tiene como consecuencia efectos indeseables para los Estados miembros, lo que exige articular un nuevo instrumento que permita paliarlos: el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ), un área en el que los ciudadanos de la Unión puedan disfrutar de las libertades inherentes a su condición de ciudadanos UE en condiciones de seguridad, obtenidas gracias a medidas comunes en materia de gestión de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y lucha contra el terrorismo y el crimen organizado⁵⁸.

La estructura en pilares que trajo consigo Maastricht⁵⁹ supuso un avance decisivo en esta dirección, en particular en lo relativo a la extranjería. Si bien al primer pilar -el de las Comunidades Europeas- le fueron atribuidas algunas competencias en materia de extranjería, la mayor parte de estos asuntos se incluyeron en el tercero: cooperación en Justicia y Asuntos de Interior, basado en la cooperación intergubernamental. En palabras de Martín y Pérez de Nanclares, “cuanto más dispuestos se mostraban los Estados a permitir el establecimiento de un cierto estatuto (político) de ciudadanía para los nacionales comunitarios, tanto más sensibles y reacios se mostraban también a perder la más mínima competencia que afectara a los no comunitarios”⁶⁰. Esta estructura jurídica, no exenta de críticas⁶¹, ha sido considerada una “fase intermedia”⁶² anterior a la integración de los asuntos de seguridad y la justicia en el ámbito comunitario que se produjo con el Tratado de Ámsterdam⁶³.

No obstante, la regulación contenida en este último contenía varios límites debidos a la ya mencionada vinculación entre la migración y asilo, por un lado, y la soberanía de los Estados miembros, por otro, dando lugar a un régimen “fragmentado”⁶⁴. Así, el tratado impone limitaciones materiales (las cláusulas de mantenimiento del orden público y la seguridad interior), formales (con un procedimiento legislativo propio que relega el papel de la Comisión y el Parlamento a favor del Consejo y obliga a adoptar cualquier decisión por unanimidad) y espaciales (regímenes particulares para ciertos Estados). Estas limitaciones no fueron del todo superadas con el Tratado de Niza⁶⁵, pues, si bien se habla de “medidas sobre política de inmigración”, sólo se refieren a medidas concretas y no a una política común⁶⁶.

⁵⁸ Martín Martínez, “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en Alcaide Fernández/Casado Raigón (coord.), *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2011, pp. 369-387.

⁵⁹ Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht, DOUE C 191, de 29 de julio de 1992, p. 1.

⁶⁰ Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea...*, cit. supra p. 41.

⁶¹ Entre otras, llama la atención la de Peter-Christian MÜLLER GRAFF, quien calificó al tercer pilar como *legal sandstone*, en contraposición al *solid legal granite* del que estaría formado el pilar comunitario. Vid. MÜLLER GRAFF, “The legal basis of the third pillar and its position in the framework of the Union treaty”, *Common Market Law Review*, 1994, p. 495.

⁶² Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea...*, cit. supra p. 59.

⁶³ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997 y en vigor desde el 1 de mayo de 1999, DOUE C 340, de 10 de noviembre de 1997, p. 1.

⁶⁴ Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea...*, cit. supra p. 100.

⁶⁵ Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 26 de febrero de 2001 y en vigor desde el 1 de febrero de 2003, DOUE C 80 de 10 de marzo de 2001, p.1.

⁶⁶ LIROLA DELGADO, “¿Por fin una política de inmigración de la Unión en el Tratado de Lisboa?”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa – La salida de la crisis constitucional*,

4.1.2. *La aplicación práctica del ELSJ antes de Lisboa: los Programas de Tampere y La Haya.*

A la hora de diseñar medidas de aplicación práctica en el ámbito del ELSJ, la Unión Europea a recurrido a los Programas, instrumentos de impulso político acordados por el Consejo Europeo que funcionan como hojas de ruta para las políticas de la Unión. Así, y con anterioridad al Tratado de Lisboa, se aprobaron los Programas de Tampere (1999-2004)⁶⁷ y La Haya (2005-2009)⁶⁸.

El primero de ellos, situado en el marco del Tratado de Ámsterdam, se plantea como objetivo diseñar una política común de asilo e inmigración que contenga la colaboración con los países de origen; la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, SECA), con normas comunes en el procedimiento de asilo, las condiciones mínimas para otorgar el estatuto de refugiado, el contenido de dicho estatuto y las formas de protección subsidiarias para todas las personas que necesiten protección internacional; el trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión y la gestión eficaz de los flujos migratorios⁶⁹.

Por otro lado, el Programa de la Haya, sucesor del de Tampere y basado en éste, fue acordado por el Consejo Europeo en el marco del Tratado de Niza. Fue redactado con vistas a la (entonces) esperada aprobación de la Constitución Europea, y adopta un enfoque muy centrado en la seguridad. En él, el Consejo Europeo, tras reconocer que el Programa de Tampere no logró sus propósitos⁷⁰, fija como objetivos de la UE garantizar la protección recogida en la Convención de Ginebra y demás tratados internacionales a quien lo necesite, regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores, y luchar contra la delincuencia organizada transfronteriza y el terrorismo, entre otros.

Para su consecución, se reafirma en la necesidad de desarrollar una política común de asilo, migración y fronteras⁷¹. Esta política deberá dar al asilo, la migración y las fronteras un tratamiento integral tanto a las causas de la migración, como a las políticas de entrada y admisión y a las de integración y retorno. Deberá basarse en tres principios: solidaridad, reparto equitativo de responsabilidades y colaboración práctica entre los Estados Miembros. Además, hace suya la Recomendación que el Parlamento Europeo hizo acerca de acordar la normativa sobre migración, asilo y fronteras a través del procedimiento de codecisión y de mayorías cualificadas⁷², y que fue seguida por el Consejo⁷³.

Madrid, 2008, p. 540.

⁶⁷ Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999.

⁶⁸ Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004.

⁶⁹ Conclusiones A-I a A-IV del Programa de Tampere.

⁷⁰ Si bien considera que se han realizado grandes avances. Así, “se han sentado las bases para una política común de asilo e inmigración, se ha preparado la armonización de los controles fronterizos, se ha mejorado la cooperación policial, y han avanzado sustancialmente los trabajos preliminares para la cooperación judicial sobre la base del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y de sentencias.” (Apartado I, Programa de la Haya).

⁷¹ Orientación Específica 1.2, Programa de la Haya.

⁷² Recomendación del Parlamento Europeo de 14 de octubre de 2004, sobre el Futuro del ELSJ.

⁷³ Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado (Diario Oficial L 396, 31/12/2004, p. 0045-0046).

De gran importancia en relación a esta política común es la Orientación Específica 1.7, relativa a la gestión de los flujos migratorios, que engloba acciones en materia de control de fronteras y lucha contra la inmigración ilegal, el uso de sistemas de biometría e información y el desarrollo de una política común de visados. Estas áreas, muy vinculadas entre sí, son relacionadas por el Programa con la lucha contra la delincuencia y el terrorismo, en consonancia con el enfoque hacia la seguridad que ya se ha mencionado. En este sentido cobra una especial relevancia la Agencia Europa para la gestión cooperativa en las fronteras exteriores FRONTEX, creada el 26 de octubre de 2004⁷⁴ y operativa desde el 1 de mayo de 2005.

El desarrollo del SECA es otra de las orientaciones de trabajo que recoge el Programa⁷⁵. Éste habría alcanzado una segunda fase que incluiría la adopción de un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme para las personas a las que se les concede el asilo o la protección subsidiaria. Sin embargo, el propio Programa admite que no se ha conseguido completar la primera fase -es decir, la que se contenía en el Programa de Tampere-.

Por otro lado, el Programa de la Haya dedica la Orientación Específica 1.6 a la dimensión exterior del asilo y la migración, concediendo una especial importancia a la inclusión de la migración en los acuerdos con terceros países y regiones, así como a la armonización de la normativa en materia de expulsión y repatriación de inmigrantes en situación irregular. Finalmente, dedica otras orientaciones a la lucha contra el empleo ilegal y la integración de los migrantes legales.

A solicitud del Consejo Europeo⁷⁶, la Comisión adoptó un Plan de Acción⁷⁷ para ejecutar el Programa de La Haya. En él, la Comisión identifica diez objetivos prioritarios, entre los cuales se encuentran cuatro directamente relacionados con la migración y el asilo:

- La creación de un espacio común de asilo a través del desarrollo de un Sistema Europeo Común de Asilo, con un procedimiento y un estatuto de asilado comunes. Implica, además, la cooperación administrativa y financiera con los Estados miembros y el desarrollo de programas regionales de protección y dispositivos de reinstalación.
- Gestionar de forma equilibrada los flujos migratorios, tanto legales como ilegales, estableciendo normas comunes sobre el retorno e incluyendo la cuestión en las relaciones con terceros países de origen y de tránsito de migrantes.
- Fomentar la integración de los inmigrantes mediante el aprovechamiento del impacto de la migración legal.
- Establecer un control integrado de las fronteras exteriores, requisito indispensable para mantener la supresión de las fronteras interiores.

⁷⁴ Reglamento (CE) No 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, DOUE L 349 de 25 de noviembre de 2004, p. 1.

⁷⁵ Orientación Específica 1.3, Programa de la Haya.

⁷⁶ Conclusión 17, Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004.

⁷⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia», DOUE C 236 de 24 de septiembre de 2005, p. 184.

4.1.3. *La migración y el asilo en el marco del Tratado de Lisboa*⁷⁸.

Con el Tratado de Lisboa, la política europea de migración y refugio se consolidó como parte del ELSJ, suponiendo este texto la plena “regularización comunitaria”⁷⁹ del mismo. Así, el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece que “la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un **espacio de libertad, seguridad y justicia** sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, **asilo, inmigración** y de prevención y lucha contra la delincuencia”⁸⁰. Este precepto es desarrollado por el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); concretamente, son interesantes a este respecto el artículo 67 y el Capítulo II.

En lo que respecta al artículo 67 TFUE, hace referencia a los objetivos que la Unión persigue alcanzar mediante el establecimiento del ELSJ. Entre ellos incluye “desarrollar una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países”, abarcando este concepto a los apátridas.

Por otro lado, el Capítulo II del Título V del TFUE se denomina Políticas sobre Controles en las Fronteras, Asilo e Inmigración, y está compuesto por cuatro artículos de gran importancia para definir el contexto en el que la Unión adopta políticas comunes en materia de control de fronteras, asilo e inmigración.

El primero de ellos, el artículo 77 TFUE, se refiere al control fronterizo y comienza con un primer apartado que enumera los tres objetivos que se pretenden obtener con esta política común: garantizar la ausencia de controles de personas en las fronteras interiores, garantizar a su vez un control y vigilancia eficaces de las fronteras exteriores y gestionarlas de manera integrada. Con estos fines, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas relativas a la política común de visados y permisos de residencia de corta duración; los controles de las fronteras exteriores, las condiciones en las que los nacionales de terceros estados podrán circular por el territorio de la Unión, cualquier medida necesaria para establecer un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, y la ausencia total de controles de personas en las frontera internas.

En segundo lugar, el artículo 78 TFUE, siguiendo el mismo esquema de objetivos y medidas, prevé como fines de la política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal ofrecer un estatuto apropiado a los nacionales de terceros países que necesiten protección internacional, y garantizar el respeto del principio de no devolución. En este sentido, deberán adoptarse un SECA que incluya un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los casos en los, sin ser merecedor de asilo, el extranjero necesite protección internacional, un sistema común para la protección temporal en caso de afluencia masiva, procedimientos comunes para la concesión o retirada del asilo, criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud, normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes y la asociación y cooperación con terceros países para la mejor gestión de los flujos de personas que solicitan asilo o protección subsidiaria o temporal.

⁷⁸ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (2007/C 306/01), DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2005, p. 1.

⁷⁹ Término extraído de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea...*, cit. *supra* pp. 31-66.

⁸⁰ El énfasis es nuestro.

En tercer lugar, el artículo 79 TFUE enumera los objetivos y medidas que la Unión debe adoptar en relación con una política común de inmigración. Esta política se fija como objetivos gestionar eficazmente los flujos migratorios, conceder un trato equitativo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en Estados miembros y prevenir y luchar contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. Se pretende alcanzar estos fines a través de la delimitación de las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición de visados y permisos de residencia de larga duración, así como la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros. De acuerdo con el apartado tercero de este artículo, la Unión está autorizada para celebrar acuerdos con terceros países sobre la readmisión de nacionales que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de un Estado miembro. El apartado cuarto, por otro lado, excluye la integración de los inmigrantes legales de las medidas de armonización. Finalmente, tampoco afectará la política común de inmigración a los volúmenes de admisión que los Estados establezcan en sus territorios para los nacionales de terceros países.

Finalmente, el artículo 80 TFUE hace referencia a los principios de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad que deben regir la adopción de las políticas contenidas en los artículos anteriores, mencionado específicamente el plano financiero.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales⁸¹ de la Unión Europea adquirió un carácter vinculante⁸². La Carta incluye varias disposiciones relevantes en materia de migración y asilo: el artículo 5, que prohíbe la esclavitud, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos; el artículo 15.3, que incluye el derecho de los nacionales de terceros países residentes legalmente en un Estado miembro a disfrutar de las mismas condiciones laborales que los ciudadanos de la Unión; el 18, que recoge el derecho al asilo de acuerdo con la Convención de Ginebra, el Protocolo de Nueva York y los Tratados; el artículo 19, que prohíbe las expulsiones colectivas y consagra el principio de *non refoulement*; el artículo 21 que prohíbe toda discriminación y, en particular, por razón de raza, orígenes étnicos o pertenencia a una minoría; y el artículo 34.2, según el cual toda persona que resida y se desplace legalmente por el territorio de la Unión tiene derecho a las prestaciones de la seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

4.1.4. *El Programa de Estocolmo.*

El 9 de diciembre de 2009, el Consejo Europeo acordó la adopción del Programa de Estocolmo⁸³, sucesor del Programa de la Haya en la tarea de impulsar y dirigir la acción y la agenda políticas de la Unión Europea en materia de libertad, seguridad y justicia durante el periodo 2010-2014.

Además de a los ya analizados Programas de Tampere y de La Haya, el Programa de Estocolmo tiene como antecedentes dos textos del Consejo Europeo: el Enfoque Global de Migración, de 13 de diciembre de 2005, y el Pacto sobre Inmigración y Asilo del Consejo de 24 de septiembre de 2008. En lo que respecta al primero, contiene un mandato del Consejo Europeo tendente a aumentar la colaboración práctica entre los

⁸¹ DOUE C 303, de 14 de diciembre de 2007 y C 83, de 30 de marzo de 2010.

⁸² Art. 6 TUE.

⁸³ “Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, DOUE, C 115, 4 de mayo de 2010, p. 1.

Estados Miembros -especialmente en relación a FRONTEX y el control de la frontera sur de la UE-, la cooperación con África y la colaboración los Estados vecinos -sobre todo, a través de la celebración de Acuerdos de Readmisión-.

Por otro lado, el Pacto de 2008 consiste en cinco compromisos que se traducirían en el ulterior Programa de Estocolmo:

- “Organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado miembro, y favorecer la integración;
- Combatir la inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular;
- Fortalecer la eficacia de los controles en las fronteras;
- Construir una Europa de asilo;
- Crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo.”

El Pacto acentúa la tendencia hacia el “enfrentamiento” entre seguridad y libertad que se ha venido intuyendo en textos previos de la Unión Europea, especialmente con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre y, en particular, en el Programa de la Haya. De acuerdo con CARRERA y GUILD, “el Pacto se inspira en, y promueve, la literatura de un equilibrio entre seguridad y libertad en las políticas relacionadas con los desplazamientos humanos y la diversidad”⁸⁴ siendo dos ámbitos distintos de la realidad jurídica para estos autores.

Por otro lado, en los años anteriores a la adopción del Programa se sucedieron varias iniciativas de cooperación entre los Estados miembros⁸⁵.

El Programa de Estocolmo se articula en torno a seis prioridades en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia:

- “Fomento de la ciudadanía y los derechos fundamentales;
- Una Europa de la ley y la justicia;
- Una Europa que protege;
- Acceso a Europa en un mundo globalizado;
- Una Europa de la responsabilidad, la solidaridad y la colaboración en los ámbitos de la migración y el asilo;
- El papel de Europa en un mundo globalizado: la dimensión exterior”.

En línea con el Pacto de 2008, el Programa de Estocolmo observa la migración y el asilo desde la óptica de la seguridad, que sigue considerándose como esencial para mantener el ELSJ⁸⁶. Así, la introducción del Programa⁸⁷ incluye la gestión de las

⁸⁴CARRERA/GUILD, “The French Presidency’s European Pact on Immigration and Asylum: Intergovernmentalism vs. Europeanism? Security vs. Rights?”, *CEPS Policy Brief*, N° 170, 2008.

⁸⁵ Como la Convención de Prüm de 2005, entre Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Luxemburgo y Países Bajos o las reuniones anuales del G6 (Alemania, España, Francia, Italia, Polonia y Reino Unido).

⁸⁶ FAJARDO DEL CASTILLO, “El Programa de Estocolmo: últimos desarrollos de la política europea de libertad, seguridad y justicia”, en DEL VALLE GÁLVEZ (dir.), *Inmigración, seguridad y justicia: problemáticas de España, Marruecos y la Unión Europea en el área del Estrecho*, Madrid, 2012, pp. 153-173.

⁸⁷ Extraído de 1.1: “Prioridades políticas” del Programa de Estocolmo.

fronteras como una de las áreas en las que debe centrarse la Estrategia de Seguridad Interior; por otro lado, el acceso a Europa debe procurar un balance entre la entrada de personas y la seguridad de los ciudadanos de la Unión (volviendo a la idea de equilibrio entre libertad y seguridad); es más, el mantenimiento de unos “sistemas creíbles y duraderos de inmigración y asilo” depende de la lucha eficaz contra la inmigración irregular.

En lo que respecta a las medidas que interesan a este trabajo, se concentran en las tres últimas prioridades. En primer lugar, la regulación del “Acceso a Europa” pasa por una gestión integrada de las fronteras exteriores, especialmente mediante el fortalecimiento de la agencia FRONTEX, y del desarrollo de la política común de visados, con un mayor hincapié en la adopción de acuerdos de exención de visado con terceros países.

En segundo lugar, la política de inmigración y asilo es desarrollada en torno a tres áreas:

- La inmigración regular: el fomento de la integración y de la inmigración ordenada en función de las necesidades de los Estados miembros son objetivos prioritarios de la Unión en esta materia.
- La inmigración irregular: El Programa se centra especialmente en la política de repatriación de inmigrantes irregulares⁸⁸, siendo necesario un aumento de los esfuerzos en este sentido por parte de la Unión y los Estados miembros. La repatriación deberá hacerse de forma eficaz y sin dejar de respetar el principio de no devolución, los derechos y libertades fundamentales y la dignidad del repatriado. Con este fin, cobran un papel clave el fomento del retorno voluntario y los acuerdos de readmisión con terceros países, tanto entre la UE y terceros países como bilaterales⁸⁹.
- El asilo: Continúan en materia de asilo los intentos por establecer un Sistema Europeo Común de Asilo, que pasa necesariamente por un procedimiento de solicitud y un estatuto de asilado comunes. No obstante, no es tarea fácil dadas las profundas diferencias entre los Estados miembros⁹⁰, de forma que el Estado miembro en el que se presente la solicitud influye más en su éxito que las propias causas de la solicitud⁹¹.

Finalmente, en lo que respecta a la dimensión exterior, es concebida por el Programa de Estocolmo como un elemento esencial para la consecución de los objetivos previstos

⁸⁸ NAVARRO BATISTA, “Inmigración irregular y relaciones exteriores de la Unión Europea: los acuerdos de readmisión”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Madrid, 2012, p. 129.

⁸⁹ Vid. FAJARDO DEL CASTILLO, “El Programa de Estocolmo...”, *cit. supra.* pp. 165-168. Estos acuerdos, de gran importancia para la Unión Europea en su política migratoria, suscitan no pocos problemas. En particular, y como explica la profesora FAJARDO, las nulas garantías que estos Estados ofrecen de respeto al principio de no devolución, los derechos de refugiados y solicitantes de asilo o los derechos fundamentales. Actualmente, se han concluido acuerdos de readmisión con Estados o entidades tan variados como Albania, Bosnia y Herzegovina, Georgia, Hong Kong, Pakistán, Rusia, Sri Lanka o, desde muy recientemente, Turquía. A este compendio hay que añadir los distintos acuerdos bilaterales suscritos por Estados Miembros, como el existente entre Marruecos y España que se analizará más adelante.

⁹⁰ Siendo especialmente preocupante para la Unión Europea el caso de Grecia, que recibe apoyo comunitario en la gestión de su frontera con Turquía. Vid. CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España: Informe 2013*, 2013, p. 44.

⁹¹ Vid. FAJARDO DEL CASTILLO, “El Programa de Estocolmo...”, *cit. supra.* p. 169.

en el mismo⁹², debiendo consistir en la cooperación con los países de origen y tránsito de los flujos migratorios⁹³.

4.1.5. Derecho derivado

La política migratoria y de asilo de la Unión Europea se ha plasmado en una serie de Directivas y Reglamentos. En este trabajo se analizarán el SECA, formado en la actualidad por un conjunto de Directivas y Reglamentos, y la Directiva de Retorno, clave en lo que respecta a la armonización de los procedimientos de expulsión de extranjeros en los Estados Miembros.

4.1.5.1. Sistema Europeo Común de Asilo.

Como se ha expuesto, la intención de unificar las políticas de asilo de los Estados miembros bajo un mismo SECA está presente en la Unión Europea desde el Programa de Tampere. Desde entonces se ha conformado en torno a dos elementos principalmente: un procedimiento de solicitud de asilo y un estatuto de asilo comunes. A pesar de su árido acrónimo en castellano⁹⁴, lo cierto es que en la última década y media se ha aprobado una pluralidad de textos relevantes. Actualmente, el SECA está compuesto principalmente por las siguientes disposiciones:

- Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013 (...) y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de la aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia⁹⁵.
- Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida⁹⁶.
- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los

⁹² ZAPATER DUQUE, “El impacto de la dimensión exterior en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: análisis del Programa de Estocolmo a través de su Plan de Acción” en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior...*, cit. supra. p. 59.

⁹³ Vid. FAJARDO DEL CASTILLO, “El Programa de Estocolmo...”, cit. supra. p. 171.

⁹⁴ Siglas a propósito de las cuales ORTEGA TEROL escribió que “no favorecen una visión muy estimulante, habida cuenta del impacto que las tendencias en pos de la seguridad, tras el velo de la lucha contra el terrorismo islamista, tiene en este ámbito”. Vid. ORTEGA TEROL, “Presentación: Asilo y refugio en Europa, de la vocación protectora al temor al otro y a la pulsión por la seguridad” en TRUJILLO PÉREZ/ORTEGA TEROL (coord.), *Inmigración y asilo – problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva ley*, Madrid, 2010, p. 9.

⁹⁵ DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, p. 1.

⁹⁶ DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, p. 31.

refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida⁹⁷.

- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional⁹⁸.
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se prueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional⁹⁹.

Por su carácter más bien técnico, no se analizará en profundidad el Reglamento 603/2013. Sí conviene, en cambio, estudiar el resto de disposiciones.

Es necesario distinguir dos procedimientos en el SECA: el procedimiento de determinación del Estado miembro responsable de la solicitud de asilo (regulado en el Reglamento 604/2013) y el procedimiento de concesión de protección internacional (regido por lo dispuesto en las Directivas de procedimiento y acogida).

El procedimiento de determinación del Estado miembro responsable se basa en una serie de criterios que han de aplicarse jerárquicamente de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento 604/2013. Así, será responsable:

1. Si el solicitante es un **menor no acompañado**, el Estado miembro en el que se encuentre legalmente un miembro de la familia, hermano o pariente o, en su defecto, el Estado en el que presente su solicitud, teniendo siempre presente el interés superior del menor¹⁰⁰.
2. Si el solicitante tiene **familiares en otro Estado Miembro** a los que se haya reconocido¹⁰¹ o que hubiesen solicitado¹⁰² protección internacional, el Estado Miembro en el que se encuentren.
3. Si **varios miembros de una familia** y/o los hermanos menores solteros presentan una solicitud de protección internacional en un mismo Estado simultáneamente o en fechas cercanas, será responsable por todos el Estado Miembro al que los criterios designen responsable de la mayoría o, en su defecto, del solicitante de mayor edad¹⁰³.
4. Si el solicitante dispone de **permiso de residencia o visado válido**, el Estado miembro que lo expidiese. En caso de ser titular de varios permisos de residencia o visados de distinta naturaleza, expedidos por diferentes Estados miembros, lo será el que haya concedido el permiso de residencia de mayor

⁹⁷ Refundición de la anterior Directiva de reconocimiento (Directiva 2004/83/CE). DOUE L 337, de 20 de diciembre de 2011, p. 9.

⁹⁸ Refundición de la anterior Directiva de procedimiento (Directiva 2005/85/CE). DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, p. 60.

⁹⁹ De nuevo, refunde la anterior Directiva de acogida (Directiva 2003/9/CE). DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, p. 96. Nótese que estas dos Directivas de 2013 se encuentran aún en proceso de transposición. Derogan las Directivas que refunden a partir del 21 de julio de 2015 y sin perjuicio de las obligaciones de los Estados Miembros de incorporarlas a su Derecho nacional.

¹⁰⁰ *Esta y las siguientes referencias se entenderán hechas al Reglamento 604/2013, salvo que se indique lo contrario.* Art. 8.

¹⁰¹ Art. 9.

¹⁰² Art. 10.

¹⁰³ Art. 11.

duración o, a mismo plazo o siendo visados de la misma naturaleza, el que caduque en fecha posterior¹⁰⁴.

5. Si el solicitante accedió **a territorio de un Estado miembro de forma irregular** y procediendo de un tercer país, será responsable el Estado miembro desde el cual ingresara, salvo que hubiesen transcurrido doce meses desde el cruce de frontera. En ese caso, lo será el Estado miembro en el que hubiese vivido al menos cinco meses; de haber vivido en varios Estados miembros en periodos de cinco meses, aquel en el que viviese por última vez¹⁰⁵.
6. Si el solicitante entra en un Estado miembro en el que se le **dispensa de la obligación de visado**, ese Estado miembro será responsable, salvo que presentase su solicitud ante otro Estado miembro en el que también se le dispensase¹⁰⁶.
7. Si la solicitud es formulada en la **zona de tránsito internacional de un aeropuerto**, el Estado miembro del aeropuerto¹⁰⁷.
8. Si el solicitante **depende** de la asistencia de sus hijos, hermanos o padres, o sus hijos, hermanos o padres dependan de su asistencia, y residen legalmente en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra el solicitante, será responsable dicho Estado salvo que el estado de salud del solicitante le impida viajar¹⁰⁸.
9. El Reglamento contiene dos **cláusulas discrecionales**. Por un lado, un Estado miembro no designado por los criterios anteriores podrá decidir examinar una solicitud y declararse responsable. Por otro, bien el Estado miembro que esté determinando el Estado responsable, bien el Estado responsable, podrán pedir a otro Estado que asuma la responsabilidad de la solicitud por motivos humanitarios¹⁰⁹.
10. En defecto de todo lo anterior, el Reglamento incluye una **cláusula subsidiaria** o residual según la cual será responsable el primer Estado miembro al que se solicitase la protección internacional¹¹⁰.

Además, y de acuerdo con el mismo artículo 3.2 de este Reglamento, en caso de que sea imposible trasladar al solicitante al Estado miembro que se haya determinado como responsable por existir razones fundadas de que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo o las condiciones de acogida de ese Estado miembro que implican un trato inhumano o degradante, se deberán examinar el resto de criterios para comprobar si otro Estado puede ser responsable. Cuando, aun así, el traslado sea imposible, el Estado miembro encargado de la determinación será el Estado miembro responsable.

Por otro lado, el procedimiento de concesión de protección internacional se regula, en primer lugar, por la Directiva de procedimiento ya mencionada. Ésta finaliza su plazo

¹⁰⁴ Art. 12.

¹⁰⁵ Art. 13.

¹⁰⁶ Art. 14.

¹⁰⁷ Art. 15.

¹⁰⁸ Art. 16.

¹⁰⁹ Art. 17.

¹¹⁰ Art. 3.2. *Fin de las referencias al Reglamento 604/2013.*

de transposición en julio de 2015, y deroga la anterior Directiva de procedimiento (Directiva 2005/85/CE). Si bien el texto de ambas es, en esencia, muy similar debido a que la de 2013 es una refundición de la de 2005, existen algunas diferencias significativas en su articulado. Así, la Directiva de procedimiento de 2013 tiene un carácter generalmente más garantista que su predecesora, haciendo forzosa la entrevista personal al solicitante y suprimiendo algunas de las excepciones a ésta. Varios artículos que en su redacción anterior dejaban a discreción de los Estados miembros la adopción de ciertas medidas han pasado a ser mandatos específicos. Además, limita los casos en los que un solicitante puede ser extraditado, incorpora al texto la perspectiva de género¹¹¹ e incluye las solicitudes formuladas en aguas territoriales en el ámbito espacial de la norma.

El procedimiento de la Directiva 2013/32/EU se inicia con la solicitud ante la autoridad que el Estado miembro haya designado competente. La solicitud puede ser presentada tanto en territorio -estando incluida la frontera-, como en las aguas territoriales y las zonas de tránsito de los Estados miembros¹¹². El plazo para hacerlo es hasta que se “tenga efectivamente la oportunidad de presentarla”¹¹³. La solicitud podrá ser inadmitida, previa audiencia al solicitante¹¹⁴, por las causas del artículo 33, siempre teniendo en cuenta que no deberán inadmitirse por el único motivo de no haberse presentado lo antes posible¹¹⁵. Son causas de inadmisión:

1. El Estado miembro no es el responsable de acuerdo con el Reglamento 604/2013;
2. Otro Estado miembro ya ha concedido protección internacional al solicitante;
3. Un país tercero se considera “primer país de asilo” del solicitante, es decir, lo reconoce como refugiado o goza de protección suficiente en ese país, incluido el principio de no devolución¹¹⁶;
4. Un país tercero se considera “tercer país seguro”, *i.e.*, respeta los derechos fundamentales del solicitante, puede otorgarle el estatuto de refugiado de acuerdo con la Convención de 1951 y guarda alguna relación con él¹¹⁷;
5. Se trata de una solicitud posterior, esto es, una nueva solicitud formulada tras haber recaído resolución definitiva sobre la anterior¹¹⁸, y no aporta nuevas circunstancias o datos relativos al examen.
6. Una persona a cargo del solicitante presenta una solicitud separada sin justificación.

¹¹¹ Por ejemplo, el artículo 11.3 de la Directiva de procedimiento (2013) incluye una mención a la persecución por razones de género, orientación sexual o identidad de género como circunstancias en las que puede ser especialmente necesario que una solicitud no sea resuelta a través de una resolución única que enmarque otras muchas solicitudes.

¹¹² *Esta y las siguientes referencias a artículos se entenderán hechas a la Directiva 2013/32/EU, salvo que se indique lo contrario.* Art. 3.

¹¹³ Art. 6.

¹¹⁴ Art. 34.

¹¹⁵ Art. 10.1.

¹¹⁶ Art. 35.

¹¹⁷ Art. 38.

¹¹⁸ Art. 2. q).

Una vez admitida la solicitud, se abre la fase de examen de la misma¹¹⁹. Los Estados miembros deben procurar que dure como máximo seis meses, a contar desde que se determine el Estado miembro responsable, el solicitante esté en dicho Estado miembro y la autoridad competente se haya hecho cargo de él. Este plazo podrá ampliarse por una serie de motivos tasados hasta en nueve meses, y por circunstancias excepcionales y justificadas, en veintidós meses¹²⁰.

El examen deberá determinar en primer lugar si concurren los requisitos para ser reconocido como refugiado; en caso contrario, se examinará si procede conceder la protección subsidiaria¹²¹. El examen debe cumplir con los criterios del artículo 10.3 de la Directiva, por lo que debe realizarse de forma individual, objetiva e imparcial, por personal que conozca la normativa aplicable, con capacidad para ser asesorado por expertos de toda índole y poniéndose a su disposición información actualizada de cualquier fuente -en particular, ACNUR u organizaciones internacionales- sobre la situación en los países de origen y tránsito.

Antes de adoptar una resolución, la autoridad competente debe convocar al solicitante a una entrevista personal en la que pueda presentar los elementos necesarios para fundamentar su solicitud y explicar cualquier incoherencia o contradicción en sus declaraciones¹²². La entrevista debe ser individual, sin miembros de la familia (salvo que se estime necesaria su presencia), confidencial y en condiciones que permitan al solicitante exponer los motivos de su solicitud, para lo cual el entrevistador será, dentro de lo posible, del mismo sexo que el solicitante si éste lo pide, conocerá el contexto de la solicitud (las raíces culturales del solicitante, su género, identidad de género, orientación sexual...), no llevará uniforme militar o de las fuerzas del orden y será asistido por intérprete si fuera necesario¹²³.

Una vez finalizado el examen, la autoridad dictará resolución sobre la solicitud, por escrito y detallando las razones de hecho y de derecho que fundamentan la desestimación, en su caso¹²⁴. Contra esta resolución cabe recurso ante un órgano jurisdiccional, así como ante la negativa a reabrir el examen de una solicitud tras haber sido suspendida y frente a la retirada de protección internacional. En caso de tratarse de una decisión que considere la solicitud manifiestamente infundada o inadmisibles o que rechace la reapertura del examen tras haber sido éste suspendido, el órgano jurisdiccional podrá decidir si el solicitante puede o no permanecer en el territorio del Estado; si se ha presentado en la frontera o en las zonas de tránsito del Estado miembro, únicamente se aplicará esta última regla si el solicitante cuenta con intérprete y asistente jurídico, tiene una semana para presentar alegaciones y el órgano está revisando una decisión desestimatoria de la solicitud¹²⁵.

Y es que, de acuerdo con el artículo 9 de esta Directiva, el solicitante tiene derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro hasta que la autoridad resuelva su solicitud. La permanencia en el Estado miembro se rige por lo previsto en la Directiva de acogida. Ésta, publicada en el mismo día y con el mismo plazo de transposición que

¹¹⁹ Art. 31.

¹²⁰ A pesar de que se trata de plazos relativamente largos, no hay que perder de vista que en el anterior texto ni siquiera se determinaba su duración.

¹²¹ Art. 10.2.

¹²² Art. 16.

¹²³ Art. 15.

¹²⁴ Art. 11.

¹²⁵ Art. 46, apartados 1, 6 y 7. *Fin de las referencias a la Directiva de procedimiento.*

la Directiva de procedimiento ya analizada, es también una refundición de una Directiva anterior, la Directiva 2003/9/CE, ahondando más en la regulación del internamiento o el procedimiento de retirada de la acogida o ampliando los familiares del solicitante que pueden disfrutar de la misma, entre otras novedades.

La Directiva de acogida parte de la base del reconocimiento a los solicitantes de la libertad de circulación por el territorio del Estado miembro, si bien el Estado podrá limitarla asignándole una zona para circular o una residencia¹²⁶. Además, podrá proceder al internamiento del solicitante si no es posible aplicar medidas menos coercitivas y bajo determinadas circunstancias: para identificarle, determinar los elementos en los que se basa su solicitud, decidir sobre su derecho a entrar en el territorio, para preparar un procedimiento de retorno o ejecutar una expulsión, cuando lo exija la seguridad nacional y el orden público o cuando sea necesario de cara a determinar el Estado miembro responsable de acuerdo con el Reglamento 604/2013.

Las garantías del internado y las condiciones del internamiento son detalladas en los artículos 9 y 10 y 11, respectivamente. El internamiento deberá ser lo más breve posible y mantenerse únicamente hasta que desaparezcan las circunstancias que lo motivaron. El escrito que lo ordene debe incluir los motivos de hecho y de derecho y estar sometido a un control judicial rápido de oficio y/o a instancia de parte. Debe llevarse a cabo en centros especializados y, por lo general, separando a los solicitantes de protección internacional de otros nacionales de terceros países o de la población presidiaria. Deben tener acceso a representantes del ACNUR, sus familiares, asesores jurídicos y miembros de organizaciones no gubernamentales. Finalmente, el internamiento deberá atender a las necesidades particulares del solicitante, en su caso.

Finalmente, la decisión sobre la concesión o no de la protección internacional debe hacerse conforme a lo previsto en la Directiva de reconocimiento. En su artículo 4 se establecen qué elementos debe considerar la autoridad la solicitud y bajo qué criterios. Así, debe valorar todas aquellas declaraciones y documentación que el solicitante presente relativas a su identidad, edad, pasado, nacionalidad(es), lugares anteriores de residencia, solicitudes de asilo previas, motivos por los que se solicita la protección... de forma individual y teniendo en cuenta los hechos pertinentes relativos al país de origen al momento de la solicitud; la información sobre si ha sufrido o puede sufrir persecución o daños graves; sus circunstancias personales (especialmente sexo y edad); etcétera. La carga de la prueba recae sobre el solicitante; no obstante, podrá verse eximido de la misma si se ha esforzado por aportarlas, ha presentado todos los elementos de los que dispone, sus declaraciones son coherentes y verosímiles, ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud y, en fin, se ha comprobado su credibilidad.

Los estatutos de refugiado y de beneficiario de protección subsidiaria previstos en la Directiva de reconocimiento ya han sido analizados con anterioridad, por lo que procede remitir al apartado correspondiente (*supra* 2.1).

Conviene terminar mencionado que las anteriores Directivas contienen normas de mínimos, en el sentido de que pueden ser superadas por normas más favorables de los Estados miembros¹²⁷, tal y como establecen expresamente en su articulado.

¹²⁶ Art. 7 Directiva de acogida.

¹²⁷ SÁNCHEZ LEGIDO, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de asilo”, en TRUJILLO PÉREZ/ORTEGA TEROL (coord.), *Inmigración y asilo – problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva ley*, Madrid, 2010, p. 17.

4.1.5.2. La Directiva de Retorno.

En la incipiente¹²⁸ política de inmigración de la Unión Europea, destaca, por encima de todos, un texto normativo: la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹²⁹, más conocida como Directiva de retorno.

El proceso de retorno, entendido como la vuelta de un nacional de un tercer país, bien acatando una orden de retorno, bien de modo forzoso a su país de origen, un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión u otro tercer país al que el nacional decida volver voluntariamente y en el cual sea admitido¹³⁰, debe llevarse a cabo de conformidad con los Derechos Fundamentales, los Derechos Humanos y el Derecho de los Refugiados¹³¹, respetando en particular el principio de no devolución¹³².

El procedimiento comienza con la decisión de retorno. Deberá dictarse contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en un Estado miembro, salvo que disponga de un certificado de residencia válido expedido por otro Estado miembro, que otro Estado miembro se haga cargo de él, que el propio Estado miembro decida concederle un permiso por razones humanitarias o que se encuentre inmerso en un procedimiento de renovación de dicho permiso¹³³. La decisión de retorno deberá dictarse por escrito e incluir los fundamentos de hecho y derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone¹³⁴. De acuerdo con el artículo 13, el nacional de un tercer país tendrá derecho a interponer recurso ante un órgano judicial o administrativo.

La decisión deberá establecer un plazo de entre siete y treinta días para la salida voluntaria¹³⁵, una solución preferible al retorno forzoso por ser más respetuosa con la dignidad humana¹³⁶. Este plazo puede ser prorrogado si el caso concreto lo exige. Ahora bien, en caso de riesgo de fuga, de riesgo para el orden o la seguridad públicas o de haberse desestimado una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada, podrá no concederse este periodo o concederse por un plazo inferior a siete días. La no concesión del retorno voluntario o el incumplimiento del mismo en plazo ponen en marcha el mecanismo de ejecución de la expulsión¹³⁷, pudiendo llegar a aplicar medidas coercitivas en caso de ser necesario. Los artículos 15 y siguientes se dedican a la más importante de estas medidas: el internamiento forzoso. Este, que debe ser adoptado con carácter subsidiario a cualquier otra medida y con el único fin de preparar la expulsión y garantizar su éxito, tiene una duración máxima de 6 meses

¹²⁸ Vid. LIROLA DELGADO, “¿Por fin una política de inmigración...?” *cit. supra*; MARTÍN MARTÍNEZ, “Ordenando el desorden: el estatuto jurídico de los inmigrantes en la Unión Europea”, en SALINAS DE FRÍAS (dir.), *Inmigración e integración*, Madrid, 2008, pp. 158-175.

¹²⁹ DOUE L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98.

¹³⁰ *Esta y las siguientes referencias a artículos se entenderán hechas a la Directiva 2008/115/CE, salvo que se indique lo contrario.* Art. 3.

¹³¹ Art. 1.

¹³² Art. 5.

¹³³ Art. 6.

¹³⁴ Art. 12.

¹³⁵ Art. 7.

¹³⁶ BALDACCINI, “The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An analysis of the returns directive”, *European Journal of Migration and Law*, 2009-11, pp. 1-17.

¹³⁷ Art. 8. *Fin de las referencias a la Directiva 2008/115/UE.*

ampliables por otros doce. Este es uno de los aspectos más criticados por la doctrina¹³⁸ y organizaciones no gubernamentales¹³⁹. El internamiento puede ser impuesto por autoridad judicial o administrativa, en cuyo caso tendrá que someterse al control jurisdiccional.

4.2. La migración y el asilo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Además, el artículo 6.2 del Tratado atribuye a la Unión Europea la competencia para adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta adhesión (cuyas negociaciones, aún pendientes, están siendo complicadas¹⁴⁰), así como la pertenencia de España al Consejo de Europa y su ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos, hacen necesario analizar aquellas disposiciones con incidencia en la migración y el asilo. El CEDH crea un sistema que permite a las personas exigir a los Estados el cumplimiento de las obligaciones contraídas con la ratificación del Convenio.

En primer lugar, existen varias disposiciones en el CEDH y sus Protocolos que hacen una mención expresa a los extranjeros. Así, el artículo 5.1 CEDH, que consagra el derecho de toda persona a la libertad física y a no ser privado de ella, exceptúa este derecho en su apartado f) para el supuesto de la detención, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada irregular en el territorio o contra la cual se haya iniciado un procedimiento de expulsión o extradición, siempre que sea con arreglo a un procedimiento legalmente establecido. Se trata, pues, de dos supuestos diferentes: el del extranjero en situación irregular al que se detiene o interna para impedirle entrar en el territorio y el del extranjero al que se detiene o interna para preparar su eventual expulsión. En cuanto al primer supuesto, el artículo no permite la detención indefinida, sino únicamente hasta que se resuelva sobre la legalidad de su entrada¹⁴¹. En lo que respecta al segundo, la protección del precepto comienza en el momento en que se produce la detención, abarcando tanto la privación de libertad durante el procedimiento de expulsión como en el trayecto hacia la frontera¹⁴². Por otro lado, la expresión “conforme a derecho” implica tanto la sujeción a un procedimiento legalmente previsto como el respeto al derecho nacional y la inexistencia de arbitrariedad en la privación de libertad¹⁴³.

¹³⁸ Así, BALDACCINI entiende que la libertad para proceder a la detención es muy amplia, pudiendo proceder al internamiento únicamente por la situación de irregularidad del inmigrante, lo que choca con la idea de que el internamiento, en tanto que medida coercitiva especialmente intensa, debe reservarse para conductas especialmente sancionables, *vid.* BALDACCINI, “The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law...” *cit. supra*.

¹³⁹ La Federación Internacional de los Derechos Humanos acusó a la Directiva de permitir unos “internamientos potencialmente arbitrarios” debido a su “excesiva duración y su establecimiento casi automático”, *Proposal for a “returns” Directive – The FIDH calls for the suspension of the text’s adoption until it conforms to Member States International human rights obligations*, disponible en <http://www.statewatch.org/news/2008/may/eu-fidh-returns-directive.pdf> (visitado por última vez el 7 de junio de 2014).

¹⁴⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La adhesión de la Unión Europea al CEDH: Algo más que una cuestión meramente jurídica*, Madrid, 2012, p. 4.

¹⁴¹ BOZA MARTÍNEZ, *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cádiz, 2007, p. 48.

¹⁴² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de diciembre de 1986, *Bozano contra Francia*, párrafo 53.

¹⁴³ *Bozano contra Francia*, párrafo 54.

Otro precepto específicamente destinado a la protección de derechos de los extranjeros es el artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH¹⁴⁴, que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Este artículo y el anterior (que proscribía en cualquier caso la expulsión de nacionales) tratan de prohibir formalmente situaciones inadmisibles a la luz de los Derechos Humanos que se habían dado en Europa en décadas recientes¹⁴⁵. De acuerdo con la jurisprudencia, por “expulsión colectiva” debe entenderse “cualquier medida de las autoridades competentes que obligue a los extranjeros como grupo a abandonar el país, salvo cuando tal medida sea adoptada con posterioridad y sobre la base de un análisis razonado y objetivo de las circunstancias particulares de cada individuo del grupo”¹⁴⁶. El procedimiento de expulsión debe eliminar toda duda sobre su posible carácter colectivo, siguiéndose el principio *in dubio pro actio*¹⁴⁷. En una reciente Sentencia¹⁴⁸, el TEDH ha extendido el ámbito de esta prohibición más allá del territorio de los Estados Parte para el caso de naves militares y policiales de un Estado que interceptan inmigrantes en alta mar para su expulsión colectiva (párrafo 180). El Tribunal motivó esta última decisión en que una buena parte de los actuales flujos migratorios se desarrollan a través del mar, de modo que la intercepción en alta mar de inmigrantes y su devolución inmediata a sus países de origen o tránsito es una práctica habitual (párrafo 177).

El Protocolo 7, también ratificado por España en 2009, contiene en su artículo 1 la prohibición de expulsar a un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado si no es en ejecución de una decisión dictada conforme a la ley, así como varios derechos: a exponer las razones que se opongan a su expulsión; a que su caso sea examinado; y a hacerse representar a tales fines ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por esa autoridad. Este precepto supone conceder un mínimo de protección a los extranjeros en caso de expulsión; protección que se suma a la que concedan otros instrumentos internacionales y que permite acudir al TEDH¹⁴⁹.

Por otro lado, el sistema de Derechos Humanos del Consejo de Europa también incluye otras disposiciones que, si bien no protegen específicamente al extranjero, pueden resultar de interés para este trabajo. Es el caso de los artículos 3 (prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes), 4 (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado) o 14 (prohibición de discriminación) del CEDH.

4.3. El asilo y la devolución en el Derecho español.

Conviene empezar el análisis del Derecho español de asilo y migración con el texto supremo: la Constitución de 1978. La Constitución, parca en derechos y deberes específicos de los extranjeros, contiene varias menciones en su artículo 13. Resulta especialmente interesante para este trabajo el apartado 4, según el cual los términos en los que los extranjeros y apátridas se beneficiaran del derecho de asilo serán los establecidos en la ley. Tal ley es, en la actualidad, la *Ley 12/2009, de 30 de octubre,*

¹⁴⁴ Ratificado por España a 16 de septiembre de 2009.

¹⁴⁵ El Protocolo nº 4, fechado en 1963, se enmarca en el contexto de la Guerra Fría, con la 2ª Guerra Mundial y las expulsiones masivas de población muy presentes en la memoria colectiva. *Vid.* BOZA MARTÍNEZ, *Los extranjeros...*, *cit. supra*, p. 54.

¹⁴⁶ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 3 de octubre de 1975, *Henning Becker contra Dinamarca*, párrafo 166.

¹⁴⁷ *Vid.* BOZA MARTÍNEZ, *Los extranjeros...*, *cit. supra*, p. 57, citando la Sentencia del TEDH de 5 de febrero de 2002, *Conka contra Bélgica*.

¹⁴⁸ Sentencia del TEDH de 19 de enero de 2012, *Hirsi Jaaman y otros contra Italia*.

¹⁴⁹ *Vid.* BOZA MARTÍNEZ, *Los extranjeros...*, *cit. supra*, p. 59.

*reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*¹⁵⁰ (en adelante “Ley de asilo”), en la que se transponen varias de las Directivas del SECA.

Por otro lado, el régimen de devolución y expulsión de extranjeros se encuentra regulado en la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*¹⁵¹ (en adelante “Ley de Extranjería”). Concretamente, en el Título III, denominado “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, lo que da pistas sobre la configuración de este procedimiento en nuestro Derecho.

Finalmente, y en relación con el supuesto de hecho objeto de este trabajo, se analizará el *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992*¹⁵² (en adelante “Convenio de 1992”), al que se hizo referencia más arriba.

4.3.1. Ley de Asilo

La Ley de Asilo de 30 de octubre de 2009 supuso la incorporación al ordenamiento español de varias Directivas que, por aquel entonces, formaban el SECA: las predecesoras de las Directivas de procedimiento y reconocimiento ya estudiadas. Ahora bien, dicha transposición no se hizo en plazo. La Directiva 2004/83/CE, de reconocimiento, concedió hasta el 10 de octubre de 2006 para su incorporación (art. 38), y la Directiva 2005/85/CE, de procedimiento, hasta el 1 de diciembre de 2007 (art. 43). Como señala SÁNCHEZ LEGIDO, se trata de una transposición provisional, pues estas Directivas “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”¹⁵³. Buena prueba de esto es la aprobación de nuevas Directivas sustitutivas de las incorporadas mediante la actual Ley de Asilo, como se ha estudiado. Desafortunadamente, este retraso no es aislado. La Directiva de reconocimiento de 2011, objeto de análisis en este trabajo, finalizó su plazo de transposición el 21 de diciembre de 2013 (art. 39), sin que se hubiesen incorporado sus novedades a la Ley de Asilo. Llama la atención que no se aprovechara una reciente reforma¹⁵⁴ para adaptar nuestro ordenamiento, no solo a la Directiva de 2011, sino al paquete normativo del SECA aprobado en 2013 y que ya se ha estudiado.

En cualquier caso, la característica más reseñable del sistema creado por la Ley de Asilo es la existencia de dos procedimientos de examen, dependiendo la tramitación por una u otra vía del lugar de presentación de la solicitud. Así, se distingue entre un procedimiento ordinario¹⁵⁵ para las solicitudes presentadas en territorio (en la Oficina de Asilo y Refugio -en adelante, OAR-, en la Oficina de Extranjeros o en Comisarías de Policía provinciales), y un procedimiento específico para las solicitudes presentadas en

¹⁵⁰ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

¹⁵¹ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

¹⁵² BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992.

¹⁵³ SÁNCHEZ LEGIDO, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular...”, *cit. supra*, p. 16.

¹⁵⁴ Contenida en la Disposición Final Tercera de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2014.

¹⁵⁵ Esta y las siguientes referencias a artículos se entenderán hechas a la Ley de Asilo de 2009, salvo que se indique lo contrario: Art. 24.

frontera¹⁵⁶ (en puestos fronterizos) o en Centros de Internamiento de Extranjeros (en adelante, CIEs)¹⁵⁷, siempre que el solicitante no reúna los requisitos para ingresar al territorio español. La presentación da inicio al procedimiento, formalizándose a través de una entrevista individual con el solicitante¹⁵⁸. El inicio del procedimiento implica la prohibición de devolver o expulsar al solicitante, pudiendo, no obstante, adoptarse medidas cautelares¹⁵⁹. La presentación debe hacerse personalmente o por representante en caso de ser imposible la comparecencia personal, y en el mes siguiente a la entrada en el territorio español o desde que se produjeran los hechos que motivaron el temor fundado a sufrir persecución¹⁶⁰. Ahora bien, el transcurso de este plazo no impide la concesión de la protección; en caso de no ser justificado, implicará que el procedimiento se ventile por el trámite de urgencia del artículo 25.

Por un lado, incluye un procedimiento ordinario estructurado en dos fases: la fase de admisión a trámite y la fase de instrucción. En la primera, el Ministerio de Interior, a propuesta de la OAR, podrá no admitir a trámite la solicitud mediante resolución motivada cuando se dé una de dos circunstancias¹⁶¹: de un lado, la falta de competencia de España con arreglo al Reglamento de determinación del Estado responsable o a los Convenios Internacionales en que sea parte; de otro, el incumplimiento de los requisitos exigibles, que se dará cuando el solicitante ya haya sido reconocido como refugiado en un tercer Estado -en los términos ya estudiados para el tercer país seguro-, cuando su estado de origen sea un tercer país seguro, cuando su solicitud sea posterior y no aporte nuevos elementos relevantes y cuando la persona solicitante sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea. Esta última causa de inadmisión ha sido criticada por la doctrina¹⁶², entre otros motivos, porque el Protocolo al TUE sobre el derecho de asilo a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea -al que remite la Ley de Asilo en este punto- únicamente incluye una presunción *iuris tantum* sobre la consideración del Estado miembro de origen como país seguro; presunción que no impide la potestad de cualquier Estado de otorgar protección a los extranjeros. En cualquier caso, el plazo de resolución es de un mes a contar desde la presentación de la solicitud. El silencio administrativo es positivo¹⁶³.

En cuanto a la instrucción de la solicitud, compete a la OAR. En esta fase se evaluarán las solicitudes para determinar si existen indicios suficientes de persecución o daños graves¹⁶⁴. Por tanto, no es necesaria una prueba plena de que se reúnen en el solicitante las circunstancias que lo hacen merecedor de la protección internacional, sino que basta con una prueba indiciaria que apunte a que se dan dichos presupuestos. Este es un criterio presente de forma consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶⁵. Finalizada la instrucción, se elevarán a estudio de la Comisión

¹⁵⁶ Art. 21.

¹⁵⁷ Art. 25.2.

¹⁵⁸ Art. 17.4.

¹⁵⁹ Art. 19.

¹⁶⁰ Art. 17.1.

¹⁶¹ Art. 20.1.

¹⁶² SÁNCHEZ LEGIDO, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular...”, *cit. supra*, pp. 18 y ss.

¹⁶³ Art. 20.2.

¹⁶⁴ Art. 26.

¹⁶⁵ Por ser reciente e incluir referencias a otras Sentencias del Tribunal Supremo, nos remitimos a la Sentencia de 24 de febrero de 2014, FJ 3.

Interministerial de Asilo y Refugio, que formulará propuesta ante el Ministerio del Interior. Este último es el competente para dictar resolución¹⁶⁶.

Transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud sin que se hubiese notificado resolución alguna sobre la misma, el silencio será desestimatorio¹⁶⁷. El plazo puede prolongarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.7, que remite al artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Según este precepto, podrá ampliarse por una duración de hasta la mitad del plazo establecido, siempre que no haya expirado. La ampliación y sus motivos deben ser comunicados al solicitante. Se trata, pues, de un plazo considerablemente inferior al contenido en la Directiva de procedimiento. Estos plazos se verán reducidos a la mitad¹⁶⁸ cuando concurra alguna de las circunstancias del artículo 25.1, sobre la tramitación de urgencia:

- a) Que parezcan manifiestamente infundadas;
- b) Que el solicitante presente necesidades específicas, en particular menores no acompañados;
- c) Que planteen exclusivamente cuestiones no relacionadas con el examen de los requisitos para la concesión de protección internacional;
- d) Que el solicitante se nacional y proceda de un país considerado seguro, o residiese en uno, de ser apátrida;
- e) Que el solicitante presentase la solicitud habiendo transcurrido el mes al que se refiere el artículo 17.1, sin justificación;
- f) Que el solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o denegación previstos en los artículos 8, 9, 11 y 12¹⁶⁹ de la Ley.

Por otro lado, las solicitudes presentadas en frontera o en Centros de Internamiento de Extranjeros siguen el procedimiento previsto en el artículo 21 de la Ley. La posibilidad de crear procedimientos distintos a los contenidos en la Directiva para las solicitudes presentadas en frontera está expresamente prevista en el artículo 43 de la Directiva de procedimiento (antiguo artículo 35 de la Directiva de procedimiento de 2005). Este procedimiento también se divide en dos fases: la fase de admisión a trámite y la de instrucción, siendo esta última común a la del procedimiento ordinario.

La fase de admisión a trámite en este procedimiento se caracteriza por dos notas: plazos sustancialmente más breves y, sobre todo, la posibilidad de no sólo *inadmitir* a trámite sino también *denegar* la protección. En lo que respecta al plazo, es de 72 horas para las solicitudes en frontera¹⁷⁰ y cuatro días para las de CIEs¹⁷¹ para admitir, inadmitir o denegar la solicitud. La inadmisión procederá en los mismos supuestos que en el procedimiento ordinario. La denegación, en cambio, será posible cuando concurra

¹⁶⁶ Art. 24.2.

¹⁶⁷ Art. 24.3.

¹⁶⁸ Art. 25.4.

¹⁶⁹ La Ley de Asilo contiene las mismas que la Directiva de reconocimiento, que ya se han estudiado en otro apartado (*supra* 2.1).

¹⁷⁰ Art. 19 del Reglamento de la Ley de Asilo (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, BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995).

¹⁷¹ Art. 21.1.

alguna de las circunstancias del artículo 21.2: que se dé alguno de los supuestos contenidos en el artículo 25.1 c), d) y f) o cuando la solicitud sea manifiestamente infundada porque el solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen.

Se produce aquí una clara desviación de la norma impuesta por el artículo 33 de la Directiva de procedimiento, según la cuál “solo” se considerarán inadmisibles las solicitudes en los supuestos previstos en dicho artículo, incorporado a nuestro ordenamiento por el artículo 20 de la Ley de Asilo¹⁷². El apartado 3 del mismo artículo prevé la ampliación del plazo en 10 días cuando se dé el supuesto del 25.1 f) y el ACNUR lo solicite. Se trata, pues de un plazo brevísimo en el cual se examina no sólo la inadmisibilidad de la solicitud, sino que se entra al fondo de la cuestión analizándose tanto la necesidad de la protección como la concurrencia de causas de exclusión.

Contra la resolución que inadmita a trámite o deniegue la solicitud en este procedimiento puede presentarse, en el plazo de dos días desde su notificación, una petición de reexamen, de acuerdo con el apartado 4. La petición suspenderá los efectos de la resolución de inadmisión o denegación, y el Ministro del Interior tendrá el mismo plazo para resolverla, a contar desde la presentación. El apartado 5, finalmente, prevé que el silencio administrativo en cualquiera de las fases de este procedimiento da lugar al inicio del examen por el procedimiento ordinario, así como la autorización de entrada y permanencia provisional del solicitante. Por otro lado, la resolución que admita a trámite la solicitud abre la fase de instrucción, idéntica a la del procedimiento ordinario. Finalmente, el artículo 25.2 establece que las solicitudes presentadas en CIEs han de sustanciarse por la vía de la tramitación de urgencia.

La resolución de concesión del derecho al asilo implica el reconocimiento al beneficiario de la protección de los derechos contenidos en la Convención de Ginebra de 1951, la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración y la normativa de la Unión Europea, así como una serie de derechos. Entre ellos, destacan la protección contra la devolución, la autorización de residencia y trabajo permanente, la expedición de documentos de identidad y viaje, la libertad de circulación o el mantenimiento de la unidad familiar¹⁷³. La resolución de denegación o inadmisión a trámite tendrá como efecto el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable, según corresponda¹⁷⁴, salvo que el interesado reúna los requisitos para permanecer en España en situación de residencia o estancia o que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias¹⁷⁵.

Todas las anteriores resoluciones, a excepción de aquella que haya sido objeto de reexamen, ponen fin a la vía administrativa y son susceptibles de recurso de reposición y de recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa¹⁷⁶. La interposición del recurso contencioso administrativo no suspende la ejecución del acto recurrido

¹⁷² Es este un procedimiento criticado por igual por doctrina y organizaciones no gubernamentales. *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular...”, *cit. supra*, pp. 46 y ss; CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España: Informe 2013*, 2013, p. 77 y ss.

¹⁷³ Art. 36.

¹⁷⁴ Art. 37.

¹⁷⁵ Art. 31.3 de la Ley de Extranjería.

¹⁷⁶ Art. 29.

-generalmente, la devolución-, sino que deberá solicitarse a través del procedimiento del artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (medidas cautelarísimas).

Para finalizar con la Ley de Asilo, resulta apropiado mencionar el intenso papel que juega el ACNUR en el procedimiento de asilo, debiendo ser informado de las solicitudes y la situación de los expedientes, permitiéndosele estar presente en las entrevistas al solicitante, presentar informes para su inclusión en el expediente y tener acceso a los solicitantes¹⁷⁷, además de intervenir en varios momentos procedimentales¹⁷⁸.

4.3.2. Ley de Extranjería

Antes de indagar en el complejo entramado de la Ley de Extranjería, es necesario distinguir entre tres conceptos *a priori* similares: el regreso, la expulsión y la devolución.

El primero de ellos es el que menos problemas plantea de diferenciación presenta. El regreso, conocido en nuestra tradición jurídica como “retorno” hasta la adopción de la Directiva de retorno (que incluye un procedimiento más parecido a lo que en nuestro país es la expulsión), es la consecuencia propia de otro acto administrativo: la denegación de entrada. Ésta tendrá lugar cuando el extranjero no cumpla con los requisitos previstos en la normativa para entrar en el territorio español¹⁷⁹. Como se verá, el regreso se diferencia de los otros dos términos en que no tiene naturaleza sancionadora¹⁸⁰ ni implica la prohibición de volver a intentar la entrada en España. La denegación y el regreso se dan en el procedimiento normal de entrada en España a través de los puestos habilitados al efecto.

Más complicado resulta delimitar los otros dos. En principio, tanto la expulsión como la devolución suponen una medida de alejamiento del extranjero del territorio español. Además, las dos tienen una naturaleza eminentemente sancionadora e implican la imposición o ampliación de una prohibición de entrada en el territorio español. Se diferencian en los supuestos en los que puede aplicarse una u otra. Así, habrá lugar a expulsión cuando el extranjero haya cometido una infracción calificada como muy grave por la Ley de Extranjería; ciertas infracciones calificadas como graves -entre ellas, la estancia irregular en España-, o haya sido condenado por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año¹⁸¹.

Por otro lado, procederá la devolución para los extranjeros que, habiendo sido expulsados con anterioridad, hubiesen infringido la prohibición de entrada en España, además de para los que pretendan entrar ilegalmente en el país. Este último supuesto genera aun más complicaciones para distinguir una de otra. Y es que el Reglamento de la Ley de Extranjería establece en su artículo 23.1 que procederá la devolución cuando el extranjero sea interceptado en la frontera o -y he aquí el problema- en sus

¹⁷⁷ Art. 34.

¹⁷⁸ Arts. 17.3, 18.1, 21.3, 35. *Fin de las referencias a la Ley de Asilo.*

¹⁷⁹ *Esta y las siguientes referencias a artículos se entenderán hechas a la Ley de Extranjería de 2000, salvo que se indique lo contrario.* Art. 26

¹⁸⁰ MOYA MALAPEIRA/HERNÁNDEZ CALERO, “Los controles en frontera: denegación de entrada, orden de regreso y devolución”, en BOZA MARTÍNEZ, D./DONAIRE VILLA, F.J./ MOYA MALAPEIRA, D. (coord.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España – Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Valencia, 2012, pp. 192-240.

¹⁸¹ Art. 57.

inmediaciones. Y es que, ¿qué ocurre con los extranjeros que ya han atravesado la frontera y, por tanto, no “pretenden” entrar sino que ya lo han hecho? La jurisprudencia ha creado una nueva delimitación temporal entre ambas, si bien no ha logrado del todo aclarar esta cuestión¹⁸². Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª) de 22 de diciembre de 2005 entendió que era aplicable la devolución si el extranjero había permanecido menos de 90 días desde la entrada irregular en territorio español y expulsión si había transcurrido dicho plazo¹⁸³. La distinción entre ambas no es baladí, pues los procedimientos a seguir son también diversos, variando las garantías de uno a otro.

Como se ha apuntado, la expulsión -que es el mecanismo que más se asemeja al “retorno” de la Directiva de Retorno en nuestro ordenamiento- se configura como una sanción. De acuerdo con el artículo 57, procederá la expulsión del infractor extranjero cuando se cometa una infracción tipificada como muy grave (art. 54), así como ciertas infracciones calificadas como graves. Tales infracciones son¹⁸⁴:

- Encontrarse irregularmente en territorio español;
- Trabajar en España sin autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar ni de residencia;
- Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de comunicar a las autoridades competentes los cambios en la nacionalidad, estado civil o domicilio o en los datos obligatorios para el padrón;
- Incumplir las medidas impuestas por razones de seguridad pública de presentarse periódicamente o alejarse de fronteras o determinados núcleos de población;
- La participación en la realización de actividades contrarias al orden público calificadas como graves de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

En estos supuestos, la expulsión puede sustituir, para los infractores extranjeros, la sanción general de multa, en atención al principio de proporcionalidad. Asimismo, el artículo 57.2 prevé la expulsión para el extranjero que haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa constituyente de delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año en nuestro país. Según el propio texto, el último supuesto de expulsión no es una infracción sino una “causa de expulsión”, por lo que la expulsión no sería una sanción sino una “medida”. Así lo entiende el Tribunal Constitucional, que no considera que la imposición de una pena privativa de libertad y la expulsión supongan una vulneración del principio *non bis in idem*¹⁸⁵.

¹⁸² MOYA MALAPEIRA/HERNÁNDEZ CALERO, “Los controles en frontera: denegación de entrada...” *cit. supra*, p. 223; HERNÁNDEZ CALERO, “Denegación de entrada, retorno y devolución”, en BOZA MARTÍNEZ/ DONAIRE VILLA/MOYA MALAPEIRA, *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, Valencia, 2011, p. 303.

¹⁸³ FJ 4 de la citada Sentencia.

¹⁸⁴ Art. 53 apartados a), b), c), d) y f).

¹⁸⁵ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ 14: “Es decir, sin mayores matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado. En efecto, la expulsión contemplada en el precepto impugnado consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su

Existen dos vías para dictar la orden de expulsión: un procedimiento preferente (art. 63) y un procedimiento ordinario (art. 63 bis). Dependiendo del supuesto de expulsión, ésta habrá de sustanciarse por uno o por otro. En el caso de la estancia irregular en el territorio español, únicamente procederá el procedimiento preferente si se da una de estas tres circunstancias: que haya riesgo de incomparecencia, que el extranjero evite o dificulte la expulsión o que represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional; de no darse ninguna de estas situaciones, deberá seguirse el procedimiento ordinario. El artículo 63 bis incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el artículo 7 de la Directiva de retorno, relativo a la salida voluntaria. Es ahí donde reside la primera diferencia entre ambos procedimientos. Seguir el procedimiento preferente implica no conceder el plazo de salida voluntaria, posibilidad prevista en el artículo 7.4 de la Directiva de retorno. El procedimiento ordinario, en cambio, incluye un plazo de entre siete y treinta días.

El Reglamento de la Ley de Extranjería detalla la tramitación de la expulsión por ambos procedimientos. En primer lugar, el procedimiento ordinario, regulado en los artículos 226 y siguientes, comienza mediante el acuerdo de iniciación que deberá contener, como mínimo, los siguientes extremos:

- a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.
- b) Hechos que motivan la incoación del procedimiento sucintamente expuestos, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.
- c) Instructor y, en su caso, secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de éstos. Ambos deberán ser funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía¹⁸⁶.
- d) Órgano competente para la resolución del expediente y norma que le atribuye tal competencia.
- e) Indicación de la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad.
- f) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador.
- g) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.
- h) Derecho del interesado a asistencia jurídica gratuita en caso de carecer de recursos económicos, a intérprete, si desconoce la lengua oficial que se utilice, y que la orden de expulsión que se adopte implicará la prohibición de la entrada en España¹⁸⁷.

política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, que no es un derecho fundamental del que aquéllos sean titulares” (el énfasis es nuestro). No es un criterio recibido de forma pacífica en la doctrina. En este sentido, *vid.* Boza Martínez, “Régimen de infracciones y sanciones. La nueva regulación de la expulsión”, en BOZA MARTÍNEZ, D./DONAIRE VILLA, F.J./ MOYA MALAPEIRA, D. (coord.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España... cit. supra*, p. 494.

¹⁸⁶ Art. 220 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, Reglamento de la Ley de Extranjería), BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

¹⁸⁷ Art. 243 Reglamento de la Ley de Extranjería.

La competencia para iniciar el procedimiento recae en los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, los Subdelegados del Gobierno, los Jefes de Oficinas de Extranjería, el Comisario General de Extranjería y Fronteras, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos.

Una vez incoado el procedimiento, se dará traslado de todas las actuaciones del expediente al instructor, y se notificará a los interesados (incluyéndose siempre al expedientado). El expedientado tiene quince días desde que se le notificó el acuerdo para presentar alegaciones y proponer pruebas; en caso de no hacerlo, el acuerdo podrá ser considerado propuesta de resolución si contiene un pronunciamiento preciso. De proponerse pruebas, se abrirá un periodo de prueba de entre 10 y 30 días. Finalizado el mismo, el instructor dictará propuesta de resolución, que se notificará a las partes para que, en un plazo de quince días, presenten las alegaciones que estimen oportunas. Finalizado dicho plazo, se dará traslado al órgano competente para la resolución (la Delegación o Subdelegación del Gobierno¹⁸⁸), que la dictará en diez días.

El procedimiento preferente sigue, en principio, el mismo esquema, detallado en los artículos 234 y siguientes. No obstante, los plazos son considerablemente menores. Así, el plazo para presentar alegaciones y pruebas al acuerdo de iniciación es de 48 horas, al igual que el periodo de audiencia posterior a la propuesta de resolución; el periodo de prueba tendrá, en su caso, una duración de 3 días, y la resolución deberá ser dictada inmediatamente después de haber recibido traslado el órgano competente. Ahora bien, las diferencias con el procedimiento ordinario no acaban en los plazos. De acuerdo con los artículos 63.2 y 63 bis 3, en ambos procedimientos pueden adoptarse las medidas cautelares previstas en el artículo 61, con una excepción muy relevante: la medida de internamiento, que no podrá aplicarse en el procedimiento ordinario. Ésta no podrá tener una duración superior a sesenta días (improrrogables) y deberá acordarse por el Juez previa audiencia del Ministerio Fiscal y del interesado¹⁸⁹.

La resolución también presenta una diferencia entre ambos procedimientos de gran relevancia. Así, y como ya se ha mencionado, la resolución dictada en el procedimiento ordinario deberá abrir un plazo de entre 10 y 30 días desde la notificación de la resolución para el cumplimiento voluntario de la orden de expulsión, prorrogable durante “un tiempo prudencial” de acuerdo con las circunstancias concretas del caso¹⁹⁰. En cambio, la resolución dictada en el procedimiento preferente es de ejecutividad inmediata¹⁹¹, es decir, la interposición de un recurso frente a la misma no implica la suspensión de la orden de expulsión, al margen de que esta sea acordada como medida cautelar en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo. Frente a la orden de expulsión, que pone fin a la vía administrativa¹⁹² caben el recurso de reposición y el recurso contencioso-administrativo.

En ambos procedimientos, la expulsión implica la prohibición de entrada en el territorio español¹⁹³, por un tiempo que se determinará según el caso y que no excederá de los cinco años, diez en caso de que el extranjero suponga un riesgo para el orden

¹⁸⁸ Art. 222 Reglamento de la Ley de Extranjería.

¹⁸⁹ Art. 62.

¹⁹⁰ Art. 63 bis 2.

¹⁹¹ Art. 236.3 Reglamento de la Ley de Extranjería.

¹⁹² Disposición Adicional 14ª Reglamento de la Ley de Extranjería.

¹⁹³ Art. 58.

público o la seguridad nacional. No habrá lugar a tal prohibición en caso de que abandone el país en el plazo de cumplimiento voluntario.

Una vez finalizado el periodo de cumplimiento voluntario, o dictada resolución en caso del procedimiento preferente, se ejecutará la expulsión mediante la detención y conducción del extranjero hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva¹⁹⁴. De no ser posible la ejecución en el plazo de 72 horas, se podrá solicitar la medida de internamiento.

* * *

Como se ha visto, la expulsión requiere de la apertura de un expediente de expulsión y su sustanciación a través de unos procedimientos determinados. Aquí reside una diferencia práctica enormemente importante con la devolución. Y es que, de acuerdo con el artículo 58.3 de la Ley de Extranjería, la devolución no requiere la apertura de expediente. Ahora bien, tratándose de un procedimiento sancionador, debe tener unas mínimas garantías¹⁹⁵. Vale la pena recordar los supuestos en los que procede la devolución: cuando se entra irregularmente en España incumpliendo una prohibición de entrada, de un lado, y cuando se pretenda entrar ilegalmente en el país, de otro.

De acuerdo con el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Extranjería, la primera actuación las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado debe ser la conducción del extranjero que haya pretendido entrar irregularmente en España a comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, donde se procederá a su identificación. El extranjero tendrá derecho a asistencia jurídica y de intérprete. No podrán ser devueltas las embarazadas y las personas enfermas, si la devolución entraña riesgos mayores, ni los solicitantes de protección internacional.

La devolución es acordada por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, según corresponda. De tratarse del primer supuesto de devolución, implicará el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada; el segundo no conllevará la imposición de una prohibición de entrada¹⁹⁶. El artículo 58.6 de la Ley de Extranjería prevé el internamiento para el caso de que no pueda ejecutarse la devolución en 72 horas.

En cuanto al régimen de recursos, es preciso hacer mención a la Disposición Adicional 14ª del Reglamento, según la cual las órdenes de devolución no agotan la vía administrativa¹⁹⁷. Por tanto no cabría en principio recurso contencioso-administrativo sin el previo recurso administrativo. Parte de la doctrina¹⁹⁸ entiende que la jurisdicción contencioso-administrativa sería competente al tratarse de una actuación administrativa por la vía de hecho (art. 13 b) y 25.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pues la devolución no se sustancia a través de expediente. En cualquier caso, parece que sí se podrían adoptar medidas cautelarísimas del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción.

¹⁹⁴ Art. 64. *Fin de las referencias a la Ley de Extranjería*.

¹⁹⁵ HERNÁNDEZ CALERO, “Denegación de entrada, retorno y devolución”, *cit. supra*, p. 301.

¹⁹⁶ Si bien el artículo 58 contiene una prohibición de entrada para este supuesto de un máximo de 3 años, fue declarada inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 de enero.

¹⁹⁷ La doctrina es especialmente crítica con este punto. Así, MOYA MALAPEIRA y HERNÁNDEZ CALERO cuestionan que no ponga fin a la vía administrativa cuando “su configuración actual la sitúa más cerca de la expulsión que de la denegación de entrada, tiene en nuestra opinión un carácter sancionador, y –lo que es más importante– es adoptada por los Delegados o Subdelegados del Gobierno”, *vid.* MOYA MALAPEIRA/HERNÁNDEZ CALERO, “Los controles en frontera: denegación de entrada...” *cit. supra*, p. 224.

¹⁹⁸ HERNÁNDEZ CALERO, “Denegación de entrada, retorno y devolución”, *cit. supra*, p. 304.

4.3.3. *Convenio España-Marruecos*

Se ha comentado la gran relevancia que han adquirido los acuerdos de readmisión en la política comunitaria de inmigración y asilo, haciéndose referencia al acuerdo bilateral suscrito entre España y Marruecos. Firmado en 1992, no entró en vigor hasta 2012, cuando ambas partes se notificaron el cumplimiento de los requisitos constitucionales para su ratificación, de acuerdo con su artículo 16. No obstante, y siguiendo lo establecido en dicho artículo, fue aplicado de forma provisional desde su firma.

El Convenio establece un procedimiento de readmisión de “nacionales de países terceros”¹⁹⁹. Nótese que, en este contexto, nacional de un país tercero implica personas que no son ni españolas ni marroquíes. Por otro lado, el convenio solo incluye a aquellos nacionales de terceros países que entraran irregularmente en el territorio de una de las Partes desde el territorio de la otra.

La readmisión se produce a petición del Estado en el que haya entrado irregularmente el nacional de un tercer país. La solicitud habrá de hacerse en los diez días posteriores a la entrada, y deberá incluir todos los datos relativos identificación del nacional de un tercer país, a su documentación y a las condiciones de su entrada²⁰⁰. La carga de la prueba sobre la entrada desde el Estado requerido pesa sobre el Estado requirente. La aceptación de la readmisión precisa de la expedición de un certificado por parte del Estado requerido en el que consten la identidad y la documentación, en su caso.

Con respecto al procedimiento contenido en el Convenio, cabe plantearse su relación con otros instrumentos y, muy en particular, con la Ley de Extranjería. Según la Disposición Adicional Sexta de este último texto, los extranjeros que en virtud de acuerdos de readmisión suscritos por España deban ser entregados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español, estarán sujetos a lo dispuesto en dichos acuerdos, que deberán contener cláusulas de respeto de los Derechos Humanos. Esa cláusula no puede encontrarse en el articulado del Convenio hispano-marroquí. Además, no existe en el Convenio ninguna disposición que impida la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales. De modo que, en tanto que convenio bilateral de readmisión, habría de interpretarse en el sentido de obligar a ambas Partes Contratantes a aceptar a los extranjeros en los términos previstos en el mismo, al ser la readmisión algo distinto de la devolución y expulsión -reguladas por las legislaciones nacionales-.

5. LA FRONTERA SUR: EL CASO DE CEUTA Y MELILLA.

En los últimos años, la Frontera Sur española y, en concreto, las ciudades enclave de Ceuta y Melilla, han sido escenario de numerosos incidentes en relación con intentos de entrada irregular en España. Como se ha visto, la normativa que se debe tener presente al gestionar la migración y el asilo es extensa y compleja, e incluye salvaguardias que deben aplicarse para poder garantizar el respeto a los Derechos Humanos, en particular el principio de no devolución. Procede, pues, estudiar cuál ha sido la respuesta gubernamental a estos incidentes y analizar la actuación de las autoridades españolas a la luz del marco jurídico que se ha expuesto.

Dos sucesos ocurridos en la Frontera Sur han tenido una especial relevancia. En primer lugar, la repatriación de Isla de Tierra. El 28 de agosto de 2012 se produjo la

¹⁹⁹ Art. 1 Convenio hispano-marroquí de readmisión.

²⁰⁰ Art. 2 Convenio hispano-marroquí de readmisión.

llegada a Isla de Tierra (uno de los islotes de las Islas Alhucemas) de una embarcación con 19 personas de origen subsahariano a bordo, diez hombres, seis mujeres y tres menores de edad²⁰¹. La Guardia Civil trasladó a Melilla a los tres menores y a tres mujeres (las madres de los niños y una embarazada)²⁰², dejando a los demás en la Isla (y, según denuncia CEAR, sin asistencia humanitaria hasta el 31 de agosto). El 1 de septiembre, otra barcaza atraca en el islote con 68 personas, de las cuales 10 serán trasladados²⁰³. La madrugada del 3 al 4 de septiembre, la Guardia Civil procedió a la detención de los 73 restantes²⁰⁴ para su readmisión por Marruecos, que los deportó a Argelia²⁰⁵.

Ante estos hechos, organizaciones no gubernamentales especializadas en inmigración y refugio denunciaron la ilegalidad de estas actuaciones. Así, según el trabajo de CEAR ya citado, los extranjeros no fueron informados sobre su situación legal ni sobre sus derechos y deberes (como el de solicitar la protección internacional); no se identificó a los extranjeros ni se indagó acerca de su origen; fueron trasladados esposados y obligados a recorrer en solitario una veintena de metros en el agua hasta la orilla marroquí, donde esperaban las fuerzas marroquíes, y, en fin, fueron objeto de una expulsión colectiva. Todas estas acusaciones motivaron una queja ante la Defensora del Pueblo, quien solicitó información sobre las mismas a la Secretaría de Estado de Seguridad. En su respuesta, admitió que no se habían efectuado las identificaciones debido a las “circunstancias espacio-temporales” como la oscuridad (las detenciones se hicieron de madrugada) y el oleaje²⁰⁶, y que la readmisión se había llevado a cabo según un acuerdo *ad hoc* suscrito entre Marruecos y España²⁰⁷.

El incumplimiento del sistema de asilo y extranjería vigente en nuestro país es clamoroso. En primer lugar, porque no se ha seguido el procedimiento previsto para las devoluciones, el correspondiente en este caso. Según estipula el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Extranjería, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (la Guardia Civil en este supuesto) deberían haber conducido a todos los extranjeros a la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía correspondiente. Allí, deberían haber sido identificados. La excusa dada por la Secretaría de Estado de Seguridad no es admisible, pues se produjeron traslados de algunas personas especialmente vulnerables, por lo que debería haberse podido llevar también al resto.

En segundo lugar, la entrega a Marruecos no siguió el trámite previsto en el Convenio de 1992, que, de nuevo, prevé la identificación de los extranjeros y la

²⁰¹ CEAR, *Acceso a la protección: un derecho humano*, 2014, pp. 28 y ss, disponible en <http://www.cear.es/publicaciones-elaboradas-por-cear/publicaciones-destacadas> (visitado por última vez el 7 de junio de 2014).

²⁰² *Trasladan a Melilla a seis de los 19 inmigrantes de la Isla de Tierra*, El Mundo, 31 de agosto de 2012, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/08/31/espana/1346416202.html>.

²⁰³ *Trasladados al Peñón de Alhucemas diez inmigrantes subsaharianos que estaban en Isla de Tierra*, Europa Press, 3 de septiembre de 2012, disponible en <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-trasladados-penon-alhucemas-diez-inmigrantes-subsaharianos-estaban-isla-tierra-20120903230207.html>.

²⁰⁴ *España y Marruecos desalojan a los inmigrantes de Isla de Tierra*, El País de 4 de septiembre de 2012, disponible en http://politica.elpais.com/politica/2012/09/03/actualidad/1346702660_647547.html#sumario_4

²⁰⁵ *Marruecos expulsa a Argelia a los inmigrantes de Isla de Tierra*, El País de 4 de septiembre de 2012, http://politica.elpais.com/politica/2012/09/04/actualidad/1346787691_331460.html

²⁰⁶ APDHA, *Derechos humanos en la Frontera Sur 2014*, 2014, pp. 47-48, disponible en <http://www.apdha.org/derechos-humanos-en-la-frontera-sur-2014> (visitado por última vez el 7 de junio de 2014).

²⁰⁷ CEAR, *Acceso a la protección...*, *cit. supra*, p. 30.

recopilación de unos mínimos datos sobre su situación. Tampoco se ejecutó a través de los puestos fronterizos habilitados para ello, sino de una forma prácticamente clandestina. La forma de la entrega a Marruecos también es criticable por un tercer motivo: la posibilidad de que constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes, prohibidos por una miríada de textos como la Constitución Española, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Europea de Derechos Fundamentales o la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es más, ya el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas había condenado a España en 2011 por la muerte en 2007 de un ciudadano senegalés durante una actuación similar²⁰⁸. Por todo lo anterior, es también evidente que se trata de una expulsión colectiva de extranjeros prohibida por el Protocolo número 4, artículo 4, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No es posible que, sin ni siquiera conocer la identidad de los extranjeros, se haya procedido a un análisis razonado e individualizado de cada situación.

La Defensora del Pueblo constató varios de estos incumplimientos en su Informe de 2012²⁰⁹. Además, dos de los extranjeros readmitidos por Marruecos han presentado demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹⁰.

El otro suceso ocurrió más recientemente, el 6 de febrero de 2014. Ese día, varios centenares de personas intentaron entrar en Ceuta desde El Tarajal, uno de los extremos de la valla que rodea la Ciudad Autónoma. Las fuerzas de seguridad de Marruecos detuvieron a alrededor de cien, pero el resto logró acceder al mar. Los momentos posteriores, en los que se produjo la muerte de 15 personas, han dado lugar a un cruce de acusaciones por parte de ONGs especializadas en derechos de los extranjeros y declaraciones del Gobierno. De acuerdo con las primeras, la Guardia Civil fronteriza comenzó disparando pelotas de goma hacia el aire, pero acabaron apuntando directamente al grupo y a los testimonios que llevaban consigo; además, desde una lancha del mismo cuerpo se disparó gas lacrimógeno²¹¹. Cuando alcanzaban el espigón del Tarajal, la Guardia Civil les habría golpeado con las culatas de sus armas para evitar que accedieran a tierra. Tampoco se habría contactado con Salvamento Marítimo ni la Cruz Roja²¹². Finalmente, los que lograron llegar a tierra habrían sido devueltos a Marruecos.

Por su parte, las declaraciones del Gobierno han sido, como mínimo, cambiantes. En las horas siguientes a la tragedia, la Delegación del Gobierno en Ceuta comunicó el incidente, negando cualquier intervención de las fuerzas españolas o que el intento hubiere sido violento, así como que alguno de los extranjeros lograra llegar a territorio español²¹³. En el mismo día, y tras ser publicado en eldiario.es el testimonio de varios de los extranjeros que intentaron la entrada, desde la Guardia Civil se declaró que sí que se había intervenido con balas de fogueo ante su “actitud violenta”²¹⁴. Más tarde, sin haber terminado el día 6 y con nuevos testimonios en los medios, el Ministerio de Interior

²⁰⁸ Comunicación número 368/2008, Decisión aprobada por el Comité en su 47º periodo de sesiones, 31 de octubre a 25 de noviembre de 2011.

²⁰⁹ *Informe Anual a las Cortes Generales 2012*, 2012, p. 148.

²¹⁰ *Dos camerunenses expulsados de la Isla de Tierra denuncian a España ante Estrasburgo*, eldiario.es de 17 de octubre de 2013, disponible en http://www.eldiario.es/desalambre/cameruneses-Isla-Terra-Espana-Estrasburgo_0_186881828.html

²¹¹ APDHA, *Derechos humanos en la Frontera Sur*, cit. supra p. 41.

²¹² APDHA, *Derechos humanos en la Frontera Sur*, cit. supra p. 42.

²¹³ *Al menos 9 personas mueren en un intento de entrada en Ceuta*, eldiario.es de 6 de febrero de 2014, disponible en http://www.eldiario.es/desalambre/personas-mueren-intento-entrada-Ceuta_0_226077460.html

emitió una nueva versión en la que admitía el uso de material antidisturbios (balas de goma, de fogueo y botes de humo), aunque únicamente mientras estaban en tierra marroquí y antes de lanzarse al mar²¹⁵. Al día siguiente, y ante la petición desde los medios de comunicación de que se difundieran las imágenes grabadas por las cámaras de seguridad de la valla, la Guardia Civil respondió que “ninguno de los tres puntos tiene cámaras instaladas”²¹⁶ para, horas después, admitir que las hay pero nadie había procedido a su visionado; no tardó en aparecer una grabación casera de un ciudadano²¹⁷ en la que podía verse claramente como varias personas nadaban hasta la orilla, pisaban suelo español y eran devueltos a través de la valla por la Guardia Civil. Ante la evidencia, llegan las justificaciones más sorprendentes: desde la Guardia Civil, se admitió que las llamadas “devoluciones en caliente” (es decir, sin seguir el procedimiento previsto) son una “práctica habitual” y que, en cualquier caso, los extranjeros no llegaron a territorio español ya que éste empezaría tras la línea formada por los agentes, que harían de frontera²¹⁸. Evidentemente, esto es un disparate, y muestra un problema estructural: las deficiencias en la formación especializada de los agentes fronterizos, situación denunciada por la Asociación Unificada de la Guardia Civil²¹⁹.

Más allá de este problema formativo, resulta preocupante que, confirmando lo que las ONGs llevan tiempo denunciando²²⁰, las “devoluciones en caliente” no sean un hecho aislado, sino una práctica habitual en la frontera con Marruecos, ignorando hasta las (mínimas) garantías que prevé el ordenamiento para la devolución. Nuevamente, estamos ante un caso de expulsión colectiva, muy similar en esencia a la de Isla de Tierra e igualmente proscrita. Y no puede obviarse un elemento fundamental, como es que la mayoría de los extranjeros que han sido expulsados por vías de hecho a Marruecos provienen de Estados cuya situación política podría ser causa suficiente para el reconocimiento del estatuto de refugiado o de la protección subsidiaria. Baste como ejemplo el muy reciente caso de 13 personas de origen subsahariano que, tras alcanzar el islote de Perejil, fueron detenidas por las autoridades marroquíes²²¹. Entre ellas había centroafricanos y chadianos, originarios de Estados fallidos y sumidos en conflictos étnicos de gran violencia, y todos manifestaron a los medios de comunicación su intención de solicitar el asilo.

²¹⁴ “La guardia civil nos ha disparado con balas de goma cuando estábamos en el agua”, eldiario.es de 6 de febrero de 2014, disponible en http://www.eldiario.es/desalambre/Guardia-Civil-disparado-balas-media_0_226078058.html

²¹⁵ *Interior reconoce el uso de balas de goma y botes de humo contra inmigrantes en la tragedia de Ceuta*, eldiario.es de 6 de febrero de 2014, disponible en http://www.eldiario.es/desalambre/Interior-Guardia-Civil-reconocen-inmigrantes_0_226078252.html

²¹⁶ *La Guardia Civil no difunde imágenes de su actuación en la tragedia de Ceuta porque “no hay cámaras”*, eldiario.es de 7 de febrero de 2014, disponible en http://www.eldiario.es/desalambre/Guardia-Civil-fornteriza-tragedia-Ceuta_0_226427634.html

²¹⁷ Disponible en http://www.lasexta.com/noticias/nacional/lasexta-noticias-ofrece-exclusiva-imagenes-inmigrantes-alrededor-ceuta-melilla_2014021800108.html.

²¹⁸ *La Guardia Civil calcula que fallecieron 14 inmigrantes en el espigón de Ceuta*, El País de 7 de febrero de 2014, disponible en http://politica.elpais.com/politica/2014/02/07/actualidad/1391770064_738656.html

²¹⁹ *Asociación de Guardia Civil: “Para que no haya ilegalidades puntuales, necesitamos un protocolo”*, en eldiario.es de 5 de febrero de 2014, disponible en http://www.eldiario.es/desalambre/Asociacion-Guardia-Civil-incumplimientos-necesitamos_0_225727865.html

²²⁰ *Vid.* Informes de APDHA y CEAR *cit. supra*.

²²¹ Lo que constituiría una violación clara de la soberanía española sobre el islote, tan defendida por el Gobierno años atrás y de límites aparentemente muy variables hoy. *Vid.* http://www.eldiario.es/desalambre/Cerca-inmigrantes-llegan-Isla-Perejil_0_266673396.html

Al igual que en el caso de Isla de Tierra, los extranjeros, privados de las salvaguardas del Derecho de extranjería y del Derecho de los refugiados, fueron entregados a las autoridades marroquíes. Marruecos ha sido criticado por diversas ONGs por el trato dispensado a los extranjeros en situación irregular²²², denunciándose incluso el empleo por las fuerzas marroquíes de palizas para amedrentar a los que malviven en las localidades cercanas a la frontera²²³. Incluso amparadas en la legislación vigente, las repatriaciones a este país podrían, por tanto, suponer un riesgo para el respeto al principio de *non refoulement*. Merecen ser destacadas las declaraciones del Ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, acerca de llegar a un acuerdo con Marruecos para crear un mecanismo de “devolución inmediata” de quien trate de entrar de forma “violenta o flagrante”²²⁴. Tal sistema debe descartarse por contrariar, de nuevo, toda la normativa nacional, comunitaria e internacional en la materia.

Tampoco son tranquilizadores los niveles de violencia que se alcanzan habitualmente en la frontera. Son conocidas las imágenes de enfrentamientos, en ocasiones muy duros, entre las fuerzas españolas y grupos de personas que intentan sobrepasar la alambrada que rodea Melilla. Estos últimos episodios han motivado que en los medios de comunicación y en el escenario político se instale el discurso de que España está sufriendo poco menos que una invasión desde el África subsahariana. Así, se han arrojado desde instancias gubernativas cifras alarmantes, como que en Marruecos 40.000 personas están “esperando la ocasión para dar el salto”, en palabras del Ministro del Interior²²⁵, llegando a hablar de una “oleada inmigratoria de miles y miles de personas que pretenden llegar a España y a la Unión Europea de manera ilegal” y vinculando la situación en Ceuta y Melilla a la presencia de mafias. Según cifras recopiladas por Human Rights Watch²²⁶, las estimaciones del Gobierno marroquí cuantificaban entre 25.000 y 40.000 las personas en situación irregular en todo su territorio, una horquilla muy amplia; en 2012 estas estimaciones eran muy inferiores (entre 10.000 y 15.000). Las variaciones en las cifras y la prolongada horquilla aconsejan, a mi juicio, una mayor prudencia en su utilización. Más aun cuando la inmigración no es un problema prioritario para la inmensa mayoría de los españoles. De acuerdo con el Centro de Investigaciones Sociológicas, únicamente un 4,3% de la población considera la inmigración uno de los tres principales retos del momento, frente a porcentajes mucho mayores años atrás en la serie histórica²²⁷.

²²² Por todas, HRW, *Abused and expelled: Ill treatment of Sub-Saharan African migrants in Morocco*, 2014. Disponible en <http://www.hrw.org/reports/2014/02/10/abused-and-expelled>

²²³ CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España: Informe 2013*, cit. *supra*, p. 66.

²²⁴ *Interior ofrece a Marruecos la “devolución inmediata de quienes entren de forma violenta o flagrante en Ceuta y Melilla”*, Europa Press de 20 de febrero de 2014, disponible en <http://www.europapress.es/nacional/noticia-interior-ofrece-marruecos-devolucion-inmediata-quienes-entren-forma-violenta-flagrante-ceuta-melilla-20140220204802.html>

²²⁵ *Fernández Díaz dice que 80.000 migrantes esperan en Marruecos y Mauritania para pasar a España*, Europa Press a 4 de marzo de 2014, disponible en <http://www.europapress.es/epsocial/inmigracion-00329/noticia-amp-fernandez-diaz-dice-80000-migrantes-esperan-marruecos-mauritania-pasar-espana-20140304145456.html>

²²⁶ Extraídas de su informe *Abused and expelled... cit. supra*.

²²⁷ CIS de mayo de 2014, datos disponibles en http://www.cis.es/opencms/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html (visitado por última vez el 3 de junio de 2014)

6. CONCLUSIONES.

La normativa en materia de refugio e inmigración es extensa y compleja debido a varios factores como la existencia de distintos niveles de decisión (nacional, supranacional e internacional); la incidencia de ambas materias en la soberanía de los Estados; la necesidad equilibrar la gestión de los flujos migratorios y la protección de las personas que lo necesiten; el respeto a los Derechos Humanos; o las diferentes realidades socioeconómicas y culturales de los Estados emisores y receptores, e incluso de los Estados receptores entre sí. Se trata, además, de un ámbito normativo en constante cambio. En el ámbito comunitario, la progresiva asunción de competencias por parte de la Unión Europea en esta materia ha venido acompañada, consecuentemente, por una lenta pero intensa tendencia hacia la armonización de los procedimientos de concesión de asilo y del régimen jurídico de la protección internacional a través del establecimiento de un Sistema Europeo Común de Asilo o de los de expulsión de extranjeros en situación irregular, si bien con un enfoque eminentemente centrado en la seguridad. No pueden perderse de vista los tratados internacionales de Derechos Humanos ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que deben ser criterio y límite para la aplicación de estas disposiciones. La legislación nacional española es deudora de estos textos, si bien existen figuras y mecanismos que podrían estar en el límite de lo aceptable a la luz del Derecho comunitario e internacional (como la denegación del asilo en puestos fronterizos y CIEs).

El producto resultante no es perfecto, como se ha señalado en algunas ocasiones en este trabajo. Sin embargo, sí que incluye numerosos salvaguardas tendentes a garantizar el respeto a los Derechos Humanos y, en particular, el derecho al asilo, el principio de no devolución o la dignidad de las personas migrantes y los solicitantes de asilo. Por este motivo, su cumplimiento es de vital importancia. Y es que, al prohibir la entrada en el territorio nacional, proceder a la detención e internamiento de los extranjeros en situación irregular o denegando una solicitud de asilo se está afectando a bienes jurídicos de gran valor, como la libertad de circulación y la seguridad de las personas. Por tanto, es especialmente preocupante que, como se ha constatado en este trabajo, España esté incumpliendo tanto sus compromisos en virtud de tratados internacionales como la propia normativa comunitaria y nacional en la materia. Más aun si este incumplimiento, reiterado, supone la entrega de personas provenientes de países no seguros (como Chad o la República Centroafricana, ya mencionados, pero también Somalia o Eritrea) a las autoridades de Marruecos, un Estado que no tiene reparos en someterlos a malos tratos y expulsarlos sin ninguna garantía a Argelia.

Mediante el recurso al miedo a la inmigración irregular, incoherente con las preocupaciones manifestadas por la sociedad española, en el lenguaje político y mediático se podría estar tratando de justificar estas vulneraciones. Es un camino peligroso y que debe frenarse, más si cabe tras comprobar el ascenso y éxito electorales de grupos y partidos políticos radicalmente xenófobos y antiinmigración por toda Europa: el Partido por la Independencia del Reino Unido, el Frente Nacional francés, Amanecer Dorado en Grecia o el Jobbik en Hungría, entre otros. Tendencia a la que España se mantiene alejada, pero a la que podrían llegar a incitar este tipo de actitudes.

La necesidad de una gestión eficaz de las fronteras no puede ni debe servir para justificar actuaciones contrarias al ordenamiento, más en un ámbito de tanta incidencia para los Derechos Humanos. Debe darse a los extranjeros que acceden a España, por cualquier medio, el tratamiento prescrito en la normativa española. De lo contrario, es imposible que pueda garantizarse que ninguna persona que sufra persecución vuelva al

lugar en el que sus Derechos Fundamentales corren el riesgo de ser violados o a la autoridad de las personas que los hacen peligrar.

Y es que, como escribió Waldo Villalpando, abogado argentino y funcionario del ACNUR cuya cita hago mía: “Al exilio, que es un modo de muerte, ha correspondido siempre un asilo, que en más de un sentido es la vida”²²⁸.

²²⁸ VILLALPANDO, *El asilo en la historia, cit. supra, in fine*.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales

BALDACCINI, A., “The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An analysis of the returns directive”, *European Journal of Migration and Law*, 2009-11, pp. 1-17.

BOZA MARTÍNEZ, D./DONAIRE VILLA, F.J./ MOYA MALAPEIRA, D. (coord.), *Comentarios de la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, Valencia, 2011.

BOZA MARTÍNEZ, D./DONAIRE VILLA, F.J./ MOYA MALAPEIRA, D. (coord.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España – Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Valencia, 2012.

BOZA MARTÍNEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cádiz, 2007.

CARRERA, S./GUILD, E., “The French Presidency’s European Pact on Immigration and Asylum: Intergovernmentalism vs. Europeanism? Security vs. Rights?”, *CEPS Policy Brief*, N° 170, 2008.

DEL VALLE GÁLVEZ, A. (dir.), *Inmigración, seguridad y justicia: problemáticas de España, Marruecos y la Unión Europea en el área del Estrecho*, Madrid, 2012.

GESULFO, A., *La comunidad internacional se hace cargo del problema*, texto completo en: <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/la-comunidad-internacional-se-hace-cargo-del-problema/> (visitada por última vez a de 19 de mayo de 2014).

GUNNING, I., “Expanding the International definition of refugee: a multicultural view”, *Fordham International Law Journal*, 1989-13, pp. 35-85.

HATTON, T.J. / WILLIAMSON, J.G., *The Age of Mass Migrations. Causes and Economic Impact*, Nueva York, 1998.

KARATANI, R., “How History Separated Refugee and Migrant Regimes: In Search of Their Institutional Origins”, en *International Journal of Refugee Law*, 2005-3, pp. 517-541.

KAYA, B., *The Changing Face of Europe: Population Flows in the 20th Century*, Consejo de Europa, 2002.

LIROLA DELGADO, I., “¿Por fin una política de inmigración de la Unión en el Tratado de Lisboa?”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa – La salida de la crisis constitucional*, Madrid, 2008, pp. 539-540.

MARTÍN MARTINEZ, M. M., “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J/CASADO RAIGÓN, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2011, pp. 369-387.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La adhesión de la Unión Europea al CEDH: Algo más que una cuestión meramente jurídica*, Madrid, 2012.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Madrid, 2012.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea – Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, 2002.

MESSINA, A., *The Logics and Politics of Post-WWII Migration to Western Europe*, Cambridge University Press, Nueva York, 2007.

MÜLLER GRAFF, P.C., “The legal basis of the third pillar and its position in the framework of the Union treaty”, *Common Market Law Review*, 1994.

OLMOS GIUPPONI, M. B., “Improving the EU immigration system: reflections in the light of the return directive”, *EUI Working Paper*, 2009-39.

PENNINX, R., “International Migration in Western Europe Since 1973: Developments, Mechanisms and Controls”, *International Migration Review*, Vol. 20, N° 4, 1986, pp. 951-972.

SALINAS DE FRÍAS, A. (dir.), *Inmigración e integración: aspectos sociales y legales*, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ ALONSO, B., “La época de las grandes migraciones: desde mediados del siglo XIX a 1930”, en PIMENTEL SILES (coord.), *Colección Mediterráneo Económico: Procesos migratorios, economía y personas*, 2002, pp. 19-32.

SANZ CABALLERO, S., “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011-1, pp. 99-128.

SOLIMANO, A., *Globalization, history and International migration: a view from Latin American*, Organización Internacional del Trabajo, 2004.

TRUJILLO PÉREZ, A.J./ORTEGA TEROL, J.M. (coord.), *Inmigración y asilo – problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva ley*, Madrid, 2010.

VILA COSTA, B., “El extranjero no comunitario: actualidad y evolución en materia de política común de inmigración: ¿Hacia un posible estatuto coherente?”, *Anuario Internacional CIDOB*, 1996, pp. 161-171.

VILLALPANDO, W., *El asilo en la historia*, texto completo en <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/el-asilo-en-la-historia/> (visitada por última vez el 19 de mayo de 2014).

VILLALPANDO, W., *ACNUR: Cómo honrar su mandato*, texto completo en <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/acnur-como-honrar-un-mandato/> (visitada por última vez el 19 de mayo de 2014).

WANNER, P., *Migration trends in Europe*, Consejo de Europa, 2002.

II. Fuentes documentales y otras fuentes

ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*, Ginebra, 2011.

ACNUR, *Los flujos migratorios mixtos y la protección internacional de refugiados en las Américas: avances y buenas prácticas*, 2006, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4370.pdf?view=1>

APDHA, *Derechos humanos en la Frontera Sur 2014*, 2014, disponible en <http://www.apdha.org/derechos-humanos-en-la-frontera-sur-2014/>

CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España: Informe 2013*, 2013, disponible en http://cear.es/wp-content/uploads/2013/06/InformeCEAR_2013.pdf.

CEAR, *Acceso a la protección: un derecho humano*, 2014, disponible en <http://www.cear.es/publicaciones-elaboradas-por-cear/publicaciones-destacadas>

HRW, *Abused and expelled: Ill treatment of Sub-Saharan African migrants in Morocco*, 2014. Disponible en <http://www.hrw.org/reports/2014/02/10/abused-and-expelled>

OIM, *Migración irregular y flujos migratorios mixtos: enfoque de la OIM*, 2009, (http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf)

III. Resoluciones, informes y legislación

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia», DOUE C 236 de 24 de septiembre de 2005.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “V Informe Anual de Migración y Asilo (2013)”, 2014

Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 (Programa de Tampere).

Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004.

Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado (Diario Oficial L 396, de 31 de diciembre de 2004, p. 0045- 0046).

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el

retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98.

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DOUE L 337, de 20 de diciembre de 2011

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, p. 60.

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se prueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional, DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, p. 96.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2014.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000

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, BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, Reglamento de la Ley de Extranjería), BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

Recomendación del Parlamento Europeo de 14 de octubre de 2004, sobre el Futuro del ELSJ.

Reglamento (CE) No 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, DOUE L 349 de 25 de noviembre de 2004

Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013 y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de la aplicación de la ley, y por

el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, p. 1.

Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida, DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, p. 31.

Resolución 45/158 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1990.

Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

IV. Tratados y otros instrumentos.

Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991, BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994, pp. 10390 a 10422.

Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE C 303, de 14 de diciembre de 2007 y C 83, de 30 de marzo de 2010.

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.

Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht, DOUE C 191, de 29 de julio de 1992, p. 1

Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997 y en vigor desde el 1 de mayo de 1999, DOUE C 340, de 10 de noviembre de 1997, p. 1.

Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 26 de febrero de 2001 y en vigor desde el 1 de febrero de 2003, DOUE C 80 de 10 de marzo de 2001, p.1.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (2007/C 306/01), DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2005.

V. Jurisprudencia

Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 3 de octubre de 1975, *Henning Becker contra Dinamarca*, párrafo 166.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de diciembre de 1986, *Bozano contra Francia*, párrafo 53.

Sentencia del TEDH de 19 de enero de 2012, *Hirsi Jaaman y otros contra Italia*.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014.