

ASILO Y REFUGIO: DERECHOS UNIVERSALES
DEL INDIVIDUO MÁS ALLÁ DE SUS FRONTERAS
NACIONALES. ESTUDIO COMPARADO ENTRE
ESPAÑA Y ECUADOR, CON ATENCIÓN ESPECIAL
A LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS
REFUGIADOS

Yusmany Puerta Martínez

Per citar o enllaçar aquest document:
Para citar o enlazar este documento:
Use this url to cite or link to this publication:
<http://hdl.handle.net/10803/687285>



<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.ca>

Aquesta obra està subjecta a una llicència Creative Commons Reconeixement-
NoComercial-CompartirIgual

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-
CompartirIgual

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-
ShareAlike licence



TESIS DOCTORAL

Asilo y Refugio: derechos universales del individuo más allá de sus fronteras nacionales. Estudio comparado entre España y Ecuador, con atención especial a los derechos sociales de los refugiados

YUSMANY PUERTA MARTÍNEZ

2022



TESIS DOCTORAL

ASILO Y REFUGIO: DERECHOS UNIVERSALES DEL
INDIVIDUO MÁS ALLÁ DE SUS FRONTERAS
NACIONALES. ESTUDIO COMPARADO ENTRE
ESPAÑA Y ECUADOR, CON ATENCIÓN ESPECIAL A
LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS REFUGIADOS

YUSMANY PUERTA MARTÍNEZ

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, ECONOMÍA Y
EMPRESA

Director

Dr. Ferrán Camas Roda

Catedrático de la Universidad de Girona

Memoria presentada para optar al título de doctor por
la Universitat de Girona

Girona, 2022

DEDICATORIA

A mis padres e hijos que
han tenido la paciencia de esperar estos largos años

LISTA DE ABREVIATURAS

En esta lista se presentan las abreviaturas utilizadas de manera más frecuente en la investigación, con el objetivo de informar al lector el significado de cada una y evitar la repetición del nombre completo de organizaciones o instituciones públicas comúnmente identificables por sus siglas en español, aunque su denominación de origen sea en inglés. Se han colocado en orden alfabético para facilitar su consulta sin considerar el orden en que aparecen en la investigación escrita.

- ACNUR. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
- CADH. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- CEDH. Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- CELAC. Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CIJ. Corte Internacional de Justicia.
- COIP. Código Orgánico Integral Penal
- CUE. Carta de la Unión Europea.
- EASO. Oficina Europea de Apoyo al Asilo.
- HIAS. Sociedad Hebrea de Ayuda a Inmigrantes.
- ÍDEM. Lo mismo; en el mismo lugar citado en la nota anterior.
- LOEX. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.
- OC. Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- OIM. Organización Internacional para las Migraciones.
- ONU. Organización de Naciones Unidas

- Op. cit. Obra citada.
- SECA. Sistema Europeo Común de Asilo.
- SJRM. Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes.
- STC. Sentencia del Tribunal Constitucional Español.
- STS. Sentencia del Tribunal Supremo Español.
- TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TJUE. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TUE. Tratado de la Unión Europea.
- UE. Unión Europea.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo analizar de forma comparada los derechos reconocidos a las personas que solicitan y reciben la condición de refugiadas en Ecuador y España, mediante el estudio de las normas nacionales e internacionales vigentes, la doctrina y la jurisprudencia. Los derechos de las personas refugiadas han ido ganando protagonismo debido a las altas cifras de arribos de personas solicitantes de protección internacional a cada uno de estos países. Ecuador en estos momentos a la cabeza de América del Sur con la mayor cifra de refugiados, y España el tercero a nivel mundial en solicitudes de refugio. Armonizar las políticas públicas sobre refugio en el contexto de las circunstancias y ordenamientos jurídicos nacionales con la normativa internacional es uno de los desafíos en ambos países. La acogida de refugiados, así como los mecanismos para garantizar los derechos sociales, como el trabajo y la seguridad social son desafíos que ambos estados enfocan con prioridad. Por ello, todo aporte que se realice ya sea material o doctrinal, como es el caso de este trabajo, puede contribuir a una mejor protección de los derechos de millones de personas que en la actualidad huyen de sus países de origen o residencia por causas ajenas a su voluntad en busca de protección internacional.

PALABRAS CLAVE. PROTECCIÓN INTERNACIONAL, ASILO, REFUGIO, REFUGIADOS, DERECHOS SOCIALES, DERECHO COMPARADO.

ABSTRACT

The objective of this research is to analyze in a comparative way the rights recognized to people who request and receive refugee status in Ecuador and Spain, through the study of current national and international regulations, doctrine and jurisprudence. The rights of refugees have been gaining prominence due to the high numbers of arrivals of people seeking international protection in each of these countries. Ecuador is currently at the head of South America with the highest number of refugees, and Spain is third in the world in refugee applications. Harmonizing public policies on refuge in the context of national circumstances and legal systems with international regulations is one of the challenges in both countries. The reception of refugees, as well as the mechanisms to guarantee social rights, such as work and social security, are challenges that both states focus on as a priority. For this reason, any contribution that is made, whether material or doctrinal, as is the case in this work, can contribute to a better protection of the rights of millions of people who currently flee their countries of origin or residence for reasons beyond their control. at will in search of international protection.

KEYWORDS. INTERNATIONAL PROTECTION, ASYLUM, REFUGE, REFUGEES, SOCIAL RIGHTS, COMPARATIVE LAW.

RESUM

La següent investigació té com a objectiu analitzar de forma comparada els drets reconeguts de les persones que sol·liciten i reben la condició de refugiades a l'Equador i Espanya, mitjançant l'estudi de les normes nacionals e internacionals vigents, la doctrina i la jurisprudència. Els drets de les persones refugiades han estat guanyant protagonisme degut a les altes xifres de persones que arriben sol·licitant protecció internacional a cadascun d'aquests països. Equador en aquests moments a la capçalera d'Amèrica del Sur amb la major xifra de refugiats, i Espanya a tercer a nivell mundial en sol·licitud de refugi. Harmonitzar les polítiques públiques sobre refugi en el context de les circumstàncies i ordenaments jurídics nacionals amb la normativa internacional es un dels reptes en ambdós països. L'acolliment de refugiats, així com els mecanismes per garantir els drets socials, com el treball i la seguretat social, són desafiaments que els dos estats enfoquen amb prioritat. Per això, tota aportació que es realitzi, ja sigui material o doctrinal, com es el cas d'aquest treball, pot contribuir a una millor protecció dels drets de milions de persones que en l'actualitat fugen dels seus països d'origen o residència per a causes alienes a la seva voluntat en busca de protecció internacional.

PARAULES CLAU. PROTECCIÓ INTERNACIONAL, ASIL, REFUGI, REFUGIATS, DRETS SOCIALS, DRET COMPARAT.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	8
NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO Y LAS DERIVADAS EN MATERIA SOCIAL	8
1. Antecedentes del derecho de asilo y refugio.....	8
1.1. Concepto de asilo	11
1.2. Clasificación del derecho de asilo.....	14
1.3. El refugio	21
1.4. Concepto de refugio.....	21
1.2. El derecho de asilo en la comunidad internacional.....	23
1.2.1. El derecho de asilo como compromiso moral.....	24
1.2.2. El derecho de asilo como derecho político	27
1.2.3. Derechos económicos, sociales y culturales de los asilados ...	29
1.2.4. Interés del derecho de asilo territorial para la comunidad internacional.....	31
1.2.5. El estatuto internacional de los refugiados	33
1.2.6. Normas convencionales sobre el estatuto de los refugiados ...	36
1.2.7. Normas protocolares sobre el estatuto de los refugiados	56
CAPÍTULO II.....	57
TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE ASILO.....	57
2.1. Tratado de Funcionamiento de la UE y su importancia en materia de asilo y refugio	58
2.2. El tratado de Ámsterdam, armonización del Sistema Europeo Común de Asilo.....	59
2.3. Bases de los derechos fundamentales en la UE.....	61
2.4. Normas protocolares sobre asilo a los nacionales de la UE.....	63
2.5. El Sistema Europeo Común de Asilo.....	64

2.6. Protección temporal para casos de afluencia masiva de personas de terceros países desplazados por conflictos bélicos	66
2.7. Derecho de asilo y protección subsidiaria de nacionales de terceros países o apátridas en la UE	70
2.8. Determinación del Estado miembro responsable de examinar una solicitud de protección internacional	85
CAPÍTULO III	115
PROCEDIMIENTOS PARA CONCEDER O NEGAR LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL, CONDICIONES DE ACOGIDA Y OTRAS NORMAS DE DERECHO DERIVADOS EN LA UNIÓN EUROPEA	115
3.1. Procedimiento de primera instancia. Jurisprudencia del TJUE	116
3.2. Conceptos de “país de origen seguro”, “tercer país seguro” y “tercer país seguro europeo”	122
3.3. Procedimientos en puestos fronterizos o zonas de tránsito.....	124
3.4. Procedimientos para la retirada de la protección internacional	125
3.5. Procedimientos de recurso y derecho a un recurso efectivo. Jurisprudencia del TJUE.....	126
3.6 Condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional.....	128
CAPÍTULO IV	146
NORMATIVA SOBRE DERECHO DE ASILO Y REFUGIO EN AMÉRICA LATINA, “LA TRADICIÓN LATINOAMERICANA DE ASILO”	146
4.1. Primer tratado sobre el derecho de asilo en el continente americano	147
4.2. Ampliación de los instrumentos regionales bajo el mandato de la Unión Panamericana.....	149
4.3. Normas especiales sobre el asilo político	153
4.4. Normas comunes sobre asilo y refugio	155
4.5. Principios generales sobre derechos y deberes en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	156
4.6. Normas sobre asilo político y de asilo territorial	158
4.7. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	160

4.8. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	162
CAPÍTULO V.....	168
DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DE REFUGIADO EN ECUADOR. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS REFUGIADOS	168
5.1. Asilo diplomático en la tradición latinoamericana	168
5.2. Concepciones doctrinales sobre el asilo diplomático en Latinoamérica	173
5.3. Derecho de asilo y refugio en Ecuador	177
5.4. Antecedentes más importantes sobre derecho de asilo y refugio en el Ecuador	178
5.5. Antecedentes constitucionales y legales sobre derecho y refugio en el Ecuador	179
5.6. Régimen jurídico del asilo diplomático y territorial en el Ecuador	185
5.7. Causas generales de terminación de asilo diplomático	195
5.8. Dos visiones políticas encontradas: el caso de Julian Assange	196
5.9. Régimen jurídico del refugio en Ecuador.....	206
5.10. Migración forzada de colombianos hacia Ecuador	207
5.11. Aspectos generales sobre el refugio en Ecuador	217
5.12. Antecedentes normativos del refugio en el Ecuador.....	228
5.13. Régimen jurídico vigente sobre refugio en el Ecuador.....	235
5.14. El principio de no devolución en la normativa ecuatoriana...	244
CAPÍTULO VI.....	252
DERECHO DE ASILO CONDICIÓN DE REFUGIADO EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS REFUGIADOS	252
6.1. Antecedentes del derecho de asilo y refugio en España	252
6.2. Posición española sobre asilo diplomático.....	262
6.3. Régimen jurídico del asilo territorial en España	267
6.4. El derecho de asilo y la protección subsidiaria en España. Aspectos generales.....	269

6.5. Derecho de asilo en España.....	272
6.6. Aspectos procesales de la solicitud de asilo.....	279
6.7. Protección subsidiaria	292
6.8. El principio de no devolución en la normativa y jurisprudencia española	298
6.9. Condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional, según la nueva normativa española.....	306
CAPÍTULO VII.....	311
ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS ASILADOS Y REFUGIADOS EN EL ECUADOR Y EN ESPAÑA.....	311
7.1. Aspectos generales sobre el estudio comparado	311
7.2. Derechos humanos	314
7.3. Derechos de protección especial	317
7.4. Derecho al trabajo.....	328
7.5. Refugiados, trata de personas y tráfico de migrantes	337
CONCLUSIONES	344
BIBLIOGRAFÍA	362

INTRODUCCIÓN

1) Objeto de la investigación

La presente investigación tiene como objetivo general analizar de forma comparada los derechos estipulados en las normas vigentes que protegen a las personas que reciben la condición de refugiadas y asiladas en Ecuador y España, con el fin de realizar un aporte que ayude a mejorar la situación de los derechos de los migrantes en estos Estados.

El estudio de instituciones del Derecho Internacional Público como el asilo y el refugio, a través de las normas, la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia es el objetivo específico el cual nos permite hacer una valoración de los derechos adquiridos y vulnerados de los individuos más allá de sus fronteras nacionales.

La sistematización de los principales instrumentos internacionales, regionales, comunitarios y nacionales, en materia de asilo y refugio, así como las normas derivadas en materia social, también constituye un objetivo primordial.

El uso de referencias bibliográficas y las estadísticas oficiales al respecto, así con la asistencia del autor a distintos congresos o jornadas que traten sobre la investigación realizada complementan esta labor investigativa. Con lo anterior, se pretende que el autor tenga conocimientos más avanzados sobre el tema en cuestión, lo que garantiza la calidad académica del trabajo doctoral que se presenta.

2) Problema de investigación

En líneas generales hablar del derecho de asilo y refugio conlleva a un estudio que se remonta a las épocas más antiguas de la historia. En

épocas más recientes el derecho de asilo y refugio se ha convertido en un derecho universal.

La región latinoamericana es una región caracterizada por ser una región pacífica, debido a la cierta estabilidad política de sus gobiernos, y de ser una región de paz, así proclamada por la II Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) 2014 “Proclama de América Latina y el Caribe como zona de paz.”¹ En comparación con otras regiones del mundo como África y Asia la región latinoamericana es la de menor porcentaje de refugiados en cifras totales, así lo demuestra el informe “Tendencias Globales Desplazamientos Forzados en 2020” de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).²

Ecuador es el país que ha reconocido a la mayor cantidad de personas refugiadas en América Latina. Hasta diciembre de 2021, más de 71.550 personas habían sido reconocidas como refugiadas. Más del 97% de ellas eran de nacionalidad colombiana.³ Estas altas cifras se deben al desplazamiento que provocan los conflictos armados entre las guerrillas, los paramilitares, el ejército y las bandas de narcotraficantes quienes diezman a las poblaciones cercanas a la frontera de Ecuador.

Por otra parte, la actual crisis humanitaria que vive hoy Venezuela ha conllevado que miles de venezolanos abandonen su país y que se dirijan a los países vecinos, entre ellos Ecuador, en busca de refugio motivado principalmente por la violencia, la inseguridad, la amenaza, y la falta de

¹ CELAC, Proclama de América Latina y el Caribe como zona de paz, (en línea), <http://www.sela.org/celac/cumbres/ii-cumbre-celac-la-habana-2014/>, (Consulta 9 de enero del 2019)

² ACNUR, Tendencias Globales Desplazamientos Forzados en 2020, (en línea) <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/60b638e37.pdf> (Consulta 16 de febrero del 2022).

³ ACNUR, Ecuador, <https://www.acnur.org/ecuador.html#:~:text=Hasta%20diciembre%20de%202021%2C%20m%C3%A1s,de%20una%20decisi%C3%B3n%20del%20Estado.> (consulta 17 de febrero 2022)

alimentos, medicinas y servicios esenciales. El país ha recibido a más de 508.000 personas refugiadas y migrantes de Venezuela. Además, hay más de 7.000 solicitantes de la condición de refugiado, que se encuentran a la espera de una decisión del Estado.⁴ Importante resaltar que estas son las cifras oficiales, lo cierto es que existen muchos más que están de tránsito y otros que no hacen la solicitud de protección internacional.

Otros cientos de miles de estos migrantes venezolanos permanecen sin ningún tipo de documentación o permiso para permanecer regularmente en Ecuador, y por lo tanto carecen de acceso formal a los derechos y servicios básicos. Esto los hace particularmente vulnerables a la explotación laboral y sexual, el tráfico de personas, la violencia, la discriminación y la xenofobia.

En España la situación del asilo y refugio es muy distinta al caso suramericano, la ola de asilados y refugiados históricos son provenientes de Medio Oriente y África, los cuales huyen de sus países debido a la guerra propiamente dicha. Un caso atípico lo constituye el creciente flujo de migrantes de Venezuela, el cual ha elevado en los últimos años las cifras de solicitudes. El gobierno español ha acogidos un total de 46 500 refugiados hasta el 2020, según el último informe sobre Tendencias Globales de Desplazamientos Forzados del ACNUR, y es el tercer país en registrar nuevas solicitudes con una cifra de 88 800, solo por detrás de Estados Unidos y Alemania.⁵

España como parte de la Unión Europea, presenta otro problema, la cuestión fronteriza. Lo cierto es que, a pesar de los fondos de la Unión Europea destinado a los países fronterizos, la posición geográfica de España facilita una mayor arribada de migrantes provenientes del sur, específicamente a través de las ciudades de Ceuta y Melilla. Para frenar

⁴ Ibidem.

⁵ ACNUR, Tendencias Globales Desplazamientos Forzados en 2020, (en línea) <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/60b638e37.pdf> (Consulta 16 de febrero del 2022).

este flujo de migrantes se han tomado diversas medidas desde las más convencionales hasta las menos convencionales, solo es preciso leer la prensa española sobre las masivas entradas de migrantes en los últimos meses por la ciudad de Ceuta, y se verá lo contrario de lo expresado por el Ministro del Interior de España cuando puntualizó que “somos un modelo de referencia para Europa en política migratoria”⁶

España como país miembro de la Unión Europea ha trabajado de conjunto para dar una respuesta más eficaz al tema de la crisis de refugiados, a pesar de ello, los desplazamientos masivos de refugiados de Medio Oriente y de África, los esfuerzos por frenar estas dificultades y el intento de articular un sistema común que acercaran las legislaciones nacionales han fracasado. Las múltiples convenciones de Dublín, I,II,III no han tenido el resultado esperado de unificar un Sistema Común de Asilo Europeo.⁷

Según las cifras totales ofrecidas por el ACNUR, Ecuador recibe un número significativamente mayor de refugiados que España. Los refugiados en España al igual que en Ecuador enfrentan muchas dificultades en su integración a la sociedad, debido a la barrera del idioma, las dificultades para homologar sus títulos profesionales y para encontrar trabajo.

Según informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, el Servicio Jesuita a Migrantes-España y la Cátedra de Refugiados y Migrantes Forzados del Instituto de Migraciones de la Universidad Pontificia Comillas, los refugiados en España tienen muchas dificultades, problemas de acceso y permanencia a alojamiento, desempleo y precariedad laboral, proceso de adaptación

⁶ Véase El país, https://elpais.com/politica/2016/04/29/actualidad/1461939788_786313.html?autoplay=1 (consulta 20 de febrero del 2022)

⁷ SOLANES-CORELLA, A., “El asilo en la Unión Europea insolidaria: ¿cómo repensar el sistema común?”, en *I Congreso Internacional de Derechos Humanos Los derechos de los refugiados y las responsabilidades de Europa*, Valencia, 2017, págs. 3-28.

sociocultural, pobreza y fuerte ajuste de expectativas personales y materiales.⁸

3) Base teórica

El Ecuador es signataria de varios instrumentos regionales relativos al asilo, cronológicamente podemos destacar 1- Convención sobre asilo (La Habana-1928), 2- Convención sobre asilo político (Montevideo-1933). 3- Declaración Universal de Derechos Humanos. 4- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 5- Convención sobre asilo diplomático (Caracas-1954).6- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José-1969).

El Ecuador ratificó la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados el 17 de agosto de 1955. Al haber ratificado esta Convención (y su Protocolo de 1967), el Ecuador se compromete a cumplir con las disposiciones internacionales en materia de derecho Internacional de refugiados. El Ecuador además incluyó las disposiciones de la Convención de 1951 en su legislación nacional a través de la promulgación del Decreto Ejecutivo 3301 de mayo de 1992.

Asimismo, el derecho de asilo y refugio se fundamenta en la nueva Constitución de la República del Ecuador (2008), que reconoce y garantiza: 1) el pleno ejercicio de los derechos, 2) la no devolución cuando la vida, libertad, seguridad o integridad del refugiado o la de sus familiares peligran (artículo 66, 14), 3) la asistencia humanitaria y jurídica en emergencias (artículo 41 y 393), rechaza el racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación (artículo 416.5) y, contempla el principio de ciudadanía universal y la libre movilidad de todos los habitantes del planeta (artículo 416.6).

⁸ IGLESIAS, JUAN., (dir)“¿Acoger sin integrar? El sistema de acogida y las condiciones de integración de personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional en España”, *Asociacion Calver* Número 124, 2018, págs. 1-48.

Por lo que se refiere a España, el Estado se incorporó plenamente al derecho internacional en 1978, año en que además de aprobarse la Constitución vigente se adhirió a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el derecho al asilo quedó consagrado en el texto constitucional. También se adhirió a la Declaración de Asilo Territorial probada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967. Como parte de Unión Europea ha suscrito toda la normativa referente al órgano comunitario, la cual es muy compleja, detallada y robusta.

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, aunque no transpone la modificaciones introducidas por las directivas 2011/95 y 2013/32 de la Unión Europea,⁹ se destaca, por detallar y delimitar “todos los elementos que integran la clásica definición de refugiado: persecución, motivo de persecución y agente perseguidor”; por establecer un procedimiento completo y unificado para determinar la concesión del estatuto de refugiado y la protección subsidiaria; por mejorar significativamente las garantías procedimentales en el examen de las solicitudes; prevé la obligación del Estado de proporcionar servicios sociales y de acogida a las personas solicitantes en estado de necesidad, a la vez que extiende la protección internacional a la familia del beneficiario.

El Asilo y Refugio: derechos universales del individuo más allá de sus fronteras nacionales. Estudio comparado entre España y Ecuador, con atención especial a los derechos sociales de los refugiados, título de esta obra, ha permitido a su autor crear una conciencia universal de la problemática que generan este apasionado tema de los Derechos Humanos, por lo que, la lección más importante a recabar es la necesidad de trabajar de manera conjunta en ambos países, con la ayuda de las

⁹ FAVIERES, P., “Repercusiones de la política europea en materia de asilo y refugio en España”, *Tiempo de Paz* Número 119, 2015, págs. 40-49.

organizaciones internacionales y las ONGs, en las área jurídica y académica.

Ello ha permitido la creación de una conciencia en la generaciones futuras de la necesidad de poner fin a los conflictos armados, principal generador de desplazamientos humanos, como se evidencia en la actual invasión de la Federación Rusa a Ucrania, y que la mejor solución para evitar estos conflictos es el dialogo dentro del Derecho Internacional, convencidos que el futuro de la humanidad, es un futuro de paz, y que un mundo sin conflictos armados, ni desplazamientos humanos es posible, donde los derechos universales estén al alcance de todos y que no sea una quimera para los millones de personas que en la actualidad huyen de sus países de origen o residencia por causas ajenas a su voluntad en busca de protección internacional.

CAPÍTULO I

NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO Y LAS DERIVADAS EN MATERIA SOCIAL

1. Antecedentes del derecho de asilo y refugio

Los antecedentes del término actual de asilo se remontan, según algunos doctrinantes¹⁰ probablemente a la antigüedad por lo que resulta complejo establecer con seguridad el momento exacto de su aparición, “el asilo habría existido desde la antigüedad, en pueblos como el egipcio y el hebreo mediante las llamadas “ciudades refugio”. Asimismo, entre los griegos, existió la costumbre de otorgar protección a cualquier persona que se refugiara en los santuarios, amparándose en el carácter sagrado de los lugares destinados al culto (estatuas, altares y templos de los dioses). En este caso, la garantía del asilo era una cuestión de derecho divino, es decir, que no respondía a principios jurídicos o morales, ni a sentimientos humanitarios, sino más bien, al temor supersticioso del castigo de la

¹⁰ REDONET T LOPEZ-DORIGA, L., *Nacimiento del Derecho de Asilo*, Discurso leído ante la real Academia de la Historia, Madrid, 1928, pág. 10. RICO ALVADE, H., *El asilo Histórico. Análisis Institucional y fuentes jurídicas. Su incidencia en Navarra*, Edit. Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2010 pág. 8. GIL BAZO, T., “La protección internacional del derecho del refugiado a recibir asilo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., (Dir.), *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios sociales, 2ª edición, Madrid, 2003, págs. 681-682. CARLINER, D., “Domestic and International Protection of Refugees”, *Guide to International Human Right Practice*, Edit, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1984, pág. 248. SERRANO MIGALLÓN, F., *El asilo político en México*. Editorial Porrúa, México 1998, págs. 22-23. URQUIDI CARRILO, J.E., “Consideraciones Históricas en Torno al Asilo”. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* Número 13, 1981. pág. 878. SEARA VÁSQUEZ, M., *Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 236. DZUBOW, J. *he ancient origins of asylum: Part I*. (en línea), <http://www.asylumist.com/2014/01/07/the-ancient-origins-of-asylum-part-1/>(consulta febrero de 2020). DÍAZ, L. M., y RODRÍGUEZ DE ITA, G., “Bases histórico-jurídicas de la política mexicana de asilo diplomático” en DUTRÉNIT BIELOUS, S y RODRÍGUEZ DE ITA, G., (Coords.) *Asilo diplomático mexicano en el cono sur*. Instituto de Investigaciones José María Luis Mora, Instituto Matías Romero-Acervo Histórico Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1999, pág. 63. IMAZ, C., “El asilo diplomático en la política exterior de México”, en *Revista Mexicana de Política Exterior* Números 40-41, 1993, pág. 53. LUNA, D. A., *El Asilo Político*. Tesis Doctoral. Edit. Universitaria. “José B. Cisneros” Colección de Tesis Escogidas. Volumen 8. 1962, El Salvador, pág. 19.

divinidad si se violaban los recintos en los que se encontraban las personas protegidas. Este tipo de asilo es conocido como “asilo pagano”.

La etimología moderna del término asilo proviene del griego “ásylon”, que significa el lugar que no puede ser violado, este derivó hacia el latín “*asylum*”, que significa lugar de donde nadie puede ser sacado por la fuerza.¹¹ La práctica del asilo en el cristianismo se inició cuando se erigieron los primeros templos de dicha fe, al tiempo en que ésta se convertía en la religión oficial del Imperio Romano.¹² A partir de allí, la inviolabilidad del asilado provino, primero, del respeto por la investidura del sacerdote que intercedía por el perseguido, y luego de la inviolabilidad del carácter sagrado del recinto. Con ello nació el asilo canónico o eclesiástico.

Con el paso del tiempo, la figura del asilo eclesiástico fue perdiendo fuerza. La aparición de diversos Estados independientes y soberanos en Europa, implicó el aumento de la protección a individuos dentro del territorio del Estado que los recibía, por lo que el asilo territorial empezó a ganar más fuerza, y a su vez, el destierro para criminales comunes se afianzó. La figura jurídica de asilo que conocemos en la actualidad tiene su origen en la Revolución Francesa y la Constitución Francesa de 1793, cuando el asilo dejó de ser una tradición religiosa para adquirir un vínculo civil y contenido político, estrechamente vinculada con el concepto de soberanía estatal y el ejercicio de la extradición.¹³

Asimismo, la incompatibilidad de ideales políticos en el siglo XIX, proveniente de procesos de construcción nacional, dio lugar a un gran flujo

¹¹ FASSIN, D., “La economía moral del asilo. Reflexiones críticas sobre la crisis de los refugiados de 2015 en Europa”, *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, vol. LXX, Número 2, Princeton, págs. 277-290.

¹² VIVÓ UNDAARRENA, E., “Utrumque ius: La Institución del Derecho de Asilo”. *Boletín de la Facultad de Derecho* Número 4, Madrid, 1993. pág. 210.

¹³ GUERRERO VERANO, M. G., “Los refugiados y el derecho de asilo en el contexto internacional” en *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí* Número 1, Segunda época, julio – diciembre 2010, San Luis Potosí, México 2010, pág. 75.

de migraciones en Europa, donde las personas buscaban protección. De esta manera, las leyes y los tratados comenzaron a distinguir entre criminales comunes y políticos, desarrollándose la noción del asilo político. Sin embargo, a pesar del reconocimiento del asilo a favor de los perseguidos políticos, derivado de algunas decisiones concretas de negación de la extradición a ciertas personas en la Europa posrevolucionaria, ello no significó un desarrollo progresivo y vigoroso de la figura del asilo en las jurisdicciones internas de países europeos, ni a través de convenios internacionales.

El asilo diplomático o extraterritorial aparece con el nacimiento de las naciones-estados y el establecimiento de la diplomacia permanente en Europa en los siglos XV y XVI, como resultado de la instalación de las embajadas y del otorgamiento de privilegios personales a embajadores, quienes a partir de entonces gozaron, entre otros, de la inviolabilidad de sus propiedades.

Es importante resaltar que, tras el Congreso de Westfalia de 1648, y la consecuente consolidación de una diplomacia entre los Estados europeos del siglo XVII, surgió la necesidad de establecer ciertas reglas relativas a la inmunidad de la persona del embajador, así como la inviolabilidad de sus propiedades. En consecuencia, la residencia del embajador empezó a ser custodiada, y la misión diplomática se consolidó como un lugar seguro, completamente aislado del ejercicio de la jurisdicción del Estado receptor. Luego de superada la ficción de considerar a las misiones como territorios del país que representan, la inviolabilidad de los locales diplomáticos pasó de responder a una práctica consuetudinaria a codificarse en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

El asilo diplomático y territorial en América Latina fue regulado por primera vez de manera convencional en el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo en 1889, el cual ofreció una perspectiva

común en Latinoamérica sobre el asilo diplomático y el asilo territorial sin llegar a conceptualizarlo, de ello trataremos en el capítulo siguiente. Si bien fue en Europa donde se inicia esta práctica, la cual fue trasladada por los españoles y portugueses, que ya la practicaban cientos de años atrás,¹⁴ en Latinoamérica se practicaba por costumbre a los perseguidos políticos desde las propias guerras de independencia y posteriormente durante las largas y crueles dictaduras, así como también en las innumerables revoluciones.¹⁵

Los fundamentos filosóficos del derecho de asilo están en las nociones de humanidad, dignidad humana y solidaridad o, más aún, en la universalidad de los derechos humanos¹⁶. Los valores en los que sustenta el derecho de asilo son el “Humanista, la solidaridad, la emancipación y la supervivencia.¹⁷ La justificación fundamental de la práctica del asilo es la protección de la vida humana.

1.1. Concepto de asilo

Son muchas las definiciones y clasificaciones que se han abordado desde distintos puntos de vistas sobre el derecho de asilo y el refugio. En este estudio se abordan principalmente los conceptos de asilo, asilo diplomático, asilo territorial, y refugio tal como han sido reconocidos por los instrumentos Internacionales. No obstante, se mencionan algunos de los conceptos más aceptados dentro de la doctrina moderna.

El concepto de asilo como ya se ha mencionado, es antiguo, el mismo ha evolucionado desde el asilo religioso hasta las diferentes prácticas o clasificaciones del derecho de asilo. En el derecho actual se ha asumido

¹⁴ PRIETO GODOY, C. A., Ejercicio del derecho de asilo en la normativa comunitaria y nacional, Tesis doctoral, (s.p), Universidad Complutense, Madrid, 2012.

¹⁵ RONDANINI A., “El derecho a solicitar asilo” en *Derechos Humanos*, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, pág. XIV-6

¹⁶ DE LUCAS, J., “Fundamentos Filosóficos del Derecho de Asilo”, *Derechos y Libertades*, Valencia, 1994, pág. 23-55.

¹⁷ Ídem, pág. 41.

distintos conceptos dado principalmente a que no existe un concepto en la normativa internacional que lo defina expresamente. En este sentido se ha escogido algunos conceptos elaborados por catedráticos de Derecho Internacional de Europa y Latinoamérica.

Para el catedrático emérito de Derecho Internacional Público y Privado de Universidad y antiguo juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Dr. Manuel DIEZ DE VELASCO por, “Asilo se entiende la protección de un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligros por actos, amenazas o persecuciones de las autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades.”¹⁸

Para el profesor emérito de Derecho Internacional en la Universidad Complutense y antiguo juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el Dr. José A. Pastor Ridruejo, el derecho de asilo es: “La protección que dispensa un Estado a una persona no nacional que es objeto de persecución en virtud de motivos políticos o ideológicos por las autoridades de otro Estado.”¹⁹

Ambos conceptos parten del principio de soberanía del Estado, el cual es el único que tiene la potestad de conceder o no el asilo a personas necesitadas de protección internacional. En segundo lugar, se les reconoce a las personas el derecho de solicitar dicho asilo como parte de los derechos humanos y libertades fundamentales. En lo que los autores citados no coinciden es en los motivos que puede originar este derecho; para DIEZ DE VELASCO el motivo es la posibilidad de estar en peligro la vida o la libertad de las personas, mientras para PASTOR RIDRUEJO el motivo es el delito político o ideológico.

¹⁸ DIEZ DE VELASCO, M., “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Edit. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 636.

¹⁹ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Edit. Tecnos, Madrid, 2016, pág. 254

Para HERNÁNDEZ-VELAS SALGADO, profesor emérito de la Universidad Autónoma de México, el derecho de asilo es el “Refugio y protección que buscan y solicitan las personas, y deben brindar los Estados en su territorio o en una instancia o lugar bajo su jurisdicción, debido a la persecución que sufren en diferentes formas, ya sea en su propio país o en el que tengan su residencia habitual; lo que no las exime de una posible responsabilidad ante el derecho internacional por los delitos del orden común que hubieren cometido.”²⁰

HERNÁNDEZ-VELA SALGADO parte del derecho que le otorga los instrumentos internacionales al individuo como un derecho subjetivo, por el cual el Estado receptor debe asegurar “en su territorio o en una instancia o lugar bajo su jurisdicción” la protección internacional, sin importar de donde proceda la amenaza, de un tercer país o del suyo propio. Engloba de esta forma, aunque sin mencionarlo expresamente al asilo diplomático y al asilo territorial por motivos políticos, conceptos que se trataran a continuación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en respuesta a la opinión consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador sobre la interpretación de la Convención Americana, en varios aspectos ha concluido, que el término asilo constituye un concepto ambiguo tanto en derecho nacional como internacional al manifestar distintos significados, por lo que es necesario definir el asilo como “la protección que un Estado ofrece a personas que no son sus nacionales cuando su vida, integridad personal, seguridad y/o libertad se encuentran o podrían encontrarse en peligro, con motivo de persecución por delitos políticos o comunes conexos con estos, o por motivos políticos.”²¹

²⁰ HERNÁNDEZ-VELA SALGADO, E., *Diccionario de Política Internacional*, Edit. Porrúa, México, 2002, pág. 47.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Solicitada por la República de Ecuador, pág. 29

Para el autor de este trabajo la interpretación que se debe dar al artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es, sin llegar a ser ambiguo, la más amplia posible. Esta debe sustentarse en primer orden en el principio del humanismo y como valores de este la solidaridad y la supervivencia. En este sentido la definición de asilo no es más que el derecho del individuo, cuya vida o integridad está en peligro, de pedir a un Estado distinto la protección de este, siempre que los motivos no sean delitos comunes.

Este concepto permite la protección internacional no solo de los delitos políticos sino de todas las circunstancias que se puedan dar en que la vida y la integridad de una persona estén en peligro, ya sea por motivos de raza, sexo, religión, ideología, país de procedencia u opinión política. Solo se exceptúan los delitos comunes, los cuales por su propia naturaleza no deben tener el amparo de las normas internacionales.

1.2. Clasificación del derecho de asilo

Como ya se ha advertido, existen muchas clasificaciones de asilo, si bien esta investigación se enfoca en el asilo territorial y asilo diplomático, es importante sistematizar cuáles son los elementos coincidentes en las definiciones más comunes del derecho de asilo que se pueden encontrar en la doctrina jurídica moderna.

Asilo político: por lo general se entiende por asilo político la necesidad de protección internacional de un individuo frente a su Estado de origen o un tercer Estado por la presunción de haber incurrido en un delito político. Si se hace un análisis del texto literal del artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948²², esta no se

²² NACIONES UNIDAS (en línea) https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf (consulta 20 de febrero del 2019).

refiere al delito político, sino que se infiere de la letra de la misma, cuando dice “que no podrá ser invocado el derecho de asilo en los delitos comunes.” Podría suponer que solo aplica este derecho para los delitos políticos. La cuestión está en determinar qué son los delitos políticos en contraposición de los delitos comunes,²³ pues se ha escrito mucho al respecto desde la perspectiva del Derecho Penal y la Criminología.

No es posible formular un concepto exhaustivo sobre lo que deba entenderse por delito político, la ambigüedad e indeterminación conceptual afecta la interpretación de las normas jurídicas relacionadas con el tema. Según diversos estudiosos del Derecho Penal, el delito político presupone la existencia de un Estado antidemocrático, totalitario, negador de las libertades políticas fundamentales, que no reconoce los partidos políticos, que impide a la oposición política acceder al poder por los medios legales, es un Estado que engendra un Derecho Penal totalitario.²⁴

Por lo cual, ante todas estas calamidades, el presunto “delincuente político” se levanta en su contra para cambiar el orden político existente. Es por ello que se le llama también “delito evolutivo”,²⁵ bajo la presunción de que quien incurre en él está motivado por impulsos nobles y altruistas, pugna por un mundo mejor donde se reconozcan y garanticen plenamente la dignidad, la libertad y los demás derechos del hombre.

El hecho de que no exista una única definición de los delitos que pueda ser compartida por los Estados receptores de las solicitudes de asilo, tiene como una de sus consecuencias que cada Estado independientemente defina si una persona merece o no recibir el asilo que solicita. A ello se añade que cada Estado en su ordenamiento jurídico

²³ “La realidad es que no existen diferencias entre los delitos comunes y otros políticos y que la advertencia de tales móviles es fantástica” FERREIRA DELGADO, F. J., *Derecho Penal Especial* Tomo II, Edit. Temis, Bogotá, 2006, pág. 593

²⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Delito Político y Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, 2006, pág. 403.

²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “El asesinato de Matteotti y el delito político, en *Crónica del crimen*, Edit. Historia Nueva, Madrid, 1929, págs. 244-250.

interno es libre de decidir qué acciones u omisiones pueden ser tipificadas como delitos políticos: en consecuencia, es un acto de soberanía del Estado conceder o no el asilo político. De ahí que la Declaración Universal de los Derechos Humanos tratase con especial referencia al delito político, protegiendo al perseguido mediante la concepción del derecho de asilo.²⁶

Asilo territorial o interno: el asilo territorial o también llamado asilo interno, es el que concede por un Estado protector en su territorio a personas perseguidas con riesgo para su integridad física o su libertad, por ser presunto autor de un delito político.

Para CARRILLO FLORES, abogado, político, ex Secretario de Relaciones Exteriores de México define al asilo territorial como “el que se otorga discrecionalmente a un extranjero para que resida permanentemente o por un tiempo limitado en el Estado que lo acoge, quien al proceder así se limita a ejercer su soberanía; por ello normalmente no puede dar lugar a conflicto real con otro país. Su expresión final es la negativa a conceder la extradición, si ésta es solicitada por otro Estado que invoque que el asilado ha cometido un delito por el que se le va a procesar, se le ha procesado o se le ha condenado.”²⁷

El autor citado considera un acto discrecional y un límite a la soberanía del Estado la concesión del asilo. Para otros autores ya mencionados como PASTOR RIDRUEJO consideran que el asilo territorial “no supone limitación alguna a la soberanía del territorio sino por el contrario, es un ejercicio de la misma”²⁸. Para DIEZ DE VELASCO “la concesión de asilo es un derecho derivado de la soberanía territorial del Estado protector, en cuanto para el individuo una “concesión graciosa del Estado asilante.”²⁹

²⁶ MONTORO BALLESTEROS, A., “En torno a la idea de delito político. (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)” *Anales de Derecho, Universidad de Murcia* Número 18, 2000, págs. 131-156.

²⁷ CARRILLO FLORES, A., *El asilo político en México*, UNAM-IIJ, México, pág. 31.

²⁸ PASTOR RIDRUEJO, J. A., op. cit. pág., 255.

²⁹ DIEZ DE VELASCO, M., op. cit. pág. 637.

La Declaración sobre Asilo Territorial de la ONU considera que la concesión de asilo es un ejercicio de la soberanía del Estado asilante. Es un acto pacífico y humanitario y que, como tal, no puede ser considerado inamistoso por ningún otro Estado. Corresponde al Estado que concede el asilo calificar las causas que lo motivan. De esta forma queda claro que ningún Estado puede oponerse a tal concesión, y que este es un derecho exclusivo y soberano del Estado protector, ello conlleva por supuesto, el respeto de este Estado al propósito de las Naciones Unidas del mantenimiento de la Paz y para ello no permitirán que las personas que hayan recibido asilo se dediquen a actividades contrarias a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en respuesta a la opinión consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador sobre la interpretación de la Convención América en varios aspectos ha dado su interpretación sobre el asilo territorial: consiste en la protección que un Estado brinda en su territorio a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos.³⁰

Asilo diplomático o extraterritorial: el asilo diplomático o extraterritorial es el que se concede en una sede diplomática, nave o aeronave, a un ciudadano de otro Estado, cuya vida o libertad está amenazada o en peligro inminente, lo cual requiere una condición de urgencia, pues no le permite llegar con prontitud al territorio del Estado al que se pretende asilar sin antes ser capturado.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Solicitada por la República de Ecuador, op. cit. pág. 29

Para LESZEK SOSNOWSKI el asilo diplomático es “La circunstancia básica que justifica el consentimiento para asilarse en los edificios de una misión diplomática es la urgencia de la situación en la que se encuentra la persona que busca asilo.”³¹

El asilo diplomático o extraterritorial es una institución con más tradición normativa en los países latinoamericanos. Al respecto en el continente americano se han firmado varias normas que lo rigen: el Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889, la Convención sobre Asilo de la Habana de 1928, la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933, el Tratado de Asilo Político de Montevideo de 1939 y la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo diplomático, de todas y cada una de ellas se tratarán en capítulos posteriores.

La Corte Interamericana definió al Asilo diplomático: consiste en la protección que un Estado brinda en sus legaciones, navíos de guerra, aeronaves militares y campamentos, a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos.³²

La Corte Internacional de Justicia, señaló que Colombia en sus alegatos en el *Caso de Asilo (Colombia Vs. Perú)*³³ ante la institución del asilo en América nació como resultado de la coexistencia de dos fenómenos que se derivan del derecho y la política: por un lado, del poder de los principios democráticos, del respeto al individuo y a la libertad de pensamiento; y por otro, a la frecuencia inusual de revoluciones y luchas

³¹ SOSNOWSKI, L., “Hacia la codificación del asilo diplomático en el Derecho Internacional”, *Revista Latinoamericana* Número 10, 1985, pág. 153.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Solicitada por la República de Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit. pág. 29

³³ Véase un resumen del proceso y la posición de la CI (en línea) <https://www.dipublico.org/cij/doc/13.pdf> (Consultado el 16 de octubre de 2020)

armadas que pusieron en peligro la seguridad y la vida de las personas del bando perdedor.³⁴

Asilo neutral: el asilo neutral es una Institución del Derecho Internacional Humanitario. Para DIEZ DE VELASCO no es más que “la protección que se concede un Estado neutral en tiempo de guerra a miembros de las fuerzas armadas de los Estados beligerantes que buscan refugio en su territorio.”³⁵

El asilo neutral es una práctica de los Estados beligerantes, en este respecto es diferente a los asilos clásicos ya definidos. Los beneficiarios de un asilo neutral son los individuos que se encuentran en guerra, pueden ser miembros de las fuerzas armadas de los beligerantes, prisioneros de guerra escapados, heridos y enfermos civiles o refugiados que escapan del conflicto armado. Los beneficiarios del asilo neutral no pueden continuar en combate ni conservar los instrumentos de combate.

Asilo Emigrante Económico o migración mixta. También llamados refugiados o desplazados en masa, la mayoría de las veces por motivos económicos y de crisis sociopolíticas en sus países de origen. Por lo general este tipo de asilo no goza de protección internacional especial, sino que es tratado por las legislaciones nacionales y su procedimiento está abordado en la legislación ordinaria.

Asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género: Es el que concede por un Estado protector garante de los derechos humanos a las mujeres y a las personas cuya identidad o sexualidad no son normativizadas, al no ajustarse a los parámetros tradicionales y

³⁴ Corte Internacional de Justicia (CIJ), Alegatos, Argumentos Orales, Documentos, *Caso de Asilo (Colombia Vs. Perú)*, vol. I, pág. 25, citado en el Informe del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas a la Asamblea General sobre la *Cuestión del Asilo Diplomático*, 22 de septiembre de 1975, Parte II, párr. 11.

³⁵ DIEZ DE VELASCO, M., op, cit., pág. 637.

heteronormativos del patriarcado, y, en consecuencia, sufren discriminación y persecución.³⁶

El asilo por orientación sexual y/o identidad de género no es reconocido por todos los Estados, dado en gran medida a que no está expresamente plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es una derivación interpretativa del Estatuto del Refugiado³⁷ del Derecho Internacional Humanitario y de la protección subsidiaria en el caso de la Unión Europea y España.³⁸

Según DÍAZ LAFUENTE “este derecho no se trata de una prerrogativa del Estado para ofrecer protección según sus propios intereses, valores o creencias, sino de un derecho humano establecido a nivel internacional,” para él, los Estados signatarios del Convenio del Estatuto del Refugiado están obligados a aceptar este derecho sin objeción, ya que son grupos minoritarios que muchas veces buscan refugio en otros Estados por ser perseguidos y estar en peligro su vida o integridad física.

En esta misma línea, DÍAZ LAFUENTE plantea el enfoque basado en los derechos humanos, “tampoco se trata de un acto de caridad ofrecido a unas personas perseguidas sobre la base de unos mandatos ético-jurídicos, sino del reconocimiento del ejercicio de un derecho cuya titularidad pertenece al individuo como sujeto del Derecho internacional”. La defensa de los derechos de las personas se basa ante todo en los derechos Humanos, establecida en la Declaración Universal por cuanto en ella se establece que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

³⁶ DÍAZ LAFUENTE, J., Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español. Tesis Doctoral (s,p), Universidad de Valencia, Valencia, 2014.

³⁷ MERINO SANCHO, V., “El Sistema Europeo Común de Asilo ante las demandas de asilo por razones de género”, en *Documentación social* Número 180, 2016. págs. 185-201.

³⁸ En la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, se incorporó el motivo de género como uno de los criterios de aplicación para obtener la protección internacional. (Artículo 3)

1.3. El refugio

El refugio por su parte es un fenómeno mucho más reciente. En el periodo del Derecho internacional clásico, desde la creación del Estado moderno, se va formando un derecho común internacional de extranjeros que, después de la primera guerra mundial, será objeto de diversos intentos de codificación internacional.³⁹ Su protección tendrá lugar a través de la celebración de tratados bilaterales, basados en el principio de reciprocidad de trato, que limitaban los derechos soberanos en diversos ámbitos de la actividad humana (civil, mercantil, religiosa).

Después de la primera guerra mundial la protección internacional de los refugiados va a ser relevante, porque se habían generado entre 4 y 5 millones de refugiados. La idea de elaborar una convención internacional para los refugiados es de 1921, cuando se crea el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en lo adelante (ACNUR), con competencia para dar la cualidad de refugiado. A partir de ahí, la legislación internacional irá enriqueciéndose y modificándose hasta nuestros días.⁴⁰

1.4. Concepto de refugio

El derecho de refugio es el concedido por un Estado a personas que han cruzado las fronteras internas o que pretenden hacerlo, por estar su vida en peligro o cuya libertad o seguridad han sido amenazadas por violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en sus lugares de origen o tránsito.

³⁹ FERNÁNDEZ LIESA C. R., “Evolución jurídica internacional del Derecho internacional de los refugiados”, *Tiempo de Paz* Número 119, 2015, págs. 11-19.

⁴⁰ RONDANINI A., “El derecho a solicitar asilo” en *Derechos Humanos*, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, pág. XIV-4.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y su protocolo modificativo de 1967 definen al refugio como aquella persona que: debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

La Convención establece expresamente las causas que justifican la concepción del refugio, esto debe ser “por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”, si bien es cierto que estas causales no son una camisa de fuerza, pues los Estados pueden siempre que sea más beneficiosa para las personas necesidad de protección internacional establecer otras causales, como es el caso de la protección subsidiaria en la Comunidad Europea, mediante la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011,⁴¹ la que abordaremos en el epígrafe 2.7 de este trabajo.

El derecho de asilo y refugio son instituciones que se asemejan, pero son distintas. Si se hace una comparación entre los conceptos definidos en este trabajo sobre asilo y refugio, se llegará a la conclusión que el asilo es más restrictivo que el de refugio, como se pondrá de manifiesto a lo largo de este trabajo. Mientras que, en el derecho de asilo se requiere la urgencia, por estar en peligro inminente de muerte y ser un perseguido

⁴¹ Parlamento Europeo y del Consejo, Directiva 2011/95/UE, 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 (refundición) artículo 2.f.

político por parte de un Estado, el refugio no conlleva esta urgencia y la persecución puede estar motivada por diversas causas: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, así como, el temor puede venir tanto del Estado como de un grupo no asociado a este, como de una persona en particular.

Otro punto de comparación entre ambos conceptos es el régimen jurídico aplicable. El asilado recibe una efectiva protección territorial por parte del Estado protector desde el momento mismo que se le concede tal derecho, en cambio el refugiado según la Convención de 1951 deberá ir ganando progresivamente estos derechos, en función del tiempo de permanencia en el Estado receptor. En contexto, el refugio confiere al refugiado garantías básicas como la “no devolución”, de acuerdo con este principio la persona a la cual se le ha concedido el refugio no podrá ser devuelta por ningún concepto al Estado donde pueda su vida correr algún peligro.

Ambas instituciones jurídicas presentan elementos comunes, por ellos no en pocas ocasiones llegan a confundirse. Ambas son categorías que son producto de la persecución y la violencia a determinadas personas, que dado ese carácter necesitan protección. Esta persecución es motivada en ambas categorías por razones de conciencia, ideológicas y políticas. Se va a excluir de ambas las personas que hayan cometido delitos comunes o delitos que atenten contra la finalidad y principio de las Naciones Unidas.

1.2. El derecho de asilo en la comunidad internacional

Una de las características de los derechos de asilo y refugio es la necesidad de que al menos dos Estados estén de acuerdo en reconocerlo a sus nacionales respectivamente. Dicho de otra manera, no basta con que un Estado a nivel constitucional y legislativo reconozca ambos derechos si los demás no lo hacen, ya que su esencia es precisamente la posibilidad de que las personas se trasladen de uno a otro en busca de protección que

no consiguen en su propio país, donde su vida, libertad o integridad pueda estar en peligro.⁴²

Esa es la esencia de los documentos internacionales que regulan el derecho de asilo que se analiza en este epígrafe: sin la cooperación internacional y la existencia de normas comunes para los Estados el derecho de asilo o el refugio no pasan de ser instrumentos políticos a disposición de los gobernantes; por el contrario, en virtud de las exigencias internacionales las normas y principios que rigen ambos derechos suelen estar sustraídas de las contingencias políticas o los gobiernos de turno, lo que no limita el principio de soberanía nacional en cuanto a decir si se otorga o se niega la protección internacional a un solicitante en particular.

1.2.1. El derecho de asilo como compromiso moral

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 en París por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) es un documento declarativo que sirve de plan de acción global para alcanzar la libertad e igualdad de todos los ciudadanos del planeta. En ella los países acordaron los derechos y libertades que merecen protección universal.

Surgida después de la segunda Guerra Mundial fue el fruto del consenso de las naciones derivado de un proceso que fue cristalizando según historiadores en la última etapa del siglo XVIII con la aparición del constitucionalismo⁴³. Comprende 30 artículos donde se enumeran los principales derechos. Si bien este es un documento declarativo la mayoría de los de Estados actuales ha ratificado su valides.

⁴² MIÑARRO YANINI, M., *La dimensión social del derecho de asilo: estatuto de garantías de integración socio-laboral de los "refugiados"*, Edit. Bomarzo, Albacete, España, 2018.

⁴³ CARBONELL, M., *Derechos Humanos: Origen y Desarrollo*, Edit. Cevallos, Quito, 2013, pág. 25.

Los derechos fundamentales reconocidos en este documento son “ideológicamente neutral, es válida para cualquiera que sea su filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática.”⁴⁴ La Declaración muestra que los derechos humanos son interdependientes e indivisibles. Los 30 artículos de la Declaración tienen la misma importancia. Nadie puede decidir que unos son más importantes que otros. Arrebatarse un derecho tiene un impacto negativo en todos los demás.

En cuanto al asilo plantea, en su artículo 14 inciso 1 “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y disfrutar de él, en cualquier país. 2- Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Ante de hacer un análisis del derecho de asilo en la Declaración Universal es importante destacar el fundamento jurídico filosófico en que se basan los derechos fundamentales. Según el preámbulo el eje fundamental es la “dignidad de los seres humanos”, los cuales son libre e iguales con independencia de su sexo, color, creencias, religión u otras características. Por primera vez el mundo tuvo un documento donde el “ser humano” constituiría el centro de atención, ello influiría en el resto de muchas legislaciones nacionales, modeló la forma de actuar de muchos gobiernos hacia sus ciudadanos y generó un estado global de satisfacción y amor hacia el ser humano.

Los 30 artículos de la Declaración sintetizan los derechos fundamentales del hombre entre los que se incluyen el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la educación, el derecho a no ser sometido a tortura, y el derecho a buscar asilo. Incluye derechos civiles y políticos, como los derechos a la vida, a la libertad y a la vida privada. También

⁴⁴ FERRAJOLI, L., *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Edit. Trotta, Madrid, 2001, pág. 21.

derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos a la seguridad social, la salud y a una vivienda adecuada.

La Declaración ha sido base para desarrollar tratados de derechos humanos en todo el mundo y se convirtió en un referente para las constituciones posteriores, las cuales, en muchos casos, adoptaron la totalidad de los derechos. También se crearon tribunales internacionales de derechos humanos para garantizar la protección de los derechos y libertades contenidos en la Declaración. Tal es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) competentes en sus respectivas regiones.

El derecho de asilo plasmado en la Declaración no es muy diferente a lo estipulado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre seis meses antes en el propio año de 1948. Sin lugar a dudas que el hecho de que se agregara este derecho dentro de los 30 de la Declaración Universal, pone de manifiesto la importancia que desde entonces constituía resguardar la vida y la integridad física de los perseguidos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Solo no brinda protección a los que huyan por motivos de delitos comunes.

Si se toma en cuenta la interdependencia de los derechos de la declaración al relacionar los artículos 1, 2 y 3 con el artículo 14 se puede concluir que el derecho de asilo se puede conceder desde los siguientes puntos de vista, a perseguidos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública, origen nacional, índole social, por su posición económica, por su nacimiento y por cualquier otra condición que no sean las de delitos comunes. Esta última figura es muy amplia lo que da la posibilidad de agregar otras formas de concesión de asilo no previstas hasta entonces y que ya ha sido reinterpretada por algunas legislaciones

progresistas o vanguardistas al agregar el asilo religioso y el asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género.

Es preciso resaltar que, a diferencia de la Declaración Americana y Convención Americana que contienen el derecho a “buscar y recibir asilo”, la Declaración Universal optó por recoger el derecho a “buscar y disfrutar del asilo”. La Declaración Universal adoptó los términos “buscar asilo, y a disfrutar de él” La inclusión del vocablo “recibir” en el proyecto inicial fue resistida por algunos países debido a que se entendía que éste expresaba una obligación a cargo del Estado de otorgar el asilo bajo las condiciones establecidas en la norma. De la redacción definitiva se entiende que, si una persona recibía el asilo por parte del Estado, tenía el derecho a disfrutar de él.⁴⁵

1.2.2. El derecho de asilo como derecho político

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forma parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos cuya relevancia radica en el hecho de ser los pilares en la definición de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. Este recoge derechos humanos individuales como la vida, la libertad y seguridad de las personas, la protección contra la esclavitud y la tortura, pero además reconoce y protege las libertades fundamentales como la libertad de opinión y expresión, de pensamiento, conciencia y religión, y de asociación.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) OC 25/18 de 30 de mayo del 2018, op. cit. pág. 46.

Todas las personas que se encuentren dentro de un Estado firmante del Pacto, (artículo 2) dentro de las que podemos mencionar a los extranjeros, asilados, refugiados y apátridas, que se encuentren legalmente en el país, tienen derecho, sin discriminación alguna, a que se respeten y garanticen los derechos civiles y políticos, derechos dentro de los cuales encontramos, la igualdad, la vida, la libertad personal, la libertad de circulación y residencia o libertad de locomoción, la libertad de asociación, la libertad de expresión y participación política.

Estos derechos se convierten en una obligación para los Estados, que debe adecuar sus legislaciones internas para que estos derechos sean ejercitados y para evitar que leyes preexistentes se contrapongan o superpongan a lo establecido en el pacto, lo cual implica que los servidores públicos no violen los derechos, ya sea de manera directa o indirecta, por lo tanto, tienen la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar.

En virtud de ese artículo 2 los Estados deben garantizar que todas las personas a quienes se violen sus derechos civiles y políticos tengan acceso a un recurso efectivo aun cuando la violación a los derechos se realice por personas en ejercicio de sus funciones. Este recurso debe tener como finalidad amparar, proteger o restablecer los derechos de las personas y puede ser judicial, administrativo, legislativo o de otra naturaleza, debe ser resuelto por una autoridad competente y su resultado debe ser acatado. Si el recurso no fuera judicial, la ley debe regular que las personas tengan oportunidad de usar un recurso judicial.

Los extranjeros que se encuentran lícitamente en un Estado se encuentran protegidos de ser expulsados ilegítimamente del país y solo se puede realizar la salida obligatoria si ésta es acorde a la ley en su artículo 13, de conformidad con el cual los extranjeros gozan además del derecho de solicitar la revisión de su caso ante la autoridad competente, salvo razones de seguridad nacional.

Se considera que un extranjero se encuentra legalmente en el territorio de un país si cumplió con los requisitos de ingreso o residencia. Además de este derecho específico, los extranjeros al ingresar lícitamente al Estado gozan de todos los derechos consagrados en el Pacto, es así como el Estado en el que se encuentren tiene la obligación de garantizar el ejercicio de tales derechos sin discriminación. Por ejemplo, debe garantizárseles la vida, la libertad y seguridad personales, la protección de la ley en condiciones de igualdad, la libertad de religión.

1.2.3. Derechos económicos, sociales y culturales de los asilados

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 entro en vigor el 3 de enero de 1976. Al igual que el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen los pilares de los derechos humanos fundamentales.

Mediante él los Estados partes se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.

Los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Importante destacar que el pacto incluye a los extranjeros y por consiguiente el respeto de las personas asiladas, refugiadas y

apátridas. Se garantizan los derechos laborales básicos como: el derecho al trabajo digno, al salario igualitario sin distinción de género, a la seguridad social, a la seguridad, salud e higiene en el trabajo, el derecho del trabajador a ser promovido a categorías superiores, el derecho al descanso, pausas laborales, a las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Se reconocen otros derechos como el de fundar sindicatos y afiliarse a alguno de ellos. El derecho a la huelga, el derecho al seguro social, el derecho de la familia, el matrimonio debe ser entre dos personas según su elección. El derecho a la pensión por embarazo de la mujer trabajadora. La protección de los niños y adolescentes contra toda forma de explotación. Se reconoce el derecho a la salud, a la educación, el derecho de los padres a elegir la escuela para sus hijos y el derecho a la cultura.

Se reconoce el derecho de las personas a un nivel de vida adecuado, garantizándose, vestido, alimentación, viviendas adecuadas, así como una mejora en las condiciones de vida y existencia. La protección de las personas contra el hambre. Los Estados partes debe garantizar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición.

Por otra parte, hace una salvedad, en cuanto al goce total de los derechos de los extranjeros al establecer para el caso de los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el Pacto a las personas que no sean nacionales suyos, tal como lo prescribe el artículo 2.

Estas limitaciones que de forma general se supeditan a los recursos económicos de los Estados, de alguna forma, crean una brecha, para lograr la plena igualdad de los extranjeros y por ende asilados y refugiados y

apátridas, de los derechos establecidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículos 1 y 2. Basado en ello los Estados pueden negar alguno de los derechos no mencionados expresamente.

1.2.4. Interés del derecho de asilo territorial para la comunidad internacional

La Declaración de Asilo Territorial probada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967. Consta de solo 4 artículos, que tienen un alcance muy significativo en pos de los derechos y garantías de los asilados ya que se les da un estatus superior al considerar a estas personas como “interés para la Comunidad Internacional”. Plantea además que “Cuando un Estado tropiece con dificultades para dar o seguir dando asilo, los Estados, separada o conjuntamente o por conducto de las Naciones Unidas, considerarán, con espíritu de solidaridad internacional, las medidas procedentes para aligerar la carga de ese Estado.”

Durante los debates sobre el proyecto de Declaración definitivo, el asilo diplomático se mantuvo al margen, a pesar de que la Comisión de Derecho Internacional intentó incluir en numerosas ocasiones el tema del asilo diplomático en su agenda de trabajo, dichos esfuerzos resultaron infructuosos, ya que los Estados se han mostrado reacios a la positivización del derecho de asilo. Por lo tanto, el único desarrollo relevante que operó con posterioridad en el sistema universal sobre el instituto del asilo versa sobre el asilo territorial⁴⁶ y fue plasmado en forma de declaración aprobada en el año 1967 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁴⁶ Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Archivo Histórico, Declaración sobre el Asilo Territorial de 1967, (en línea): http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dta/dta_ph_s.pdf. (consulta 25 de marzo de 2020).

La Declaración sobre el Asilo Territorial, en cierto modo, reproduce y amplía las disposiciones ya contenidas en los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Sin embargo, dicho derecho no logró cristalizarse en un tratado de derechos humanos vinculante a nivel universal⁴⁷, como sí lo hizo en el marco regional del sistema interamericano.

Sin lugar a dudas esta declaración tiene un peso importante en defensa de los derechos humanos y del asilo ya que posibilita a los Estados en vías de desarrollo que por su situación geográfica estén más expuestos a recibir asilados, a una ayuda de la comunidad Internacional. Tal es el caso en el actual conflicto de Siria, se han desplazado un gran número de refugiados a Jordania, Turquía y Europa, así como en Suramérica el desplazamiento provocado por las guerrillas en Colombia hacia Ecuador. El Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha jugado desde su creación un papel importante en este aspecto.

También constituye un llamado a los Estados poderosos a no ejercer presión contra los Estados en vías de desarrollo cuando las decisiones soberanas de estos últimos contravengan a sus intereses. Un ejemplo evidente es el caso de Julian Assange, donde el Estado Ecuatoriano recibió un gran apoyo de la comunidad internacional al otorgar asilo político al fundador de WikiLeaks el 16 de agosto del 2012, cuando era eminente su captura por la policía londinense.⁴⁸ De todo ello se hace un análisis en el epígrafe 5.8 de este trabajo.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Julian Assange, es un periodista, programador y activista de internet australiano y naturalizado ecuatoriano. Fundador, editor y porta vos del sitio web WikiLeaks. Autor de epílogo del libro *Underground* de Suelette Dreyfus y de su propia Autobiografía. Ganador de varios premios y condecoraciones entre las más importantes recibió en el 2009 Amnesty International UK Media Award. Ha sido reconocido como periodista por el Centre for Investigative Journalism. Galardonado con el Premio Sam Adams. En abril de 2011 fue nombrado en la lista Time 100 de las personas más influyentes. Acusado de violación en Suecia fue solicitado por la Interpol y detenido en Reino Unido, donde después de ganar la libertad condicional pide asilo político en la Embajada de Ecuador en Londres. Sufrió un confinamiento voluntario por varios años en la sede diplomática ecuatoriana, ya que el gobierno británico se negaba a darle el salvo conducto. El gobierno de Lenin Moreno en Ecuador sucesor del anterior gobierno puso fin al asilo político de

El artículo 3 de esta Declaración, refuerza los principios de antes mencionados de no devolución en las fronteras ni la expulsión en caso de haber entrado al territorio en busca de asilo, siempre que peligre la vida o donde pueda ser objeto de persecución. El artículo 4 hace referencia a que los Estados que concedan asilo no permitirán que las mismas se dediquen a actividades contrarias a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Esto es con el objetivo de la preservación de la paz y la seguridad mundial.

1.2.5. El estatuto internacional de los refugiados

El Estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), fue adoptado por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1950. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, actuando bajo la autoridad de la Asamblea General, asumirá la función de proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de la ONU, a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en el Estatuto, y de buscar las soluciones permanentes al problema de los refugiados, ayudando a los gobiernos y, con sujeción a la aprobación de los gobiernos interesados, a las organizaciones privadas, a facilitar la repatriación voluntaria de tales refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales.⁴⁹

El Alto Comisionado tiene la obligación de asegurar la protección de los refugiados, utilizando los siguientes medios: Promoviendo la conclusión y ratificación de convenios internacionales para proteger a los refugiados,

Assange y lo entrego a las autoridades británicas, donde enfrente cargos por desobediencia y está a la espera que sea solicitado por el Gobierno de los Estados Unidos donde se le acusa de 17 cargos, así como los casos de Suecia que también lo acusa de dos cargos por delitos de violación.

⁴⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Historia del ADNUR*, (en línea) <https://webarchive.archive.unhcr.org/20180307162944/http://www.acnur.org/index.php?id=648>, (consulta 11 de mayo 2020).

vigilando su aplicación y proponiendo modificaciones a los mismos⁵⁰; Promoviendo, mediante acuerdos especiales con los gobiernos, la ejecución de todas las medidas destinadas a mejorar la situación de los refugiados, y a reducir el número de los que requieran protección⁵¹; Asistiendo a los gobiernos y a los particulares en su esfuerzo para fomentar la repatriación voluntaria de los refugiados, o su asimilación en nuevas comunidades nacionales.

Dentro de sus funciones también está la de promover la admisión de refugiados, mediante procedimientos homogéneos y justos ⁵², sin excluir a los de categorías más desamparadas, en los territorios de los Estados; abogar por que se conceda a los refugiados permiso para trasladar sus haberes y especialmente los necesarios para su reasentamiento; obtener de los gobiernos información acerca del número y la situación de los refugiados que se encuentren en sus territorios, y de las leyes y reglamentos que le conciernen; mantenerse en contacto permanente con los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales interesadas; establecer contacto, en la forma que juzgue más conveniente, con las organizaciones privadas que se ocupen de cuestiones de refugiados; Facilitar la coordinación de los esfuerzos de las organizaciones privadas que se ocupen del bienestar social de los refugiados.

Para llevar a cabo este trabajo la ACNUR creo el Manual el cual fue aprobado en 1979 y ha sido reeditado en varias ocasiones este consiste fundamentalmente en una explicación de la definición del término de

⁵⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Mejora de los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones para la legislación y la práctica - Hallazgos y recomendaciones clave*, marzo de 2010, (en línea): <https://www.refworld.org/docid/4bab55752.html> (consultado 14 de mayo 2020).

⁵¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo*, 21 mayo 2010, (en línea): <https://www.refworld.org/es/docid/4c15fed72.html> (consulta el 14 mayo 2020).

⁵² Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión No. 8 (XXVIII), Determinación de la Condición de Refugiado, (28° período de sesiones del Comité Ejecutivo) 1977. (en línea) <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0519.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0519> (consultado 20 de mayo 2020).

refugiado contenido en el Convenio de Ginebra de 1951, además de otras definiciones, como la del Estatuto del ACNUR y de otros instrumentos de carácter regional como la de la Convención de la Unión Africana sobre los refugiados de África 1969, o la de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados 1984. Sobre estas últimas dos, solo hace mención y circunscribe su análisis a los tratados de ámbito universal.

El Manual atiende esencialmente los diversos problemas de interpretación que plantean las definiciones en cuestión, al momento de aplicarse a casos concretos, así como las principales disposiciones que se desprenden de la Convención/Protocolo para los refugiados. En efecto, el Manual del ACNUR es la guía básica en que se apoya la oficina del ACNUR para interpretar la definición de refugiado y es considerada la referencia para un mejor entendimiento de los criterios del ACNUR respecto de la definición de refugiado, por parte de los Estados. El Manual y las Directrices están destinados a servir de guía a los funcionarios gubernamentales, jueces, profesionales, así como el personal del ACNUR en la aplicación de la definición de refugiado.⁵³

La labor del ACNUR en el marco de la Unión Europea es muy significativa, el reconocimiento está avalado por sus facultades consultiva y su misión global. En este escenario se incorporó por vez primera al ACNUR a través de una Declaración, en el Tratado de Ámsterdam, en virtud de la cual se le dotó de facultades consultivas (sin derecho de voto) en cuestiones relacionadas con la política de asilo. Lo que se reitera en el Plan de acción sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia del Tratado de Ámsterdam⁵⁴, y también en Tempere los días 15 y 16 de octubre de 1999, donde además el Consejo Europeo destacó la importancia de consultar al ACNUR sobre cuestiones relacionadas con sus funciones.

⁵³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y directrices sobre procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiados* (en línea) <https://www.acnur.org/5d4b20184.pdf> (20 de marzo 2020).

⁵⁴ GARCÍA DE VINUESA, B., *El asilo a partir de Ámsterdam*, Oficial de Protección, ACNUR, Madrid, diciembre de 2001, pág. 1-5.

La labor del ACNUR se ha convertido en una herramienta necesaria para los Estados, pero más aún para los refugiados. Su labor fue concebida para un periodo de tiempo limitado, no obstante, su labor se ha mantenido debido al incremento del número de refugiados a nivel mundial. Datos de la propia organización estiman que el número de refugiados se ha incrementado paulatinamente desde su creación en 1950, llegando a alcanzar la cifra en la actualidad de 25,9 millones de personas y la cifra continúa creciendo sin que se avizoren posibilidades a la baja ya que este índice es proporcional al número de desplazados que hoy supera la cifra de 70,8 millones de personas en todo mundo.⁵⁵

No obstante, la labor realizada por el ACNUR, la cual se considera necesaria, sus informes y recomendaciones a los Estados no tienen un carácter vinculante. Los Estados utilizan la información brinda por el ACNUR para mejorar las condiciones de los refugiados, dentro y fuera de sus fronteras, en la medida de sus posibilidades. Los órganos jurisdiccionales internos, tienen en consideración los informes sobre los Estados para determinar, los países seguros, donde los refugiados puedan tener mejor acogida, y favorecer el reasentamiento de estos. No obstante, como plantea la Sentencia del TJEU (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013, “tampoco están obligados a recabar la opinión de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.”⁵⁶

1.2.6. Normas convencionales sobre el estatuto de los refugiados

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) fue adoptada el 28 de julio de 1951, por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General. Las naciones presentes en esta

⁵⁵ ACNUR, *Datos Básicos, Anuario Estadístico*, (en línea) <https://www.acnur.org/datos-basicos.html>, (Consulta 9 de 10 del 2019).

⁵⁶ TJUE, Sala Cuarta, Sentencia asunto C-528/11, 30 de mayo del 2013.

Conferencia aprobaron un total de cinco recomendaciones: a)- Referente a los documentos de Viajes, donde exhorta a los Estados a expedir por un lado y a reconocer por otro los documentos de los refugiados. b)- Recomendó que los derechos de los refugiados se extiendan a los miembros de la familia, considerando que la unidad familiar es elemento natural y fundamental de la sociedad. c)- Hace un llamado a los Gobiernos y a los organismos intergubernamentales que apoyen los esfuerzos de los organismos competentes para acompañar a los refugiados en materia jurídica, moral y de servicios social. d) Los gobiernos deberán otorgar derecho a protección especial a las personas abandonan su país de origen a causa de persecución. e) “la esperanza de que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados tenga, además de su alcance contractual, un valor de ejemplo”⁵⁷ e incite a las naciones a adoptar un conjunto de leyes que permita la protección de los refugiados y que garantice el pleno goce de sus derechos según plantea la Convención.

La Convención es el producto del esfuerzo de las Naciones Unidas por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales, supuso para el año de 1951, periodo de la posguerra un marco jurídico apropiado, ya que cumplió el objetivo de dar amparo a gran parte de los desplazados de Europa desde la primera guerra mundial. Se pensó que con la creación de la ONU en 1945 las naciones del mundo mantendrían una paz duradera y con ello desaparecerían los conflictos armados, los desplazados y refugiados. Sin embargo, lejos de desaparecer el mundo no ha estado exento de guerra y lo preocupante es que los necesitados de protección internacional se han multiplicado, por lo que hoy día suponen la necesidad de interpretar y adaptar dicha convención a las circunstancias actuales, así como la búsqueda de nuevas soluciones que den mejores respuestas a las citaciones que se están presentando.⁵⁸

⁵⁷ Organización de Naciones Unidas (ONU), Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, Ginebra, 28 de julio 1951 págs. 6-7.

⁵⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., “La internacionalización de los derechos humanos y los mecanismos de protección de los refugiados” en *El derecho internacional antes las*

La Convención no establece el derecho de asilo como un derecho de manera explícita, se considera incorporado de manera implícita en su texto, solo se hace mención al asilo en el preámbulo para referirse al coste económico que puede suponer para los países receptores con mayor afluencia, y lo mucho que es posible aligerar esa carga económica bajo la cooperación internacional,⁵⁹ no obstante, esta queda tácitamente incluida al mencionar, la protección bajo el principio de no devolución y un catálogo de derechos a los que tienen acceso los refugiados. Es decir, en esos tratados se establecen los principios básicos sobre los cuales se asienta la protección internacional de los refugiados, su situación jurídica y sus derechos y deberes en el país de asilo, así como asuntos relativos a la implementación de los respectivos instrumentos.

La Convención está estructurada por siete Capítulos y 46 artículos en ellos se recogen los principales derechos y obligaciones tanto de las personas refugiadas como de los Estados firmantes de la Convención. En su artículo primero enmarca, los ámbitos en los que geográficamente debía considerarse el refugiado, haciendo una conceptualización poco convencional que se deriva precisamente de los acontecimientos ocurrido en Europa con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial y al cúmulo de normas dispersas que existían antes de llegar a un acuerdo común en cuanto a los procedimientos para encausar el tema. El propio artículo reconoce a los Estados la capacidad de interpretar estos acontecimientos conforme a dos visiones catalogadas por algunos como “eurocéntricas y universal.”⁶⁰ La primera para los acontecimientos ocurridos en Europa y las segunda para el resto del mundo.

migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios, Edit. de la Universidad de Lleida, Lleida, 2005, pág. 64.

⁵⁹ Ídem, pág. 101.

⁶⁰ JIMENEZ, C. “Artículo 18 de CDFEU, Derecho de Asilo” en *La Europa de los Derechos. Un análisis sistemático de los Derechos Fundamentales de la UE*, Edit. Comares, Málaga, 2012, pág. 418.

A lo largo de los años la Convención de Ginebra ha sido interpretada por organizaciones, tribunales de justicia, politólogos y catedráticos del derecho. Los fines han sido siempre los mismo, dotar a la comunidad de una importante obra que coadyuve a mantener sobre el tapete las discusiones sobre el derecho al refugio. Una de las interpretaciones más consultadas sin lugar a dudas es el “Manual de Directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado”. Como se plantea su objetivo es “a servir de guía a los funcionarios gubernamentales, jueces, profesionales, así como el personal del ACNUR en la aplicación de la definición de refugiado.”⁶¹ Teniendo en cuenta que existe esta obra de inigualable valor interpretativo nos vamos a centrar en aquellos conceptos más polémicos que se han suscitado hasta el momento.

Fundados temores de ser perseguida. Esta condición conlleva dos elementos uno objetivo y otro subjetivos, el primero de ellos es el “temor”, este no se puede medir ni comprobar, esta intrínseca en cada ser humano, el hecho de que algo le ocasione temor a una persona en un momento determinado es un acto poco medible. El elemento objetivo está en la “persecución” ya que este si puedes ser comprobado por las autoridades, mediante las alegaciones hechas por el interesado en el proceso de solicitud que puedan ser verificadas y mediante pruebas concretas que pueda traer consigo. Puede interpretarse sobre la información general del país en cuestión. Será necesario tener en cuenta los antecedentes personales y familiares del solicitante, su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político, la forma en que interpreta su situación y sus experiencias personales.⁶²

Discriminación. En el contexto de la norma, la discriminación debe interpretarse cómo el estado de ánimo de una persona con respectos a otra

⁶¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y directrices sobre procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiados* (en línea) <https://www.acnur.org/5d4b20184.pdf> (20 de marzo 2020).

⁶² GALINDO VÉLEZ, F., “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado”, en *Derecho internacional de los refugiados*, coordinada por NAMIHAS, Sandra, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2001, pág. 58

o grupo social, también es un elemento subjetivo porque este depende de cómo es vista la persona de manera externa. “Las medidas de discriminación, aunque no tengan en sí mismas carácter grave, pueden dar lugar a temor justificado de persecución si crean en el fuero interno de la persona de que se trate un sentimiento de desconfianza e inseguridad con respecto a su existencia futura.”⁶³ Este sentimiento de desconfianza conlleva a la persona o familia a procurar refugio en otro Estado. El mayor acto de discriminación será siempre aquel que es propiciado por el propio Estado.

Por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Para ser considerada refugiado, una persona debe mostrar fundados temores de ser perseguida por uno de los motivos más arriba indicados. Se puede experimentar o temer persecución debido a varios de los motivos interrelacionados. Es indiferente que la persecución se produzca por cualquiera de esos motivos o por la combinación de dos o más de ellos⁶⁴. Corresponde al Estado receptor de la solicitud, investigar los hechos, averiguar el motivo o los motivos de la persecución temida y decidir si se reúnen los requisitos exigidos a este respecto por la definición de la Convención de 1951.

El motivo de nacionalidad a veces ha dado lugar a cierta confusión, en ese contexto “nacionalidad” no debe entenderse sólo como “ciudadanía”, sino que designa también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces, puede coincidir con el concepto de “raza”⁶⁵. Las personas apátridas también pueden ser refugiadas bajo la Convención de 1951,

⁶³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y directrices sobre procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiados*, op. cit. pág. 15.

⁶⁴ Ídem, pág. 17.

⁶⁵ SANTOLAYA MACHETTI, P., “Interpretación de la definición de refugiado y situaciones equiparables de protección”, en: *Guía sobre el Derecho de Asilo*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2005, pág. 36.

pueden convertirse en refugiados, su falta de ciudadanía les confiere una severa discriminación que constituye persecución.⁶⁶

La pertenencia a un “determinado grupo social” comprende a personas de antecedentes, costumbres (lengua, creencias) o condición social similares. “Otro enfoque ampliamente utilizado, mantiene que las características que identifican a tales grupos son aquéllas que son innatas o históricas y que, por tanto, no pueden modificarse, o aquéllas que, aunque sea posible cambiar, no se debe exigir que se modifiquen porque están estrechamente ligadas a la identidad de la persona y/o porque son una expresión de derechos humanos fundamentales⁶⁷. Algunos ejemplos del primer tipo de característica podrían ser sexo, orientación sexual y antecedentes culturales. Algunos ejemplos del segundo tipo, podrían ser pertenencia a un sindicato o la vocación de periodista o crítico.”⁶⁸

La persecución por “opiniones políticas” pudiera tener varias interpretaciones. Implica que un solicitante sostiene una opinión que ha sido expresada o que ha llegado a conocimiento de las autoridades. Puede haber también situaciones en las que el solicitante no haya manifestado

⁶⁶ La Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas (de Nueva York, 28 de septiembre de 1954, 360 U.N.T.S. 117) y la Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apátrida (de Nueva York, 30 de agosto de 1961, documento de la ONU A/CONF.9/15, 1961), que abordan este problema y proporcionan el marco legal para la legislación nacional y regional.

⁶⁷ Véanse U.S. Board of Immigration Appeals, Asunto de Acosta, 1 de marzo de 1985, 19 I & N de diciembre de 221, e In re Kasinga, 13 de junio de 1996, Sentencia interina 3278, comunicada en (1997) I.J.R.L. Número especial, 213-234; Supremo Tribunal de Canadá, Fiscal General (Canadá) v. Ward, 30 de junio de 1993, [1993] 2 SCR 689; Junta de Apelaciones de Refugiados (V.B.C.) (2 cap.) (Bélgica), 8 de abril de 1992, E024; Cámara de los Lores, Islam contra el Secretario de Estado del Hogar Departamento, Regina v. Tribunal de Apelaciones de Inmigración, ex parte Shah, 25 de marzo de 1999 [1999] 2 A.C.629; v. también J. Hathaway, págs. 160-161. en, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) “Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los Refugiados”, 2001, pág. 12

⁶⁸ Véanse, por ejemplo, Consejo de Estado (ARRvS) (Países Bajos), 26 de mayo de 1993, R.V., 1993, 4; Federal Tribunal Administrativo (BVerwG), 15 de marzo de 1988, 9 C 178.86; Tribunal Administrativo de Ansbach (VG), 19 de febrero de 1992, AN 17 K 91.44245; Tribunal Administrativo Supremo de Austria (VwGH), 20 de octubre de 1999, 90/01/0197; Conseil d'Etat (Francia), Ourbih, 23 de junio de 1997, 171.858; C.R.R. (Francia), Ourbih, 15 de mayo de 1998, 269,875; Djellal, 12 de mayo de 1999, 328.310. en, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) “Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los Refugiados”, 2001, pág. 12.

de ningún modo sus opiniones, basta alegar el temor de ser perseguido a causa de sus opiniones políticas no necesita demostrar que las autoridades de su país de origen conocían sus opiniones antes de que lo abandonase. El mero hecho de que se niegue a acogerse a la protección de los poderes públicos de su país o a regresar a éste puede revelar su verdadero estado de ánimo y sus temores de ser perseguido.⁶⁹

Se encuentre fuera del país de su nacionalidad. La persona que no era un refugiado al dejar su país, pero que adquiere posteriormente tal calidad, se denomina refugiado “sur place”. Una persona se convierte en refugiado “sur place” en virtud de circunstancias que hayan surgido en su país de origen durante su ausencia; o que ha solicitado la condición de refugiado durante su residencia en el extranjero, y ha sido reconocido como tales, diplomáticos y otros funcionarios que prestan servicios en el extranjero, prisioneros de guerra, estudiantes, trabajadores migrantes y otras personas. Por otra parte, los eventos que dan lugar a un temor fundado pueden ser ajenos al refugiado, como en el caso de un golpe militar en el país de nacionalidad, o pueden estar estrechamente ligados a la conducta del refugiado, como, por ejemplo, las declaraciones públicas en oposición al gobierno del país de origen.⁷⁰

No pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país. Este requisito se refiere a las personas que tienen una nacionalidad. La expresión “no quiera” se refiere a los refugiados que se niegan a aceptar la protección de las autoridades del país de su nacionalidad, por temores de ser engañados o afectados en sus derechos fundamentales. El hecho de que “no quiera” acogerse a esa protección implica la existencia de circunstancias ajenas a la voluntad de la persona, por ejemplo, que el estado entre en guerra con otro estado, una guerra civil, golpe de Estado u otros disturbios graves impidan que el país de

⁶⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y directrices sobre procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiados*, op. cit pág. 20.

⁷⁰ Ídem, pág. 21.

nacionalidad no preste su protección o no pueda prestarla de manera eficaz, es importante además como se ha explicado que exista un fundado temor.⁷¹

O que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Estas mociones deben examinarse en relación con el país “donde antes tenía su residencia habitual” respecto del cual se alegan los temores. Ese país fue definido por los autores de la Convención de 1951 como “el país en que había residido y en el que había sido o temía ser perseguido si regresaba a él”. Este motivo, que concierne a los refugiados apátridas, es comparable a la anterior, que atañe a los refugiados que tienen una nacionalidad.⁷²

Nacionalidad doble o múltiple El párrafo 2) del segundo apartado de la sección A del artículo 1 de la Convención de 1951 usa el término “tengas más de una nacionalidad”, tiene por objeto excluir del estatuto de refugiado a todas las personas de doble o de múltiple nacionalidad que pueden acogerse por lo menos a la protección de uno de los países de que son nacionales. La protección nacional, si se puede recurrir a ella, tiene primacía sobre la protección internacional. Es decir, una persona con doble ciudadanía podrá en primera instancia solicitar la protección de su otro Estado al que es nacional, el cual brindaría la protección necesaria. En este caso no tendría sentido solicitar una protección internacional.⁷³ Las llamadas cláusulas de cesación se refieren a la acción de dejar de ser refugiado, estas comprenden la sección C del artículo 1.

Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad. Este motivo surge como resultado de acciones

⁷¹ Ídem, pág. 22.

⁷² Ídem, pág. 23.

⁷³ Ídem, pág. 23.

voluntarias realizadas por el refugiado, y tienen que dar como resultado que éste pueda en realidad beneficiarse de una protección nacional eficaz y duradera. El Comité Ejecutivo del ACNUR ha declarado que tales situaciones deben significar un cambio profundo y duradero de las circunstancias en un país determinado que los refugiados de ese país ya no requieren protección internacional.⁷⁴

Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente. Se aplica a los casos en que el refugiado, habiendo perdido la nacionalidad del país con respecto al cual se había reconocido que tenía fundados temores de ser perseguido, recobra voluntariamente esa nacionalidad.

Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad. De forma general los estados de derechos, establecen procedimientos para que las personas migrantes sean refugiadas o no, adquieran la nacionalidad del país donde tienen su residencia habitual. En este caso al recibir una nueva nacionalidad, termina su condición de refugiado.

Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida. Este motivo se refiere a los refugiados que, habiendo regresado a su país de origen o al país donde antes tenían su residencia, no habían dejado ya de ser refugiados en virtud de la primera o la segunda cláusula de cesación mientras permanecían en el país de acogida.

Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiado, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad. Las “circunstancias” a que se hace referencia son cambios fundamentales ocurridos en el país que

⁷⁴ Alto Comisionad de las Naciones Unidas (ACNUR) Comité Ejecutivo, Conclusión No. 69 (XLIII), párrafos a) y c).

permiten suponer la desaparición de los motivos que originaron los temores de ser perseguido. Estos cambios deben ser motivo suficiente para considerar que la persona no correrá ningún peligro de volver a este. Al tomar cualquier decisión sobre la aplicación de las cláusulas de cesación basada en “la desaparición de las circunstancias”, los Estados deben evaluar cuidadosamente el carácter fundamental de los cambios ocurridos en el país de nacionalidad o de origen, inclusive la situación general de los derechos humanos, así como la causa específica del temor a ser el objeto de persecución.”⁷⁵

Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiado, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual. Este motivo se refiere como lo descrito en el caso anterior, con la condición que, este caso, hace referencia a los apátridas, ya que especifica que son personas que no tienen nacionalidad.⁷⁶ Las secciones D, E y F del artículo 1 de la Convención contienen disposiciones en virtud de las cuales quedan excluidas de la condición de refugiado personas que por lo demás reúnen las características de los refugiados.

Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Este motivo está determinado para las personas que ya reciben protección o asistencia de las Naciones Unidas. Es decir, se requiere que esa asistencia este en marcha y sea eficaz, una vez que cese esa asistencia de las personas podrán acogerse a los beneficios de la Convención.

⁷⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, N° 69 (XLIII) “Cese De La Aplicación” págs. 1-2.

⁷⁶ Naciones Unidas, *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, 28 de septiembre de 1954, artículo 1.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) refiriéndose a este motivos en la sentencia de 19 de diciembre del 2012⁷⁷ en el asunto C-364/11 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Bíróság (Hungría) Esa petición se ha presentado en el marco de un litigio entre los Sres. Abed El Karem El Kott, A Radi y Kamel Ismail, quienes son todos ellos apátridas de origen palestino, y la Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal (Oficina de Inmigración y Nacionalidad, en lo sucesivo, «BAH») acerca de la denegación por ésta de sus solicitudes de concesión del estatuto de refugiado.

Los solicitantes del refugio, en este caso, habían tenido que huir por diferentes causas de los centros de acogida de la ONU ubicados en palestina, según dicen “en el centro corría peligro su vida”, en su huida deciden trasladarse a Hungría, donde solicitaron a las autoridades asilo.

En este caso el TJUE concluyó que el sentido de que el cese de la protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) “por cualquier motivo” comprende también la situación de una persona que, tras haber recibido efectivamente esa protección o asistencia, deja de obtenerla por un motivo que escapa a su propio control y es independiente de su voluntad.

Corresponde a las autoridades nacionales competentes del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo presentada por esa persona comprobar, basándose en una evaluación individual de la solicitud, que esa persona ha sido forzada a marchar de la zona de operación de ese órgano u organismo, lo que sucede cuando se encontraba en un estado personal de inseguridad grave y el órgano u organismo referido estaba imposibilitado para asegurarle en esa zona condiciones de vida conformes con la misión que incumbe a dicho órgano u organismo.

⁷⁷ Sentencia del TJUE (Gran Sala), C-364/11, 19 de diciembre del 2012.

Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país. Este motivo se refiere a las personas que no se considera necesitadas de protección internacional porque han sido acogidas en un país en el que se les ha concedido la mayoría de los derechos de que normalmente disfrutaban los nacionales, una persona está en gran parte asimilada a la de un nacional del país. Esta persona debe gozar, al igual que un nacional, de plena protección contra la deportación o la expulsión.

La letra F del artículo 1 de la Convención agrupa a un conjunto de motivos de personas a las que no se considera merecedoras de la protección internacional, por haber cometido delitos de guerra, delitos comunes u actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. Son personas respecto a las que existen motivos fundados por los cuales creer que han cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o la humanidad, delitos graves no políticos o actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas⁷⁸. En otras palabras, la exclusión tiene que ver con personas que han cometido actos tan atroces que, aunque tengan un temor fundado de persecución por los motivos establecidos en la Convención, su conducta personal ha sido tan horrenda que no son dignas de recibir protección internacional bajo la Convención.⁷⁹

⁷⁸ Adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional Penal, enmendada por proces-verbaux del 10 de noviembre de 1998 y 12 de julio de 1999. Son especialmente relevantes para el asunto de exclusión, los párrafos 6, 7 y 8 del Estatuto, los cuales definen el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

⁷⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y directrices sobre procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiados*, op. cit. pág. 33.

Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad. Estos términos están definidos por los instrumentos internacionales. Crímenes Contra La Paz: “a saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.”⁸⁰

Crímenes de Guerra: “a saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes.”⁸¹

Crímenes Contra la Humanidad: “a saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.”⁸²

Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado. Este motivo de exclusión se refiere a los delitos comunes o lo que es lo mismo, no políticos. El término “grave” visualiza un acto serio sujeto a castigo, y no una ofensa menor,

⁸⁰ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 1945, artículo 6.

⁸¹ Ídem.

⁸² Ídem.

aún si se refiere a esta última como un “delito” en el código penal u otra legislación de un país. La gravedad no sólo es cuestión del tratamiento que tiene en las leyes nacionales, sino que también debe tomar en cuenta el derecho comparado e internacional. El delito en cuestión tiene que haberse cometido "fuera" del país de asilo antes de ser admitido como refugiado en el mismo. Los delitos comunes cometidos en el territorio del país de asilo, deben estar sujetos a la jurisdicción penal de ese Estado.⁸³

Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. Las finalidades y los principios de las Naciones Unidas están expuestos en el Preámbulo y en los Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas. En ellos se enumeran principios fundamentales que deben regir la conducta de sus miembros entre sí y en relación con la comunidad internacional en general. Dentro de las finalidades encontramos “practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos.”⁸⁴

De igual mare se establece como principio “mantener la paz y la seguridad internacional”, “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”, “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales.”⁸⁵

⁸³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y directrices sobre procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiados*, op. cit. pág. 33.

⁸⁴ Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo, 26 de junio de 1945.

⁸⁵ Ídem, artículo 1.

En cuanto a las obligaciones generales de los refugiados, la Convención expresa en su artículo 2 que estos deben respetar y acatar las leyes del país que les dio refugio, así como abstenerse de realizar actos en contra del orden público existente en dicho Estado. Los Estados partes tienen prohibido discriminar por motivos de raza, religión o país de origen a las personas, que solicitan refugio, según el artículo 3. También, deben otorgar a los refugiados un trato por lo menos parecido, al otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad religiosa de sus hijos.

Posteriormente, la Convención detalla en sus artículos, la condición jurídica de los refugiados ya sea en lo referente a su estatuto personal, a sus bienes muebles e inmuebles, a sus derechos de propiedad intelectual e industrial, a sus derechos de asociación, de acceso a los tribunales. También regula lo referente al empleo remunerado del refugiado, al ejercicio de profesiones liberales, a la vivienda, educación y asistencia pública a los refugiados; además de ciertas medidas administrativas.

Les está prohibido a los Estados firmantes de la convención, de acuerdo al artículo 33, devolver en caso de ingresar a su territorio a personas necesitadas de protección internacional, esto se conoce como el principio de no devolución (“refoulement”). Es una garantía que debe ofrecer el Estado a las personas perseguidas donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

Según el propio artículo no podrá invocar este beneficio aquella persona que haya actuado en contra al propósito de la Naciones Unidas o que constituya un peligro para la seguridad del país donde pretende ser acogido, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad

de tal país. “El Comité Ejecutivo del ACNUR ha reiterado en compromiso de los Estados de observar este principio en la práctica.”⁸⁶

En resumen, no se trataría de un derecho de la persona solicitante de protección internacional sino de una facultad del Estado al que se dirige la petición, que puede conceder o no la protección internacional y en consecuencia devolver a su país de origen a la persona solicitantes siempre que no estén presentes las causas que la costumbre o los instrumentos internacionales han establecido como límites a la soberanía estatal en materia de asilo y refugio.

En tal sentido Ellen D'ANGELO ha delimitado cuatro criterios de interpretación y aplicación del principio de no devolución que denomina *absolute state sovereignty approach*, *collective approach to non-refoulement*, *collective approach with a twist* y *restrictive definitional approach*.⁸⁷ Cada una de ellas pasamos a explicarla a continuación, para luego indicar cuál es la que se aplica en el Ecuador.

Enfoque de la soberanía estatal absoluta. Los Estados que siguen este enfoque conciben su obligación de no devolución en virtud de la Convención de 1951 como aplicable solo cuando una persona que solicita el estatuto de refugiado llega con éxito a sus fronteras. Estos estados no encuentran ninguna obligación en la Convención de 1951 que requiera que las partes faciliten la llegada de refugiados a su territorio.

Por sí misma, la propuesta es relativamente indiscutible: la Convención de 1951 no tiene un lenguaje que requiera que los estados ayuden a los refugiados a salir de su país de origen y, sin embargo, los Estados que apoyan este enfoque sostienen que prevenir afirmativamente que los refugiados potenciales lleguen a sus fronteras también es

⁸⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Comité Ejecutivo, Conclusiones No. 6 (XXVIII), “No devolución”, pág. 1.

⁸⁷ D'ANGELO, E., “Non-Refoulement: The Search for a Consistent Interpretation of Article 33”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, págs. 279-315.

consistente con las obligaciones de la Convención de 1951. Este enfoque además reconoce que la Convención de 1951 como apoyo para una distinción crucial entre expulsar a un refugiado que ha obtenido acceso a la frontera de un estado, lo que no permite el artículo 33.

Enfoque colectivo de la no devolución. Este enfoque implica una intrincada serie de mecanismos utilizados por los Estados, amparados por acuerdos multilaterales y bilaterales, para reubicar a los refugiados de un Estado a otro. La redistribución de refugiados sigue dos procedimientos principales: la regla del primer país de llegada y la regla del tercer país seguro. El mecanismo del primer país de llegada, mejor ejemplificado por la Unión Europea a través del Convenio de Dublín, requiere que el primer estado miembro en cuya frontera se presente el solicitante sea responsable de revisar la solicitud de asilo y otorgar o rechazar el asilo.

La regla del tercer país seguro permite a los Estados enviar a un solicitante a otro país miembro por el que haya pasado, siempre que ese país revise la solicitud de asilo del solicitante. Estos acuerdos permiten a los Estados redistribuir a los refugiados a otros países de asilo a fin de asignar mejor la responsabilidad de proporcionar asilo.

Los proponentes apoyan la legalidad del enfoque colectivo de la no devolución argumentando que, si bien el artículo 33 prohíbe a los Estados expulsar a los refugiados a un territorio donde su vida o libertad estaría amenazada, la no devolución no impone una obligación afirmativa de admitir a los refugiados en el lugar de recepción territorio del Estado.

Dado que no existe ninguna obligación de otorgar asilo, los Estados receptores que suscriben el enfoque colectivo envían refugiados a terceros estados siempre que el tercer estado no expulse al solicitante a un cuarto estado que pondría en peligro la vida o la libertad del solicitante. Este enfoque, sin embargo, está sujeta a variaciones sustanciales con respecto a la medida en que un Estado receptor es responsable de garantizar que

un tercer Estado no expulse al solicitante a un territorio que no brinda las protecciones garantizadas por la Convención de 1951.

Enfoque colectivo. Otros países utilizan una variación del enfoque colectivo de la no devolución, utilizando medidas de procedimiento para evitar revisar las solicitudes de asilo, privando al refugiado de la oportunidad de residir legalmente en el estado receptor. Francia, por ejemplo, ha designado partes de su territorio como zonas de tránsito, generalmente alrededor de los aeropuertos a través de los cuales llegan una gran parte de los solicitantes de asilo.

Inicialmente, el gobierno francés argumentó que la ley nacional no se refería a las zonas de tránsito, haciendo inaplicable las garantías proporcionadas a los refugiados bajo la ley nacional francesa y obligaciones. Las reformas posteriores adaptadas al concepto de zona de tránsito comenzaron a fines de la década de 1980 debido a presiones políticas internas y externas.

La práctica de los Estados que crean dispositivos procesales, como zonas de tránsito, para evitar determinar si un solicitante de asilo tiene derecho a la condición de refugiado y cualquier protección posterior está motivada por los mismos intereses que el primer país de llegada y las reglas del tercer país seguro: el estado receptor elimina la posibilidad de asilo en ese estado para el solicitante.

De manera similar, los procedimientos de la zona de tránsito están justificados por los estados de la misma manera que las reglas del primer país de llegada y las de un tercer país seguro: 165 el estado no ha violado sus obligaciones bajo el artículo 33 como siempre que el estado receptor deporta al solicitante en la zona de tránsito a un tercer país que ofrezca asilo al solicitante o lo envíe a un cuarto estado donde el solicitante no tema persecución.

A pesar de un razonamiento similar, las reglas del primer país de llegada y del tercer país seguro gozan de una mejor justificación legal que la creación de zonas de tránsito: la base para deportar a los solicitantes en el marco de los programas de país seguro de asilo es un acuerdo bilateral o multilateral jurídicamente vinculante, por otro lado, no tiene justificación legal para declarar ciertas áreas, que son parte del territorio soberano del estado, como fuera de la jurisdicción del derecho interno.

Enfoque de definición restrictiva. Es similar al enfoque de soberanía absoluta, explota la redacción ambigua de la Convención de 1951 para devolver a ciertos refugiados a su país de origen incluso después de una determinación afirmativa de la condición de refugiado. Como se explica en la Parte I, los derechos del artículo 33 solo son aplicables a los solicitantes de asilo clasificados como refugiados según las calificaciones enumeradas en el artículo 1.1.

Los Estados que siguen este enfoque, sin embargo, argumentan que no todos los solicitantes clasificados como refugiados son elegibles para beneficios de no devolución. En cambio, de acuerdo con una lectura textual restringida del artículo 33, solo un subconjunto de refugiados no puede ser devuelto: aquellos que el estado receptor determina que serían devueltos a un lugar donde su vida o libertad estaría amenazada.

Esta distinción se traduce en la devolución legal de refugiados si el Estado receptor determina que no existe una amenaza para su vida o libertad, ya que el temor fundado requerido para el estatus de refugiado no es por sí mismo suficiente para demostrar una amenaza inherente a la vida o la libertad. La Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó el enfoque de definición restrictiva para los refugiados que cruzaron la frontera en *Cardoza-Fonseca*.

Al establecer una prueba de dos vertientes para la protección del artículo 33, la Corte reconoció implícitamente que no todos los solicitantes

que se determina que son refugiados recibirán automáticamente protección de no devolución. En cambio, solo aquellos solicitantes que pudieran demostrar con éxito la condición de refugiado y una clara amenaza de persecución, más allá del temor fundado requerido para la condición de refugiado, tendrían derecho a la no devolución. Aunque algunos solicitantes clasificados como refugiados no tienen derecho al artículo 33.

Como colofón de la protección internacional que surge con la Convención de 1951, el artículo 38 establece que las partes contratantes se encuentran sujetas a la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia el cual está para resolver cualquier controversia respecto de la interpretación o aplicación de la misma. Esta importante medida junto al vínculo jurídico de los Estados parte para facilitarle al ACNUR el ejercicio de sus funciones de conformidad con su mandato, principalmente para que pueda velar por la correcta aplicación de la Convención y junto con los Estados coordinar las medidas adoptadas para tal fin (artículo 35)⁸⁸ son básicamente éste trinomio, central de las Naciones Unidas para el refugio, sin perjuicio de que a posteriori, dicho marco legal se fortaleció como sabemos, con el Protocolo de Nueva York de 1967.

Con la Convención de 1951 y su Protocolo del 1967, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado. Así, “la institución del asilo, que es una emanación directa del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, enunciado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es uno de los mecanismos fundamentales para la protección internacional de los refugiados.”⁸⁹

⁸⁸ MARTÍN ARRIBAS, J. J., *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Edit. Dykinson, S.L, Madrid, 2000, pág. 101.

⁸⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre la salvaguarda de la institución del asilo*, UN Doc. 82 (XLVIII)-1997, publicadas el 17 de octubre de 1997, párr. b. El Comité Ejecutivo, por medio de su Conclusión número 5 de 1977, ya había hecho un llamamiento a los Estados Partes de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 a aplicar prácticas liberales y conceder asilo

1.2.7. Normas protocolares sobre el estatuto de los refugiados

El Protocolo sobre el estatuto del Refugiado fue firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 y entro en vigor el 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII Serie tratado de Naciones Unidas No. 8791, volumen 606. Tuvo como objetivo fundamental hacer extensivo la definición de refugiados, con posterioridad a la firma de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 a aquellos que por algunas circunstancias hubiesen quedado fuera. Con ellos se garantizó la inclusión de todas las personas necesitadas de protección internacional independientemente de su país de origen ni la fecha en que estos se produjeron.⁹⁰

Otros aspectos importantes del Protocolo es el compromiso de cooperación entre los Estados partes y el ACNUR en las funciones de aplicar el Protocolo, obligándose a suministrarle en forma adecuada las informaciones y los datos estadísticos que soliciten acerca de: a) La condición de los refugiados; b) La ejecución del presente Protocolo; c) Las leyes, reglamentos y decretos, que estén o entraren en vigor, concernientes a los refugiados. Es importante destacar la posibilidad de reclamar a la jurisdicción Internacional, en caso de controversias por cuestiones relativas a la interpretación o aplicación del Protocolo, teniendo los Estados acceso a la Corte Internacional de Justicia.

permanente o al menos temporal a los refugiados que hubiesen llegado directamente a su territorio.

⁹⁰ ONU, Asamblea General, Resolución 2198 (XXI), *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 4 de octubre 1967.

CAPÍTULO II

TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE ASILO

El Tratado de la Unión Europea junto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea constituyen los dos pilares fundamentales de la arquitectura jurídica de la Unión Europea, se firmó el 7 de febrero del 1992 en la ciudad de Maastricht, Países Bajos y entró en vigor el 1 de noviembre del 1993. Su objetivo fundamental es el proceso de integración europea emprendido en la constitución de las Comunidades Europeas. Son parte de este tratado en la actualidad 27 Estados.

Después de la caída del Muro de Berlín y la desaparición de los regímenes socialistas del Este se fue tomando conciencia en Europa de las cuestiones relativas al asilo y a la inmigración; dado en gran medida a la afluencia de desplazados que provocó la ruptura del bloque socialista y las guerras internas. Eso se vio reflejado en los posteriores tratados de la Unión Europea.

El Tratado de la Unión Europea tuvo como antecedente, en relación al asilo, el Convenio de Dublín de 1990 que fijó el criterio para determinar cuál era el Estado responsable de tramitar las solicitudes de asilo presentadas a alguno de los miembros de las Comunidades Europeas. Este fue el punto de partida que se completó posteriormente con el tratado de Ámsterdam el cual sentó las bases del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).⁹¹

El Tratado de Maastricht, convirtió el asilo en materia de la Unión Europea, el artículo 3 numeral 2 del Tratado (Versión consolidada modificada por el Tratado de Lisboa) estipula que “la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras

⁹¹ CANO LINARES, A., “Política de asilo de la Unión Europea: avances y propuestas” *Tiempo de Paz* Número 119, 2015, pág. 32-38.

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.”

Estos principios son recogidos en la normativa europea como el acuerdo Schengen para garantizar la libre circulación internan mediante un espacio común por el que pueden circular libremente toda persona que haya entrado regularmente por una frontera externa o resida en algunos de los Estados miembros y el Sistema Europeo de Común de Asilo para garantizar el control de fronteras exteriores.

2.1. Tratado de Funcionamiento de la UE y su importancia en materia de asilo y refugio

Conjuntamente con el tratado de la Unión Europea el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene como objetivo organizar el funcionamiento de la Unión. Firmado en Roma 1957 como Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y desde entonces ha sido modificado en varias ocasiones y ha adoptado diversas denominaciones.

El artículo 67 numeral 2 de la versión consolidada modificada del Tratado de Lisboa y que entró en vigor el 1 de diciembre del 2009, ofrece las garantías estipuladas por el tratado de La Unión Europea, la libre movilidad de los ciudadanos europeos y los controles de fronteras externas. Agrega algo más que no se había dispuesto en el tratado analizado anteriormente, la solidaridad de los Estados miembros, los cuales deben prestar ayuda en plano económico a los Estados fronterizos de la Unión que son los encargados de procesar las solicitudes de asilo y refugio por lo que requieren mayores gastos.

Según el Tratado en su artículo 78, la Unión desarrollará una política común ajustándose a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiado en materia de asilo, protección subsidiaria, protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional. Significa que la normativa europea debía estar en consonancia con la convención de Ginebra de 1951 y su protocolo, y que debía cumplir criterios superiores a esta. La protección subsidiaria es una interpretación extensiva de la Convención de Ginebra pues esta ofrece un sin número mayor de posibilidades de acogida, ya que está prevista para las personas que no califiquen en la condición de refugiado pero que necesiten protección internacional.

El apartado número 2 del propio artículo 78 ordena la creación del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) el cual debía incluir: Un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión; un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional; un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria; criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria; normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria; la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal.

2.2. El tratado de Ámsterdam, armonización del Sistema Europeo Común de Asilo

El tratado de Ámsterdam fue firmado el día 2 de octubre de 1997 en la ciudad holandesa del mismo nombre. Entro en vigor el 1 de mayo del

1999 una vez ratificado por los Estados miembros de la Unión Europea. Se convirtió en la nueva normativa legal de la Unión Europea tras modificar el Tratado de Maastricht.

El Tratado de Ámsterdam, refleja el acuerdo de los Estados de la Unión para armonizar sus normas para que las solicitudes de asilo se analicen a partir de un conjunto básico de principios comúnmente aceptados en toda la Unión Europea. Todos los Estados miembros de la Unión Europea que fijarán unos procedimientos similares para determinar quién es o no un refugiado; todos los países de la UE acogerán a los solicitantes de asilo con unas condiciones de trato similares.

Habrà un sistema de emergencia para la acogida de personas que huyen masivamente de conflictos armados o de violaciones sistemáticas de derechos humanos; e incluso los estados de la UE intentaran ponerse de acuerdo en torno a quién deberá ser reconocido como refugiado y quién no.⁹² Otra medida de enorme importancia que ha surgido de este proceso, es el compromiso alcanzado por todos los países de la UE para otorgar protección temporal a las personas que lleguen huyendo masivamente de conflictos o de violaciones sistemáticas de derechos humanos en sus países.

Este tratado sentó las bases jurídicas para la creación del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). Inserta el Título III bis, al Tratado de Maastricht el cual consta del artículo 73 incisos (I-j-k-l-m-n-o-p-q). En este título se trata lo relativo a “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.”⁹³

⁹² GARCÍA DE VINUESA, B., *El asilo a partir de Ámsterdam*, Oficial de Protección, ACNUR, Madrid, diciembre de 2001, pág. 1-5.

⁹³ ORDOÑEZ SOLÍS. D., “La crisis de los refugiados y su amparo judicial en la Unión Europea” en *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE*. Edit. EuroBasque, 2016, pág. 48.

En ese Título III artículo 73 k se establece de manera general que el consejo debía adoptar, en el plazo de 5 años medidas en materia de asilo, con arreglo a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y a otros tratados pertinentes, en los siguientes ámbitos: criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país; normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros; normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países; normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado; medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas, en los siguientes ámbitos:

a) Normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional, b) Fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida; aunque el tratado de Ámsterdam sentó las bases para la creación del SECA, no se hacía mención explícita en el texto del mismo. Este se fue constituyendo con normas complementarias.⁹⁴

2.3. Bases de los derechos fundamentales en la UE

La Carta de la Unión Europea (CUE) se incorporó al derecho originario de la UE en virtud del artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE), con efecto desde el 1 de diciembre de 2009. Es el principal texto de referencia en materia de Derecho Fundamentales de

⁹⁴ GARCÍA DE VINUESA, B., “El asilo a partir de Ámsterdam”, Oficial de Protección, ACNUR, Madrid, diciembre de 2001, págs. 1-5.

Unión Europea. Sus normas y principios son vinculantes para las instituciones europeas, y también para los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión (artículo 51, apartado 1).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos adoptado por el Consejo de Europa en 1950 no incluyó el derecho de asilo, ni la protección de los refugiados, ni disposiciones acerca de las migraciones forzadas o de las personas que forman parte de ellas. La Carta suplió este olvido y dotó a la Unión Europea de herramientas necesarias para su aplicación estableciendo que el derecho de asilo debía estar a tono con la Convención sobre el Estatuto del Refugiado su protocolo, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 18).⁹⁵

La Carta tiene dos objetivos, unificar los derechos de la unión en un sistema común de derechos y libertades para los ciudadanos de la Unión y como mecanismo de protección de los derechos humanos para los ciudadanos extranjeros que se encuentren dentro de la Unión. Por ello la aplicabilidad del derecho de la Unión conlleva la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta tanto a ciudadanos como a nacionales de terceros países que se encuentren dentro de la Unión. Cualquier acción que afecte los derechos de los ciudadanos de terceros países en relación a las disposiciones del SECA estos pueden reclamar desde el punto de vista de la Carta ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

La Carta suprime en gran medida las diferencias existentes en materia de protección de derechos entre los ciudadanos de la Unión y los ciudadanos de terceros países, pasando a garantizar los derechos fundamentales.

⁹⁵ MORGADES GIL, S., “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comentario Europeo* Número 37, 2010, págs. 801-842.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos adoptado por el Consejo de Europa en 1950 a pesar de no incluir el asilo ni el refugio, la interpretación que de sus disposiciones han hecho sus órganos de garantía: la Comisión y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, han conformado una jurisprudencia en cuyo ámbito de aplicación entran claramente los refugiados y los demandantes de asilo.⁹⁶

En esta contribución, se muestra que no sólo los órganos de garantía del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) han interpretado algunas de sus disposiciones de forma que también servían para proteger indirectamente a los extranjeros demandantes de asilo o refugiados, sino que en algunos casos, relativamente recientes, como es el caso de la sentencia 30696/09 de 21 de enero 2011 (Gran Sala), M.S.S. C. Bélgica y Grecia, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) ha modulado su jurisprudencia precisamente para atender casos de necesidad de protección protagonizados por ellos.⁹⁷

2.4. Normas protocolares sobre asilo a los nacionales de la UE

El Protocolo No. 24 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, también conocido como “Protocolo Aznar o Protocolo Español”⁹⁸ forma parte del derecho originario de la UE.

Establece en su artículo único que “se considerará que los Estados miembros constituyen recíprocamente países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo.” Un nacional de un Estado miembro no tiene derecho a presentar una solicitud de protección internacional en virtud de las disposiciones del SECA, Directiva de

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Véase en el epígrafe 2.8.5 análisis de la sentencia 30696/09 de 21 de enero 2011 (Gran Sala), M.S.S. C. Bélgica y Grecia.

⁹⁸ ORDOÑEZ SOLÍS, D., op, cit., pág. 51.

reconocimiento del derecho de asilo (refundición), que se limita a los nacionales de terceros países y personas apátridas.

Cabría preguntarse entonces ¿qué sucede en caso de que un ciudadano de la Unión tema ser perseguido por su Estado de origen y busque protección en otro Estado miembro para no ser devuelto? En ese caso, un nacional de la Unión puede solicitar ser reconocido como refugiado en virtud de la Convención de Ginebra en otro Estado miembro. El Protocolo establece que solo “podrá tomarse en consideración o ser declarada admisible para su examen por otro Estado miembro.”

Ello procede en los cuatro casos siguientes: a)- Cuando el Estado miembro del que el solicitante sea nacional adopte medidas que establezcan en su territorio excepciones a sus obligaciones con arreglo al Consejo Europeo de Derecho Humanos. b)- Cuando el Consejo haya iniciado un procedimiento de suspensión en virtud del artículo 7, apartado 1, del TUE. c)- Cuando el Consejo ha adoptado una decisión en virtud de los apartados 1 o 2 del artículo 7 (violación grave y persistente por el Estado miembro en relación con los valores contemplados en el artículo 2 del TUE).

2.5. El Sistema Europeo Común de Asilo

El Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) constituye un marco legislativo instaurado por la Unión Europea (UE). Sobre la base del derecho internacional como son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 de las Naciones Unidas y su Protocolo modificativos de 1967. El SECA regula y establece normas comunes en el ámbito de la protección internacional con vistas a desarrollar conceptos y criterios comunes y a armonizar la interpretación y la aplicación del Derecho de asilo entre los Estados miembros de la Unión Europea.

En las Conclusiones de la Presidencia de Tampere de 1999, Consejo de Europa, se acordó “Una política de asilo y migración de la Unión Europea” la cual debía tener cuatro elementos: 1- Colaboración con países de Origen. 2- Un Sistema Común de Asilo. 3- Trato Justo de los nacionales de terceros países, 4- Gestión de flujo migratorio.⁹⁹ Fue aquí, donde por primera vez se introdujo la referencia a un Sistema Europeo Común de Asilo. Como se indicaba en el texto, “el Consejo Europeo ha acordado trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra y su Protocolo.”¹⁰⁰

Según las Conclusiones de Tampere el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) debía englobar con mayor alcance los derechos reconocidos en la Convención sobre los Refugiados y su Protocolo, este debía contener todas las facetas del asilo y no limitarse a establecer criterios para el reconocimiento de estatuto. El SECA debía incluir la determinación clara y viable del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones comunes mínimas para la acogida de solicitantes de asilo y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado.

Basado en estas indicaciones el sistema debía complementarse con medidas relativas a formas de protección subsidiaria que ofrecieran un estatuto adecuado a todas las personas que necesitaran dicha protección y que no cumpliera con los requisitos del estatuto del refugiado. Instaba a la aprobación de un procedimiento común de asilo y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concediese el asilo.

⁹⁹ CANO LINARES, A., op. cit. pág. 34.

¹⁰⁰ Consejo de Europa, Conclusiones de la presidencia, Conclusiones de Tampere, 15 y 16 de octubre del 1999.

2.6. Protección temporal para casos de afluencia masiva de personas de terceros países desplazados por conflictos bélicos

La Directiva 2001/55/CE de Protección Temporal se adoptó del 20 de julio del 2001 por el Consejo de Europa, es un instrumento de Derecho derivado de la Unión para casos de afluencia masiva de personas de terceros países desplazados por conflictos armados, catástrofes naturales u otras causas.¹⁰¹ La guerra de Kosovo de 1999 provocó la afluencia masiva de personas desplazadas hacia la Unión Europea lo que demostró la necesidad de adoptar normas mínimas para la protección temporal.¹⁰²

El régimen de protección temporal es una medida de “carácter excepcional” que abarca toda la Unión Europea para otorgar protección inmediata y temporal a las personas desplazadas en caso de afluencia masiva. Su objetivo fundamental es que no colapse el sistema de asilo al no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios para su buen funcionamiento, así como garantizar al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección (artículo 2, letra a). Por lo que el beneficio de la protección temporal no se puede confundir con el otorgamiento del estatuto del refugiado. Estas personas tienen derecho a presentar en cualquier momento una solicitud de asilo que, si se deniega, no afecta a la continuidad de la protección temporal (artículos 17 y 19).

La Directiva en caso de activación otorgaría a las personas pertenecientes a los grupos de desplazados un estatuto inmediato de protección a corto plazo sin necesidad de evaluar individualmente si cumplen los requisitos para obtener protección internacional, aliviando de este modo la presión sobre el procedimiento de asilo de los Estados

¹⁰¹ Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, Directiva 2001/55/CE de Protección Temporal, 20 de julio del 2001.

¹⁰² BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. Y GUTIÉRREZ CASTILLO, V, L., *Derecho de la Unión Europea sobre migración y asilo: compilación sistemática y comentada de la normativa comunitaria*, Edit. Dickinson, S,L, Madrid, 2006, pág. 332.

miembros. Además, dado que la medida abarca toda la UE, tiene por objeto reducir las desigualdades entre las políticas de protección de los Estados miembros hacia el grupo destinatario. También, establece un mecanismo voluntario, pero estructurado para el reparto de cargas, por el que los Estados miembros indican su capacidad para recibir personas que puedan optar a la protección temporal (artículo 25, apartado 1).

En virtud del artículo 5, la implantación de la protección temporal es una decisión colectiva del Consejo de Ministros de la UE y, por tanto, los Estados miembros no pueden aplicarla a título individual. El régimen de protección temporal establecido en la Directiva de 2001 nunca se había utilizado hasta la invasión militar de Ucrania por parte de la Federación de Rusia, acontecimiento que aún se encuentra en desarrollo y cuyas consecuencias en materia de protección internacional son impredecibles.

En la actual guerra de Ucrania se ha visto un número creciente de desplazados hacia la Unión Europea llegando a una cifra sin precedentes desde la segunda guerra mundial, según datos de las Naciones Unidas, más de cuatro millones de desplazados internos y más de un millón ya han llegado a la Unión Europea a través de Polonia, Eslovaquia, Hungría y Rumania. En este contexto el consejo de Europa toma la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 de 4 de marzo del 2022, y pone en marcha según el artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE, la protección temporal.

El objetivo de la presente Decisión es iniciar la protección temporal para los nacionales ucranianos residentes en Ucrania desplazados desde el 24 de febrero de 2022 en adelante, como consecuencia de la invasión militar de las fuerzas armadas rusas que comenzó en dicha fecha. Asimismo, debe iniciarse la protección temporal para los nacionales de terceros países distintos de Ucrania, desplazados de Ucrania desde el 24 de febrero de 2022 en adelante y que disponían en Ucrania del estatuto de refugiado o de una protección equivalente antes del 24 de febrero de 2022. También es importante preservar la unidad de

las familias y evitar que los miembros de una misma familia tengan estatutos diferentes. Por tanto, es necesario también iniciar la protección temporal de los miembros de las familias de esas personas, en los casos en que dichas familias ya estuvieran en Ucrania y residieran en ella en el momento de las circunstancias entorno a la afluencia masiva de personas desplazadas.¹⁰³

También procede establecer la protección de los apátridas y de los nacionales de terceros países distintos de Ucrania que puedan demostrar que residían legalmente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022 con un permiso de residencia permanente válido expedido de conformidad con el Derecho ucraniano y que no puedan regresar a su país o región de origen en condiciones seguras y duraderas. Dicha protección debe efectuarse bien aplicando la presente Decisión a esas personas bien mediante otro tipo de protección adecuada que establezca el Derecho nacional y que decidirá cada Estado miembro.

De conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2001/55/CE, los Estados miembros pueden ampliar la protección temporal a todos los apátridas o los nacionales de terceros países distintos de Ucrania que residieran legalmente en Ucrania que no puedan regresar a su país o región de origen en condiciones seguras y duraderas. Los Estados miembros pueden ampliar, asimismo, la protección temporal a categorías adicionales de personas desplazadas además de aquellas a las que se aplica la presente Decisión.

La protección temporal debe permitirles disfrutar de derechos armonizados en toda la Unión que permitan un nivel de protección adecuado. Asimismo, se espera que el inicio de la protección temporal beneficie a los Estados miembros, ya que los derechos que la acompañan limitan la necesidad para las personas desplazadas de solicitar

¹⁰³ Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 de 4 de marzo del 2022

inmediatamente protección internacional y, por lo tanto, el riesgo de desbordar sus sistemas de asilo, al reducir al mínimo las formalidades debido a la urgencia de la situación.

De conformidad con la Directiva 2001/55/CE, la protección temporal debe tener una duración inicial de un año. Salvo que se le ponga fin sobre la base de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, dicho período debe prorrogarse automáticamente por seis períodos mensuales durante un plazo máximo de un año.

En el caso de España se dispuso la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España.

En ese sentido el gobierno español, decidió ampliar la protección temporal además de los nacionales ucranianos y los nacionales de terceros países o apátridas que residieran legalmente en Ucrania, contempladas en la Decisión Comunitaria a los nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, como consecuencia del conflicto armado, no pueden regresar a Ucrania. También a los miembros de las familias de las personas a que se refiere los apartados 1 y 2 en los siguientes términos: a) al cónyuge o su pareja de hecho; b) a sus hijos menores solteros o de su cónyuge, sin distinción en cuanto a si nacieron dentro o fuera del matrimonio o fueran adoptados; c) a otros parientes cercanos que vivieran juntos como parte de la unidad familiar en el momento de las circunstancias relacionadas con la afluencia masiva de personas desplazadas y que dependieran total o principalmente de ellos.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022.

2.7. Derecho de asilo y protección subsidiaria de nacionales de terceros países o apátridas en la UE

El reconocimiento del derecho de asilo y la protección subsidiaria de nacionales de terceros países o apátridas en la Unión Europea están recogidos en la Directiva 2011/95/UE (refundición) la cual constituye uno de los pilares del SECA. Tiene como fin establecer normas mínimas 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.¹⁰⁵

Sin bien las normas anteriores a esta directiva coadyuvaron a establecer cierta uniformidad en cuanto al reconocimiento del derecho de asilo, con la adopción de normas mínimas todavía quedaban ciertas disparidades (Considerando 8). En esta directiva se pretende lograr un “estatuto uniforme” para los refugiados dentro de la Unión. Todos los Estados firmantes de esta directiva están en la obligación de adoptarla para alcanzar un mayor grado de aproximación de las normas sobre el reconocimiento y el contenido de la protección internacional a partir de unos requisitos más exigentes (Considerando 10). Con ella también se pretende limitar los movimientos secundarios de los solicitantes de protección internacional entre los Estados miembros, cuando tales movimientos obedezcan meramente a las diferencias de normativas.

El reconocimiento del derecho de asilo en la Unión Europea se hace mediante la evaluación de la solicitud de protección internacional que realizan los nacionales de terceros países o apátridas. Esta solicitud es

¹⁰⁵ Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, Directiva 2011/95/UE (refundición) de 13 de diciembre de 2011.

valorada por las autoridades migratorias con la cooperación del solicitante en el menor tiempo posible. Las autoridades a la hora de realizar una evacuación de la solicitud tendrán en cuenta que la misma es personal e individual.

Una vez cumplido todos los requisitos formales de la solicitud, se pasa a la valoración de hechos y circunstancias. En un primero momento se describe en el artículo 4, apartados 1 a 3, y tiene por objeto determinar las circunstancias fácticas aceptadas que puedan constituir elementos de prueba en apoyo de la solicitud, teniendo en cuenta los aspectos que afecten a la credibilidad de dichas pruebas (véase el artículo 4, apartado 5). En un segundo momento (artículos 6 al 7) se refiere a la valoración jurídica de estos elementos para considerar la admisibilidad de la protección internacional.

La directiva establece que los Estados deben garantizar a los beneficiarios de protección internacional el ejercicio efectivo de sus derechos, tener en cuenta sus necesidades específicas y los retos particulares de integración a que se enfrentan. Ello no debe derivarse un trato más favorable que el dispensado a sus propios nacionales, sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan o mantengan normas más favorables.

El artículo 9 define como actos de persecución aquellos actos que son suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales o una acumulación de varias medidas que tengan consecuencias graves (artículo 9, apartado 1). En relación con la protección subsidiaria, los daños graves que justifican dicho estatuto están detallados en el artículo 15 y comprenden: a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes en el país de origen, y c) las amenazas graves e individuales

contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.

2.7.1. Valoración de los hechos y circunstancias según la Jurisprudencia del TJUE

La valoración de los hechos y circunstancias debe hacerse sobre la base los documentos presentados por el solicitante y todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, así lo ratifica la sentencia del TJEU de fecha 17 de febrero del 2009 en el asunto C-465/2007 en un litigio entre el Sr. y la Sra. Elgafaji (en lo sucesivo, esposos Elgafaji), ambos de nacionalidad iraquí, y el Staatssecretaris van Justitie, en relación con la denegación por éste de la solicitud de permiso de residencia temporal en los Países Bajos presentada por los primeros.¹⁰⁶

El proceso mencionado tuvo como litigio principal las sendas solicitudes de permiso de residencia temporal presentadas por los esposos Elgafaji en los Países Bajos acompañadas de información destinada a probar el riesgo real al que se verían expuestos en caso de expulsión a su país de origen, Irak, consistente en el alegato que habían trabajado desde agosto de 2004 hasta septiembre de 2006 al servicio de una empresa británica encargada de la seguridad del transporte de personas desde el aeropuerto hasta la zona denominada “verde”. Indicaron que el tío del Sr. Elgafaji, empleado en la misma empresa, había sido asesinado por las milicias. Su certificado de defunción indicaba que su muerte se había producido como consecuencia de un acto terrorista. Poco tiempo después, alguien colocó una carta que contenía la amenaza “muerte a los colaboradores” en la puerta del domicilio de los esposos Elgafaji.

¹⁰⁶ TJUE, Sentencia, C-465/2007, 17 de febrero del 2009.

El Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie (Ministro de Inmigración e Integración) denegó los permisos de residencia temporal a los esposos Elgafaji. “Consideró que éstos no habían demostrado las circunstancias que invocaban y que, por tanto, no habían probado el riesgo real de amenazas graves e individuales al que, según ellos, se verían expuestos en su país de origen”. Según el Ministro, la carga de la prueba relativa a la protección otorgada con arreglo a la letra b) y a la letra c) del artículo 15 de la Directiva es idéntica. Ambas disposiciones, exigen a los solicitantes que prueben la realidad de su situación personal en relación con el riesgo de amenazas graves e individuales al que se verían expuestos si tuvieran que regresar a su país de origen. Dado que los esposos Elgafaji no han aportado tal prueba en el marco del artículo 15, letra c), de la Directiva.

“A raíz de la denegación de sus solicitudes de permiso de residencia temporal, los esposos Elgafaji interpusieron ante el Rechtbank te 's-Gravenhage sendos recursos que fueron estimados. Dicho órgano jurisdiccional consideró, en particular, que la letra c) del artículo 15 de la Directiva, que tiene en cuenta la existencia de un conflicto armado en el país de origen del solicitante de protección, no exige el alto grado de individualización de la amenaza requerido por la letra b) del mismo artículo.

Por tanto, la prueba de la existencia de amenazas graves e individuales que recae sobre las personas que solicitan protección puede aportarse más fácilmente en el marco del artículo 15, letra c), que en el marco del artículo 15, letra b), de la Directiva. En consecuencia, el Rechtbank te 's-Gravenhage anuló las decisiones de 20 de diciembre de 2006 por las que se denegaba el permiso de residencia temporal a los esposos Elgafaji porque se había equiparado la prueba exigida por el artículo 15, letra c), de la Directiva con la requerida por el artículo 15, letra b).

El Raad van State, que conoce del asunto en apelación, estimó que las disposiciones pertinentes de la Directiva presentaban dificultades de interpretación. Señaló, además, que el 20 de diciembre de 2006, fecha en la que el Ministro adoptó las decisiones impugnadas, la legislación neerlandesa aún no había sido adaptada al artículo 15, letra c), de la Directiva. Ante esta situación, el Raad van State decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: 1 ¿Debe interpretarse el artículo 15, letra c), de la Directiva, en el sentido de que dicha disposición concede protección únicamente en una situación a la que también se refiere el artículo 3 del (CEDH), tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o en el sentido de que proporciona una protección complementaria o distinta de la del artículo 3 del (CEDH)? 2. En el caso de que la protección proporcionada por el artículo 15, letra c), de la Directiva sea complementaria o distinta de la del artículo 3 del (CEDH), ¿qué criterios han de aplicarse para determinar si una persona, que alega poder acogerse al estatuto de protección subsidiaria, corre el riesgo real de sufrir amenazas graves e individuales motivadas por una violencia indiscriminada, en el sentido del artículo 15, letra c), en relación con el artículo 2, letra e), de la Directiva?

En estos aspectos consultados el TJEU plateo lo siguiente: “que el artículo 15, letra c), en relación con el artículo 2, letra e), de la misma Directiva, debe interpretarse en el sentido de que: 1-la existencia de amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física del solicitante de protección subsidiaria no está supeditada al requisito de que éste aporte la prueba de que está afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal; 2- la existencia de tales amenazas puede considerarse acreditada, excepcionalmente, cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado existente, apreciado por las autoridades nacionales competentes a las que se ha presentado una solicitud de protección subsidiaria o por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante los que se ha impugnado la

decisión de denegación de tal solicitud, llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil expulsado al país de que se trate o, en su caso, a la región de que se trate, se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos, a un riesgo real de sufrir dichas amenazas.

2.7.2. Derecho a la protección subsidiaria en la Unión Europea: jurisprudencia del TJUE

En virtud de los instrumentos internacionales y tradiciones existentes en materia de derechos humanos en los Estados miembros de la Unión, se establece en el (artículo 2, letra f) la protección subsidiaria la cual es complementaria y adicional a la protección de refugiados consagrada en la Convención de Ginebra.

Las personas beneficiarias de la protección subsidiaria, son “aquellas personas respecto de las cuales concurren motivos fundados para considerar que, si regresasen a su país de origen o, en el caso de las apátridas, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y a quienes no se aplican los motivos de exclusión de reconocimiento del derecho de asilo”¹⁰⁷ En consecuencia, la protección subsidiaria solo se otorga a personas que no reúnen los requisitos para obtener el estatuto de refugiado.

Los motivos fundados para determinar si las personas pueden ser consideradas beneficiarias de la protección subsidiaria, lo determina la directiva en el capítulo 2 artículo 4 al hacer una valoración de los hechos y circunstancias de cada caso en particular. Los solicitantes deben aportar todos los elementos necesarios para fundamentar su solicitud, como: su edad, pasado, incluido el de parientes relacionados, identidad,

¹⁰⁷ Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, Directiva 2011/95/UE (refundición) de 13 de diciembre de 2011 op. cit. artículo 2.

nacionalidad(es) y lugares de anterior residencia, solicitudes de asilo previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita protección internacional.

Con respecto a los requisitos para el reconocimiento del estatuto de refugiado y de protección subsidiaria, el artículo 6 define quiénes pueden ser agentes de persecución o causantes de daños graves, y el artículo 7 define quiénes pueden ser agentes de protección contra la persecución o los daños graves ocasionados por tales agentes. En virtud del artículo 7, apartado 2, la protección contra la persecución o los daños graves deberá ser efectiva y de carácter no temporal. Se establece que, en general, se entenderá que existe protección cuando los agentes de protección tomen medidas razonables para impedir la persecución o el sufrimiento de daños graves, entre otras la disposición de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y el solicitante tenga acceso a dicha protección. En virtud del artículo 8, apartado 1, los Estados miembros podrán, pero no están obligados, establecer que un solicitante no necesita protección internacional si en una parte del país de origen este: a) no tiene fundados temores a ser perseguido o no existe un riesgo real de sufrir daños graves, o b) tiene acceso a la protección contra la persecución o los daños graves y puede viajar con seguridad y legalmente a esa parte del país y es razonable esperar que se establezca allí.

En relación a los “actos de persecución” establecidos en el artículo 9 apartado 1 letra a) de la Directiva, el TJEU dispuso mediante Sentencia en el asunto C-71/11 y C-99/11, que “no toda injerencia en el derecho a la libertad de religión constituye un acto de persecución”, sino que este puede “resultar de un menoscabo en la manifestación externa de la libertad de religión” tal es el caso en cuestión dado que ambos reclamantes en los asuntos mencionados, sufrían de una persecución religiosa por el hecho de no poder manifestar su fe en público, so pena de ser sometidos a maltratos por parte de sus conciudadanos o del propio Estado como se

evidencia en la sentencia, al ser tipificado como delito en el Código Penal del país de origen su práctica religiosa.¹⁰⁸

Una de las condiciones para reconocer el estatuto de refugiado es la existencia de un nexo causal entre los actos de persecución y la ausencia de protección contra tales actos y al menos uno de los motivos de persecución señalados en el artículo 10, en concreto motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social. En virtud del artículo 9, apartado 3, los motivos mencionados en el artículo 10 y los actos de persecución, o la ausencia de protección contra los mismos, deberán estar relacionados.

Los límites del derecho a la protección internacional están recogidos en los artículos 12 y 17 que regulan, respectivamente, la exclusión del estatuto de refugiado y de la protección subsidiaria. En relación a esto el TJEU ha resuelto dos Sentencias que han quedado como jurisprudencia para los tribunales nacionales, la primera de fecha 17 de junio del 2010 versa sobre la aplicación del artículo 12, apartado 1, letra a), primera frase y la segunda sentencia de fecha 9 de noviembre del 2010 que trata sobre el artículo 12, apartado 2, letras b y c. Ambas analizaremos en continuación.

2.7.3. Límites del derecho a la protección internacional, según la jurisprudencia del TJUE

Primera Sentencia: Esta dispuso que “una persona recibe protección o asistencia de un organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados cuando esa persona obtiene efectivamente dicha protección o dicha asistencia”. Esta aclaración la realiza el TJEU en el caso presentado por un litigio entre la Sra. Bolbol, apátrida de origen palestino, y el Bevándorlási és

¹⁰⁸ TJEU, Sentencia C-71/11 y C-99/11, de 5 de septiembre del 2012.

Állampolgársági Hivatal (Oficina de Inmigración y Nacionalidad Húngara, BAH) en relación con la denegación por parte de éste de la solicitud del estatuto de refugiado.¹⁰⁹

El asunto C-31/09 ventilado por la Gran Sala del TJEU es la petición de decisión prejudicial presentada por el Fővárosi Bíróság (tribunal de Budapest) en la apelación presentada por la Sra. Bolbol, la cual, tras abandonar la Franja de Gaza en compañía de su marido, entró en Hungría, provista de un visado, el 10 de enero de 2007. En ese Estado la autoridad encargada de inmigración le concedió acto seguido un permiso de residencia. El 21 de junio de 2007, la Sra. Bolbol presentó una solicitud de asilo ante el BAH para el caso de que no se le renovara su permiso de residencia, invocando la situación de inseguridad que reinaba en la Franja de Gaza como consecuencia de los enfrentamientos diarios entre Al Fatah y Hamas, alegando para ellos los artículos 12 apartado 1 letra a) de la directiva y el artículo 1, sección D, segunda frase, de la Convención de Ginebra sobre los cuales le asistía el derecho a pedir asilo.

En ese Estado el Fővárosi Bíróság (Tribunal de Budapest) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: A efectos de la aplicación del artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva: “¿Procede considerar que una persona recibe protección y asistencia de un organismo de las Naciones Unidas por el mero hecho de que tiene derecho a dicha protección o asistencia, o es necesario que haya obtenido efectivamente la protección o la asistencia? ¿El cese de la protección o asistencia del organismo se refiere a la estancia fuera del área de operaciones del organismo, al cese de la actividad del organismo, al hecho de que el organismo ya no pueda otorgar la protección o asistencia, o bien a un impedimento objetivo por el cual la persona legitimada no pueda obtener la protección o asistencia?”

¹⁰⁹ TJEU, Sentencia, C-31/09 de 17 de junio del 2010.

En merito a ello la Gran Sala dispuso para la primera interrogante que “una persona recibe protección o asistencia de un organismo de las Naciones Unidas distintos del ACNUR cuando esa persona obtiene efectivamente dicha protección o dicha asistencia”. Y dispuso en la segunda interrogante: “la Sra. Bobol no ha obtenido la protección o la asistencia” de los Organismos internacionales, por lo que le asiste el derecho a solicitar la protección internacional de acuerdo al Artículo 12 apartado 1 letra a).

Segunda Sentencia: dispuso que “el hecho de que una persona haya pertenecido a una organización incluida en la lista que figura en el anexo a la Posición común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, como consecuencia de su implicación en actos de terrorismo y de que haya apoyado activamente la lucha armada emprendida por esta organización no constituye automáticamente un motivo fundado para pensar que esa persona ha cometido un “grave delito común” o “actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”¹¹⁰. “En ese contexto, para concluir que hay motivos fundados para pensar que una persona ha cometido un crimen de ese tipo o se ha hecho culpable de tales actos es preciso, habida cuenta del nivel de prueba exigido por el mencionado artículo 12, apartado 2, llevar a cabo una apreciación caso por caso de los hechos concretos con el fin de determinar si los actos cometidos por la organización de que se trata reúnen los requisitos establecidos en las citadas disposiciones y si puede imputarse a la persona de que se trata una responsabilidad individual por la comisión de esos actos.”

El proceso es el resultado de la acumulación de los asuntos C-57/09 y C-101/09, presentados ante el TJEU en el marco de sendos litigios entre, por una parte, la República Federal de Alemania, representada por el

¹¹⁰ TJEU, Sentencia, C-57/09 y C-101/19, de 9 de noviembre del 2010.

Bundesministerium des Inneren (Ministerio Federal del Interior), a su vez representado por el Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Servicio federal de migración y refugiados), y B (C-57/09) y D (C-101/09), ambos nacionales turcos de origen kurdo, en relación, respectivamente, con la denegación por el Bundesamt de la solicitud de asilo y de concesión del estatuto de refugiado presentada por B y con la revocación por este último organismo del derecho de asilo y del estatuto de refugiado que se habían concedido a D.

El caso C-57/09 trata sobre el ciudadano B, nacido en 1975, entró en Alemania, donde solicitó asilo y protección como refugiado. “Como fundamento de su solicitud, declaró concretamente que, siendo aún un colegial en Turquía, había simpatizado con Dev Sol (posteriormente DHKP/C) y había apoyado la lucha armada de la guerrilla en las montañas entre finales de 1993 y principios de 1995”. “Afirmó que, tras ser arrestado en febrero de 1995, sufrió un grave maltrato físico y fue obligado a realizar una declaración bajo tortura.” “Sostuvo haber sido condenado a cadena perpetua en diciembre de 1995”. “Alega que, en 2001, mientras estaba detenido, fue condenado nuevamente a cadena perpetua al haber asumido la responsabilidad por el homicidio de un codetenido sospechoso de ser un delator”. “Añade que en diciembre de 2002 aprovechó la libertad condicional de seis meses que se le concedió como consecuencia de su estado de salud para abandonar Turquía y huir a Alemania.”

Mediante decisión de 14 de septiembre de 2004, el Bundesamt denegó la solicitud de asilo de B por infundada. La cual fue apelada ante la Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (tribunal administrativo de Gelsenkirchen) la cual, mediante resolución de 13 de junio de 2006, el anuló la decisión del Bundesamt y le conminó a conceder a B el derecho de asilo y a declarar prohibida su expulsión a Turquía. Esta a su vez también fue recurrida ante el Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Tribunal contencioso-administrativo regional superior de Renania del Norte y Westfalia) la cual desestimó el recurso de

apelación interpuesto por el Bundesamt contra dicha resolución, por estimar que debía concederse a B el derecho de asilo y reconocérsele el estatuto de refugiado.

El Bundesamt interpuso un recurso de casación contra dicha resolución ante el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal federal administrativo), alegando además de las normas nacionales, las cláusulas de exclusión del artículo 12, apartado 2, de la Directiva forman parte de los principios que, en virtud del artículo 3 de esta, no pueden ser objeto de excepción por parte de los Estados miembros. En ese estado el Bundesverwaltungsgericht suspendió el procedimiento y plantear al tribunal de justicia las cuestiones siguientes: ¿Constituye un grave delito común o un acto contrario a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas en el sentido del artículo 12, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva.

Al efecto deben tenerse en cuenta dos criterios distintos: a)- que el solicitante haya pertenecido a una organización que emplea métodos terroristas, incluida en la lista de personas, grupos y entidades del anexo a la Posición Común [2001/931] y de que el solicitante haya apoyado activamente la lucha armada de dicha organización. b)- que el extranjero haya formado parte durante muchos años, como combatiente y como miembro preeminente –incluso, durante un tiempo, como miembro de su órgano de dirección– de una organización (en este caso, el PKK) que, en la lucha armada contra el Estado (en este caso, Turquía), también ha empleado repetidamente métodos terroristas y está incluida en la lista de personas, grupos y entidades del anexo a la Posición Común [2001/931], y de que de esa manera el extranjero haya apoyado activamente su lucha armada desde una posición destacada.

A estas dos interrogantes la Gran Sala manifestó que en su decisión final que “el hecho de que una persona haya pertenecido a una organización incluida en la lista que figura en el anexo a la Posición común

2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, como consecuencia de su implicación en actos de terrorismo y de que haya apoyado activamente la lucha armada emprendida por esta organización no constituye automáticamente un motivo fundado para pensar que esa persona ha cometido un «grave delito común» o “actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.”

En ese contexto, para concluir que hay motivos fundados para pensar que una persona ha cometido un crimen de ese tipo o se ha hecho culpable de tales actos es preciso, habida cuenta del nivel de prueba exigido por el mencionado artículo 12, apartado 2, llevar a cabo una apreciación caso por caso de los hechos concretos con el fin de determinar si los actos cometidos por la organización de que se trata reúnen los requisitos establecidos en las citadas disposiciones y si puede imputarse a la persona de que se trata una responsabilidad individual por la comisión de esos actos.

2.7.4. Cláusulas de Cesación según la jurisprudencia del TJUE

Los beneficios de la protección internacional también dependen de que no sean de aplicación las cláusulas de cesación (artículos 11 y 16, respectivamente) o revocación, finalización o denegación de la renovación del estatuto de refugiado o de la protección subsidiaria (artículos 14 y 19, respectivamente).

En relación a la cesación de la protección internacional el TJUE ha planteado en la sentencia de 2 de marzo de 2010, en los asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, dos cuestiones fundamentales: 1- La pérdida de la condición de refugiado motivados por los cambios permanentes en el lugar de origen del beneficiado, que posibiliten su regreso sin riesgo para su vida para la cual hay que tener en cuenta los “agentes de protección” y 2- El criterio de probabilidad que ha

de aplicarse para valorar el riesgo resultante de esas otras circunstancias es el mismo que el criterio utilizado en el momento en que se reconoció el estatuto de refugiado.¹¹¹

1-“una persona pierde su condición de refugiado cuando, debido a un cambio de circunstancias significativo y que no sea de carácter provisional, producido en el país tercero de que se trate, hayan desaparecido las circunstancias que justificaron el temor de esa persona a ser perseguida por alguno de los motivos contemplados en el artículo 2, letra c),—en virtud de las cuales fue reconocida en su día como refugiado— y tampoco tiene otros motivos para temer ser “perseguida”, en el sentido de esta misma disposición.”

Aclara el Tribunal “que a efectos de determinar si existe un cambio de circunstancias, las autoridades competentes del Estado miembro deberán verificar, en relación con la situación individual del refugiado, que el agente o agentes de protección contemplados en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2011/95/UE han tomado medidas razonables para impedir la persecución; que, de este modo, disponen, en particular, de un sistema judicial eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución, y que el nacional interesado tendrá acceso a dicha protección en caso de que cese su estatuto de refugiado.”

Es importante destacar la definición de “agentes de protección” que establece la sentencia citada ya que de ello determinara si el Estado de origen del refugiado que sea cesado de su condición se considera un país seguro en ese caso la Gran sala del TJUE plantea que los agentes de protección a que se refiere el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2011/95/UE “pueden incluirse las organizaciones internacionales que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio, incluso a

¹¹¹ TJUE, Sentencia del C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, de 2 de marzo del 2010.

través de la presencia de una fuerza multinacional en el territorio del país tercero.”

2-La sentencia aclara en este segundo aspecto que cuando hayan desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales se reconoció el estatuto de refugiado y de que las autoridades competentes del Estado miembro comprueben que no existen otras circunstancias que justifiquen el temor de la persona afectada a ser perseguida, por cualquiera de los motivos que concurrió en un primer momento o por cualquier otro de los motivos enumerados en el artículo 2, letra c), de la Directiva, “el criterio de probabilidad que ha de aplicarse para valorar el riesgo resultante de esas otras circunstancias es el mismo que el criterio utilizado en el momento en que se reconoció el estatuto de refugiado.” Por lo que queda claro como presente que la decisión de revocar el estatuto del refugiado es una valoración integral de los aspectos antes valorados para su otorgamiento y de nuevos aspectos que se pueden suscitar.

En el capítulo 7 se indican los derechos y prestaciones de que gozan los beneficiarios de los estatutos de refugiado y de protección subsidiaria, respectivamente, por ejemplo, en relación con permisos de residencia, asistencia sanitaria, acceso a la educación, medidas respecto de los menores no acompañados, libertad de circulación en el Estado miembro, acceso a instrumentos de integración y asistencia en caso de repatriación.

También cabe destacar que los Estados miembros tienen la obligación de mantener la unidad familiar de los beneficiarios de protección internacional (artículo 23, apartado 1). La obligación de mantener la unidad familiar se refiere a los miembros de una familia que ya existiera en el país de origen y que estén presentes en el mismo Estado miembro en relación con la solicitud de protección internacional. Se limita al cónyuge o pareja de hecho en una relación estable, a los hijos menores de 18 años, siempre que no estén casados, y al padre, la madre u otro

adulto que sea responsable del beneficiario de protección internacional cuando dicho beneficiario sea un menor no casado (artículo 2, letra j).

Sin embargo, los Estados miembros podrán decidir que el artículo 23 se aplique también a otros familiares cercanos que vivieran juntos como parte de la familia en el momento de abandonar el país de origen y que estuvieran total o principalmente a cargo del beneficiario de protección internacional en dicho momento (artículo 23, apartado 5). Si no cumplen individualmente las condiciones para acogerse a la protección internacional, estos miembros de la familia tendrán derecho a solicitar las prestaciones previstas en el capítulo VII de la Directiva (artículo 23, apartado 2). Sin embargo, los Estados miembros no están obligados a otorgar al miembro de la familia el mismo estado de protección que al beneficiario de la protección internacional, pero deben verificar que el miembro de la familia tiene derecho a solicitar las prestaciones establecidas en los artículos 24 a 35, que incluyen la expedición de un permiso de residencia (artículo 24).

2.8. Determinación del Estado miembro responsable de examinar una solicitud de protección internacional

El Reglamento de la UE No. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, (refundición) denominado Reglamento de Dublín III del 2013 es el tercer instrumento adoptado por la Unión Europea que establece los criterios y mecanismos para determinar cuál es el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de protección internacional. Este reglamento modificó al Convenio de Dublín de 1990 aprobado por las Comunidad Europea y al Reglamento No. 343/2003 llamado Dublín II. Dublín III actualiza las normas anteriores y abarca actualmente a los solicitantes de protección subsidiaria y a las personas con derecho a protección subsidiaria (artículo 2 y considerando 10).¹¹²

¹¹² Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento No. 604/2013 (refundición), 2013.

En el Reglamento se expone la necesidad de adoptar medidas para evitar que el objetivo común, de un espacio sin fronteras interiores en el que se garantice, en particular, la libre circulación de las personas, de conformidad con las disposiciones del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, modificado por el Acta Única Europea; generase situaciones conducentes a dejar durante demasiado tiempo a un solicitante de asilo en la incertidumbre de no conocer el curso que pueda darse a su solicitud, y garantizar a todos los solicitantes de asilo que su solicitud será examinada por alguno de los Estados miembros, evitando que los solicitantes de asilo sean objeto de reenvíos sucesivos de un Estado miembro a otro sin que ninguno de dichos Estados asuma la competencia del examen de la solicitud de asilo.

La característica esencial de este Reglamento radica en que establece que una solicitud de protección internacional debe ser examinada por un único Estado miembro. Impone a los Estados miembros responsables en virtud la obligación de “hacerse cargo” de un solicitante que haya presentado una solicitud en otro Estado miembro o “readmitir”, entre otros, a los solicitantes cuya solicitud esté siendo examinada y que hayan formulado una solicitud en otro Estado miembro o que se encuentren en el territorio de otro Estado miembro sin un documento de residencia (artículo 18). La determinación del Estado miembro responsable de examinar una solicitud debe regirse por las disposiciones del capítulo III, que establece los criterios aplicables y su jerarquía.¹¹³

El sistema de Dublín es aplicable no solo a los Estados miembros de la Unión Europea, sino también a otros Estados europeos que hayan formalizado acuerdos con la Unión. Actualmente esos Estados son

¹¹³ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *“La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”*, Edit. Colex, Madrid, 2002. pág. 111.

Dinamarca (que no está directamente obligada por el Reglamento, según su considerando 42), Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

La determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional debe efectuarse de conformidad con la jerarquía de ocho criterios establecida en el Reglamento. Esta jerarquía permite a los Estados determinar un orden de prioridades más favorable y humano para los solicitantes de protección internacional dentro de la Unión Europea.

2.8.1. El interés superior del niño: menores no acompañados

El interés superior del niño constituirá una consideración primordial de los Estados miembros. Los Estados miembros cooperarán estrechamente entre sí para determinar el interés superior del niño. Los Estados miembros a la hora de evaluar el interés superior del niño deben, en particular, tener debidamente en cuenta el bienestar y el desarrollo social del menor, los aspectos de seguridad y el punto de vista del menor en función de su edad y madurez, incluidos su procedencia y su entorno, reagrupación familiar. Además, se establecerán garantías de procedimiento específicas para los menores no acompañados habida cuenta de su especial vulnerabilidad.¹¹⁴

Si el solicitante es un menor no acompañado, el Estado miembro responsable será aquel en el que se encuentre legalmente un miembro de la familia o un hermano, siempre que ello redunde en el interés superior del menor. (Artículo 8). Esta disposición está en concordancia que con el considerando No. 13 del propio Reglamento al establecer el principio del interés superior del niño de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹¹⁴ Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento No. 604/2013 del, (refundición), op. cit 2013.

Si el solicitante menor de edad tuviera algún miembro de su familia que hubiera sido autorizado a residir como beneficiario de protección internacional en un Estado miembro, la responsabilidad recaerá en dicho Estado miembro, siempre que los interesados hubieran manifestado por escrito que así lo desean (artículo 9).

Si el solicitante menor de edad tuviera un miembro de su familia en un Estado miembro en el cual su solicitud de protección internacional en ese Estado miembro todavía no hubiese sido objeto de una primera decisión en cuanto al fondo, la responsabilidad recaerá en dicho Estado miembro, siempre que los interesados hubieran expresado su deseo por escrito (artículo 10).

En caso de que varios miembros de una familia y/o los hermanos menores solteros presenten una solicitud de protección internacional en un mismo Estado miembro simultáneamente o en fechas suficientemente cercanas como para que los procedimientos de determinación del Estado miembro responsable puedan desarrollarse conjuntamente, la responsabilidad recaerá en el Estado miembro responsable de las solicitudes del mayor número de miembros de la familia conforme a este criterio o bien, en su defecto, el Estado miembro responsable de examinar la solicitud del miembro de la familia de mayor edad (artículo 11).

2.8.2. Solicitud de protección internacional donde estén involucrado menores de edad. Principio de interés superior del niño. La jurisprudencia europea

En relación a este criterio el TJUE sentó como precedente en la Sentencia, asunto C-648/11 del Reglamento (CE) No. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, predecesor del actual Reglamento Dublín III. En dicho asunto ventilado por la sala cuarta del TJUE tuvo por objeto la interpretación del artículo 6, párrafo segundo, del Reglamento (CE) No. 343/2003 del Consejo (derogado) “Dicha petición se presentó en

el marco de un litigio entre MA, BT y DA, tres menores nacionales de países terceros, por un lado, y el Secretary of State for the Home Department en lo sucesivo, “Secretary of State”, por otro, en relación con la resolución de este último de no examinar las solicitudes de asilo que los primeros habían presentado en el Reino Unido y de proponer que éstos fueran trasladados al Estado miembro en el que habían presentado una primera solicitud de asilo.”¹¹⁵

Los tres menores de edad, indistintamente y en casos separados, presentaron su apelación ante la High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court), a fin de cuestionar la legalidad del traslado ordenado por el Secretary of State, dos de ellos hacia Italia y uno hacia los Países Bajos, el cual consideró que debían ser estos los Estados quienes debía examinaran la petición de asilo, al haber los menores transitado por estos países antes y haber solicitado en primera opción la condición de asilo.

En este sentido los menores recurren ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division). En su petición de decisión prejudicial, este último órgano jurisdiccional observa que ninguna de las recurrentes en el litigio principal tiene familiares, en el sentido del Reglamento nº 343/2003 (Derogado) que se encuentren legalmente en el territorio de uno de los Estados miembros. En tales circunstancias, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “En el marco del Reglamento No. 343/2003 (derogado), cuando un solicitante de asilo, que es un menor no acompañado, ningún miembro de cuya familia se encuentra legalmente en otro Estado miembro, ha presentado solicitudes de asilo ante más de un Estado miembro, ¿cuál es el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo según el artículo 6, párrafo segundo?”

¹¹⁵ TJEU, Sentencia, C-648/11, 6 de junio del 2013.

El TJUE resolvió el caso disponiendo que el artículo 6 párrafo segundo, del Reglamento (CE) No. 343/2003 del Consejo (derogado) debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, en las que un menor no acompañado, que no tiene ningún familiar que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado miembro, ha presentado solicitudes de asilo en más de un Estado miembro, dicha disposición designa como “Estado miembro responsable” el Estado miembro en el que se encuentre el menor después de haber presentado ante él una solicitud de asilo.

2.8.3. Solicitud de protección internacional en casos de: Expedición o dispensa de documentos de residencia y visados. Zonas de tránsito. Entradas y estancias. Jurisprudencia del TJEU.

Si el solicitante es titular de un documento de residencia válido o de un visado válido, la responsabilidad recaerá en el Estado miembro que haya expedido dicho documento de residencia o visado (artículo 12).

Si el solicitante ha entrado en el territorio de un Estado miembro en que se le dispensa de la obligación de visado, la responsabilidad recaerá en dicho Estado miembro (artículo 14).

Si la solicitud de protección internacional es formulada en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto de un Estado miembro, la responsabilidad recaerá en dicho Estado miembro (artículo 15). Estos tres criterios son claros y no generan gran complejidad en su aplicación. Las entradas y salidas de los solicitantes de protección internacional al espacio comunitario si ha generado interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El artículo 13 plantea que: si se determina que un solicitante ha cruzado la frontera de un Estado miembro de forma irregular procedente de un tercer país, la responsabilidad recaerá en el Estado miembro en el

que haya entrado de tal forma. Esa responsabilidad cesará doce meses después de la fecha en que se haya producido el cruce irregular de fronteras. En este último caso, si se determina que el solicitante ha estado viviendo durante un periodo continuo no inferior a cinco meses en un Estado miembro antes de presentar la solicitud de protección internacional, la responsabilidad recaerá en dicho Estado miembro.

¿Qué hacer en caso que un ciudadano procedente de un tercer país, haya transitado por varios Estados miembros sin permanecer en ellos? La respuesta a esta interrogante se determinó por sentencia de fecha 10 de diciembre del 2013 del TJUE en el asunto C-394/12. La petición de decisión prejudicial versó sobre la interpretación de los artículos 10, 16, 18 y 19 del Reglamento (CE) No. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, (Reglamento de Dublín II) el cual fue refundido en el Reglamentos objeto de análisis y cuyo artículo actual es el No. 13.

El caso C-394/12, tuvo como litigio principal la apelación de la Sra. somalí de 22 años la cual viajó en avión a Siria en abril de 2011, y a continuación pasó a través de Turquía durante julio del mismo año, antes de entrar ilegalmente en barco en Grecia. No presentó solicitud de asilo ante el Gobierno griego. Seguidamente, con ayuda de pasadores de fronteras, viajó hasta Austria, en compañía de otras personas, a través de la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Sra. Abdullahi Serbia y Hungría, cruzando las fronteras de todos esos países de forma irregular. La Sra. Abdullahi fue detenida finalmente en Austria, en las proximidades de la frontera húngara, por policías austriacos que, tras interrogar también a otras personas que habían participado en el viaje, determinaron el recorrido que había seguido.¹¹⁶

La Sra. Abdullahi presentó en Austria una solicitud de protección internacional ante la autoridad administrativa competente

¹¹⁶ TJEU, Sentencia, C-394/12, fecha 10 de diciembre del 2013.

(Bundesasylamt). El Bundesasylamt cursó a Hungría una petición de asunción de responsabilidad de conformidad con el artículo 10, apartado 1, del Reglamento No. 343/2003(Derogado), que fue aceptada por Hungría mediante escrito. Mediante decisión, el Bundesasylamt desestimó por inadmisibile la solicitud de asilo en Austria de la Sra. Abdullahi y ordenó su traslado a Hungría. La Sra. Abdullahi interpuso un recurso ante el Asylgerichtshof alegando que el Estado miembro responsable de su solicitud de asilo no era Hungría sino la República Helénica. Sin embargo, la Sra. Abdullahi aducía que, en algunos aspectos, Grecia no respetaba los derechos humanos, por lo que entendía que correspondía a las autoridades austriacas completar el examen de su solicitud de asilo.

Mediante sentencia el Asylgerichtshof desestimó por infundado el referido recurso de la Sra. Abdullahi, declarando que, de conformidad con el artículo 10, apartado 1, del Reglamento No. 343/2003(Derogado), Hungría era el Estado miembro responsable de la tramitación de la solicitud de asilo. La Sra. Abdullahi recurrió ante el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional), objetando de nuevo, en lo esencial, que el Estado miembro responsable para examinar la solicitud no era Hungría sino la República Helénica.

A la luz de estos puntos, el Asylgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: “¿Debe interpretarse el artículo 10, apartado 1, del Reglamento No. 343/2003 en el sentido de que el Estado miembro en el que se produjo una primera entrada irregular (“primer Estado miembro”) debe aceptar su responsabilidad para examinar la solicitud de asilo de un nacional de un tercer país cuando se cumpla la situación descrita a continuación? Un nacional de un tercer país, proveniente de un tercer país, entra irregularmente en el primer Estado miembro, donde no presenta una solicitud de asilo.

Seguidamente abandona dicho Estado miembro con destino a otro tercer país y, en menos de tres meses, entra desde un tercer país de forma irregular en otro Estado miembro de la UE (“segundo Estado miembro”). Desde ese segundo Estado miembro se desplaza directa e inmediatamente a un tercer Estado miembro, donde presenta su primera solicitud de asilo. En ese momento han transcurrido menos de doce meses desde la entrada irregular en el primer Estado miembro.”¹¹⁷

En tal sentido la respuesta del TJUE mediante sentencia fundamentada reconoce que le asiste el derecho a la Sra. Abdullahi de que sea el primer país de tránsito quien examine su solicitud en este caso Grecia y no Hungría. Dice además el tribunal que en caso de que se demostrara que en el Estado responsable no cumple o que se han detectado deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo que constituyan motivos serios y acreditados para creer que dicho solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, en el sentido del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Le corresponde al Estado receptor (Austria) hacerse cargo de dicha solicitud.

2.8.4. Solicitud de protección internacional cuándo no se pueda determinar el Estado miembro responsable. Jurisprudencia del TJEU

Según el artículo 3, apartado 2 cuando no se pueda determinar el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo, será responsable el primer Estado ante el que se haya presentado la solicitud de protección internacional.

El Reglamento contiene disposiciones en el caso de que el Estado miembro designado como responsable no cumpla determinadas

¹¹⁷ Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento (UE) No. 604/2013, (refundición), 2013, op. cit. artículo 10.

obligaciones con arreglo al SECA “Cuando no sea posible trasladar a un solicitante al Estado miembro originalmente designado como responsable, por concurrir razones fundadas para considerar que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes en tal Estado miembro que implican un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Estado miembro encargado de la determinación seguirá examinando los criterios fijados en el capítulo III para decidir si otro Estado miembro puede ser designado como responsable” (artículo 3, apartado 2).

Cuando el traslado no pueda hacerse, con arreglo al presente apartado, al Estado miembro designado sobre la base de los criterios fijados en el capítulo III o al primer Estado miembro en el que se presentó la solicitud, el Estado miembro encargado de la determinación pasará a ser el Estado miembro responsable (artículo 3, apartado 2).

Este último supuesto fue incorporado al Reglamento de Dublín III tomando como precedente la sentencia en los casos C-411/10 y C-493/10 de 21 de diciembre de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJEU), en litigio que se presentara a tenor del Reglamento de Dublín II, artículo 3 apartado 2. Esta sentencia dispuso, que el ciudadano afgano N.S recurrente en el litigio principal ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), tenía el derecho de que su solicitud de asilo fuera examinada por el Reino Unido y no por Grecia país donde ingreso a la Unión Europea, dado que en Grecia “el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes.”

Los casos C-411/10 y C-493/10 son dos casos distintos conocidos por el TJEU y resueltos en una sola sentencia por tratarse de casos similares. Tuvieron por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) y por la High Court

(Irlanda), mediante resoluciones de 12 de julio y 11 de octubre de 2010, recibidas en el Tribunal de Justicia, respectivamente, el 18 de agosto y el 15 de octubre de 2010. Las dos peticiones de decisión prejudicial tenían por objeto la interpretación, en primer lugar, del artículo 3, apartado 2, del Reglamento (CE) No. 343/2003 del Consejo (derogado), en segundo lugar, de los derechos fundamentales de la Unión Europea, incluidos los derechos enunciados en los artículos 1, 4, 18, 19, apartado 2, y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.¹¹⁸

En el caso C-411/10, N. S., recurrente en el litigio principal, es un nacional afgano que llegó al Reino Unido transitando, en particular, por Grecia. En este último Estado fue detenido el 24 de septiembre de 2008, pero no presentó una solicitud de asilo. Según él, las autoridades griegas lo mantuvieron detenido durante cuatro días y, en el momento de su puesta en libertad, le notificaron una orden de abandonar el territorio griego en un plazo de 30 días. Cuando trataba de abandonar Grecia, fue detenido por la policía y devuelto a Turquía, país en el que, durante dos meses, fue objeto de detención en condiciones penosas.

Afirmó que escapó de su lugar de detención en Turquía y viajó de dicho Estado al Reino Unido, donde llegó el 12 de enero de 2009 y donde presentó, el mismo día, una solicitud de asilo. Motivo por el cual Reino Unido solicita a través de su secretario de Estado y de acuerdo al reglamento Dublín II el caso sea analizado por Grecia. Interponiendo N.S su apelación ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), donde esta última decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE como principal cuestión. “¿Está comprendida la decisión adoptada por un Estado miembro en virtud del artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 343/2003(derogado)acerca del examen de una solicitud de asilo, de la que no es responsable según los criterios establecidos en el capítulo III del

¹¹⁸ TJUE, Sentencia, C-411/10 y C-493/10, 21 de diciembre del 2011.

Reglamento, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión a efectos del artículo 6 [TUE] y/o del artículo 51 de la Carta?

En el caso C-493/10 corresponde a cinco ciudadanos recurrentes en el litigio principal, sin relación entre sí, originarios de Afganistán, Irán y Argelia. Cada uno de ellos transitó por el territorio griego y fue detenido allí por entrar ilegalmente. Posteriormente llegaron a Irlanda, donde solicitaron asilo. Cada uno de los recurrentes en el litigio principal se opone a su regreso a Grecia, aducido que los procedimientos y las condiciones para los solicitantes de asilo en Grecia son inapropiados, de modo que Irlanda debería hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento No. 343/2003(derogado) de aceptar la responsabilidad de examinar y resolver sobre sus solicitudes de asilo.

En estas circunstancias, la High Court decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “¿Tiene el Estado miembro que traslada, en virtud del Reglamento (CE) No. 343/2003(derogado), la obligación de evaluar el cumplimiento por parte del Estado miembro receptor del artículo 18 de la Carta, de las Directivas 2003/9/CE, 2004/83/CE y 2005/85/CE y del Reglamento (CE) No. 343/2003?”

La sentencia del (TJUE) resolvió en favor de los recurrentes al disponer que tanto el Reino Unido como Irlanda “Sin perjuicio de la facultad de examinar él mismo la solicitud a que se refiere el artículo 3, apartado 2,” puntualizando la sentencia los derechos de la Carta de la Unión cuando concluye el caso diciendo que “es preciso, no obstante, que el Estado miembro en el que se halla el solicitante de asilo procure no agravar una situación de vulneración de los derechos fundamentales de ese solicitante mediante un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable que se prolongue más allá de lo razonable”. Este precedente sirvió de base para que se agregara en el Reglamento de Dublín III de forma expresa el párrafo dos del artículo 3 numeral 2.

2.8.5. Garantías del proceso de asilo, Derecho a la información. Cláusula de soberanía y cláusula humanitaria, Jurisprudencia Europea

El Reglamento consagra algunas garantías de procedimiento, como el derecho a la información (artículo 4) y el derecho a una entrevista personal (artículo 5). El artículo 4 establece que se debe informar al solicitante del propósito de aplicar el Reglamento y de todas las implicaciones que ello tiene para el solicitante. El artículo 5 incluye una nueva disposición en el sistema de Dublín, concretamente el requisito de que los Estados miembros lleven a cabo una entrevista personal. Los requisitos para celebrar dicha entrevista personal están estipulados en los apartados 4 a 6 del artículo 5 e incluyen el requisito de elaborar un resumen escrito de la misma, al cual deberá tener acceso el solicitante.

El Reglamento de Dublín III contiene cláusulas discrecionales la denominada “cláusula de soberanía” y una “cláusula humanitaria”¹¹⁹ que permiten a los Estados miembros examinar solicitudes de asilo que no sean de su responsabilidad de acuerdo con los criterios establecidos en el capítulo III. El artículo 17, apartado 1, recoge la “cláusula de soberanía” que establece lo siguiente “No obstante lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, cualquier Estado miembro podrá decidir examinar una solicitud de protección internacional que le sea presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida, aun cuando este examen no le incumba en virtud de los criterios establecidos en el presente Reglamento”. La sentencia C-411/10 y C-493/10 de 21 de diciembre de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJEU) analizada anteriormente constituye un ejemplo de la “cláusula de soberanía.”

Otro ejemplo de la aplicación de cláusulas de soberanía lo constituye la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, en el asunto C-528/11. Esta

¹¹⁹ ALJDR-Europa, *Análisis judicial. Introducción al sistema europeo común de asilo para órganos jurisdiccionales*, Edit. EASO, 2016, pág. 38.

sentencia versa sobre la interpretación del artículo 3, apartado 2, del Reglamento (CE) No. 343/2003 del Consejo (derogado), Reglamentos de Dublín II, y de los artículos 18, 41 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Halaf, nacional iraquí, y la Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet (Agencia Estatal Gubernamental para los Refugiados en Bulgaria); relativo a la decisión adoptada por ésta de denegar la incoación de un procedimiento de concesión del estatuto de refugiado al Sr. Halaf y autorizar su traslado a Grecia.¹²⁰

Lo diferente de esta solicitud a la del caso C-411/10 y C-493/10, analizado anteriormente es que se determine la interpretación del artículo 3 apartado 2 del Reglamento en cuanta a: 1- “¿en el sentido de que permite que un Estado miembro asuma la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en el caso de que en el solicitante no concurra ninguna circunstancia personal que dé lugar a la aplicación de la cláusula humanitaria del artículo 15 del Reglamento y cuando el Estado miembro responsable con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento no ha contestado a una petición de readmisión con arreglo al artículo 20, apartado 1, del Reglamento, teniendo en cuenta que este Reglamento no contiene ninguna disposición sobre la observancia del principio de solidaridad establecido en el artículo 80 TFUE?”. 2- “¿Los Estados miembros están obligados a recabar la opinión de la Oficina del ACNUR, si en los expedientes de dicha oficina se refieren hechos y conclusiones según los cuales el Estado miembro responsable conforme al artículo 3, apartado 1, del Reglamento infringe normas de la Unión Europea en materia de asilo?”

Reafirmando la cláusula de soberanía el TJEU, dispuso en su sentencia que: el artículo 3, apartado 2, del Reglamento (CE) No. 343/2003 del Consejo (derogado), debe interpretarse en el sentido de que permite a

¹²⁰ TJUE, Sentencia C-528/11, 30 de mayo de 2013.

un Estado miembro, que los criterios establecidos en el capítulo III de ese Reglamento no designen como responsable, examinar una solicitud de asilo, aunque no concurra ninguna circunstancia que dé lugar a la aplicación de la cláusula humanitaria que figura en el artículo 15 de dicho Reglamento. Esta posibilidad no se supedita al hecho de que el Estado miembro responsable en virtud de los mencionados criterios no haya respondido a una petición de readmisión del solicitante de asilo.

En cuanto a la segunda petición la sentencia en el caso C-528/11 dispuso: “El Estado miembro en el que se encuentre el solicitante de asilo no está obligado, a lo largo del procedimiento para determinar el Estado miembro responsable, a recabar la opinión de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados si de los expedientes de dicha Oficina se desprende que el Estado miembro que los criterios mencionados en el capítulo III del Reglamento No. 343/2003 (derogado) designen como responsable infringe la normativa de la Unión en materia de asilo.” En esta última disposición queda claro cómo se había planteado en capítulos anteriores de esta tesis que el ACNUR es un órgano con facultades conciliatoria entre los Estados miembros y los refugiados más no tienen facultades de imponer criterios sobre los Estados miembros ni tampoco puede crear precedentes sobre los órganos judiciales.

Otro ejemplo de la aplicación de la cláusula de soberanía los constituye la sentencia del TEDH Sentencia de 21 de enero 2011 (Gran Sala), M.S.S. C. Bélgica y Grecia, 30696/09. El demandante, M.S.S, nacional afgano, huyó de Kabul a través de Irán y Turquía, y entró en el espacio Unión por Grecia en donde sus huellas dactilares fueron tomadas el 7 de diciembre de 2008. Atravesó Francia hasta Bélgica, y presentó en este país una demanda de asilo el 10 de febrero de 2009.¹²¹

¹²¹ TEDH Sentencia, 30696/09, de 21 de enero 2011 (Gran Sala), M.S.S. C. Bélgica y Grecia.

El 19 de mayo, tras haber transcurrido el plazo de dos meses para que Grecia respondiese la petición de toma a cargo formulada por Bélgica en aplicación del Reglamento (CE) 343/2003 Dublín II, el Office des étrangers belga entendió que Grecia aceptaba por silencio positivo su responsabilidad para con el demandante, emitió una decisión de rechazo de estancia con orden alejamiento, y procedió a la detención de M.S.S. en un centro para extranjeros ilegales.

Tras un primer intento de expulsión, finalmente, el demandante fue trasladado a Grecia el 15 de junio de 2009 sin que el segundo recurso de anulación de la orden de alejamiento hubiese sido resuelto. Entretanto, el 4 de junio Grecia emitió un documento por el que aceptaba tomar a cargo el demandante de asilo. A su llegada, M.S.S fue detenido durante 3 días en el aeropuerto y posteriormente se le documentó como demandante de asilo.

El 2 de julio, el TEDH dictó medidas cautelares ante Grecia para que M.S.S. no fuese expulsado hacia Afganistán, ya que las autoridades griegas no contestaron peticiones de información sobre el estado del demandante en el plazo establecido. El demandante intentó en dos ocasiones huir de Grecia debido a las condiciones de indigencia en que tenía que vivir, lo que comportó una detención de siete días en el centro del aeropuerto donde se frustró la primera tentativa de huida, y una condena a tres meses de prisión.

El TEDH consideró a Grecia responsable de violación del artículo 3 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por las condiciones de detención del demandante; de violación del artículo 3 CEDH por las condiciones de existencia de M.S.S. en ese país; y de violación del artículo 13 CEDH combinado con los artículos 2 y 3 por las deficiencias en el procedimiento de asilo. Tras recordar tres sentencias anteriores en que Grecia fue condenada por hechos similares, el TEDH estableció que los dos períodos de detención sufridos por M.S.S. en el aeropuerto de Atenas

constituían violación del artículo 3 CEDH. Para ello tuvo en cuenta los informes del Comité para la Prevención de la Tortura, el ACNUR, Amnistía Internacional y Médecins sans frontières, coincidentes al describir unas condiciones de detención inhumanas; y la vulnerabilidad específica de M.S.S. inherente a su condición de demandante de asilo.

En segundo lugar, el TEDH consideró que las condiciones de existencia de M.S.S. en Grecia desde junio de 2009 alcanzaron el limen de gravedad del artículo 3 CEDH. La cuestión clave de este apartado de la sentencia es que el TEDH hace responsables a las autoridades griegas de una “situación” de indigencia material extrema en que se encontró el demandante mientras estaba en libertad. Por lo que se refiere a la tercera alegación examinada, el TEDH consideró que la situación general de los procedimientos de asilo era deficitaria y que las carencias del sistema habían afectado a la accesibilidad en la práctica de un recurso para M.S.S. y, así, a su efectividad.

El TEDH consideró que Bélgica había incurrido en violación del artículo 3 CEDH por haber expuesto al demandante a los riesgos que resultaban de las deficiencias del procedimiento de asilo en Grecia; y por haber expuesto al demandante a condiciones de detención y de existencia contrarias al artículo 3 CEDH en ese mismo país. Consideró la falta de un recurso efectivo contra la orden de expulsión del artículo 13 combinado con el artículo 3.

La constatación por parte del TEDH de que Bélgica había incurrido en una violación del artículo 3 CEDH por el traslado del demandante a Grecia en aplicación del sistema de Dublín II es el aspecto con más trascendencia jurídica y política de la sentencia, al tratarse de dos Estados igualmente partes en el CEDH, la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, y vinculados por el Reglamento (CE) 343/2004.

Sobre el fondo de la cuestión, el TEDH consideró que Bélgica hubiese tenido que valorar si la aplicación en la práctica de la legislación griega de asilo llevaba a constatar que existía un riesgo real y personal de que el demandante fuese sometido a tratos contrarios al Convenio. El TEDH también consideró responsable a Bélgica de violación del artículo 3 por la expulsión de M.S.S. hacia Grecia por las condiciones de detención y de existencia allí sufridas. Finalmente, la sentencia M.S.S. consideró violado el artículo 13 CEDH por parte de Bélgica por el contenido y la falta de disponibilidad en la práctica de los recursos previstos.

Del análisis de estas cuatro sentencias, tanto las tres del TJEU como la del TEDH podemos concluir que la “cláusula de soberanía” se ha convertido en el centro del Sistema de Dublín, si bien la cláusula pretendía dejar un margen de discrecionalidad a los Estados de valorar una solicitud que no era de su competencia, a partir de esta jurisprudencia, se crea el precedente que los Estados antes de tomar una decisión de traslado de un solicitante de protección internacional debe realizar una valoración general de la situación respecto al cumplimiento de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en ese estado y de abstenerse en caso desfavorable a realizar el envío, debiendo aplicar en ese caso la “cláusula de soberanía”, en ese aspecto MORGANES GIL concluye “la cláusula de soberanía se convierte en el eje de legitimidad de todo el sistema, y deja de ser un mecanismo de uso totalmente discrecional de los Estados para convertirse en la garantía de un examen individual de la legitimidad de las transferencias de demandantes de asilo a Estados partes en el sistema Dublín”¹²²

Otro aspecto importante que se deriva de este análisis es la reiteración de la violación de los derechos a los migrantes en Grecia. En las sentencias analizadas Grecia viola la CEDH al violentar el derecho que tiene los solicitantes a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes,

¹²² MORGANES GIL, S, “El funcionamiento efectivo de la Política Europea de Asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos Inhumanos o degradantes del CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* Número 41, 2012, págs. 183-204

así como a condiciones de existencia dignos, lo que pone en entredicho el concepto de “país seguro” y la eficacia del propio sistema de Dublín.

El artículo 17, apartado 2, recoge la cláusula “humanitaria”¹²³, que permite que el Estado miembro encargado de la determinación o el Estado miembro responsable soliciten que otro Estado miembro asuma la responsabilidad a fin de reagrupar familiares. El Estado miembro que esté procediendo a determinar el Estado miembro responsable, o bien el Estado miembro responsable, podrá pedir en todo momento a otro Estado miembro, antes de que se adopte una primera decisión en cuanto al fondo, que asuma la responsabilidad de un solicitante a fin de agrupar a cualesquiera otros familiares, por motivos humanitarios basados, en particular, en consideraciones familiares o culturales, aunque ese otro Estado miembro no sea responsable.

Cuando se efectúe esta petición, el Estado miembro requerido estará obligado a considerar los motivos humanitarios “El Estado miembro requerido procederá a las comprobaciones necesarias para examinar los motivos humanitarios citados, y responderá al Estado miembro requirente en el plazo de dos meses. Una respuesta negativa a la petición deberá motivarse.”¹²⁴

El caso C-245/11, de K contra Bundesasylamt, presentado por el Asylgerichtshof (Austria) y resuelto en sentencia por TJUE (Gran Sala) del 6 de noviembre de 2012, es otro ejemplo de la aplicación de la cláusula humanitaria. Si bien este proceso fue presentado durante la vigencia del Reglamento (CE) No. 343/2003, denominado Dublín II, predecesor del actual Reglamento Dublín III sirve de ejemplo para ilustrar la importancia

¹²³ SALES JARDI, M., “La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de las refugiadas y de las apátridas en el derecho europeo”, *Revista de Derecho Político* Número 95, 2016, págs. 189-228.

¹²⁴ Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, Reglamento (UE) No. 604/2013, (refundición), 2013, op. cit. artículo 17.

que tienen esta cláusula humanitaria que también esa plasmada en el artículo 17 apartado 2 del Reglamento de Dublín III.

El caso versa sobre la petición de decisión prejudicial de la interpretación, en primer lugar, del artículo 15 del Reglamento (CE) No. 343/2003 “Cláusula Humanitaria”, en segundo lugar, del artículo 3 apartado 2, de ese mismo Reglamento. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre K, nacional de un tercer país, y el Bundesaylamt (Oficina federal austriaca en materia de asilo) en relación con la denegación por parte de éste de la solicitud de asilo presentada en Austria por la demandante en el litigio principal debido a que la República de Polonia era el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo.¹²⁵

K entró de manera irregular en Polonia, procedente de un tercer país, y presentó allí, en marzo de 2008, una primera solicitud de asilo. Sin esperar a que finalizase el examen de dicha solicitud de asilo, abandonó a continuación el territorio polaco y entró de forma irregular en Austria, donde se reunió con uno de sus hijos mayores de edad, quien disfrutaba ya allí del estatuto de refugiado junto a su esposa y a sus tres hijos menores de edad. En abril de 2008, K presentó en Austria una segunda solicitud de asilo.

Según el Asylgerichtshof, ha quedado acreditado que la nuera de K se encuentra en una situación de dependencia respecto a ella debido al nacimiento reciente de un hijo, así como a la grave enfermedad y a la minusvalía importante que sufre a raíz de un acontecimiento traumático serio ocurrido en un tercer país. Si este suceso llegase a descubrirse, la nuera estaría en peligro de sufrir graves malos tratos por parte de los miembros masculinos de su entorno familiar, debido a tradiciones culturales que pretenden restablecer el honor de la familia. Desde que K ha vuelto a encontrarse con su nuera en Austria es su consejera y su amiga

¹²⁵ TJUE, Sentencia C-245/1, 6 de noviembre de 2012.

más íntima, debido no sólo a los vínculos familiares que las unen sino también al hecho de que K posee la experiencia profesional adecuada.

Al considerar que la República de Polonia es responsable del examen de la solicitud de asilo presentada por K, las autoridades austriacas pidieron a dicho Estado miembro que la readmitiese. En respuesta a dicha petición, las autoridades polacas, sin pedir a las autoridades austriacas que se hiciesen cargo de K con arreglo al artículo 15 del Reglamento No. 343/2003, aceptaron readmitirla conforme al artículo 16, apartado 1, letra c), de ese mismo Reglamento. En estas circunstancias, mediante resolución de 16 de julio de 2008, el Bundesaylamt denegó la solicitud de asilo presentada por K en Austria debido a que el Estado miembro responsable para pronunciarse sobre dicha solicitud era la República de Polonia.

K interpuso ante el Asylgerichtshof un recurso contra esta resolución denegatoria. Basándose en la apreciación de que, en principio, la República de Polonia es competente para pronunciarse sobre la solicitud de asilo de K, dado que fue la frontera de ese Estado miembro la que K atravesó irregularmente en primer lugar procedente de un tercer país, el referido órgano jurisdiccional estima además que, en una situación como ésta de la que conoce, debe tomarse en consideración la posible aplicación del artículo 15 del Reglamento No. 343/2003 o de su artículo 3, apartado 2. Pues bien, la aplicación de una u otra de esas disposiciones daría lugar a que la República de Austria fuese competente para resolver esta solicitud de asilo.

El Asylgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales. 1- “¿Debe interpretarse el artículo 15 del Reglamento No. 343/2003 en el sentido de que un Estado miembro que no es de entrada responsable, conforme a las reglas de los artículos 6 a 14 de dicho Reglamento, del examen de la solicitud presentada por una solicitante de asilo se convierte

obligatoriamente en responsable cuando la nuera de esa persona se encuentra gravemente enferma y en peligro por determinadas circunstancias culturales, o sus nietos menores de edad, necesitados de atención por la enfermedad de su madre, residen en ese Estado miembro, y la solicitante de asilo está dispuesta y capacitada para ocuparse de la nuera o de los nietos? ¿Se aplica esta interpretación también cuando no existe una petición en este sentido del Estado miembro responsable, con arreglo al artículo 15, apartado 1, segunda frase, del Reglamento No. 343/2003?”.

2- “¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 2, del Reglamento No. 343/2003 en el sentido de que, en una situación como la descrita en la primera cuestión, es obligatoria una transferencia de responsabilidad a un Estado miembro que no es de entrada responsable, cuando la responsabilidad del Estado designado conforme a lo dispuesto en el Reglamento No. 343/2003 constituiría una infracción de los artículos 3 u 8 del [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950] (artículos 4 o 7 de la [Carta])? ¿Pueden aplicarse en ese caso y en el caso de una interpretación y aplicación incidentales de los artículos 3 u 8 del citado Convenio (artículos 4 o 7 de la Carta) los conceptos de “trato inhumano” o de “familia” en un sentido diferente, más amplio, del utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?”.

Por último, el Tribunal de Justicia declaró en favor de K al considerar que el artículo 15, apartado 2, “debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro que no es responsable del examen de una solicitud de asilo en virtud de los criterios establecidos en el capítulo III del Reglamento deviene el Estado miembro responsable. Corresponde al Estado miembro que se ha convertido en Estado miembro responsable en el sentido de ese mismo Reglamento asumir las obligaciones vinculadas a dicha responsabilidad”. En otras palabras, le corresponde a Austria el examen de la solicitud de K por razones humanitaria, tal como establece el artículo

15 como establece el Reglamento de Dublín II y los artículos 4 o 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2.8.6. Derecho del solicitante de protección internacional a recurrir a los órganos jurisdiccionales, Internamientos para fines de traslado. Jurisprudencia del TJEU

El artículo 27, establece el derecho de los solicitantes de protección internacional a establecer un recurso o revisión de hecho o de derecho, contra la decisión de traslado a otro Estado para que se haga cargo de la solicitud. Este recurso o revisión debe hacerse ante un órgano jurisdiccional, en concordancia al considerando 19 del propio reglamento con el objetivo de garantizar la protección efectiva de los derechos de las personas, de conformidad en particular con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A fin de garantizar el respeto del Derecho internacional, una tutela judicial efectiva ha de comprender tanto el examen de la solicitud según el presente Reglamento como de la situación de hecho y de derecho en el Estado miembro al que se traslade al solicitante.

Con relación al artículo 27 el TJUE ha dispuestos sendas Sentencias prejudiciales a los fines de una mejor interpretación por parte de los Estados miembros. La primera es la Sentencia del 7 de junio del 2016 (Gran Sala) en el caso C-63/15 y la segunda es la Sentencia del 7 de julio del 2016 (Gran Sala) en el caso C-155/15. En ambos casos el Tribunal dispuso que el artículo 27 debe interpretarse en el sentido de que, un solicitante de asilo puede invocar, en un recurso interpuesto contra la decisión de trasladarlo, la aplicación errónea de un criterio de responsabilidad establecido en el capítulo III del citado Reglamento.

Por lo que en ambas sentencias quedó como precedente que el recurso o revisión debe ser admitido a los solicitantes en la forma que se presente siempre que el recurso interpuesto esté en contra de la decisión

de traslado hacia otro país. No se podrá admitir recurso o revisión en casos distintos solo por el mero hecho de inconformidad y menos aún si la petición del solicitante es escoger el país donde quiere que se le tramite su solicitud.¹²⁶

El artículo 28, apartado 1, consagra el principio fundamental de que “los Estados miembros no podrán internar a una persona por el único motivo de que se encuentre sometida al procedimiento establecido en el presente Reglamento”. La única excepción es cuando, en un caso concreto, existen razones basadas en criterios objetivos definidos por ley que permiten pensar que la persona sujeta a un procedimiento de traslado puede fugarse (artículo 2, letra n). En estas circunstancias, los Estados miembros podrán internar a esa persona para garantizar el desarrollo de los procedimientos de traslado sobre la base de una evaluación individual y únicamente en la medida en que el internamiento sea proporcionado y no puedan aplicarse efectivamente otras medidas menos coercitivas (artículo 28, apartados 2 y 3). El artículo 28, apartado 4, establece que las condiciones de internamiento serán las estipuladas en la Directiva sobre condiciones de acogidas.

Con relación al artículo 28 del Reglamento es preciso analizar la Sentencia del TJUE de 15 de marzo del 2017 en el asunto C-528/15. Esta petición fue presentada en el contexto de un recurso de casación interpuesto por la Policie ČR, Krajské ředitelství Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie (Policía de la República Checa), Dirección Regional de Ústí nad Labem, Departamento de policía de extranjería, en relación con la anulación, ordenada por un órgano jurisdiccional inferior, de la decisión de la policía de extranjería de internar a los Sres. Salah, Ajlin y Ajvar Al Chodor (Sres. Al Chodor) durante 30 días a efectos de su traslado a Hungría.

¹²⁶ TJEU, Sentencia C-63/15, 7 de junio del 2016. TJEU, Sentencia, C-155/15, 7 de junio del 2016.

Los Sres. Al Chodor, nacionales iraquíes, fueron objeto de un control policial en la República Checa, adonde se habían desplazado. Al no presentar documento alguno que acreditara su identidad, fueron interrogados por la policía de extranjería. En el interrogatorio, declararon que eran de origen kurdo y que su pueblo había sido invadido por los combatientes de la organización terrorista Estado Islámico. Los Sres. Al Chodor afirmaron que habían llegado a Grecia a través de Turquía, y que desde Grecia habían continuado su viaje en camión. En Hungría, la policía les detuvo y les tomó las huellas digitales. El Sr. Salah Al Chodor declaró que en ese momento firmó algunos documentos. El día siguiente, fueron conducidos a una estación de tren por las autoridades húngaras y dirigidos a un campo de refugiados. Según manifestaron, abandonaron dicho campo dos días después, con la intención de reunirse con miembros de su familia en Alemania.¹²⁷

Tras detener a los Sres. Al Chodor en el territorio de la República Checa, la policía de extranjería de este país consultó la base de datos Eurodac y constató que habían presentado una solicitud de asilo en Hungría. La policía de extranjería estimó que existía un riesgo considerable de fuga, pues los Sres. Al Chodor carecían, en la República Checa, de permiso de residencia y de un lugar donde alojarse hasta que fueran trasladados a Hungría. Además, habían abandonado el campo de refugiados situado en Hungría sin esperar a la resolución de su solicitud de asilo, quebrantando las normas que lo prohibían, con la intención de llegar hasta Alemania. Así pues, la policía de extranjería internó a los Sres. Al Chodor por un período de 30 días, a la espera de su traslado a Hungría, con arreglo al artículo 129, apartado 1, de la Ley sobre la residencia de los extranjeros, y de acuerdo con el artículo 28, apartado 2, del Reglamento Dublín III.

¹²⁷ TJUE, Sentencia C-528/15, 15 de marzo del 2017.

Los Sres. Al Chodor recurrieron la resolución por la que se ordenaba su internamiento. El Krajský soud v Ústí nad Labem (Tribunal Regional de Ústí nad Labem, República Checa) anuló dicha resolución, por considerar que la legislación checa no define criterios objetivos que permitan apreciar un riesgo de fuga en el sentido del artículo 2, letra n), del Reglamento Dublín III. Por tanto, el referido órgano jurisdiccional declaró que el internamiento era ilegal, basándose, también, en dos sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros que seguían idéntico razonamiento. La primera, del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Alemania) (Bundesgerichtshof, 26 de junio de 2014, V ZB 31/14) y la segunda, del Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria) (Verwaltungsgerichtshof, 19 de febrero de 2015, RO 2014/21/0075-5).

Al ser anulada la resolución adoptada por la policía de extranjería, se puso en libertad a los Sres. Al Chodor. La policía de extranjería interpuso un recurso de casación ante el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, República Checa) contra la sentencia del Krajský soud v Ústí nad Labem (Tribunal Regional de Ústí nad Labem). Según aquélla, el mero hecho de que la legislación checa no defina criterios objetivos determinantes de un riesgo de fuga no justifica por sí mismo que no pueda aplicarse el artículo 28, apartado 2, del Reglamento Dublín III. Para la policía de extranjería, esta disposición obliga a evaluar el riesgo de fuga partiendo de tres principios, a saber, una apreciación individual que tenga en cuenta las circunstancias del caso, la proporcionalidad de la medida y la imposibilidad de aplicar una medida menos coercitiva. La policía de extranjería alega haber respetado estos requisitos.

En estas circunstancias, el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial. La mera circunstancia de que la ley no haya definido los criterios objetivos para

apreciar si existe un riesgo considerable de fuga de un extranjero [en el sentido del artículo 2, letra n), del Reglamento Dublín III ¿impide que pueda aplicarse la medida de internamiento prevista en el artículo 28, apartado 2, del citado Reglamento?

El TJUE luego de hacer una correspondiente valoración del caso dispuso que el artículo 2, letra n), y el artículo 28, apartado 2, del Reglamento Dublín III, analizados conjuntamente, deben interpretarse en el sentido de que exigen a los Estados miembros establecer, en una disposición obligatoria de alcance general, los criterios objetivos en los que se basan las razones que permitan pensar que el solicitante que es objeto de un procedimiento de traslado pueda fugarse. La falta de tal disposición determina la imposibilidad de aplicar el artículo 28, apartado 2, de ese Reglamento.

2.8.7. Críticas al sistema de Dublín

Según el llamado Sistema de Dublín, uno de los principales objetivos es evitar que una persona solicite asilo en el Estado que elija o que se encuentre en Europa sin que ningún país tome la responsabilidad de examinar su solicitud. Para ello se establecen tres principios básicos: 1)- los solicitantes de asilo tienen solo una oportunidad en la Unión Europea debiendo realizar su demanda en el primer Estado al que lleguen. 2)- son los criterios de distribución establecidos por Dublín, que hacen caso omiso de las preferencias de los solicitantes, los que concretan qué Estado miembro se hará responsable de examinar cada solicitud; y 3)- los solicitantes de asilo pueden ser “transferidos” al Estado miembro que les haya sido asignado.

Entre otros aspectos esta normativa europea no ha traído los resultados esperados, y lejos de resolver los derechos de los refugiados ha traído otros problemas tales como: La falta de equidad, la falta de eficiencia en los trámites, coste económico para los estados fronterizos, y en no pocas

ocasiones violaciones de los derechos de los refugiados, derechos que han sido reclamados ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH).

La principal crítica que recibe el llamado sistema de Dublín es que el criterio que más se aplica es el del país de llegada, por lo que la gran mayoría de las solicitudes de asilo se realizan desde los países fronterizos de la Unión Europea. De esta forma se reducen las posibilidades de solicitar asilo en otros Estado, los solicitantes solo tienen una opción, esto es positivo en la medida que se elimina el “asylum shopping”¹²⁸, o sea que los solicitantes de asilo vayan de puerta en puerta de cada Estado beneficiándose del tiempo que dura el examen de su solicitud, pudiendo alargarse por 10 y 12 años sin llegar a resolverse su situación.

Otro criterio es que no en todos los casos se da un proceso justo y equitativo a la hora de determinar el país responsable de tramitar la solicitud asilo. Los plazos pueden alargarse durante más de un año y no siempre se actúa según la voluntad de los solicitantes. Varios informes de distintas organizaciones humanitarias han denunciado que el Reglamento no garantiza en todos los casos los derechos de los solicitantes, tal es el caso de las violaciones detectadas en Grecia y Bélgica y expuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la Sentencia de 21 de enero del 2011, donde figuraron como parte demandante el ciudadano afgano Sr. M.S.S por supuestas violaciones reiteradas de ambos Estados del Reglamentos de Dublín, la Directiva sobre normas mínimas relativas al procedimiento de concesión y retirada del estatuto de refugiado; la Directiva sobre normas mínimas de acogida a los solicitantes de asilo y otras normas relativas al SECA.¹²⁹

¹²⁸ TERRON A., “Perspectivas y retos del asilo y el refugio en Europa con motivo del día mundial del refugiado de 20 de junio” en Presentación, Edit. CIDOB Edicions, Barcelona, 2006, pág. 11.

¹²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la Sentencia de 21 de enero del 2011

Otro Estado que ha sido denunciado por los Organismos Internacionales es Hungría, donde la Comisión Europea abrió en 2015 un procedimiento por incumplimiento, en cuya carta de emplazamiento señalaba las violaciones de la Directiva sobre los procedimientos comunes para la concesión o retirada de protección internacional, y la Directiva relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales¹³⁰.

2.8.8. Reglamento de Eurodac

El Reglamento (UE) No. 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (refundición), es un instrumento de Derecho derivado de la Unión que tiene por objeto facilitar la aplicación del Reglamento de Dublín III (artículo 1) establece un sistema, que se denominará “Eurodac”, consistente en un Sistema Central que gestionará una base central informatizada de datos dactiloscópicos, así como en los medios electrónicos de transmisión entre los Estados miembros y el Sistema Central (considerando 6).¹³¹

Aunque el Reglamento Eurodac original solo trataba de la aplicación efectiva del sistema de Dublín II, en su versión modificada amplía su objetivo al establecimiento de las condiciones para que las autoridades nacionales y Europol tengan acceso a los datos dactiloscópicos almacenados (artículo 1). El Reglamento Eurodac hace hincapié en la necesidad de la información que contiene Eurodac “a efectos de prevención, detección o investigación de los delitos de terrorismo (...) o de otros delitos graves” (considerando 8).

¹³⁰ FERNÁNDEZ ARRIBA, G. HALCÓN LERDO DE TEJEDA, A. SERRANO LÓPEZ I., “Violación del derecho a solicitar asilo. La respuesta de Hungría a la crisis de los Refugiados”, *Revista de Estudios Europeos* Número 67, 2016, págs. 101-121.

¹³¹ Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, Reglamento (UE) No. 603/2013, de 26 de junio de 2013 (refundición).

El capítulo II se refiere a los solicitantes de protección internacional. El Reglamento establece la obligación a los Estados miembros de tomar sin demora “las impresiones dactilares de todos los dedos del solicitante de protección internacional” que no sea menor de 14 años y transmitir dichos datos al Sistema Central a más tardar en las 72 horas siguientes a la presentación de la solicitud de protección (artículo 9, apartado 1). De acuerdo con el artículo 9, apartado 3, los datos dactiloscópicos transmitidos por cualquier Estado miembro se compararán automáticamente con los datos dactiloscópicos transmitidos por otros Estados miembros y ya conservados en el Sistema Central, que a continuación transmitirá automáticamente al Estado miembro de origen la respuesta positiva o el resultado negativo de la comparación (artículo 9, apartado 5).

CAPÍTULO III
PROCEDIMIENTOS PARA CONCEDER O NEGAR LA
PROTECCIÓN INTERNACIONAL, CONDICIONES DE ACOGIDA Y
OTRAS NORMAS DE DERECHO DERIVADOS EN LA UNIÓN
EUROPEA

La Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de junio del 2013 sobre Procedimiento de Asilo (DPA) (refundición), junto con el artículo 4 de la Directiva de reconocimiento (modificado) y el Reglamento de Dublín III, establece los mecanismos aplicables en la tramitación de solicitudes del estatuto de refugiado y de protección subsidiaria en virtud del SECA¹³².

Su finalidad es establecer procedimientos comunes para conceder y retirar la protección internacional conforme a la Directiva de reconocimiento (modificado) (artículo 1). Aunque la finalidad de la Directiva es establecer procedimientos comunes, no todas sus disposiciones son obligatorias. Algunas son facultativas.¹³³

La Directiva es aplicable a todas las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros (artículo 3, apartado 1). No se aplica a las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros (artículo 3, apartado 2). Los Estados miembros también pueden aplicarla a cualquier otro tipo de protección que ofrezcan a fin de crear un procedimiento “único” (artículo 3). También pueden aplicar normas más favorables en la medida en que sean compatibles con la Directiva (artículo 3, apartado 2, y artículo 5). Se hace especial hincapié en reflejar las

¹³² PORRAS RAMÍREZ, J. M., “El sistema europeo de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo safo de la globalización”. *Revista de Estudios Políticos* Número 175, 2017, págs. 207-234.

¹³³ Parlamento Europeo y del Consejo, Directiva 2013/32/UE, 26 de junio del 2013 sobre Procedimiento de Asilo (DPA) (refundición).

necesidades de los solicitantes vulnerables y de los menores no acompañados (considerandos 29 a 33 y artículos 24 y 25).

La Directiva contiene disposiciones detalladas respecto a los procedimientos que deben seguirse para adoptar una decisión sobre la solicitud que resulten relevantes para el poder judicial en la medida en que se refieran a la legalidad formal de la decisión de la autoridad decisoria en primera instancia. El artículo 46, que se analiza a continuación, es directamente relevante para los procedimientos de recurso, ya que establece el derecho a un recurso efectivo.

3.1. Procedimiento de primera instancia. Jurisprudencia del TJUE

La estructura esencial de la DPA (modificada) es sencilla. En primera instancia, establece una “autoridad decisoria” (artículo 2, letra f), y artículo 4), que debe contar con personal competente y debidamente formado (artículo 4, apartado 3, y artículo 10, apartado 3, letra c). Además, debe garantizarse el acceso a información actualizada de varias fuentes sobre el país de origen (artículo 10, apartado 3, letra b), así como la posibilidad de obtener el asesoramiento de expertos siempre que sea necesario (artículo 10, apartado 3, letra d). La autoridad decisoria deberá examinar cada solicitud “de forma individual, objetiva e imparcial” (artículo 10, apartado 3, letra a).

Un componente esencial del proceso es la realización de una entrevista personal (artículo 14) en circunstancias que permitan al solicitante exponer su caso de manera completa (artículo 15)¹³⁴. La resolución deberá dictarse por escrito (artículo 11, apartado 1) y, en caso de que se desestime el estatuto en una u otra forma, las razones de hecho y de derecho deberán detallarse en la misma con información por escrito sobre cómo proceder ante una denegación (artículo 11, apartado 3).

¹³⁴ Véase análisis de la Sentencia del TJUE asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, de 2 de diciembre del 2012, en este propio epígrafe.

Los casos presentados deberán resolverse en un plazo de 6 meses. Solo los Estados miembros podrán contener normas en sus procedimientos que alarguen el tiempo por otros 9 meses cuando: 1) Se planteen complejas cuestiones de hecho y/o de Derecho. 2) Un gran número de nacionales de terceros países o apátridas soliciten simultáneamente protección internacional, haciendo muy difícil en la práctica concluir el procedimiento en el plazo de seis meses; c) El retraso pueda imputarse claramente al incumplimiento por parte del solicitante de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 13.

Los Estados miembros procurarán, en su normativa interna, sin perjuicio de un examen suficiente y completo, en un “procedimientos acelerados” que podrán examinar una solicitud que concluya lo más rápidamente posible, (Artículo 31.2) Esta cláusula del procedimiento hubo de generar sendos procesos ante el TJUE en las sentencias C-69/10 de 28 de julio del 2011 y en el caso C-175/11 de 31 de enero de 2013. Ambos casos al ocurrir en el año 2011 fueron tramitados por la extinta Directiva 2005/85/CE predecesora de la actual directiva objeto de análisis.¹³⁵

En la sentencia C-69/10 de 28 de julio del 2011 del TJUE, sobre una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal administratif (Luxemburgo) entre Brahim Samba Diouf y (Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration). La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 39 de la Directiva 2005/85/CE, hoy el artículo 31.2 de la Directiva vigente, la cual está redactada en iguales términos.

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Samba Diouf, nacional mauritano en situación irregular y el Ministre du

¹³⁵ Directiva 2005/85/CE-Normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, (derogada) por la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de junio del 2013 sobre Procedimiento de Asilo (DPA) (refundición).

Travail, de l'Emploi et de l'Immigration luxemburgués por haber denegado éste, en un procedimiento acelerado, la solicitud presentada por el interesado para obtener la condición de refugiado, debido a que carecía de motivos que justificasen la concesión de una protección internacional.

El 19 de agosto de 2009, el Sr. Samba Diouf, presentó ante el servicio competente del Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration (Luxemburgo), una solicitud de protección internacional. El 22 de septiembre de 2009, fue oído respecto de su situación y los motivos de dicha solicitud. El Sr. Samba Diouf declaró que había abandonado Mauritania a fin de huir de una situación de esclavitud y que deseaba establecerse en Europa para vivir en mejores condiciones y fundar una familia. Además, el interesado expresó su temor a que su antiguo patrón, al que había robado 3.000 euros para poder emprender el viaje a Europa, le hiciera buscar para acabar con su vida.¹³⁶

Se informó mediante resolución al Sr. Samba Diouf, en primer lugar, de que se había resuelto sobre el carácter fundado de su solicitud de protección internacional en un procedimiento administrativo acelerado, en el sentido de que resulta evidente que no reúne los requisitos exigidos para obtener el estatuto que confiere la protección internacional y que el demandante ha inducido a error a las autoridades mediante la presentación de información o documentación falsa, todos ellos previsto en la ley del país (Luxemburgo). En segundo lugar, mediante la referida resolución del Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration se denegó la protección internacional solicitada por el Sr. Samba Diouf en la resolución sobre el fondo. En tercer lugar, el citado Ministro ordenó que el interesado abandonase el territorio luxemburgués.

Contra la resolución del Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, de 18 de noviembre de 2009, el Sr. Samba Diouf presentó

¹³⁶ TJUE, Sentencia C-69/10, 28 de julio del 2011.

un recurso ante el Tribunal administratif en el que solicitaba, en primer lugar, la anulación de dicha resolución en la medida en que mediante ella el referido Ministro había decidido pronunciarse sobre el carácter fundado de su solicitud de protección internacional en un procedimiento acelerado, en segundo lugar, la reforma o la anulación de la referida resolución en la medida en que mediante ella se le denegaba la protección internacional, y, en tercer lugar, la anulación de la misma resolución en la medida en que mediante la misma se le ordenaba abandonar el territorio luxemburgués.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, ¿Los solicitantes deben disponer de un recurso efectivo contra las resoluciones adoptadas sobre su solicitud de asilo tramitadas por un procedimiento acelerado? En ese sentido el tribunal concluyó que la Directiva no se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, con arreglo a la cual no cabe ningún recurso autónomo contra la resolución de la autoridad administrativa competente por la que ésta decide tramitar una solicitud de asilo por el procedimiento acelerado, habida cuenta de que las razones que condujeron a dicha autoridad a examinar el carácter fundado de la referida demanda en el marco de tal procedimiento pueden estar efectivamente sujetas a control jurisdiccional en el marco de un recurso que tenga por objeto la resolución denegatoria final, extremo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

Los asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Raad van State (Países Bajos), entre A, B y C y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. En ellas los A, B y C, nacionales de terceros países, presentaron sendas solicitudes protección internacional en los Países Bajos. En apoyo de sus solicitudes, alegaron que temían ser perseguidos en sus respectivos países de origen debido, en concreto, a su homosexualidad. El Staatssecretaris desestimó por inverosímil la primera solicitud de asilo presentada por A.

A no impugnó esta primera resolución de desestimación y presentó una segunda solicitud de asilo en la que indicaba su disposición a someterse a un “examen” que probase su homosexualidad o a practicar un acto homosexual para demostrar la realidad de la orientación sexual declarada. Mediante resolución de 12 de julio de 2011, el Staatssecretaris desestimó la segunda solicitud de A debido a que seguía sin demostrarse la verosimilitud de la orientación sexual afirmada por éste. El Staatssecretaris consideró que no cabía basarse únicamente en la orientación sexual declarada del solicitante de asilo sin llevar a cabo ninguna evaluación sobre su credibilidad.

El 1 de agosto de 2012, el Staatssecretaris desestimó la solicitud de B debido a que las declaraciones sobre su homosexualidad eran vagas, superficiales y carentes de credibilidad. Por otra parte, según el Staatssecretaris, en la medida en que B es originario de un país donde no se acepta la homosexualidad, debería poder aportar más detalles sobre sus sentimientos y el proceso interior relativo a su orientación sexual.

C presentó una primera solicitud de asilo por motivos distintos a la persecución por razón de su homosexualidad, que fue desestimada por el Staatssecretaris. C no impugnó esta primera resolución de desestimación y presentó una segunda solicitud de asilo basada, esta vez, en el temor a ser perseguido en su país de origen debido a su homosexualidad. En esta segunda solicitud, C sostuvo que sólo tras haber abandonado su país de origen había podido reconocer su atracción homosexual.

En apoyo de su solicitud, C remitió también a las autoridades encargadas del examen de ésta una grabación en vídeo de actos íntimos practicados con una persona del mismo sexo. Mediante resolución de 8 de octubre de 2012, el Staatssecretaris desestimó la solicitud de asilo de C debido a que las declaraciones de este sobre su homosexualidad no eran verosímiles. El Staatssecretaris consideró que C debió haber manifestado su orientación sexual en la primera solicitud de asilo, que no explicó

claramente cómo había llegado a ser consciente de su homosexualidad y que fue incapaz de contestar a las preguntas relativas a las organizaciones neerlandesas que defienden los derechos de los homosexuales.

Tras la desestimación de sus solicitudes de permisos de residencia temporal (asilo), A, B y C interpusieron recursos contra dichas resoluciones desestimatorias ante el Rechtbank 's-Gravenhage. Mediante sentencias de 9 de septiembre de 2011 y de 30 de octubre de 2012, el Rechtbank 's-Gravenhage desestimó por infundados los recursos de A y C, respectivamente. Dicho tribunal consideró que, por un lado, A y C debían haber impugnado, en sus respectivos recursos, las primeras resoluciones desestimatorias del Staatssecretaris y que, por otro lado, no demostraban, en el marco del segundo procedimiento de solicitud de asilo, la credibilidad de sus declaraciones sobre su homosexualidad.

Mediante sentencia de 23 de agosto de 2012, fue desestimado también el recurso interpuesto por B contra la resolución desestimatoria del Staatssecretaris. El Rechtbank 's-Gravenhage consideró que el Staatssecretaris había podido razonablemente concluir que las declaraciones de B sobre su homosexualidad no eran creíbles.

A, B, y C apelaron dichas sentencias ante el Raad van State, el cual plantea la siguiente pregunta mediante su cuestión prejudicial, ¿ en esencia, si el artículo 13 apartado 3 de la Directiva, a la luz de las disposiciones de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que impone determinados límites a las autoridades nacionales competentes, que actúan bajo control judicial, cuando aprecian los hechos y circunstancias referentes a la orientación sexual declarada de un solicitante de asilo, cuya solicitud se basa en un temor a ser perseguido por razón de dicha orientación?

El artículo 13 apartado 3 de la Directiva, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en el marco del examen, por las

autoridades nacionales competentes, que actúan bajo control judicial, de los hechos y circunstancias referentes a la orientación sexual declarada de un solicitante de asilo, cuya solicitud se basa en el temor a ser perseguido por razón de dicha orientación, las declaraciones de ese solicitante y las pruebas documentales o de otro tipo presentadas para apoyar su solicitud sean objeto de apreciación, por dichas autoridades, mediante interrogatorios basados únicamente en conceptos estereotipados relativos a los homosexuales.

Debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de dicho examen, las autoridades nacionales competentes lleven a cabo interrogatorios detallados sobre las prácticas sexuales de un solicitante de asilo. Debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de dicho examen, las referidas autoridades acepten pruebas como la práctica de actos homosexuales por el solicitante de asilo de que se trate, su sumisión a “exámenes” para demostrar su homosexualidad o la presentación por dicho solicitante de grabaciones en vídeo de tales actos deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en el marco de ese mismo examen, las autoridades nacionales competentes concluyan que carecen de verosimilitud las declaraciones del solicitante de asilo de que se trate por el único motivo de que éste no invocó su orientación sexual en la primera ocasión que se le ofreció de exponer los motivos de persecución.

3.2. Conceptos de “país de origen seguro”, “tercer país seguro” y “tercer país seguro europeo”

En su artículo 37 se refiere a la evaluación que deben hacer los Estados miembros para determinar un “país seguro”. Esta evaluación, se basará en una serie de fuentes de información, incluida en particular la información procedente de otros Estados miembros, la EASO, el ACNUR, el Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales pertinentes. Cada estado elabora normas y procedimientos que permitan la

determinación del concepto de “país de origen seguro”. El fin de esta evaluación con base los resultados de la misma y en cada caso individualizado es rechazar las solicitudes de protección internacional de los ciudadanos de estos países.

El concepto de “tercer país seguro”, al igual que de países de “origen seguro” se basa en la posibilidad de rechazar la solicitud de protección internacional siempre que a juicio de los Estados miembros estos sean países seguros que ofrezcan al solicitante garantías similares a los de los países de la Unión Europea como: Su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política.

Se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra. Se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional. Existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra.

El concepto de “país seguro europeo” se refiere al resto de los países de Europa que no son partes de la Unión Europea, pero que son países a los que se les considera seguro a razón de que han firmado y ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y observa sus disposiciones. Cuenta con un procedimiento de asilo prescrito por la ley. Ha ratificado el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumple sus disposiciones, incluidas las normas relativas al recurso efectivo. Cada solicitud se hará de forma individualizada.

Siguiendo esta línea, se podría afirmar que todos los países que conforma el bloque comunitario son “países seguros”. Sin embargo, los TEDH y TJUE han dejado en entre dicho esta afirmación en varias

sentencias que hemos analizados en los capítulos anteriores. Al considerar a Grecia, país miembro de la Unión como un estado violador de forma reiterada de la CEDH. Las autoridades encargadas de tramitar y resolver los correspondientes recursos acerca de las demandas de asilo en los Estados que forman el espacio Dublín no pueden adoptar una dinámica de aplicación automática de los criterios de responsabilidad, si no que deberán realizar un examen sustantivo de las solicitudes para comprobar en cada caso si el Estado de destino es seguro: ha aceptado la transferencia, proporciona una protección adecuada, y aplica los estándares vigentes de protección de los derechos humanos.¹³⁷

En este sentido, ambos tribunales de Derechos humanos reafirman la primacía de los derechos humanos sobre consideraciones de eficacia del dispositivo Dublín, estableciendo el carácter refutable de una serie de presunciones de seguridad de los Estados miembros.¹³⁸

3.3. Procedimientos en puestos fronterizos o zonas de tránsito

El procedimiento fronterizo o en zonas de tránsito (artículo 43) es un proceso expedito donde las autoridades fronterizas deben resolver en un máximo de cuatro semanas, si el solicitante al cabo de ese tiempo no recibe una notificación tendrá derecho a entrar en el territorio del Estado miembro. Los procesos deberán cumplir todas las garantías que ofrece el propio procedimiento en los artículos 31 y 33. Este proceso se hace con el objetivo de impedir ingresos masivos de personas al territorio de la Unión, así como para evitar dar curso a solicitudes abiertamente fraudulentas que generen un gasto a la administración.

¹³⁷ MAIANI, F., NÉRAUDAU, E., «L'arrêt M.S.S./ Grèce et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011. De la détermination de l'Etat responsable selon Dublín à la responsabilité des Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux», *Revue du droit des étrangers* Número 162, 2011, pág. 8.

¹³⁸ *Ibidem*.

Las causas de inadmisibilidad son comunes todos los procesos de esta Directiva entre ellas están: a)- que otro Estado miembro ha concedido la protección internacional; b)- un país que no sea un Estado miembro se considera primer país de asilo del solicitante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35; c)- un país que no sea un Estado miembro se considera tercer país seguro para el solicitante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38; d)- se trata de una solicitud posterior, cuando no hayan surgido ni hayan sido aportados por el solicitante nuevas circunstancias o datos relativos al examen de la cuestión de si el solicitante cumple los requisitos para ser beneficiario de protección internacional en virtud de la Directiva 2011/95/UE; e)- una persona a cargo del solicitante presenta una solicitud, una vez que, con arreglo al artículo 7, apartado 2, haya consentido en que su caso se incluya en una solicitud presentada en su nombre, y no haya datos relativos a la situación de la persona a cargo que justifiquen una solicitud por separado.

3.4. Procedimientos para la retirada de la protección internacional

Procedimientos para la retirada de la protección internacional, puede ser por vía contenciosa o voluntaria. La vía contenciosa las autoridades deben acometer un procedimiento que cumpla determinadas normas de procedimiento (artículos 44 y 45). La persona debe ser notificada mediante escrito motivado. Ante esta notificación, la persona tener la oportunidad de exponer, en entrevista personal de conformidad con el artículo 12, apartado 1, letra b), y con los artículos 14, 15, 16 y 17, o mediante escrito de alegaciones, los motivos por los cuales no se debe retirar su protección internacional. Las autoridades que inicien en proceso de este tipo. Obtendrán previamente información precisa y actualizada de diversas fuentes, como, por ejemplo, cuando proceda, de la EASO y del ACNUR, sobre la situación general existente en los países de origen de las personas afectadas.

La vía voluntaria es en el caso que el beneficiario de la protección internacional haya renunciado inequívocamente a que se le reconozca como tal. Los Estados miembros podrán disponer asimismo que la protección internacional caducará de oficio cuando el beneficiario de protección internacional se haya convertido en nacional de dicho Estado miembro. (artículo 5 apartado 5).

3.5. Procedimientos de recurso y derecho a un recurso efectivo. Jurisprudencia del TJUE

El capítulo V es de vital importancia para el poder judicial. Confiere al solicitante el derecho “a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional” contra las resoluciones especificadas en el artículo 46, apartado 1, lo cual comprende, en efecto, todas las resoluciones definitivas en primera instancia en relación con la concesión y la retirada de la protección internacional. La disposición fundamental en cuanto al ámbito de aplicación de este recurso efectivo se encuentra en el artículo 46, apartado 3, y afirma lo siguiente.

Para cumplir con el apartado 1, los Estados miembros garantizarán que un recurso efectivo suponga el examen completo y *ex nunc* tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho, incluso cuando proceda un examen de las necesidades de protección internacional de conformidad con la Directiva de reconocimiento del derecho de asilo (modificada), al menos en los recursos ante un juzgado o tribunal de primera instancia.

Los órganos jurisdiccionales nacionales también deberán tener en cuenta los principios generales del Derecho de la Unión Europea en cuanto al acceso a la justicia (en particular, los artículos 2 y 6 del Tratado de la Unión Europea y los artículos 18, 20, 21, 47 y 51 a 53 de la Carta de la Unión Europea). Además, las disposiciones más favorables del Derecho nacional de los Estados miembros pueden ser relevantes para determinar los principios aplicables a la prestación de un recurso efectivo siempre que

sean compatibles con la Directiva. En este sentido el TJUE ha planteado que “los Estados miembros debe interpretar la Directiva en el sentido de que esta no se opone a una legislación nacional que no confiere “efecto suspensivo” a un recurso interpuesto contra una decisión. Este razonamiento lo dispuso en el caso C- 234/14 de fecha 17 de diciembre del 2015.

El caso C- 234/14 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, por el tribunal du travail de Liège (Bélgica) entre Abdoulaye Amadou Tall y Centre public d’action sociale de Huy. En este caso el Sr. Tall, nacional senegalés, presentó en Bélgica una primera solicitud de asilo, cuya denegación fue confirmada mediante una resolución del Conseil du contentieux des étrangers de 12 de noviembre de 2013. El interesado recurrió dicha resolución ante el Conseil d’État el cual, mediante sentencia de 10 de enero de 2014, declaró la inadmisibilidad de dicho recurso.

El 16 de enero de 2014, el Sr. Tall presentó una segunda solicitud de asilo, invocando elementos que presentaba como nuevos. Mediante una decisión de 23 de enero de 2014, la Comisaría General de Refugiados y Apátridas (Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides) no admitió a trámite esta segunda solicitud de asilo. El 19 de febrero de 2014, el interesado interpuso un recurso ante el Conseil du contentieux des étrangers contra la decisión por la que no se admitía a trámite su segunda solicitud de asilo.¹³⁹

En paralelo a dicho recurso, el 27 de febrero de 2014 el Sr. Tall interpuso, ante el tribunal remitente, un recurso contra la decisión del CPAS por la que se le retiraba la asistencia social. El tribunal remitente declaró admisible y fundado dicho recurso en cuanto se refería al período comprendido entre el 10 de enero y el 17 de febrero de 2014, debido a que,

¹³⁹ TJUE, Sentencia C- 234/14 de fecha 17 de diciembre del 2015.

en virtud de las disposiciones nacionales pertinentes, la decisión de retirar la asistencia social de que se trata en el litigio principal sólo podía entrar en vigor a partir de la fecha de expiración del plazo de salida voluntaria que acompañaba a la orden de abandono del territorio, es decir, el 18 de febrero de 2014.

Por lo que se refiere a la asistencia social a la que el Sr. Tall alegaba seguir teniendo derecho a partir del 18 de febrero de 2014, el tribunal remitente consideró que el interesado no disponía, según el Derecho nacional, de la posibilidad de interponer un recurso judicial de plena jurisdicción y con efecto suspensivo contra la decisión de no admitir a trámite su segunda solicitud de asilo. Según dicho tribunal, los únicos recursos previstos en la legislación nacional vigente contra una decisión de no admitir a trámite una solicitud de asilo posterior son el recurso de anulación y una solicitud de “medidas cautelarísimas” de suspensión que, al no ser suspensivos, privan a la persona afectada del derecho de residencia y de la asistencia social.

Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, la Directiva, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional que no confiere efecto suspensivo a un recurso interpuesto contra una decisión, como la controvertida en el litigio principal, de no seguir examinando una solicitud de asilo posterior.

En este caso el tribunal dictamino que los Estados miembros debe interpretar la Directiva en el sentido de que esta no se opone a una legislación nacional que no confiere “efecto suspensivo.”

3.6 Condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional

La Directiva 2013/33/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de, 26 de junio del 2013 sobre Condiciones de Acogidas (DCA-refundición) tiene por objeto garantizar a los solicitantes de protección internacional “un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros” (considerando 11) con el objetivo de “limitar sus movimientos secundarios debidos a la diversidad de las condiciones de acogida” (considerando 12). Esto presupone que si no son homogéneos los procedimientos en los Estado es previsible que los interesados de la protección internacional se desplacen o prefieran aquellos Estados donde mejor acogida tienen, evitando así los movimientos secundarios¹⁴⁰.

La Directiva tiene un alcance personal ampliado y se aplica a “todos los nacionales de terceros países y apátridas que presenten una solicitud de protección internacional, siempre y cuando se les permita permanecer en su territorio en calidad de solicitantes” (artículo 3, apartado 1), así como a los miembros de su familia si quedan cubiertos por dicha solicitud (artículo 3, apartado 1). Sus disposiciones son aplicables desde el momento en que la persona presenta su solicitud de protección internacional y hasta que se adopta una resolución definitiva al respecto, o bien, si se aplica el Reglamento de Dublín III, hasta que el solicitante sea efectivamente transferido al Estado miembro responsable.¹⁴¹

Entre las disposiciones generales sobre las condiciones de acogida, encontramos las normas y condiciones de detención o internamiento, así como especialmente sobre el acceso a una serie de derechos y prestaciones que se les concederán. Entre otros, se determinan indicadores en el ámbito de la documentación, la información sobre el procedimiento, el alojamiento, los alimentos, la educación, la asistencia médica y psicológica, el acceso a empleo, así como a la formación profesional.

¹⁴⁰ LA SPINA, E., et alii. “La población refugiada en Bizkaia y su proceso de integración”, Edit. Diputación Foral de Bizkaia, Bizkaia, 2017, pág. 75.

¹⁴¹ Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, Directiva 2013/33/EU, 26 de junio del 2013 sobre Condiciones de Acogidas (DCA-refundición)

3.6.1. Internamiento en centro de acogida

Las normas relativas al internamiento de los solicitantes de protección internacional merecen atención especial por su complejidad. El solicitante de protección internacional no será internado por la única razón de que sea un solicitante (artículo 8, apartado 1). Los Estados miembros conservan la facultad de autorizar el internamiento, sobre la base de una evaluación individual de cada caso, en la medida en que sea proporcionado como medida de último recurso siempre que no se puedan aplicar efectivamente medidas menos coercitivas (artículo 8, apartado 2).

Este tipo de internamiento solo será posible en última instancia cuando sea necesario: 1-Para determinar o verificar la identidad o nacionalidad del solicitante; 2-Para determinar los elementos en los que se base la solicitud cuando estos no puedan obtenerse sin el internamiento, en particular cuando exista riesgo de fuga del solicitante; 3-Para decidir sobre el derecho del solicitante a entrar en el territorio; 4-Para preparar o llevar a cabo una devolución en virtud de la Directiva de retorno de 2008; 5- Por razones de seguridad nacional o de orden público; o de conformidad con el Reglamento de Dublín III (artículo 8, apartado 3).

Estos motivos deben quedar establecidos en el derecho nacional. Además, los solicitantes solo deben quedar internados mientras los motivos sean aplicables y durante el periodo más breve posible (artículo 9, apartado 1). El artículo 9 establece garantías para los solicitantes internados en relación con la duración del internamiento, la comunicación al solicitante de las razones de su internamiento y de los procedimientos de recurso, el control judicial rápido de la legalidad del internamiento y la asistencia jurídica.

Las condiciones del internamiento se detallan en el artículo 10, en virtud del cual los solicitantes serán internados, como norma, en centros de internamiento especializados o al menos separados de los presos

comunes (artículo 10, apartado 1). El artículo también regula otras condiciones del internamiento, como el contacto con el exterior, el contacto con familiares, asesores o abogados y la obligación de informar al solicitante de sus derechos y obligaciones y de las normas del centro de internamiento. El artículo 11 recoge garantías y obligaciones adicionales en caso de internamiento de personas vulnerables con necesidades de acogida particulares.

Los solicitantes tienen derecho a recurrir, de conformidad con las disposiciones del derecho nacional, las decisiones relativas a la concesión, retirada o reducción de beneficios o que afecten a su lugar de residencia y su libertad de movimientos en los Estados miembros (artículo 26). Este derecho debe incluir, al menos en este último caso, la posibilidad de recurso o de revisión, de hecho y de derecho, ante una autoridad judicial (artículo 26, apartado 1) y la prestación de asistencia jurídica y representación legal gratuitas en la medida en que esta ayuda sea necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva (artículo 26, apartado 2).

3.6.2. Normas generales sobre condiciones materiales de acogida y atención sanitaria, jurisprudencia del TJUE

Los Estados miembros velarán por que las condiciones materiales de acogida proporcionen a los solicitantes un nivel de vida adecuado que les garantice la subsistencia y la protección de su salud física y psíquica. Los Estados miembros podrán conceder todas o algunas de las condiciones materiales de acogida y de atención sanitaria a condición de que los solicitantes carezcan de medios suficientes para tener atención sanitaria y un nivel de vida adecuado que les permita subsistir (artículo 17).

La Directiva refiere en su artículo 17.5 que cuando los Estados miembros proporcionen las prestaciones inherentes a las condiciones materiales de acogida en forma de asignaciones financieras o de vales, la cuantía de las mismas se fijará de conformidad con los niveles que el

Estado miembro de que se trate haya establecido, por ley o en la práctica, para garantizar un nivel de vida adecuado a los nacionales. A este respecto, los Estados miembros podrán dispensar a los solicitantes un trato menos favorable que a los nacionales, en particular, cuando la ayuda material se preste parcialmente en especie o cuando dichos niveles, aplicados a los nacionales, tengan por objeto garantizar un nivel de vida superior al previsto para los solicitantes con arreglo a la presente Directiva.

C-79/13

Sobre este aspecto versa la sentencia de fecha 27 de febrero del 2014 el TJEU en el caso C-79/13, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeidshof te Brussel (Bélgica), entre Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers y Selver Saciri, Danijela Dordevic, Danjel Saciri, Sanela Saciri, Denis Saciri, en los adelante (Familia Saciri) Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Diest.

El 11 de octubre de 2010, la familia Saciri presentó una solicitud de asilo en la Oficina de extranjeros y, acto seguido, solicitó la acogida ante la Fedasil. El 11 de octubre de 2010, la familia Saciri presentó una solicitud de asilo en la Oficina de extranjeros y, acto seguido, solicitó la acogida ante la Fedasil. Al no haber podido conseguir un alojamiento, la familia Saciri lo buscó en el mercado de alquiler particular, pero, como no podía pagar las rentas, presentó ante el OCMW una solicitud de ayuda económica. Esta solicitud fue denegada por el OCMW, debido a que la familia Saciri dependía de las estructuras de acogida gestionadas por la Fedasil.¹⁴²

El 10 de diciembre de 2010, la familia Saciri ejercitó una acción de medidas provisionales ante el arbeidsrechtbank te Leuven, dirigida contra la Fedasil y el OCMW. Por auto de 12 de enero de 2011, el arbeidsrechtbank te Leuven ordenó al Fedasil y al OCMW,

¹⁴² TJUE, Sentencia C-79/13, 27 de febrero del 2014.

respectivamente, que concedieran la acogida a la Familia Saciri y que le pagaran una cantidad en concepto de ayuda económica. El 21 de enero de 2011, la Fedasil alojó a los interesados en un centro de acogida para solicitantes de asilo.

Mediante dos recursos de 14 de diciembre y de 7 de enero de 2011, la familia Saciri presentó una demanda sobre el fondo del asunto contra la Fedasil y el OCMW ante el arbeidsrechtbank te Leuven. Por sentencia de 17 de octubre de 2011, dicho órgano jurisdiccional declaró infundada la demanda contra el OCMW, a la vez que condenó a la Fedasil a pagar a la familia Saciri la cantidad de 2.961,27 euros, es decir, el equivalente a tres meses de rentas de inserción para una persona con cargas familiares.

La Fedasil interpuso un recurso de apelación contra esa sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente. La familia Saciri, por su parte, presentó un recurso adhesivo y solicitó que se condenara solidariamente a la Fedasil y al OCMW al pago de una cantidad equivalente a la renta de inserción por todo el período durante el cual dicha familia no había sido acogida.

El arbeidshof te Brussel ha señalado en su resolución de remisión que, en caso de saturación de la red de acogida de solicitantes de asilo, ni la Ley de acogida ni ninguna disposición nacional contienen un régimen particular que permita a los solicitantes de asilo que no pueden ser acogidos por la Fedasil ser acogidos dentro de un plazo razonable con arreglo a las normas establecidas por la Directiva. Dicho órgano jurisdiccional ha precisado que, cuando la Fedasil resuelve no asignar una plaza de acogida, los solicitantes de asilo cobran una ayuda social cuyo importe no permite, sin embargo, garantizarles un alojamiento, ni tan siquiera provisional.

En estas circunstancias, el arbeidshof te Brussel decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes

cuestiones prejudiciales: si un Estado miembro opta, por conceder la ayuda material en forma de asignación financiera, ¿tiene el Estado miembro alguna otra responsabilidad para velar por que el solicitante de asilo, de un modo u otro, Directiva?

¿Debe abonarse la asignación financiera, en la Directiva, a partir de la fecha de solicitud de asilo y de la solicitud de acogida o tras la expiración del plazo, o bien en otra fecha? ¿Debe ser la asignación financiera de tal clase que permita al solicitante de asilo, a falta de una acogida material que ofrezca el Estado miembro o bien una institución designada por tal Estado miembro, procurarse él mismo en cualquier momento su alojamiento, y en su caso por medio de la acogida en un hotel, a la espera de que se le ofrezca un alojamiento estable o de que pueda obtener un alojamiento definitivo?

¿Es compatible con la Directiva el hecho de que un Estado miembro conceda la acogida material únicamente en la medida en que las estructuras de acogida establecidas por el Estado puedan garantizar dicho alojamiento y remita a los solicitantes de asilo que no encuentren plaza alguna en dichas estructuras a la ayuda social, tal como se halla ésta disponible para todos los residentes en el Estado, y ello sin que se hayan adoptado las normas legales y las estructuras necesarias para que las instituciones no constituidas por el propio Estado estén efectivamente en condiciones de prestar una acogida digna a los solicitantes de asilo en un breve plazo?”

Ante estas preguntas el Tribunal dispuso que cuando un Estado miembro ha optado por conceder las condiciones materiales de acogida en forma de asignaciones financieras o de vales, estas asignaciones deben ser proporcionadas a partir del momento de la presentación de la solicitud de asilo. El citado Estado miembro debe velar por que el importe total de las asignaciones financieras en que se materializan las condiciones de acogida sea suficiente para garantizar la atención sanitaria y un nivel de vida digno

y adecuado, así como para asegurar la subsistencia de los solicitantes de asilo, permitiéndoles, en particular, disponer de un alojamiento, y teniendo en cuenta, en caso necesario, el respeto al interés de las personas con necesidades particulares, en virtud de lo dispuesto en la misma Directiva.

Las condiciones materiales de acogida previstas en el artículo 17, apartados 1, 3, 5 y 8, de la Directiva no se imponen a los Estados miembros cuando han optado por conceder esas condiciones únicamente en forma de asignaciones financieras. No obstante, el importe de esas asignaciones debe ser suficiente para permitir que los hijos menores se alojen con sus padres, de forma que pueda mantenerse la unidad familiar de los solicitantes de asilo.

La Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en caso de saturación de las estructuras de acogida dedicadas a los solicitantes de asilo, los Estados miembros puedan dirigirlos hacia organismos dependientes del sistema público de asistencia social, siempre que dicho sistema garantice a los solicitantes de asilo la observancia de las normas mínimas establecidas en la citada Directiva.

C-179/11

En sentencia de fecha 27 de septiembre del 2012 el TJUE en el caso C-179/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, en el marco de un litigio entre Cimade y Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), por una parte, y el Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, por otra, relativo a la legalidad de una circular interministerial de 3 de noviembre de 2009 sobre el subsidio temporal de espera (en lo sucesivo, «circular de 3 de noviembre de 2009».

El 26 de enero de 2010, Cimade y GISTI interpusieron recurso ante el Conseil d'État solicitando la anulación de la circular de 3 de noviembre de 2009. Alegan que esta circular es contraria a los objetivos de la Directiva

2013/33/UE en la medida en que excluye del derecho a la (renta de subsistencia que se abonará a los solicitantes de asilo durante toda la tramitación de su solicitud) (STE), en virtud del Reglamento nº 343/2003,¹⁴³ la República Francesa requiere a otro Estado miembro, al que considera responsable de la solicitud del interesado, para que se haga cargo de él o lo readmita.¹⁴⁴

Al estimar que para responder a ello se requiere la interpretación de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: ¿Garantiza la Directiva las condiciones mínimas de acogida previstas a las personas que han presentado una solicitud de asilo a un Estado miembro que decida, con arreglo al Reglamento (UE) No. 604/2013, requerir a otro Estado miembro que estime responsable del examen de dicha solicitud, durante todo el procedimiento de acogida o readmisión por ese otro Estado miembro?

En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión: a)- ¿La obligación, que incumbe al primer Estado miembro, de garantizar las condiciones mínimas de acogida finaliza en el momento de la decisión de admisión por el Estado requerido, con ocasión de la acogida o readmisión efectiva del solicitante de asilo, o en cualquier otra fecha? b)- ¿A qué Estado miembro corresponde entonces la carga financiera de ofrecer las condiciones mínimas de acogida durante este período?

En relación a estas preguntas el TJUE, a dispuesto que un Estado miembro, ante el que se ha presentado una solicitud de asilo, está obligado a conceder las condiciones mínimas de acogida de los solicitantes de asilo previstas por dicha Directiva incluso a un solicitante de asilo respecto del cual decide, conforme al Reglamento (UE) No. 604/2013, por el que se

¹⁴³ CE, Reglamento No. 343/2003, de 18 de febrero de 2003. Derogado por el Reglamento (UE) No. 604/2013.

¹⁴⁴ Sentencia del TJUE, C-179/11 de 27 de septiembre del 2012.

establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, requerir a otro Estado miembro para que se haga cargo de tal solicitante o lo readmita como Estado miembro responsable del examen de su solicitud de asilo.

La obligación del Estado miembro, ante el que se ha presentado una solicitud de asilo, de conceder las condiciones mínimas previstas por la Directiva a un solicitante de asilo respecto del cual decide, conforme al Reglamento UE) No. 604/2013, requerir a otro Estado miembro para que se haga cargo de él o lo readmita como Estado miembro responsable del examen de su solicitud de asilo, deja de existir cuando el Estado miembro requirente lleva a cabo el traslado efectivo de ese solicitante y la carga económica de la concesión de tales condiciones mínimas corresponde a este último Estado miembro, al que incumbe dicha obligación.

3.6.3 Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO)

El Reglamento (UE) No. 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de mayo de 2010¹⁴⁵ es el instrumento de Derecho derivado de la Unión por el que se crea la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO). La misión de la EASO es “contribuir a una mejor implantación del sistema europeo común de asilo, reforzar la cooperación práctica en materia de asilo entre los Estados miembros y prestar apoyo operativo o coordinar el apoyo operativo prestado a los Estados miembros, en particular aquellos cuyos sistemas de asilo y acogida estén sometidos a especial presión (artículo 1)”.

¹⁴⁵ Comisión Europea, Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo, COM (2009) 66 final, 18.02.2009, (en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0066:FIN:ES:PDF>, consultada 20 de mayo 2020 La propuesta fue aprobada en segundo debate por el Parlamento Europeo el 18 de mayo de 2010. Línea):

El estatuto jurídico de la EASO es el de un organismo de la Unión dotado de personalidad jurídica (artículo 40). Funciona como fuente independiente de información sobre todas las cuestiones relativas a la política y la legislación de la Unión en materia de asilo (artículo 2, apartado 3), pero no tiene competencia alguna respecto de las decisiones que se adoptan sobre las solicitudes concretas de protección internacional (artículo 2, apartado 6). Se establece específicamente que tiene las obligaciones de organizar, favorecer y coordinar actividades relativas a la información sobre los países de origen (artículo 4).

Esto incluye, en particular, la recogida de información pertinente, fiable, precisa y actualizada; la elaboración de informes; la creación y desarrollo de un portal que recoja información; la elaboración de un formato y métodos comunes para la presentación, verificación y utilización de información; y el análisis de información con transparencia para fomentar la convergencia de los criterios de evaluación, que no tendrá por objeto dar instrucciones a los Estados miembros sobre la concesión o denegación de las solicitudes de asilo. Además, a fin de que los Estados miembros puedan prepararse mejor para hacer frente a los cambios en los flujos de solicitantes de asilo, la UE ha creado un sistema de alerta precoz y preparación que está conectado con un mecanismo de alerta precoz, preparación y gestión de crisis.¹⁴⁶

La EASO también presta apoyo operativo a los Estados miembros cuyos sistemas de asilo y acogida están sujetos a una especial presión. Además, se ofrece formación, principalmente a través del programa de formación de la EASO, al personal de los órganos nacionales competentes en materia de asilo. Las actividades de calidad de la EASO tienen por objeto ayudar a los Estados miembros de la UE a mejorar constantemente las normas de calidad de sus sistemas de asilo y a cumplir las normas de calidad comunes del SECA. Facilita el intercambio de información entre

¹⁴⁶ Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento (UE) No. 439/2010, de 18 de mayo de 2010.

los Estados miembros, permitiendo que se identifiquen y se compartan buenas prácticas, herramientas y mecanismos de calidad e iniciativas específicas. En su trabajo sobre calidad, la EASO también aborda temas concretos, como los menores no acompañados y otras categorías de personas vulnerables.

Para los miembros de los órganos jurisdiccionales tienen especial importancia las disposiciones del artículo 6, apartados 1 y 5: la Oficina de Apoyo establecerá y desarrollará actividades de formación en las que podrán participar los miembros de todas las administraciones y órganos jurisdiccionales nacionales, y de los servicios nacionales de los Estados miembros competentes en materia de asilo.

La participación en estas actividades de formación se entenderá sin perjuicio de los sistemas y procedimientos nacionales. Las actividades de formación propuestas serán de alta calidad y definirán principios clave y buenas prácticas con el fin de aumentar la convergencia de los métodos administrativos y las decisiones y la praxis jurídica, respetando plenamente la independencia de los órganos jurisdiccionales nacionales.¹⁴⁷

3.6.4. Reunificación Familiar 2003

La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 sobre Reunificación Familiar (DRF) es un instrumento de Derecho derivado de la UE cuyo objeto es establecer el “derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países” (considerando 16). La Directiva es aplicable a nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros, es el principal instrumento legislativo de la

¹⁴⁷ NORONHA RODRIGUES, J., “Política única de asilo en la Unión Europea, Propuesta de Reglamento (UE) No. 604/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo que establece una política única de Asilo en la Unión Europea Parte 1”, en *Fundación para la ciencia y la Tecnología* Número 1, 2015, págs. 1-21.

Unión Europea en relación a la reunificación familiar de personas refugiadas (capítulo 5).¹⁴⁸

No regula la reagrupación familiar en general, sino el derecho de aquellas familias cuyo reagrupaste es nacional extracomunitario.¹⁴⁹ Excluye expresamente a los solicitantes del estatuto de refugiado, de protección temporal y de una forma subsidiaria de protección (de conformidad con las obligaciones internacionales, las legislaciones nacionales o las prácticas de los Estados miembros), y a los beneficiarios de protección subsidiaria y protección temporal (artículo 3, apartado 2).¹⁵⁰

En el momento en el que se adoptó la Directiva de Reunificación Familiar, todavía no se había adoptado el Sistema Europeo Común de Asilo, así como tampoco el régimen de protección subsidiaria en la Directiva de reconocimiento. Es por ello que el derecho de los beneficiarios de protección subsidiaria a la reagrupación familiar es una cuestión del derecho interno de los Estados miembros.¹⁵¹

La Directiva incluye disposiciones ventajosas para la reagrupación familiar de los refugiados en tres aspectos: 1)- Cuando un hijo de un refugiado tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro no podrá condicionar la reagrupación familiar a que el niño cumpla los criterios de integración (artículo 10, apartado 1); 2)- Los Estados miembros tienen la obligación de autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa y en primer grado de un refugiado que sea un menor no acompañado (artículo 10, apartado 3, letra a) y, cuando no existan familiares de este tipo, los Estados

¹⁴⁸ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 sobre Reunificación Familiar (DRF).

¹⁴⁹ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. Y GUTIÉRREZ CASTILLO, VÍCTOR, LUIS., op. cit., pág. 131.

¹⁵⁰ Consejo, Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003 sobre Reunificación Familiar (DRF).

¹⁵¹ LA SPINA, E. “La protección de la unidad familiar en contexto de crisis migratoria: la historia de dos casos”, *Universitas* Número 25, 2017, págs. 163-186.

miembros podrán autorizar la reagrupación familiar de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia (artículo 10, apartado 3, letra b); 3)- Los Estados miembros también podrán autorizar la reagrupación de otros miembros de la familia si están a cargo del refugiado (artículo 10, apartado 2).

La Directiva no prevé un conjunto único de pasos con los que se completa una reunificación familiar para personas en necesidad de protección internacional, ni tampoco es exacta a la hora de determinar a qué personas debería acoger. Esto se debe a las distintas formas y circunstancias en las que se ha roto la unión familiar y en las que se encuentran las familias, los países de origen, los sistemas, instituciones y estructuras de los países de asilo de reasentamiento, la presencia y capacidad de organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales, la fortaleza de la llamada sociedad civil, entre otros. Es por ello que “la puesta en práctica de la reunificación familiar de personas refugiadas en la Unión Europea no está respondiendo a la necesidad ni, a menudo, a la legislación”¹⁵².

3.6.5. Residentes de larga duración

La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre residentes de larga duración de 2003, en su versión modificada por la Directiva sobre residentes de larga duración de 2011, es un instrumento de derecho derivado de la Unión que tiene por objeto garantizar la integración de nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración en los Estados miembros de la UE, reconociendo su derecho a “la igualdad de trato con los ciudadanos del Estado miembro en un amplio abanico de sectores económicos y sociales” (considerando 12) y otorgando

¹⁵² BENITO UTAZU, L., “La familia, también: integración y procedimientos de reunificación familiar para personas refugiadas en la Unión Europea”, *Relaciones Internacionales* Número 36, 2018, pág. 60.

el derecho a residir en otros Estados miembros, en determinadas condiciones.¹⁵³

La Directiva sobre residentes de larga duración de 2011 extiende el ámbito de aplicación de la Directiva de 2003 a los refugiados y a los beneficiarios de protección subsidiaria. Por tanto, los beneficiarios de protección internacional pueden solicitar el estatuto de residente de larga duración si han residido de manera continua en el territorio de un Estado miembro durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud del estatuto de residente. La adquisición del estatuto de residente de larga duración implica que la parte que lo adquiere puede gozar de igualdad de trato con los nacionales en relación con determinados aspectos económicos y sociales, así como de libertad de movimientos en el territorio de la Unión. En su versión modificada, la Directiva afirma expresamente que dicha igualdad de trato “debe entenderse sin perjuicio de los derechos y ventajas garantizados por la (Directiva de reconocimiento) y por la (Convención sobre los Refugiados)” (considerando 7).¹⁵⁴

3.6.6. Retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular

La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 sobre normas de retorno, es un instrumento de Derecho derivado de la UE que “establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las

¹⁵³ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. Y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., op. cit., pág. 177.

¹⁵⁴ Consejo, Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, sobre residentes de larga duración de 2003.

obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos (artículo 1).”¹⁵⁵

La Directiva se aplica “a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro» (artículo 2, apartado 1) que “no cumplen o que han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en un Estado miembro” (considerando 5) con las posibles excepciones reguladas en el artículo 2, apartado 2, letras a) y b).

El considerando 9 establece que no se debe considerar que un nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo. El TJUE ha dejado claro que la Directiva sobre normas de retorno no se aplica a las personas que han solicitado el estatuto de refugiado o protección subsidiaria hasta que se adopta una resolución definitiva de denegación de su solicitud.

Existe una excepción limitada que permite mantener el internamiento de un nacional de un tercer país que haya solicitado protección internacional una vez internado, en virtud de la Directiva sobre normas de retorno, si dicha solicitud hubiera sido presentada únicamente con el fin de obstaculizar o de frustrar la ejecución de la decisión de retorno y es objetivamente necesario mantener la medida de internamiento para evitar que el interesado eluda definitivamente su retorno. Por lo demás, el TJUE ha dejado muy claro que el internamiento a efectos de expulsión en virtud de la Directiva sobre normas de retorno y la detención de un solicitante de asilo de conformidad con la legislación SECA están sujetos a regímenes jurídicos diferentes.

¹⁵⁵ Parlamento Europeo y del Consejo, Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008 sobre normas de retorno.

De ahí que, si bien la Directiva sobre normas de retorno no es un instrumento SECA, se haga hincapié en el considerando primero del Consejo Europeo de Tampere de 1999, un planteamiento coherente en materia de inmigración y asilo, que abarca simultáneamente la creación del SECA, una política de inmigración legal y la lucha contra la inmigración ilegal. Por tanto, la Directiva sobre normas de retorno puede aplicarse a personas a las que se ha denegado el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria o cuyo estatuto de protección internacional ha cesado, ha sido revocado, ha finalizado o se ha denegado su renovación en virtud de la Directiva de reconocimiento del derecho de asilo, pero que pese a ello han permanecido en el territorio del Estado miembro violando las leyes de inmigración.

La Directiva regula la finalización de la situación (cesación de la estancia irregular), que es posible esquematizar como un proceso en tres fases que impone a los Estados miembros las siguientes obligaciones: 1)- adoptar una decisión de retorno (artículo 6). 2)- establecer un periodo de salida voluntaria (7-30 días) susceptible de no ser concedido o que podría reducirse en una serie de situaciones concretas (artículo 7); 3)- adoptar todas las medidas necesarias para ejecutar la decisión de retorno mediante la expulsión, que no obstante se aplazará cuando vulnere el principio de *no devolución* o mientras se resuelve un recurso contra la decisión de retorno (artículos 8 y 9). Durante este proceso, se podrá internar a los nacionales de terceros países a fin de llevar a cabo su expulsión si se considera necesario y proporcionado (artículo 15).

Las condiciones del internamiento se detallan en el artículo 16 y la situación concreta del internamiento de menores y familias se regula en el artículo 17. En el artículo 18 se establecen excepciones en el caso de situaciones de emergencia que afecten a “un número excepcionalmente elevado de nacionales de terceros países” que deban ser retornados.

Como ya se ha expresado, la Directiva sobre normas de retorno no se aplica a los solicitantes de protección internacional. Sin embargo, estos asuntos pueden ser relevantes en relación con las personas cuya solicitud de protección internacional haya sido definitivamente denegada o cuyo estatuto de protección internacional haya cesado, haya sido revocado, haya finalizado o se haya denegado su renovación en virtud de la Directiva de reconocimiento del derecho de asilo (modificada), pero que permanezcan en situación irregular en el territorio del Estado miembro en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva sobre normas de retorno.

CAPÍTULO IV

NORMATIVA SOBRE DERECHO DE ASILO Y REFUGIO EN AMÉRICA LATINA, “LA TRADICIÓN LATINOAMERICANA DE ASILO”

El desenvolvimiento del asilo territorial y diplomático en los países latinoamericanos viene de fines del siglo XIX, cuando los nuevos Estados recién independizados se fueron organizando políticamente, comenzaron a adoptar tratados bilaterales o multilaterales para reglamentar el asilo en beneficio de los políticos. La institución de asilo en América nació como resultado de la coexistencia de dos fenómenos que se derivan del derecho y la política: por un lado, del poder de los principios democráticos, del respeto al individuo y a la libertad de pensamiento; y por otro, a la frecuencia inusual de revoluciones y luchas armadas que pusieron en peligro la seguridad y la vida de las personas del bando perdedor.¹⁵⁶

En ese contexto, el asilo como institución jurídica se fue regulado progresivamente, generalmente como resultado o reacción ante conflictos entre los Estados que se suscitaron a raíz de hechos específicos. En esta primera etapa que marcó la llamada “tradición latinoamericana del asilo”¹⁵⁷. Un ejemplo de ello ha sido la prolija elaboración y adopción de instrumentos internacionales para otorgar protección internacional a las personas través de los derechos de asilo y de refugio. Hoy la región dispone de varios instrumentos convencionales y declarativos que le conceden al individuo trasfronterizo una amplia protección en su búsqueda de su tan ansiada seguridad.

¹⁵⁶ Corte Internacional de Justicia (CIJ), Alegatos, Argumentos Orales, Documentos, *Caso de Asilo (Colombia Vs. Perú)*, vol. I, pág. 25, citado en el Informe del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas a la Asamblea General sobre la *Cuestión del Asilo Diplomático*, 22 de septiembre de 1975, Parte II, párr. 11.

¹⁵⁷ *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 137 y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 74.

4.1. Primer tratado sobre el derecho de asilo en el continente americano

El primer tratado en el continente americano que se conoce tuviera explícito normas relativas al derecho de asilo fue el Tratado de Derecho Penal Internacional; este se llevó a cabo, en Montevideo el 23 de enero de 1889,¹⁵⁸ en el Primer Congreso Suramericano de Derecho Internacional Privado.

El tratado fue suscrito por, Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y el país anfitrión Uruguay. No lo firmaron a pesar de participar en el Congreso Brasil y Chile. Ecuador no participó. En él se acordó la organización que iban a seguir los países participantes en relación a la jurisdicción penal internacional, donde se pueden mencionar entre otros, el asilo y la extradición como instituciones básicas del Derecho Internacional Público.

Este tratado no contiene una definición de derecho de asilo, pero sí hice una distinción entre el asilo por delito común y el asilo por delito político. En su artículo 5 dispone que “cualquiera de los Estados signatarios podrá expulsar, con arreglo a sus leyes, a los delincuentes asilados en su territorio, siempre que después de requerir a las autoridades del país dentro del cual se cometió alguno de los delitos que autorizan la extradición, no se ejercitase por éstas acción represiva alguna.”¹⁵⁹ Por lo cual cuando se habla de asilo, se refiere al asilo por delito común.

El título II de este tratado está dedicado al asilo por delitos político, al cual se hace referencia con el propósito de entender, la evolución del concepto de asilo político y qué motivaciones originaron su regulación en el continente suramericano, desde su normativa. En su artículo 16 dispone que “el asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos”, por lo

¹⁵⁸ MONROY CABRA, M, G., *Derecho Internacional Público*, Edit. Temis, Bogotá, 2002, pág. 618.

¹⁵⁹ *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Montevideo, 23 de enero de 1889.

que es fácil inferir que los representantes de los países asistentes diferenciaron entre delitos políticos y delitos comunes a los fines de asegurar a los primeros una garantía superior.

El propio artículo plantea que “la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido.” Está claro que no se le reconoce más que el derecho de ser asilado, más no el derecho de realizar actos que vayan en contra del Estado del que han huido o delinquido políticamente, tampoco se les reconocen otros derechos complementarios.

El artículo 17 del citado tratado plantea qué hacer en el caso que una persona entre en una legación o buques de guerra anclados en aguas territoriales de un Estado. Previendo la posibilidad de que los perseguidos sean por causas políticas se les concede el derecho a ingresar en busca de asilo. Surge así la figura del asilo diplomático por primera vez de forma oficial en el ámbito latinoamericano en la convención de Montevideo. Este derecho de asilo continuará siendo un pilar importante en los subsiguientes tratados regionales.

El asilo otorgado en sedes diplomáticas o buques de guerra por el riesgo que representa para las partes será respetado con relación a los perseguidos por delitos políticos, no contra aquellos que hayan cometido delitos comunes. Es obligación del jefe de la Legación poner inmediatamente el hecho en conocimiento del Gobierno del Estado ante el cual está acreditado, quien podrá exigir que el perseguido sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible. “El jefe de la Legación podrá exigir, a su vez, las garantías necesarias para que el refugiado salga del territorio nacional respetándose la inviolabilidad de su persona. El mismo principio se observará con respecto a los asilados en los buques de guerra surtos en aguas territoriales.”

El artículo 23 ratifica que no serán extraditados los delincuentes políticos ni todos aquellos que ataquen la seguridad interna y externa de un Estado, ni los delitos comunes que tengan conexión con ellos. Se pone ya desde esta fecha en evidencia el principio de no devolución, con el objetivo de proteger a las personas necesitadas de protección internacional.

El artículo 26 referido a la extradición, plantea que los individuos extraditados, no podrán ser juzgados por delitos políticos anteriores a la extradición ni por actos conexos con ellos. Estos individuos solo “Podrán ser juzgados y penados, previo consentimiento del Estado requerido, acordado con arreglo al presente Tratado, los delitos susceptibles de extradición que no hubiesen dado causa a la ya concedida.”

Si bien la ley no ofrecía muchas garantías a las personas con necesidad de protección internacional, es indudable que este tratado firmado en Montevideo, constituyó una piedra angular, en la evolución posterior del derecho de asilo político y plantó las bases para el desarrollo del concepto de asilo diplomático, derecho que surgió al menos de forma convencional en Latinoamérica.

4.2. Ampliación de los instrumentos regionales bajo el mandato de la Unión Panamericana

Si bien el Tratado de Derecho Internacional Penal Internacional de Montevideo en 1889, como parte de la Primera Conferencia Internacional de Derecho Privado, fue el primero en el continente en tratar los derechos de los asilados por delitos políticos y su necesidad de protección, este no tuvo una gran acogida. Solo 5 países asistentes al Congreso se comprometieron en cumplirlo.

Surgida en 1890 la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas y sus oficinas permanentes, predecesora de la Unión

Panamericana que posteriormente se trasformaría en 1948 en la Organización de Estados Americanos (OEA). Organización Regional más importante del Continente Americano compuesta en su surgimiento por 21 Repúblicas, hoy cuenta con 35 países miembros.

Bajo el mandato de la Unión Panamericana, reunidas en La Habana, Cuba en su Sexta Conferencia Internacional Americana, tuvo lugar la firma de la Convención de asilo de La Habana el 20 de febrero de 1928. Entro en vigencia el 31 de agosto de 1959. Ratificada por Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

Expresa entre otras cosas en su artículo primero “que no es lícito a los Estados dar asilo en legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares, a personas acusadas o condenadas por delitos comunes, ni a desertores de tierra y mar.”¹⁶⁰ Solos a las personas acusadas o condenadas por delitos comunes podrán ser devueltos a las autoridades territoriales, así como los desertores de tierra y mar, entendiéndose por estos últimos los militares que desertan en conflictos bélicos los que también podrán ser devueltos, no así aquellas que hayan cometido delitos políticos, las cuales si podrán ser acogidas por el país protector.

Es importante definir que se entienden por legaciones, ya que este es un término crucial para el otorgamiento del asilo. Este término debe tomarse en el sentido de que se podrá solicitar asilo en sedes diplomáticas, no como pueden ser embajadas y consulados, no así en la residencia de los embajadores que hasta el momento no estaba definidos como tal. Esta posibilidad de ser acogidos en la residencia de los diplomáticos surgió con posterioridad en el tratado sobre asilo y refugio de Montevideo fue firmado el 4 de agosto de 1939.

¹⁶⁰ *Convención de asilo de La Habana*, 20 de febrero de 1928

El artículo 2 introduce el término de asilo político por razones humanitarias o de costumbre al referir “que el asilo de delincuentes políticos será respetado en la medida en que, como un derecho o por humanitaria tolerancia, lo admitiesen el uso, las convenciones o las leyes del país de refugio”. El Estado que acoge al asilado, si este no hubiere tenido otra forma de hacerlo, por ley interna o tratado internacional, podrá hacerlo mediante los usos de la costumbre. Para Enrique Gaviria Liévano, la Convención es “ambigua”¹⁶¹ al dejarse la Concesión de asilo a la costumbre, convenciones o leyes del país de refugio.

Refiriéndose al criterio de la Corte Internacional de Justicia la Haya en la Sentencia de 13 de junio del 1951 sobre el caso Haya de la Torre,¹⁶² MONROY CABRA plantea que la sentencia lejos de aclarar algunos puntos de interpretación condujo a errores en cuanto a la calificación del refugio dado a que 1)- No contiene una disposición expresa sobre qué Estado debe calificar el asilo, 2)- La calificación del asilo, como acto unilateral del Estado protector, no obliga al Estado Territorial, 3)- Tanto el Estado aislante como el Estado territorial tienen derecho iguales de calificación de asilo.¹⁶³

¹⁶¹ GAVIRIA LIÉVANO, E., *Derecho Internacional Público*, Edit. Temis, Bogotá, 2005, pág. 311.

¹⁶² Véase un resumen del proceso y la posición de la CIDH (en línea) <https://www.dipublico.org/cij/doc/13.pdf> (Consultado el 16 de octubre de 2020) El origen del litigio colombiano-peruano relativo al derecho de asilo fue el asilo concedido el 3 de enero de 1949 por el Embajador de Colombia en Lima al Sr. Víctor Raúl Haya de la Torre, dirigente de un partido político peruano, la Alianza Popular Revolucionaria Americana. El 3 de octubre de 1948 estalló en el Perú una rebelión militar, y Haya de la Torre fue perseguido como responsable de haberla instigado y dirigido. Fue buscado en vano por las autoridades peruanas y, después de haberse asilado, el Embajador de Colombia en Lima solicitó un salvoconducto que permitiera a Haya de la Torre, al que calificó de refugiado político, abandonar el país. El Gobierno del Perú lo denegó, alegando que Haya de la Torre había cometido delitos comunes y no podía beneficiarse del asilo. No pudiendo ponerse de acuerdo, los Gobiernos de Colombia y del Perú sometieron a la Corte ciertas cuestiones relativas a la controversia que había surgido entre los dos países; esas cuestiones se especificaron en la solicitud presentada por Colombia y en la reconvencción presentada por el Perú.

¹⁶³ MONROY CABRA, M, G., *Derecho Internacional Público*, Edit. Temis, Bogotá, op. cit pág. 618.

Para GAVIRIA LIÉVANO, la facultad de calificar la naturaleza del delito debe corresponder al Estado asilante, porque sin ella la institución del asilo difícilmente podría subsistir. De lo que se concluye, que la calificación conjunta por los dos Estados favorece al criterio del Estado territorial. El fundamento del asilo político, según la Convención, es un acto de humanidad, entendiéndose esta como un acto propio de un Estado en conceder garantías de seguridad a las personas, donde esté en peligro la vida, integridad física, psíquica y moral.

La segunda parte del artículo 2 de la Convención define la condición de urgencia cuando dice “que el asilo solo podrá ser otorgado en caso de urgencia, y por el tiempo necesario para que el asilado se ponga en seguridad”. Requiere la urgencia como condición para su otorgamiento ya de no ser en esta condición no se justificaría el asilo en sede diplomática, debiendo utilizar otros mecanismos que no requieren la urgencia, tal es el caso del asilo territorial.

El asilo concedido en dichas circunstancias se debe a la necesidad imperiosa del perseguido de resguardarse ante los embates de una amenaza real por del Estado territorial que, de no ser acogido, pondría en peligro la libertad o la vida de quien lo solicita. La controvertida sentencia de la Corte Internacional el caso Haya de la Torre, lejos de esclarecer dicho particular, manifestó que hay urgencia si el perseguido trata de resguardarse de una multitud, y no hay urgencia si el asilado está acusado o condenado ante autoridades cuya existencia estaban reconocidas por una legislación anterior.

Esta aclaración suscito que el caso entre Colombia y Perú no pudiera resolverse en lo inmediato solicitando Colombia una interpretación del fallo, la cual fue declarada inadmisibile. Luego la Corte se pronunciaría diciendo que el Gobierno de Colombia no estaba obligado a entregar al asilado Hayas de la Torre. Esta controversia se resolvería definitivamente en la Convención sobre asilo político de Montevideo de 1933.

La convención de la Habana, “además de lacónica, resultó oscura.” No definió el asilo diplomático y de dejaba su determinación al uso y costumbre de los Estados. Tampoco definió el delito político que justificaba el asilo ni tampoco clarificaba el cómo debía otorgarse el salvoconducto al asilado. Esta convención no hizo grandes aportes conceptuales ni de derechos sociales de los asilados a los ya definidos por la convención anterior de Montevideo, pero logro que un mayor número de países la firmaran y la ratificaran, entre ellas Ecuador.¹⁶⁴

4.3. Normas especiales sobre el asilo político

La Convención sobre Asilo Político de Montevideo firmada el 26 de diciembre de 1933; fue la primera Convención americana dedicada únicamente al asilo político. Entro en vigencia el 31 de agosto de 1959. Ratificada por Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, La República Dominicana y Uruguay.

Se modificó el artículo primero de la Convención de La Habana (1928), se cambia el término “personas acusadas o condenadas” por personas que “estuvieren procesados en forma o que hubieren sido condenados por Tribunales ordinarios”¹⁶⁵. La principal diferencia radica, en que se redactó de mejor forma a quienes iba dirigido el desafuero del asilo político, ratificando que este no podía darse a los procesados comunes, algo que ya estaba regulado. Lo que le da una mayor legitimidad al proceso pues ahora se requiere que el proceso judicial y no solo la simple acusación.

¹⁶⁴ SEPÚLVEDA, C., *Terminología usual en las Relaciones Internacionales*. Acervo Histórico Diplomático Secretaría de Relaciones Exteriores, México 1993, pág. 15.

¹⁶⁵ *Convención sobre Asilo Político de Montevideo*, 26 de diciembre de 1933.

En su artículo 2 instituye que el Estado que concede el asilo, calificará las causas que la produjeron, algo que adolecía la Convención de La Habana, esclareciendo que el Estado receptor es el facultado para determinar la persecución política del asilado y no el Estado del cual huye el individuo, lo que permite tener una protección más favorable del presunto delincuente político.

El artículo 3 establece que “el asilo político por su carácter de institución humanitaria, no está sujeta a reciprocidad.” Queda claro que los casos de asilo político son casos aislados sobre determinados individuos a los que el Estado receptor reconoce que pelagra la integridad de la persona, física, psicológica o moral, por lo tanto, no es dable aplicar la cláusula de reciprocidad, ningún Estado puede alegar causas semejantes a otro Estado como represalia o desacuerdos de un acto realizado por un Estado al ofrecer asilo en su territorio. Cosa diferente sería la extradición donde por lo general si se requiere la reciprocidad entre los Estados para realizar la extradición de un individuo por delitos comunes.

El propio artículo 3 aclara además “los Estados que no reconozcan el asilo político, sino con ciertas limitaciones o modalidades, no podrán ejercerlo en el extranjero, sino en la manera y dentro de los límites con que lo hubieren reconocido.” Es decir que los Estados que no reconozcan el asilo político, no podrán ejercitarlo en su territorio, y tampoco en las legaciones, ni naves ni aeronaves sino lo hubiere reconocido mediante tratado o la ley interna.

Por último, (artículo 4) la declaración regula lo relacionado con la expulsión de los agentes diplomáticos que haya otorgado el asilo por parte de las autoridades del Estado territorial, en cuyo caso se dispone que sean remplazados sin la necesidad de que lleguen a romperse las relaciones entre ambas partes. De esta manera la Convención salvaguarda la estabilidad diplomática entre los Estados evitando así un conflicto por esta causa.

4.4. Normas comunes sobre asilo y refugio

El Tratado sobre asilo y refugio de Montevideo fue firmado el 4 de agosto de 1939; entró en vigencia el 31 de agosto de 1959. Suscripto por los plenipotenciarios de Uruguay, Paraguay, Argentina, Bolivia, Chile y Perú. Ese Tratado fue firmado durante las deliberaciones del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado (18 de julio de 1939-19 de marzo de 1940).

Instituye en su artículo primero que “el asilo será concedido sin distinción de nacionalidad y sin perjuicio de los derechos y de las obligaciones de protección que incumben al Estado del asilado.”¹⁶⁶ Aparece en este Tratado por primera vez el término de nacionalidad asociada al asilo, a los fines de dejar claro que no importa la nacionalidad del individuo para conceder asilo, pudiendo este ser de cualquier país del mundo e incluso apátrida. En otro párrafo del mismo artículo se aclara que es una potestad del Estado conceder o no el asilo político y que el hecho de acogerse a la convención no lo obliga de tal responsabilidad.

Tampoco está obligado el Estado a admitir al asilado en su territorio, por lo que este puede ser de forma transitoria y no definitiva hasta que un tercer Estado acoja a los asilados, cuando dice “el Estado que acuerde el asilo no contrae por ese hecho el deber de admitir en su territorio a los asilados, salvo el caso de que estos no fueran recibidos por otros Estados.”

En su artículo 2 amplía aún más la diferencia de las convenciones anteriores, los espacios físicos donde se puede solicitar el asilo cuando expresa, “los jefes de misión podrán también recibir asilados en su residencia, en el caso de que no viviesen en el local de las embajadas o

¹⁶⁶ *Tratado sobre asilo y refugio de Montevideo*, firmado el 4 de agosto de 1939.

legaciones”, hasta entonces solo era permitido solicitar asilo político en las legaciones, buques de guerra, campamentos o aeronaves de guerra.

El artículo 5 introduce una nueva novedad en cuanto restringe a los asilados a “practicar actos que atenten la tranquilidad pública o que tiendan a participar o influir en actividades públicas”, si bien este tipo de restricciones estaba ya planteado desde la Convención de Derecho Penal Internacional de Montevideo en 1889, cuando estableció que los asilados debían abstenerse de realizar “actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación donde cometieron delitos” ahora en esta convención se amplía este concepto a “actividades políticas”, además de la promesa de no tener comunicaciones con el exterior sin autorización de las autoridades, en cuyo caso de faltar a ellas, cesara inmediatamente el asilo.

Otras restricciones al asilado que plantea el artículo mencionado es que se “Podrá impedirse a los asilados llevar consigo otros objetos que los de uso personal, los papeles que le pertenecieren y el dinero necesario para sus gastos de vida, sin que puedan depositarse otros valores u objetos en el lugar del asilo.”

4.5. Principios generales sobre derechos y deberes en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá 1948 se anticipa por seis meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. Por lo que se reconoce como el primer acuerdo internacional sobre Derechos Humanos, aunque tuvo un alcance regional.

La Declaración Americana está compuesta por 38 artículos agrupados en dos capítulos, precedidos de varios considerandos y un preámbulo. Se ha cuestionado sin embargo el valor jurídico de la

declaración pues, no forma parte de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y tampoco es considerado un tratado. No obstante, es un precedente muy importante que sirvió de base a la Declaración Universal de las Naciones Unidas.¹⁶⁷

En su preámbulo platea que “en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.”¹⁶⁸ Es incuestionable el carácter en defensa de los derechos humanos y el precedente que esta declaración aportó en el campo del derecho Internacional moderno.

En su artículo 27, referente al derecho de asilo expresa que “toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”. Esta declaración concede el derecho a buscar asilo a todo perseguido, siempre y cuando no sea por delitos comunes, abriendo así el abanico de posibilidades no sólo para los perseguidos políticos, sino también para los que lo son, por motivos étnicos, religiosos, etc.

Sentadas las bases en los documentos latinoamericanos anteriores, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes de los Hombres fue el documento apropiado para la ratificación del derecho de asilo político por parte de los Estados americanos que aún no habían ratificado las anteriores convecciones sobre asilo, en especial los Estados Unidos y Canadá.

¹⁶⁷ FRANCO L., (coord.) *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Edit. Editorama, S.A. San José, 2004, pág. 142.

¹⁶⁸ *Declaración Americana los Derechos y Deberes del Hombres* aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá 1948.

4.6. Normas sobre asilo político y de asilo territorial

La Convención de asilo de Caracas fue firmada el 28 de marzo de 1954, y entró en vigencia el 31 de agosto de 1959. Fue discutida y aprobada en la Décima Conferencia Interamericana. Firmado y ratificado por Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Haití, México, Panamá, Paraguay y Venezuela. Fue dividida en dos convenciones. En la convención sobre asilo diplomático y la convención sobre asilo territorial.

En la convección sobre asilo diplomático en el artículo primero se ratifica que se entiende por asilo diplomático al platear que “el asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares a personas perseguidas por motivos o delitos político.”

Es una novedad en esta convención que el asilo sólo debe ser otorgado en caso de urgencia por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado salga del país con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial a fin de que no peligre su vida, su libertad a seguridad personal. Se define que la urgencia es aquella donde “el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autoridades mismas, así como cuando se encuentren en peligro de ser privados de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad.”

Otra novedad que no se había tratado en convenciones latinoamericanas anteriores es lo relativo al principio de no devolución, cuando en el artículo 17 plantea “Efectuada la salida del asilado, el Estado asilante no está obligado a radicarlo en su territorio; pero no podrá devolverlo a su país de origen, sino cuando concorra voluntad expresa del asilado.” Esta convención seguramente influenciada por la convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 adopto este principio que sin lugar a dudas es una garantía para la seguridad de todos aquellos perseguidos.

En convenciones anteriores, se había abordado el asilo político, pero no el asilo territorial como una entidad distinta. En esta convención de Caracas los países latinoamericanos acuerdan celebrar por separado ambas convenciones. Es importante destacar el reconocimiento de los Estados “en ejercicios de su soberanía, de admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno.”

Nuevamente se asocia el derecho de asilo como un derecho reconocido por el Estado como un acto de su soberanía interna, extendiéndose esta soberanía no solo a los ciudadanos de su Estado sino también a los que ingresen a este como consecuencia de la persecución por sus creencias, opiniones o filiaciones políticas, o actos que puedan ser considerados delitos políticos.

También expresa el Tratado que los asilados pueden gozar del mismo régimen que el derecho interno establezca para los extranjeros. Es muy importante este pronunciamiento pues pone en igualdad de derecho a ambos ciudadanos, o sea aquellos que han entrado a las fronteras del Estado de forma regular y aquellos que lo han hecho motivados por las persecuciones de su Estado de origen o un tercer Estado.

El derecho de libertad de reunión de los asilados también es objeto de regulación, como parte de la progresividad de derechos que se le vienen reconociendo a los perseguidos políticos. Así esta convención plantea en su artículo 8 que “ningún Estado tiene el derecho de pedir a otro Estado que coarte a los asilados o refugiados políticos la libertad de reunión o asociación que la legislación interna de éste reconoce a todos los extranjeros dentro de su territorio” como parte del principio de soberanía de cada Estado los estados pueden interferir en este derecho siempre que las asociaciones o reuniones “tengan por objeto promover el empleo de la fuerza o la violencia contra el gobierno del Estado solicitante.”

Como garantía para el Estado reclamante, los Estados receptores de los asilados deberán según la convención establecer la internación de los asilados en el territorio del Estado, lo más alejado de las fronteras comunes, a pedido del Estado interesado, siempre que presenten pruebas de que ellos fueron dirigentes de un movimiento subversivo, o de que se disponen a incorporarse a él, en todo caso el Estado solicitante correrá con los gastos que esto produjera.

4.7. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de Julio de 1978. En lo que respecta al asilo, el artículo 22 dice sobre el Derecho de circulación y de residencia”, en su inciso 7 expresa, “toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado o los Convenios Internacionales.”¹⁶⁹

Una de las novedades de la Convención es que el asilo político se extiende más allá de los delitos políticos a los delitos “comunes conexos con los políticos”, significa ello que necesariamente se requiera de un delito principal de tipo político y otro delito secundario de tipo común, que será el delito conexo, que a su vez está tipificado en el ordenamiento del estado perseguidor, por lo que se abre un diapasón de oportunidades para un conjunto de tipos delictivos en los que concurren unas circunstancias enumeradas taxativamente en la ley, en virtud de las cuales deben ser reunidos y resueltos en un único proceso. Estos delitos son comúnmente

¹⁶⁹ *Convección Americana Sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, artículo 7

aquellos que son cometidos como medio para preparar otro delito en este caso el delito político.

Sin dudas la principal novedad de este Pacto es el acceso a la justicia internacional por parte de las personas con necesidad de protección internacional, al establecer dicho pacto los mecanismos de reclamación en el caso de violación de sus derechos como seres humanos. Este paso sin precedentes en el continente permite la prolongación de la justicia más allá de los organismos nacionales, en caso de violación de los derechos consagrados en la Convención.

Estos mecanismos de protección se ejercerán a través de la Comisión de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), organismos que se complementan. En cuanto a la Comisión, la Sección 3 relativo a las competencias artículo 44 refiere que “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.”¹⁷⁰

El acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos estará condicionada a los individuos particulares, al hecho de presentar previamente a la Comisión Interamericana el caso. Esta tratará de que las partes lleguen a un acuerdo de forma amistosa. De no ser así, la Comisión formulará las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas, quedando el camino expedito al Estado interesado o la propia Comisión de presentar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según la Convención en el artículo 64.1 La CIDH también tiene la función de interpretación de la propia Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados

¹⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) Informe 78/11 Caso 12.586 *John Doe y Otros Vs Canadá*, 21 de julio de 2011.

americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. “La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.¹⁷¹

La importancia del trabajo desarrollado por la CIDH en torno al derecho de asilo bajo el estatuto de refugiado ha sido reafirmado por los Estados del continente en la Declaración y Plan de Acción de Brasil de 2014,¹⁷² como expresión de su *opinio juris*, en la cual sostuvieron que: Reconocemos los desarrollos de la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los países en que se aplican, respecto del contenido y alcance del derecho a solicitar y recibir asilo incluido en los instrumentos regionales de derechos humanos, su vinculación con los instrumentos internacionales sobre refugiados, el carácter *ius cogens* del principio de no devolución, incluyendo el no rechazo en frontera y la devolución indirecta, y la integración de las normas de debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado para que éstos sean justos y eficientes.¹⁷³

4.8. Derecho a buscar y recibir asilo. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia

¹⁷¹ Ídem, 64.

¹⁷² El 2 y 3 de diciembre de 2014, los Gobiernos de América Latina y el Caribe se reunieron en Brasilia en ocasión del 30º aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. A la clausura de la Reunión Ministerial, organizada por el Gobierno de Brasil, 28 países y tres territorios de América Latina y el Caribe (Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Islas Caimán, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Curazao, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, las Islas Turcas y Caicos, Uruguay y Venezuela) adoptaron por aclamación la Declaración y Plan de Acción de Brasil, acordando trabajar juntos para mantener los estándares de protección más altos a nivel internacional y regional.

¹⁷³ Párrafo décimo segundo del preámbulo de la *Declaración y Plan de Acción de Brasil*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció y resolvió el caso 12.474 de la familia Pacheco, incluidos tres niños, contra el Estado Plurinacional de Bolivia. El caso se relaciona con la expulsión de los miembros de la familia Pacheco Tineo de Bolivia, quienes habían ingresado a Bolivia el 19 de febrero de 2001. Los hechos relevantes en este caso ocurrieron entre esa fecha y el 24 de febrero siguiente, días en los cuales las víctimas estuvieron en Bolivia en condición de migrantes en situación irregular y de solicitantes de reconocimiento del estatuto de refugiados¹⁷⁴.

En ese lapso, autoridades migratorias realizaron múltiples violaciones de los derechos humanos contra la familia Pacheco “los actos realizados por los agentes estatales intervinientes, en uno y otro momento, contra la familia Pacheco Tineo les ha causado sufrimientos, penas, angustias, dolores y malestares”, sin que se perciba que hayan tenido una finalidad específica y concreta, sino más bien producto de la soberbia, prepotencia y ejercicio abusivo de autoridad. En resumen, realizaron gestiones administrativas dirigidas a su expulsión y decidieron que no considerarían su solicitud de asilo, luego de lo cual los expulsaron hacia Perú país de origen.¹⁷⁵

Por si fuera poco en el momento de la expulsión por parte de la policía Nacional de Bolivia ocurrió un segundo momento de calvario y fue cuando las autoridades estatales sometieron a la familia Pacheco Tineo a “tratos crueles, inhumanos y degradantes, siendo encañonados, golpeados, insultados, humillados, engrilladas las manos a las espaldas, cubriéndoles los rostros con el abrigo, y sin mediar explicación, de manera brutal, los obligaron a subir a los vehículos”; hecho más grave aun considerando que tales actos se realizaron en presencia de sus menores hijos a quienes trasladaron en otro vehículo hasta el destino final, Desaguadero- Puente del Río Frontera entre Perú y Bolivia, donde la

¹⁷⁴ Caso No. 12.474 “Familia Pacheco Vs Bolivia Alegatos finales de la defensa”, en *Asociación Interamericanas de Asesorías Pública*, 2001, pág. 3.

¹⁷⁵ Ídem, pág. 9.

expulsión se concretó con la entrega de la familia Pacheco Tineo a las autoridades peruanas, incluyendo a los niños.¹⁷⁶

Las autoridades bolivianas a través de la Comisión Nacional del Refugiado (CONARE) determinó sumariamente que no consideraría la solicitud de determinación del estatuto de refugiado presentada por las víctimas, a quienes no dio audiencia ni oportunidad de expresar las razones de su solicitud. En este caso, el Estado tenía un deber especial de cautela, diligencia y precaución en la tramitación de la solicitud, en particular porque tenía información de que los solicitantes ya tendrían reconocida la condición de refugiados o residentes en un tercer Estado (Chile). La decisión de la CONARE no les fue notificada, lo cual les impidió conocer de su contenido y, en su caso, recurrir contra la misma.¹⁷⁷

En relación a los hechos planteados la Corte llegó al fondo del asunto. Tomó en consideración las fuentes, criterios y principios del Derecho Internacional de Refugiados. Analizó la evolución del derecho de buscar y recibir asilo y del principio de no devolución en el sistema interamericano, así como su importancia fundamental para la protección internacional de las personas refugiadas, asiladas o solicitantes del estatuto de refugiados. El principio de no devolución, como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados, bajo la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

Principio de no devolución. La corte precisa que las personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse de que la persona que solicita

¹⁷⁶ Ídem, pág. 10.

¹⁷⁷ Ídem, pág. 4.

asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a un Estado desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada “devolución indirecta”).

Derecho al debido proceso. La Corte consideró que el derecho de buscar y recibir asilo y a no ser devuelto en esas circunstancias, establecidos en el artículo 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que a la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio, en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, que puedan derivar en la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado.

En ese sentido, la Corte consideró que, de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención, y tomando en cuenta las directivas y criterios del Derecho Internacional sobre Refugiados, las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales

Derecho a la Protección Judicial. Asimismo, la Corte indicó que independientemente de la posibilidad de revisión, en el marco del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, y según las regulaciones propias del ordenamiento jurídico de cada Estado, pueden existir determinados acciones o recursos de carácter judicial, por ejemplo de amparo o de *habeas corpus*, que sean rápidos,

adecuados y efectivos para cuestionar la posible violación de los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de en la Convención, o en la Constitución y en la ley de cada Estado. En esos términos, tales recursos pueden ser, en determinadas circunstancias, efectivos para remediar parcial o totalmente la situación violatoria y, en su caso, para reconducir los procedimientos administrativos, lo cual corresponderá ser evaluado en cada caso.

Principio de buscar y recibir asilo. En consecuencia, el Estado violó el derecho a buscar y recibir asilo, en relación con las obligaciones procesales que imponen los derechos de no devolución, garantías y protección judiciales, en los términos de los artículos 22.7, 22.8, 8 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la familia Pacheco Tineo.

La Corte consideró que la zozobra, el temor y la desprotección provocada por los hechos descritos constituyeron una violación a la integridad psíquica y moral de los miembros de la familia Pacheco Tineo, en los términos del artículo 5.1 de la Convención. A la vez, el Tribunal también destacó que en caso de que un solicitante de asilo reciba protección, otros miembros de la familia, particularmente los niños, pueden recibir el mismo tratamiento o verse beneficiados del reconocimiento del estatuto de refugiado, en atención al principio de unidad familiar.

Del mismo modo, la Corte agregó que la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde

sean expulsados. Es decir, el Estado trató a los niños como objetos condicionados y limitados a los derechos de los padres, lo cual atenta contra su calidad como sujetos de derechos y contra el sentido del artículo 19 de la Convención Americana.

El Estado de Bolivia fue declarado responsable por la violación del derecho a la protección de los niños y de la familia, reconocidos en los artículos 19 y 17 de la Convención Americana, en relación con los artículos 8.1, 22.7, 22.8, 25 y 1.1 de la misma.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) Sentencia 25 de noviembre del 2013.

CAPÍTULO V

DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DE REFUGIADO EN ECUADOR. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS REFUGIADOS

5.1. Asilo diplomático en la tradición latinoamericana

En los capítulos anteriores se realizó un análisis del derecho de asilo desde el punto de vista de su desarrollo en los instrumentos internacionales que lo han desarrollado desde mediados del siglo XX tanto a nivel regional en América Latina como a nivel universal. En este capítulo corresponde un análisis más detallado desde el punto de vista la tradición latinoamericana y las cualidades que hacen de ese derecho una institución surgida no tanto de los tecnicismos legales, sino de las necesidades propias de la, relacionadas con su historia y con las formas de hacer política.¹⁷⁹

Efectivamente, existe consenso entre diferentes autores sobre la tesis de que el surgimiento del asilo diplomático en la región está asociado a las particulares características de los países de América Latina, envueltos de manera recurrente en convulsiones y revueltas políticas que atentan contra la estabilidad del Estado y hacen de la política una lucha muchas veces fratricida donde la huida hacia los países vecinos es una válvula de escape frente a las reacciones del gobierno de turno.¹⁸⁰

¹⁷⁹ LARENAS SERRANO, G., *El asilo político y el refugio. Hacia una nueva Convención internacional*, ILDIS, Quito, 1993.

¹⁸⁰ “En Latinoamérica el derecho a buscar y recibir asilo ha tenido un desarrollo progresivo como respuesta a las problemáticas que la región vivió sobre todo en la década de los ochentas, misma que da lugar a la Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984. La respuesta a dicho contexto fue, por una parte, una generosa política de asilo de gobiernos de la región; por otro lado, el preponderante rol del ACNUR y sus esfuerzos de promoción de los principios del derecho internacional de refugiados; en definitiva, una concertación internacional destinada a buscar soluciones en el marco de los esfuerzos de paz en Centroamérica.” Véase *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva*, No. 4-3-21/2016 04 de mayo de 2017, (en línea), https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc25/51_medina_plasc.pdf (Consulta 12 de junio de 2020).

Se trataría en este caso del asilo como un derecho cuyo origen se sitúa en las prácticas de los países de la región de otorgar protección a las personas que la solicitan por motivos políticos, cuando por tales motivos su vida, libertad o integridad corren peligro en su país de origen. La región al decir de César Walter SAN JUAN y Mary MANLY “posee una pionera y centenaria tradición en materia de asilo, siendo en esa tradición, hecha costumbre regional, donde reside el fundamento mismo de la institución.”¹⁸¹

De ser una costumbre y brindar tratamiento humanitario a quienes buscan protección se convirtió en un derecho positivo incorporado en los instrumentos regionales y universales de derechos humanos, y en diversas constituciones posteriores a 1945 como habrá oportunidad de mostrar más adelante.

Frente a esa tesis del origen autóctono del derecho de asilo ESPONDA FERNÁNDEZ se muestra escéptico, hasta el punto de afirmar que “los antecedentes históricos recabados permiten sostener que esa tesis no se aviene totalmente a la realidad, especialmente en cuanto se refiere al asilo territorial”.¹⁸²

En busca de conexiones para desmontar el presunto origen latinoamericano del derecho de asilo el autor recurre a varias fuentes, y concluye señalando que “el asilo, en particular su manifestación como asilo territorial, encuentra reconocimiento tanto en el sistema universal como en el interamericano, y la naturaleza jurídica de su noción no es diferente en América Latina que en España y otros países de Europa.”¹⁸³

¹⁸¹ SAN JUAN, C. W y MANLY, M., “Informe general de la investigación”, en FRANCO, L, op. cit. pág. 23.

¹⁸² ESPONDA FERNÁNDEZ, J., “La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados”, en FRANCO, L, *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Editorama. San José, 2004, pág. 80.

¹⁸³ ESPONDA FERNÁNDEZ, J., “La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados”, op. cit. pág. 80.

Un tema de discusión distinto se refiere a las causas por las cuales del derecho de asilo ha tenido una acogida tan favorable en la región, donde el propio autor antes mencionado indica tres factores determinantes: el primero es la inestabilidad de los gobiernos y conflictos políticos que atravesaron los países latinoamericanos desde su independencia en adelante; el segundo sería el temor de que los conflictos iniciados en un país se extendieran a su vecino: el asilo diplomático se erigía así en una herramienta para evitar que los jefes de rebeliones emigraran más allá de sus fronteras nacionales, y el último radica en la geografía y vías de comunicación existentes en el continente, que inicialmente dificultaron el asilo territorial.¹⁸⁴

Bajo esos presupuestos ya para la segunda mitad del siglo XIX el asilo diplomático constituía una práctica incorporada en los países del cono sur, a través del cual se podía dar protección a las personas afectadas políticamente por los conflictos internos de los países vecinos. Ese derecho es sobre todo más importante ante los regímenes dictatoriales que ponen en peligro la vida y la libertad de los opositores como ocurrió en las décadas de 1960 hasta finales de los años 80 del propio siglo, donde poco a poco se fue instaurando la democracia que, con altibajos, ha llegado hasta el presente.

En ese contexto el derecho de asilo se ha ido desarrollando más como una práctica consuetudinaria, con fundamentos históricos y políticos que, como el resultado de una elaboración teórica o doctrinal, para proteger tanto a opositores políticos como a artistas, intelectuales y pensadores críticos o no adheridos a los gobiernos dictatoriales que necesitaban escapar de la potencial represión o censura de que eran objeto a causas de sus ideas.

¹⁸⁴ Págs. 82-83.

Como expresa Cecilia IMAZ, el derecho de asilo “se convirtió en tradición como resultado de una acción colectiva interamericana y de una reacción moral y jurídica contra la vulneración del derecho y la paz en el continente.”¹⁸⁵ De esa manera la finalidad práctica del asilo como derecho de los perseguidos y expresión de la soberanía nacional se ha ido consolidando en América Latina como una tradición afianzada en diversos instrumentos regionales y acuerdos bilaterales que garantizan una posibilidad de escape a los posibles perseguidos por motivos políticos.

Además de los factores históricos y coyunturales, hay que tener en cuenta los factores geográficos de la región, donde los países apenas tienen accidentes geográficos que los separen unos de otros y las fronteras son muchas veces líneas ideales que permiten a las personas transitar de un país a otro sin mayores dificultades, lo que permite que además del asilo diplomático se pueda recurrir al asilo territorial sin mayores dificultades, y saltando los controles que supone una salida ordenada por puertos o aeropuertos controlados por la policía o los militares al servicios del régimen del que se huye.

Y es precisamente la necesidad de huir de una situación que pone en riesgo la integridad física o la vida de las personas lo que justifica la tradición del derecho de asilo en la región, y la que asimismo explica que exista ese derecho en la mayoría de los países pues a causas de a la inestabilidad política, los gobernantes que lo conceden hoy pueden ser mañana quienes lo solicitan una vez salidos del poder. De esa manera se mantiene vigente una institución que puede beneficiar tanto a reprimidos como a represores, llegado el caso.¹⁸⁶

De lo dicho se puede deducir que al reconocimiento del derecho de asilo en la región no se ha llegado a través de un proceso evolutivo pacífico,

¹⁸⁵ IMAZ, C., “El asilo diplomático en la política exterior de México”, en *Revista Mexicana de Política* Número 7, 1993, pág. 58.

¹⁸⁶ GÓMEZ-ROBLEDO V., *Temas selectos de Derecho Internacional*, 4ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pág. 620.

sino que ha sido consecuencia de las graves crisis que vivieron países del cono sur como Argentina, Uruguay, Chile de los años setenta y posteriormente, El Salvador, Guatemala y Nicaragua durante los años de la década de 1980,¹⁸⁷ donde la necesidad de conseguir una salida que garantice el derecho a la vida, la libertad o la integridad física reafirmaron el asilo como una institución efectiva.

También de esas circunstancias políticas particularmente convulsas se ha alimentado el derecho de asilo, tanto en la práctica como en su configuración jurídica, ya que como indica DUTRÉNIT BIELOUS “la conflictiva vida política de la región ha tenido un peso decisivo en la ininterrumpida tarea por precisar la regulación del asilo y por afirmar su carácter sustancialmente político.”¹⁸⁸

La relación consustancial entre regímenes dictatoriales o situaciones políticas convulsas que permiten recurrir al derecho de asilo como una garantía para los perseguidos, no implica que en circunstancias democráticas normales se pueda recurrir al mismo alegando hecho como la persecución política o el llamado ajuste de cuentas, muy popular en América Latina y detrás de lo cual suelen ocultarse servidores públicos que, una vez salidos del gobierno alegan cualquiera de las dos causas para no responder por presuntas irregularidades durante su mandato.¹⁸⁹

Evidentemente también la situación puede ser a la inversa: gobernantes que una vez llegados al poder utilizan éste para perseguir y judicializar a sus adversarios, o para someter la justicia a los servidores del gobierno anterior como una estrategia para encaminar su propia

¹⁸⁷ JIMÉNEZ LAMBIS, L., “Asilo y refugio en América Latina: ¿avances o retrocesos?”, *Saber, Ciencia y Libertad* Número 1, 2013, págs. 63-68.

¹⁸⁸ DUTRÉNIT BIELOUS, S. “Sobre la percepción y la decisión políticas de aplicar el asilo diplomático: Una reflexión desde experiencias latinoamericanas”, *América Latina Hoy* Número 22. 1999, pág. 113.

¹⁸⁹ Véase por ejemplo el estudio de VOLLENWEIDER, C., “Lawfare. La judicialización de la política en América Latina”, (en línea), <https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>, (Consulta 20 de junio de 2020).

política por derroteros distintos utilizando como argumentos lo mal hecho por sus antecesores y aumentar su capital político. Ante esa eventualidad los perseguidos, responsables o no de lo que se les imputa, se acogen al derecho de asilo bajo el argumento de la persecución política.

5.2. Concepciones doctrinales sobre el asilo diplomático en Latinoamérica

RAMÍREZ SINEIRO expresa que el asilo *diplomático* se basa en la inviolabilidad de que gozan las legaciones diplomáticas, y puede definirse como la protección que el Estado otorga temporalmente, en los locales de la misión diplomática, a personas –de otras naciones–, que acuden a ellos en situaciones de urgencia, al ser perseguidos por motivos políticos o ideológicos.¹⁹⁰ Una nota a resaltar es que la protección que provee el asilo diplomático es temporal, hasta tanto se pueda convertir en asilo territorial o sea revocado al beneficiario.

Desde el punto de vista teórico y legislativo una distinción importante en los países de América Latina es la que se establece entre el derecho de asilo que procede por motivos políticos y el refugio por razones de tipo humanitario, en virtud de lo cual “se ha consagrado en la región un marcado *dualismo*, merced al establecimiento de una separación clara y tajante entre el asilo y el refugio en tanto figuras independientes entre las que casi no existe punto de contacto.”¹⁹¹

Esa distinción no siempre se refrenda a nivel constitucional como pudo constatarse en los antecedentes de la regulación constitucional y desarrollo legislativo de ambos derechos en el Ecuador, donde solo se incluía expresamente el derecho de asilo sin ninguna mención al derecho de refugio, aunque puede considerarse que el primero, por vía de

¹⁹⁰ RAMÍREZ SINEIRO, J. A., “El asilo diplomático: connotaciones actuales de un atavismo internacional”, *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales* Número 5, 2012, pág. 85.

¹⁹¹ Ídem, pág. 24.

interpretación, estaba incluido en el segundo como un mecanismo de protección de la vida, la libertad o la integridad de las personas que se acojan a cualquiera de los dos.

Su vinculación con los derechos de las personas que huyen de su país de origen para proteger su derecho a la vida, la libertad o la integridad física frente a la persecución política de que puedan ser objeto, otorga al derecho de asilo una cualidad elitista que no está al alcance de las personas sin bienes, patrimonio o renombre, ya que ese derecho ha sido aplicado por tradición a políticos connotados, artistas o intelectuales que pueden dar al país de recepción cierta connotación a nivel internacional o regional como defensor de los derechos humanos.

A ese carácter selectivo y elitista RAMÍREZ SINEIRO hace referencia con la expresión “pautas jerárquicas de preeminencia en la sociedad internacional contemporánea”, como condición para otorgar el asilo recordando el “mediático” caso de Julian Assange en la embajada ecuatoriana en Londres.¹⁹² Se trataría entonces de que el asilo funciona como un mecanismo de proyección política internacional del Estado asilante como parte de su política exterior.

Esa misma característica constituye uno de los límites del derecho de asilo, pues cuando se trata de proteger a personas anónimas, sin renombre ni patrimonio, que huyen de su país de origen por causas distintas a la persecución política como las guerras, crisis alimentarias o sanitarias, el derecho de asilo no resulta suficiente ni apropiado, por cuanto lejos de representar un punto de relevancia para el país receptor puede convertirse en un problema al verse obligado a satisfacer las necesidades básicas de los solicitantes.

¹⁹² RAMÍREZ SINEIRO, J. A., “El asilo diplomático: connotaciones actuales de un atavismo internacional”, op. cit. pág. 86.

Según ARLETTAZ “la diferencia entre uno y otro es que el asilo se otorga para proteger a una persona que es perseguida por delitos políticos, mientras que el refugio tiene una finalidad protectora más amplia que comprende a cualquier persona perseguida.”¹⁹³ La distinción no parece del todo clara, porque el refugio no exige que la persona sea perseguida, sino que su vida o su integridad estén en peligro por causas de carácter humanitario que las obliga a desplazarse, sin que necesariamente exista persecución contra su persona.

Si se pone esa limitación en contexto se puede comprender adecuadamente el desarrollo del derecho de refugio como una institución diseñada para proteger la vida de las personas que se ve obligadas a abandonar su país de origen de manera masiva por causas ajenas a la persecución política, como se puso de manifiesto en la crisis centroamericana de la década de 1980, donde el derecho de asilo se vio desbordado en su propia naturaleza a causa del énfasis que ponen en la soberanía del Estado receptor por encima de los derechos de las personas, su carácter elitista ya mencionado y la insuficiente delimitación de los derechos de las personas asiladas.¹⁹⁴

En ese contexto y en la actualidad el derecho al refugio ha adquirido mayor connotación que el asilo político, sea diplomático o territorial, pues a través del mismos se puede proteger a un número mayor de personas y exige por tanto una regulación técnica más depurada por parte del poder constituyente o del legislador, ajustados siempre a las obligaciones internacionales contraídas en la materia y las circunstancias propias del país.

Como resultado de la tradición explicada y para darle mayor fuerza vinculante a los convenios y tratados internacionales sobre el derecho de

¹⁹³ ARLETTAZ, F., op. cit. pág. 195.

¹⁹⁴ SAN JUAN, C. W. y MANLY, M., “Informe general de la investigación”, en FRANCO, L., op. cit. pág. 31.

asilo y refugio, varias constituciones de la región latinoamericana han incluido en sus normas ambos derechos o alguno de ellos. Así consta por ejemplo en la Constitución Política de Colombia de 1991 (artículo 36: se reconoce el derecho de asilo en los términos previstos en la ley), la Constitución del Paraguay de 1992 (artículo 43: el Paraguay reconoce el derecho de asilo territorial y diplomático a toda persona perseguida por motivos o delitos políticos o por delitos comunes conexos, así como por sus opiniones o por sus creencias. Las autoridades deberán otorgar de inmediato la documentación personal y el correspondiente salvo conducto).

También se reconocen ambos derechos en la Constitución del Perú de 1993 (artículo 36: 1 Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. En caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue”; la de Venezuela de 1999 (artículo 69: la República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio), la de Bolivia de 2009 (artículo 29: se reconoce a las extranjeras y los extranjeros el derecho a pedir y recibir asilo o refugio por persecución política o ideológica, de conformidad con las leyes y los tratados internacionales) y finalmente de la Nicaragua de 2014 (artículo 42: se reconoce y garantiza el derecho de refugio y de asilo. El refugio y el asilo amparan únicamente a los perseguidos por luchar en pro de la democracia, la paz, la justicia y los derechos).

Esas constituciones no reconocen o no distinguen entre el derecho de asilo y el derecho al refugio como instituciones que responden a necesidades de persona distintas de acuerdo a sus condiciones y razones para solicitar protección internacional. Así las constituciones de Colombia, Paraguay y Perú solo se refieren al asilo como un derecho reconocido y garantizado por el Estado; por el contrario, la Constitución de Venezuela de 1999 sí reconoce y garantiza ambos derechos.

5.3. Derecho de asilo y refugio en Ecuador

En este epígrafe se aborda una de las cuestiones sustanciales de la investigación, donde se contrastan los resultados del análisis doctrinal y de los instrumentos internacionales sobre el derecho de asilo y el derecho de refugio en la legislación ecuatoriana vigente, que incluye tanto los principios y normas constitucionales como su desarrollo legislativo y reglamentario.

Una cualidad del régimen jurídico vigente es su reciente renovación: la Constitución de 2008, a diferencia de sus antecesoras, distingue entre el derecho de asilo y el derecho de refugio y los reconoce y garantiza de conformidad con lo previsto en los instrumentos internacionales, que serán aplicados incluso por encima de la Constitución si contienen normas más favorables para el goce o ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

El desarrollo de esos preceptos es mucho más reciente, pues la Ley Orgánica de Movilidad Humana y su reglamento son del año 2017 y en muchos aspectos aún está siendo implementada, y en relación con ella se sigue un proceso de reformas con la pretensión de limitar algunos derechos y garantías cuya aplicación ha sido deficiente para enfrentar los procesos migratorios masivos provenientes de Venezuela, donde el gobierno ha actuado más guiado por una necesidad práctica que por los principios declarados y las normas vigentes.

Exponer el contexto legal no se comprende adecuadamente si no se contrasta con los hechos relacionados con ambos derechos. Es así que mientras el derecho de asilo se rige por los parámetros ya descritos respecto a la tradición latinoamericana, el derecho de refugio tiene una connotación distinta determinada por el conflicto colombiano y el desplazamiento hacia el Ecuador de los habitantes de las zonas que

comparte con aquel país, razón por la cual éste es el país con mayor población refugiada en la región.

Ese es básicamente el contenido del presente epígrafe, donde se analizan tanto las publicaciones nacionales e internacionales sobre el tema como las disposiciones jurídicas vigentes y el contexto de su aplicación, lo que permite tener una descripción general del tema y una valoración de conjunto de los aspectos jurídicos y prácticos de los derechos de asilo y refugio en el Ecuador.

5.4. Antecedentes más importantes sobre derecho de asilo y refugio en el Ecuador

Como se pudo apreciar en el capítulo precedente las instituciones de asilo y refugio se pueden analizar desde diferentes puntos de vista. Por un lado, como el conjunto de normas jurídicas que le dotan de configuración legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos tanto a nivel internacional como regional en Europa y América Latina, y por otro como el conjunto de derechos y garantías que asegura a las personas que se acogen a su protección.

Evidentemente, además de las normas internacionales suscritas o no, cada Estado dispone de sus propias reglas en cuanto al asilo y el refugio, las actuaciones que deben realizar las autoridades competentes, los requisitos para su otorgamiento, las personas que pueden acogerse a él y los trámites que han de seguirse para obtenerlo, así como los derechos y garantías que se le reconocen una vez otorgada la condición de asilado o refugiado.

Por lo general esas normas se incorporan tanto a la Constitución como a las disposiciones jurídicas concretas sobre los temas relacionados con la migración, extranjería, relaciones internacionales y derechos humanos en lo que corresponda a los extranjeros dentro del país, quienes

quedan excluidos de algunos derechos de carácter político como participar en procesos electorales en calidad de votantes o candidatos, y algunos otros que se precisan en la legislación correspondiente.

A tenor con lo previsto en los instrumentos internacionales y regionales sobre el asilo y el refugio, muchos países, sobre todo después de la segunda mitad del siglo XX han incorporado en sus constituciones esas dos instituciones del Derecho internacional con mayor o menor amplitud, para dar cumplimiento por esa vía a sus obligaciones internacionales y hacer frente a una realidad como lo son el desplazamiento de personas por diferentes causas de su país de origen hacia otros, que pueden ser causas netamente políticas o humanitarias, y en razón de ellas buscan en otro Estado la protección que no pueden encontrar en el propio.

Lo anterior exige que en un estudio de los antecedentes del derecho de asilo y refugio en el Ecuador se recurra a esos dos tipos de disposiciones jurídicas mencionadas, que son las constituciones posteriores a la segunda mitad del siglo XX y la legislación infraconstitucional dictada para hacer efectivos desde el punto de vista jurídico e institucional ambos derechos.

5.5. Antecedentes constitucionales y legales sobre derecho y refugio en el Ecuador

Respecto al constitucionalismo debe indicarse que el Ecuador como república independiente ha sido un país prolífico, ya que desde 1830 hasta 2008 en que entró en vigencia la actual Constitución ha tenido un total de 20 textos constitucionales, la mayoría de ellos con un período de tiempo relativamente corto de aplicación por razones de inestabilidad política, o por los impulsos de algunos gobernantes para disponer de un texto a la medida de sus ambiciones e intereses personales.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Estas han sido las constituciones ecuatorianas, en retrospectiva: Montecristi, 28 de septiembre de 2008; Riobamba, 5 de junio de 1998; Quito 15 de enero de 1978; Quito, 25

En la primera de esas constituciones que se incluyeron expresamente normas relacionadas con el derecho de asilo y el refugio fue la Constitución aprobada en el año 1967, en cuyo artículo 81 se establecía el principio de igualdad de derechos entre los extranjeros y los ecuatorianos en los términos fijados en la ley, con excepción de “las garantías constitucionales y los derechos políticos establecidos exclusivamente en favor de los ecuatorianos.”

¿Cuáles eran esos derechos? Todos aquellos que la propia Constitución reconoce a los habitantes del Ecuador, que incluye tanto a los ciudadanos como a los extranjeros y entre ellos por supuesto a los que estén en condición de asilados o refugiados. Algunos de esos derechos son el libre acceso a la cultura y al mejoramiento social y económico (artículo 24) la prohibición de discriminación por cualquier motivo como raza, sexo, filiación, idioma, religión, opinión política, posición económica o social (artículo 25).

Asimismo, reconocía a todas las personas que habitaran el país el derecho a la vida y la inviolabilidad de la vida, prescribiendo la pena de muerte, el derecho a la integridad personal, a la honra y a la intimidad personal y familiar, así como la libertad de expresión y expresión del pensamiento. Además de los derechos expresamente se garantizaba el respeto a cualquier otro derecho que se “derive de la naturaleza de la persona humana” (artículo 28).

Ahora bien, para que muchos de los derechos mencionados puedan hacerse efectivos, se requiere de un presupuesto indispensable en las sociedades contemporáneas que es el trabajo y el derecho al trabajo,

de mayo de 1967; Quito, 31 de diciembre de 1946; Quito, 6 de marzo de 1945; Quito, 2 de diciembre de 1938; Quito, 26 de marzo de 1928; Quito, 22 de diciembre de 1906; Quito, 14 de enero de 1897; Quito, 13 de febrero de 1884; Ambato, 6 de abril de 1878; Quito, 11 de agosto de 1869; Quito, 10 de abril de 1861; Guayaquil, 6 de septiembre de 1852; Quito, 27 de febrero de 1851; Cuenca, 8 de diciembre de 1845; Quito, 1 de abril de 1843; Ambato, 13 de agosto de 1835 y Riobamba, 23 de septiembre de 1830.

reconocido y garantizado en el texto constitucional de 1967 en el artículo 61, a todos los habitantes de Ecuador, así como el derecho derivado a una remuneración que les permita vivir dignamente. Cualquiera que sea el trabajo a realizar, según el propio artículo, debe estar dispuesto en la ley y ser remunerado, estableciendo esto último como principio.

Con relación a las instituciones objeto de nuestro estudio, es decir el asilo y el refugio como derechos de los extranjeros, el texto constitucional contenía dos artículos referidos a los ecuatorianos y los extranjeros, respectivamente. En el artículo 81 garantizaba a los ciudadanos ecuatorianos, “con arreglo a la ley y a los convenios internacionales”, el derecho a buscar asilo en caso de persecución no motivada por delitos comunes, al tiempo que prohibía expresamente la extradición de los nacionales.

A los extranjeros el artículo 84 les garantizaba el Estado ecuatoriano, “con arreglo a la ley y a los convenios internacionales”, el derecho de asilo en caso de persecución no motivada por delitos comunes. El texto constitucional no contenía ninguna norma respecto a la institución del refugio. La legislación infraconstitucional posterior a la Constitución también se refería únicamente al asilo territorial como se verá enseguida.

Efectivamente, la Ley No. 1899 del 27 de diciembre de 1971 Ley de Migración¹⁹⁶ facultaba en su artículo 15 a los agentes de policía del Servicio de Migración para admitir provisionalmente, sin sujetarse a las normas de exclusión, a los extranjeros que soliciten asilo político territorial, con la obligación de mantenerlos con vigilancia en el puerto de entrada hasta que resolviera la autoridad competente de entonces, aunque en su Reglamento¹⁹⁷ de desarrollo no existía ninguna norma sobre asilo o refugio.

¹⁹⁶ Registro Oficial No. 382 del 30 de diciembre de 1971.

¹⁹⁷ Decreto Supremo 1900, Registro Oficial 382 del 30 de diciembre de 1971.

Otro antecedente importante en el Ecuador es la Constitución de 1978, la cual en su artículo 14 disponía que tanto ecuatorianos como extranjeros gozarían de los mismos derechos con las limitaciones constitucionales y legales vigentes, con expresa exclusión para estos últimos de los derechos políticos.¹⁹⁸ En cuanto a los derechos comunes se deben mencionar la inviolabilidad de la vida y la integridad personal, la prohibición de tortura y todo procedimiento inhumano o degradante, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar (artículo 19).

Además de los derechos expresamente reconocidos y garantizados el propio artículo incluía una cláusula de progresividad que permitía incluir “otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona.” También estaba reconocida a extranjeros y ecuatorianos la libertad de trabajo, comercio e industria, con sujeción a la ley, la prohibición de realizar trabajo gratuito o forzoso y la libertad de contratación (artículo 19).

En lo que respecta a los derechos de asilo y refugio la Constitución de 1978 incluía unas normas similares a su par de 1967 ya comentada. En el artículo 17 se disponía que el Estado ecuatoriano garantiza a los extranjeros el derecho de asilo “con arreglo a la ley y a los convenios internacionales”; igual derecho reconocía a los ecuatorianos perseguidos por delitos políticos en el artículo 43.

En cuanto a las diferencias entre los dos textos constitucionales, el de 1967 estableció el derecho de asilo cuando la persecución de que fuera víctima el solicitante no estuviera motivada por delitos comunes, mientras el de 1978 es más clara al especificar que la persecución debe estar

¹⁹⁸ GRIJALVA, A. “Derechos humanos de inmigrantes internacionales, refugiados y desplazados en Ecuador” *FORO Revista de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador* Número 6, 2006, págs. 245-269.

motivada por delitos políticos, expresando de esta manera en forma positiva la condición para otorgar la condición de asilado.

Ya se trate de delitos comunes como regla de exclusión o de delitos políticos como regla de inclusión, corresponde a las autoridades nacionales determinar las diferencias entre uno y otro para calificar la condición del solicitante, lo que supone ciertas complejidades porque la determinación de qué sea o no delito corresponde al legislador nacional, y lo que puede ser delito político en un ordenamiento jurídico puede ser común en otro;¹⁹⁹ e incluso existen países donde se niega la existencia del delito político.²⁰⁰

En la legislación infraconstitucional no se advierte un desarrollo más detallado de la condición de asilado o refugiado que se puede otorgar a la persona extranjera. Por ejemplo, la Ley de Extranjería de 1971²⁰¹ en su artículo 4 disponía que la facultad del gobierno ecuatoriano de admitir bajo la condición de asilados a las personas que hubieran sido desplazadas de su país como consecuencias de guerras o persecuciones, para proteger su vida o libertad, de acuerdo a lo dispuesto en los convenios internacionales o en la legislación interna (artículo 4).

Tanto la Ley de Migración ya comentada como la Ley de Extranjería, ambas del año 1971 con sus respectivos reglamentos, tenían “un limitado enfoque de migración selectiva”,²⁰² lo cual dio lugar a que el país durante mucho tiempo no se adecuara a los convenios internacionales vigentes sobre la materia, y que el derecho al refugio no se conociera expresamente, o estuviera solapado bajo la figura del derecho de asilo territorial, a todas luces distinto como se explicó en el capítulo anterior.

¹⁹⁹ PÉREZ TORO, W. F., “La difícil aproximación al delito político”, *Estudios Políticos. Instituto de Estudios Políticos Medellín*, Colombia, Número 31, 2007, págs. 43-60.

²⁰⁰ CAPELLÀ I ROIG, M., “¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo? (observaciones en los ámbitos de la extradición y del asilo)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (en línea) <https://international.vlex.com/vid/queda-delito-politico-derecho-572350638> (Consulta 20 de junio de 2020).

²⁰¹ Registro Oficial No. 382 de 30 de diciembre de 1971.

²⁰² GRIJALVA, A., op. cit. pág. 261.

No obstante, el Decreto Ejecutivo No. 1991 que contenía un nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería introdujo en la legislación ecuatoriana la distinción entre el derecho de asilo y el de refugio, a partir del desarrollo que hizo del artículo 12.IV de la ley, que consideraba no migrante a las personas desplazadas como consecuencia de guerras o de persecuciones políticas en su país de origen, para proteger su vida o libertad, y sus familiares más cercanos.

En su artículo 41.I a raíz de esa norma prevista en la Ley, el Reglamento dispuso que todo extranjero admitido en el territorio ecuatoriano en condición de asilado o refugiado político quedará sujeto a los deberes que le impongan los Tratados y Convenciones Internacionales vigentes para el Ecuador y el propio Reglamento.

Una vez admitida la persona en condición de asilada o refugiada, correspondía al Ministerio de Relaciones Exteriores determinar las actividades que podrá desarrollar el asilado o refugiado, incluyendo labores remuneradas, el decir el ejercicio del derecho al trabajo reconocido en la Constitución, aplicando para ello normas distintas a las regulares, dada la condición *sui generis* que caracteriza a un asilado o refugiado político (artículo 41.VII a).

Además de los derechos mencionados, a los asilados o refugiados se les imponían obligaciones, como la de no ausentarse del país sin la autorización expresa y por escrito del funcionario competente, misma que debía exhibir para ingresar nuevamente al territorio ecuatoriano (artículo 41.VII b).

Por otra parte, la condición de asilado o refugiado tenía un carácter temporal, por cuanto el propio Reglamento preveía que cualquiera de las dos condiciones se podía perder, con la consecuente obligación de abandonar el Ecuador, cuando en el país de origen desaparecieran los

hechos que dieron origen al reconocimiento de la condición de asilado o refugiado (artículo 41.VII d).

La entrada en vigencia de la Constitución de 1998 no supuso grandes cambios en materia de asilo y refugio, más bien se puede advertir cierto retroceso en la materia, a juzgar por la forma en que está redactada la norma constitucional aplicable. Como las constituciones anteriores, la de 1998 reconoce a ecuatorianos y extranjeros los mismos derechos, con las respectivas limitaciones legales respecto al ejercicio de derechos políticos como es usual respecto a los extranjeros (artículo 13).

En lo que se refiere al derecho de asilo y refugio habíamos dicho que se advierte cierto retroceso, ya que por un lado no reconoce el derecho de refugio, como sucedía en los textos constitucionales anteriores, y por otro se limita a reconocer el derecho de asilo a ecuatorianos y extranjeros, y no a garantizarlo como sucedía en las constituciones anteriores.

La diferencia radica en que reconocer el derecho puede ser considerado un acto formal, declarativo, mientras garantizarlo implica adoptar una posición activa para que sus titulares puedan gozar efectivamente de ese derecho.²⁰³ Respecto a la legislación infraconstitucional ha de indicarse que es la misma aplicable bajo la vigencia del texto constitucional de 1978 ya explicada, la a que pueden atribuirse igualmente las mismas características, si bien desde el punto de vista práctico el tratamiento del derecho al refugio adquirió una connotación distinta a causa del conflicto en Colombia donde la guerrilla obligaba a los habitantes de la frontera a desplazarse con frecuencia.²⁰⁴

5.6. Régimen jurídico del asilo diplomático y territorial en el Ecuador

²⁰³ FERRER MAC-GREGOR, E. y PELAYO MÖLLER, C. M., “La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales* Número 2, 2012, págs. 141-192.

²⁰⁴ ROJAS, J. “Plan Colombia, conflicto armado y migraciones forzadas”, *Revista Aportes Andinos* Número 7, 2003, págs. 1-11.

El régimen jurídico aplicable al asilo diplomático está constituido por los instrumentos internacionales analizados en el capítulo anterior, así como por las normas constitucionales vigentes en cada uno de los países de la región y que ya fueron mencionadas. En lo demás corresponde a cada Estado por vía constitucional, definir el lugar de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y su aplicabilidad por las autoridades competentes, lo cual remite al régimen interno de recepción de tratados.

De cualquier manera, existe un complejo entramado de instrumentos internacionales y regionales que suelen ser agrupados de diferentes maneras. Según la opinión de César Walter SAN JUAN y Mary MANLY en torno al derecho son aplicables al menos dos órdenes jurídicos distintos vigentes en la región latinoamericana: por un lado, estaría “el sistema latinoamericano sobre asilo diplomático y territorial y, por el otro lado, el sistema universal de protección de los refugiados.”²⁰⁵

A ello deben añadirse evidentemente las regulaciones que constan en instrumentos universales de derechos humanos que incluyen al asilo o al refugio como derechos en el contexto general del derecho internacional de los derechos humanos, entre los que cabe mencionar a título de ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre otros que regulan específicamente los derechos de asilo y refugio.

Otros autores se refieren a tres sistemas aplicables a la protección internacional de personas perseguidas. Según ARLETTAZ²⁰⁶ esos sistemas serían los de la tradición latinoamericana, conformado por los tratados constitutivos de esta tradición analizados en el capítulo anterior, a través

²⁰⁵ SAN JUAN, C, W y MANLY, M., “Informe general de la investigación”, en FRANCO, L., op. cit. pág. 23.

²⁰⁶ ARLETTAZ, F., “Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis* Número 1, 2016, pág. 194.

del cual se brinda protección al amparo de las convenciones vigentes a los perseguidos por delitos o motivos políticos, la cual puede ser diplomática (asilo diplomático) o territorial (asilo territorial).

El segundo sería el sistema universal, conformado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967 y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo, que confieren exclusivamente la protección territorial a quienes sufren persecución o tienen temor fundado de ser perseguidos por determinadas circunstancias.

El tercer sistema sería el que se configura en el marco general del sistema Interamericano de Derechos Humanos, conformado por la Declaración y la Convención Americanas de derechos humanos, las cuales prevén únicamente la protección bajo la figura del asilo territorial por cualquier persecución que no tenga su origen en un delito común, y no incluyen el asilo diplomático como un derecho de las personas perseguidas por motivos políticos.

Además de los instrumentos internacionales como hemos dicho, cada Estado puede tener sus propias normas a nivel constitucional o legal donde se desarrolla el contenido de los derechos que corresponde a la persona a quien se le otorgue la condición de asilado o refugiado, así como los procedimientos aplicables para determinar la condición solicitada, o denegarla en los casos que el solicitante no cumpla los requisitos previstos en las normas vigentes.

En el caso del Ecuador, que reconoce y garantiza en la Constitución vigente el derecho de asilo y refugio, su desarrollo se encuentra en la Ley Orgánica de Movilidad Humana y su Reglamento ambos del 2017²⁰⁷. En la

²⁰⁷ Ley Orgánica de Movilidad Humana, Asamblea Nacional, Ecuador, 6 de febrero del 2017. Reglamento de la Ley Orgánica de Movilidad Humana. Presidencia de la República, 3 de agosto del 2017.

primera se define el asilo, sus tipos, el procedimiento para otorgarlo y la potestad exclusiva del Estado ecuatoriano para concederlo o denegarlo. Las normas de ambos tipos de asilo son básicamente similares según se dispone en la propia Ley, por lo que en este epígrafe serán analizados conjuntamente.

El artículo 95 define el asilo diplomático como “la potestad del Estado ecuatoriano a través de la máxima autoridad de relaciones exteriores para conceder protección internacional o amparo en sus misiones diplomáticas u oficinas consulares, a la persona extranjera cuya vida, libertad o integridad se encuentre en peligro inminente por razones de persecución política, generada desde su Estado de origen o desde cualquier otro Estado.”

De esa norma interesa destacar varios aspectos. En primer lugar, que, al margen de las obligaciones contraídas por el Estado en los instrumentos internacionales, la potestad de conceder o negar el asilo solicitado se fundamenta en la soberanía nacional, y por tanto es exclusiva de la autoridad nacional competente dentro del territorio sometido a su jurisdicción, concretamente en sus misiones diplomáticas o en sus oficinas consulares.

El segundo aspecto a destacar es que sólo procede en las representaciones diplomáticas o consulares del país en el extranjero, lo que excluye otras formas de asilo político que puede ser otorgado en navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares como lo prescribe la Convención sobre Asilo de 1928 en su artículo 1, o en cualquier otro espacio donde el Estado ecuatoriano ejerza su soberanía.²⁰⁸ Tampoco es dable conceder el asilo diplomático en la residencia privada del Jefe de misión a tenor de lo preceptuado en el artículo que comentamos.

²⁰⁸ OIM. *Glosario sobre la migración*, Ginebra, 2006, pág. 8.

Para que la autoridad competente pueda valorar y en su caso conceder el asilo diplomático en las dependencias indicadas debe el solicitante cumplir tres requisitos: el primero evidentemente es que se trate de una persona extranjera, el segundo es que su vida, libertad o integridad se encuentre en peligro inminente por razones de persecución política proveniente de su propio Estado o de cualquier otro.

La determinación de si concurre o no el requisito de peligro inminente para la vida, libertad o integridad del solicitante es discrecional de la autoridad competente, ya que ni la Ley Orgánica de Movilidad Humana ni su Reglamento establecen parámetros que deben verificarse, quedando por tanto a la evaluación política del Estado si es procedente la solicitud. De esa evaluación depende en ocasiones la propia vida del solicitante, sobre todo cuando al solicitante el Estado persecutor le impide abandonar territorio del gobierno persecutor, “supuesto en que resulta aplicable el asilo diplomático, a efectos de garantizar el paso seguro o salvoconducto.”²⁰⁹

No obstante debe tenerse en cuenta que lo dispuesto en la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954, que dispone en su artículo V que el asilo “no podrá ser concedido sino en casos de urgencia.”²¹⁰ Los casos de urgencia serían los definidos en el artículo VI de propio instrumento, que señala a modo de ejemplo “aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autoridades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad.”

²⁰⁹ CÁCERES-GUERRA, C., *Estudio jurídico del denominado derecho de asilo desde la perspectiva del Derecho Internacional*, Universidad de Piura, 2015, pág. 20.

²¹⁰ Y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado salga del país con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial a fin de que no peligre su vida, su libertad o su integridad personal, o para que se ponga de otra manera en seguridad al asilado.

Además de esas precisiones ni los instrumentos internacionales ni la legislación ecuatoriana define parámetros de determinación de la condición de asilado, lo que remite una vez más a las circunstancias del caso, la conveniencia política, la oportunidad de concederlo o los intereses que puedan estar involucrados, como sucedió en el caso de Julian Assange según diversas fuentes que lo han estudiado.²¹¹

Además de los aspectos señalados debe indicarse que como consecuencia del principio de soberanía estatal que subyace al derecho de asilo, el Estado ecuatoriano puede en cualquier momento y sin necesidad de exponer sus motivos, otorgar al solicitante la condición de asilado con todos los derechos inherentes a esa categoría de persona sujetas a la protección internacional según los instrumentos internacionales vigentes y ratificados. Desde esa perspectiva el asilo no sería un derecho del solicitante sino una facultad soberana del Estado ecuatoriano.

En tal sentido, y como indica Juan Miguel ORTEGA TEROL, “la persona perseguida tiene el derecho a buscar asilo, pero no de recibirlo. En ninguna regulación se encuentra una obligación de los Estados a otorgarlo. El derecho de asilo se configura, así, como una facultad discrecional del Estado, encuadrada en el marco de su soberanía.”²¹² En todo caso lo que corresponde al Estado, como obligación asumida en el plano internacional en virtud de los tratados y convenios suscritos, es crear las garantías necesarias para que la persona pueda solicitar la protección internacional, lo que no implica que la reciba necesariamente pues bien puede ser concedida o negada sin ni siquiera exponer los motivos.²¹³

²¹¹ AMBOS, K., “El caso de Julian Assange: orden de detención europea versus asilo diplomático”, *Revista Nuevo Foro Penal* Número 81, 2013, págs. 116-138. FORN BOSCH, M., *El Asilo Político: El caso Assange*, Universitat Abat Oliba, 2015.

²¹² ORTEGA TEROL, J. M., “Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Número 16, 1993, pág. 136.

²¹³ OLIVEIRA BATISTA, V., “El derecho de asilo en el marco del sistema interamericano”, (en línea),

Al respecto señala acertadamente Vanessa OLIVEIRA BATISTA: “en el Derecho Internacional general no hay ninguna norma que obligue a un Estado a otorgar el asilo diplomático. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 no menciona este tipo de asilo, que aún debe evolucionar en términos legales. Así, el Estado territorial no está obligado a otorgar el salvoconducto al “protegido” del otro Estado, ni a permitir que salga libremente de su territorio. Conceder dichas autorizaciones son atribuciones de la soberanía del Estado.”

Desde el punto de vista del procedimiento, Ley Orgánica de Movilidad Humana en su artículo 95 dispone que una vez que, en uso de su facultad soberana, el Estado ecuatoriano haya concedido el asilo diplomático al solicitante, solicitará el salvoconducto respectivo que le permita abandonar el país donde se encuentre la sede diplomática u oficina consular, para que pueda trasladarse al territorio ecuatoriano.

Evidentemente el país donde se encuentre la misión diplomática ecuatoriana puede negar el salvoconducto, y en consecuencia la persona asilada no podrá abandonar el lugar sin ser aprehendida por las autoridades del Estado persecutor. En ese caso la persona asilada, si bien se encuentra bajo la protección internacional del Ecuador, no podrá abandonar el país donde se encuentre y seguirá en condiciones de asilado diplomático, sin llegar a la categoría de asilado territorial, como sucedió en el mencionado caso de Julian Assange,²¹⁴ y antes en el caso emblemático de Víctor Haya de la Torre que involucró a los gobiernos de Colombia (Estado asilante) y Perú (Estado persecutor).²¹⁵

[https://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3020/ASILO%20\(OLIVEIRA\).pdf?sequence=1](https://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3020/ASILO%20(OLIVEIRA).pdf?sequence=1), (Consulta 25 de junio de 2020).

²¹⁴ EUROPAPRESS. “Reino Unido niega el salvoconducto a Julian Assange.” Texto completo en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-reino-unido-niega-salvoconducto-julian-assange-20120817081148.html>. En el mismo sentido véase AMBOS, K, op. cit. págs. 116-138.

²¹⁵ BARCIA TRELLES, C., “El derecho de asilo diplomático y el caso haya de la Torre: Glosas a una sentencia” *Revista Española de Derecho Internacional* Número 3, 1950, págs. 753-801. En igual sentido puede verse CHÁVARRI PORPETA, R. “El derecho de asilo

El propio artículo prevé la situación contraria, es decir cuando sea el Ecuador el Estado persecutor y contra el cual un ciudadano ecuatoriano solicita el derecho de asilo diplomático en una sede diplomática establecida en el país. Para el caso funciona el mismo principio de soberanía para conceder o no el salvoconducto solicitado por el Estado asilante, y por tanto el Ecuador puede concederlo o negarlo, como ha sucedido en casos recientes.

Efectivamente, a raíz de las protestas que tuvieron lugar en la ciudad de Quito en el mes de octubre de 2019, un grupo de siete militantes del movimiento Revolución Ciudadana que lideraba el expresidente Rafael Correa pudiera viajar a México después de haber estado por un periodo cercano a los tres meses en la embajada de ese país en Quito, en calidad de protegidos.²¹⁶

Lo relevante de ese caso es que el Estado ecuatoriano no otorgó el salvoconducto al considerarlo improcedente, pues ninguna de las personas estaba siendo perseguida ni tenía una orden de aprehensión en su contra. Esa información fue ofrecida por el propio canciller ecuatoriano: “tras hacer las averiguaciones del caso con las entidades respectivas aquí en el Ecuador, se encontró que a las personas a las cuales México estaba pidiendo autorización para salir del país, no tenían ningún requerimiento que les impidiera su salida libre del territorio ecuatoriano, tampoco tenían prohibición de salida del país [en consecuencia] podían haber salido libremente sin ningún impedimento, sin necesidad siquiera de haber buscado asilo diplomático.”²¹⁷

político en Hispanoamérica”, *Revista de estudios políticos* Número 9. 1960, págs. 175-192.

²¹⁶ CNN. “Militantes correistas asilados en embajada viajan a México”, (en línea) <https://cnnespanol.cnn.com/2020/01/09/alerta-militantes-correistas-asilados-en-embajada-viajan-a-mexico> (Consulta el 26 de junio de 2020).

²¹⁷ PICHINCHA COMUNICACIONES. “Ecuador no otorgó salvoconductos a assembleistas Correistas dice Canciller José Valencia”, (en línea), <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/ecuador-no-otorgo-salvoconductos-a-assembleistas-correistas-dice-canciller-jose-valencia> (consulta el 26 de junio de 2020).

Un caso contrario sucedió recientemente con la exministra de Obras Públicas, María de los Ángeles Duarte, asilada en la Embajada de Argentina en Quito. A diferencia de los solicitantes mencionados con anterioridad, la ex ministra tiene una sentencia ejecutoriada por el delito de cohecho que es un delito común y no político, y por tanto el gobierno ecuatoriano declaró que no otorgará el salvoconducto, en caso de que fuera solicitado.

Al respecto la Ministra de Gobierno María Paula Romo indicó que “de ninguna manera el Estado ecuatoriano piensa autorizar su salida de la embajada. Si se llega a requerir un salvoconducto, de ninguna manera esto va a ser concedido porque nos parece que esto es un abuso de esta figura del asilo, que una persona que tenga una sentencia penal ejecutoriada condenatoria pretenda beneficiarse de una figura que tiene un objetivo distinto.”²¹⁸

Como puede apreciarse, el Ecuador se ha visto involucrado en los últimos años en casos típicos de asilo diplomático donde se han puesto en funcionamiento tanto los instrumentos internacionales como la legislación nacional vigente, así como se han evidenciado las tensiones que genera entre los Estados involucrados al momento de conceder o negar el asilo diplomático y el salvoconducto respectivo. Pero muestra además el uso político de esta institución, al acogerse a la misma persona de cierta relevancia en el ámbito mediático (Assange) o político (los asambleístas y a la ex ministra), que tensa las relaciones diplomáticas en busca de protección internacional.

²¹⁸ PERALTA, P., “Ecuador no dará salvoconducto para que Ma. Ángeles Duarte salga de la Embajada de Quito”, (en línea) <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/ecuador-no-dara-salvoconducto-para-que-ma-angeles-duarte-salga-de-la-embajada-de-quito> (Consulta el 12 de octubre de 2020).

El Ecuador también reconoce la figura del asilo territorial en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, en cuyo artículo 96 lo define como una potestad del Estado para conceder protección o amparo a la persona extranjera cuando su vida, libertad o integridad personal se encuentre en peligro inminente por razones de persecución política. Esa protección será otorgada dentro del territorio nacional, cuando la causa de la persecución por parte de su Estado de origen o cualquier otro sea por razones políticas.

El asilo territorial puede ser entendido como la acogida permanente que un Estado concede en su territorio a los extranjeros perseguidos o cuya vida o integridad física o moral esté en peligro, por razones políticas y no por delitos comunes. Las cuestiones que se plantean en este asunto son las siguientes: ¿puede el Estado que otorga el asilo ser limitado jurídicamente en el ámbito internacional cuando lo hace? ¿Hay la obligación de conceder el asilo en tales circunstancias? ¿Cómo saber cuáles son los peligros que llevan a la concesión del asilo? ¿Se supone que hay una condición específica para el extranjero que solicita el asilo?

Las respuestas esas preguntas remiten a la legislación interna de cada Estado, así como a los tratados o convenios existentes al respecto. La diferencia radical entre el asilo diplomático y el asilo territorial es el lugar donde se concede, sedes diplomáticas u oficinas consulares el primero, y el territorio nacional el segundo. Otra diferencia importante es que el asilo diplomático es por naturaleza temporal, mientras que el territorial puede ser temporal o permanente según las circunstancias.

De ahí que la Ley disponga los mismos parámetros para conceder o negar el asilo en cualquiera de sus dos variantes, aunque en la última una vez concedido el asilo la persona recibirá un documento especial de viaje si fuera necesario, y de manera obligatoria un documento de identificación que acredite su condición y le permita ejercer los derechos correspondientes.

5.7. Causas generales de terminación de asilo diplomático

En todo caso, en el artículo 97 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana se ratifica el principio de soberanía respecto a la concesión o denegación del asilo, sea diplomático o territorial. En tal sentido la potestad corresponde al Estado y la ejerce el Presidente de la República en lo que se refiere a concederlo, negarlo, revocarlo o cesar el que haya sido otorgado.

Antes de entrar en el análisis normativo conviene precisar a nivel teórico las causas de terminación del asilo diplomático. En general puede hablarse de causas como las siguientes: 1)- Concesión de asilo territorial ante la entrega del salvoconducto al asilado, por parte del Estado territorial o Estado receptor, con lo cual se le concede permiso para que abandone el territorio. 2)- Renuncia por parte del asilado, que debe ser necesariamente voluntaria, sin la intervención de presiones, chantajes o amenazas. 3)- Entrega del asilado a las autoridades locales, en vista que éste no ha sido aceptado de manera formal en la Misión Diplomática, por habersele considerado responsable del cometimiento de un delito común. 4)- Por huir o abandonar la Misión Diplomática que le concedió el asilo. 5)- Por el traslado del asilado a otra Misión Diplomática, bien sea por seguridad o porque él aceptó de manera formal, por último 6)- Por el fallecimiento de la persona asilada.²¹⁹

Por su parte según SERRANO MIGALLÓN las causas principales serían de tres tipos: naturales, jurídicas y políticas, cada una de las cuales se explica a continuación en sus principales características.²²⁰

Causas naturales 1)- Abandono voluntario: cuando el asilado decide abandonar la legación, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares. 2)- Abandono involuntario: cuando el asilado sufre una

²¹⁹ CALVOPIÑA CANDO, J. C., *El Asilo Territorial y Diplomático en la legislación ecuatoriana*. Universidad Central del Ecuador, 2019, págs. 90-91.

²²⁰ SERRANO MIGALLÓN, F., *El asilo político en México*. Edit. Porrúa, México, 1998.

enfermedad grave o contagiosa, cuando enloquece o muere y por estos motivos tiene que forzosamente abandonar el lugar de asilo.

Causas jurídicas 1)- Que el delito político por el que el beneficiado fue asilado, desaparezca en su lugar de origen o de comisión del delito. 2)- Que se compruebe la comisión de un delito común y se proceda a la extradición del asilado, siguiendo los acuerdos internacionales. 3)- Que el asilado cometa delitos de orden político o común en el lugar de asilo, en este caso se da la deportación a su país de origen o a cualquier otro. 4)- Que el asilado reciba salvoconducto para acogerse al asilo territorial.

Causas políticas 1)- Cuando desaparezca el régimen político que persiguió al solicitante de asilo. 2)- Por acuerdo internacional entre las partes del hecho de asilo o con un tercer Estado. 3)- Cuando el representante diplomático, por razones que sean, entrega al peticionario de asilo a las autoridades locales.

5.8. Dos visiones políticas encontradas: el caso de Julian Assange

Una vez más el caso de Julian Assange en la Embajada del Ecuador en Londres es emblemático para el estudio del tema. A Assange se le otorgó asilo diplomático (2012), no se le concedió salvoconducto por el gobierno del Reino Unido (solicitado en 2012 y 2017) y finalmente le fue revocado de manera soberana por el Presidente de la República del Ecuador. La revocatoria se basó en al menos nueve razones expuestas por el canciller de la República²²¹ y que se mencionan a continuación.²²²

Negativa del Reino Unido a darle salvoconducto. El Ecuador solicitó salvoconducto a favor del asilado en dos ocasiones y le fue negada la

²²¹ Véase el Memorando MREMH-2019-24876-0 del Ministerio de Relaciones Exteriores, fechado el 10 de abril de 2019, dirigido al Presidente de la República, Lenin Moreno.

²²² Un análisis detallado de cada una de las razones puede verse en PLAN V. “Las nueve razones del Ecuador para revocar el asilo de Assange”, (en línea) <https://www.planv.com.ec/historias/politica/nueve-razones-del-ecuador-revocar-el-asilo-assange> (Consulta el 20 de octubre de 2020).

posibilidad de abandonar la sede diplomática hacia el Ecuador o cualquier otro país, lo que implica que el asilado debería quedarse en la sede diplomática de manera indefinida.

Riesgos para la salud y bienestar físico del asilado. En el período de casi siete años que duró al asilo, la salud de Julian Assange se deterioró, y la Embajada ecuatoriana en Londres no disponía de los medios para atender adecuadamente su estado de salud, quien al parecer sufría de problemas dentales y en las extremidades superiores.

El asilo no es instrumento para evadir la justicia. El asilo diplomático no contempla evitar que Assange respondiera a las acusaciones en su contra ni que no comparezca ante los Tribunales británicos. El Estado del Ecuador no puede prevenir ni tiene la obligación de evitar que el asilado pueda ser enjuiciado por presuntos delitos. Por tanto, lo que debe hacer Assange es responder ante la justicia británica que lo busca.

No había demanda de extradición contra Assange. En el momento que Ecuador dio por terminado el asilo diplomático, no existía una demanda de extradición en contra de Assange. Sin embargo, a las pocas horas de la detención, Scotland Yard informó que sí hay un pedido de extradición a Estados Unidos, relacionado con procesos penales por las filtraciones de documentos militares en el portal Wikileaks. En cualquier caso, el Ecuador no podía evitar que respondiera ante la justicia por los delitos imputados.

Las garantías ofrecidas por el Reino Unido. Se remitieron garantías, por escrito, de que Assange no sería extraditado a un país donde pueda sufrir pena de muerte, torturas o malos tratos. Los ex cancilleres británicos, Boris Johnson y Jeremy Hunt, en marzo y agosto de 2018, aseguraron al Ecuador que Reino Unido no extraditará a nadie si no es con garantías de que no se aplicará la pena de muerte o, si se aplica, la ejecución no se llevará a cabo.

Injerencia en asuntos de otros Estados por parte del asilado. En los seis años y diez meses que Assange estuvo asilado en la Embajada en Londres, protagonizó, según el Canciller, un sinnúmero de actos de "interferencia" en la política interna de otros Estados, poniendo en riesgo las relaciones de Ecuador con otras naciones, entre las que mencionó de manera especial a España y a El Vaticano.

Mal comportamiento y falta de respeto hacia el Ecuador y sus funcionarios. Assange anduvo en patineta causando destrozos, maltrató al personal de la Embajada, además según el Canciller, ha "proferido amenazas insultantes contra el Estado", acusando a sus funcionarios de "actuar por presiones de países extranjeros", y calificó como una "infamia y calumnia" esas declaraciones. Al mismo tiempo, el Gobierno anunció a principios de semana la cancelación de un funcionario público de la Embajada, al que no identificó, por su extrema cercanía con el australiano.

Amenazas y acusaciones sin fundamento contra el Estado y sus funcionarios. Se hizo referencia a una extraña declaración de Assange, quien aseguraba tener el dedo sobre unos "botones", en lo que el Gobierno interpretó como una amenaza de algún tipo de acto violento de Assange y sus seguidores, lo que puso en conocimiento de la Policía Diplomática inglesa. El memorando también rechazó la denuncia de Wikileaks de que el contenido de las cámaras de la Embajada ecuatoriana habría sido hackeado y estaría siendo ofrecido por una red de extorsionadores con base en España.

Revisión del proceso de naturalización de Assange. El asilado había recibido una carta de naturalización entregada por el Gobierno ecuatoriano, la cual fue expedida el 12 de octubre de 2017 y lo convirtió en ciudadano ecuatoriano, como parte de una fallida estrategia para sacar a Assange como diplomático ecuatoriano y llevarlo a Rusia.

Según el memorando en el proceso hay indicios de documentos adulterados, como es el caso de una identificación de persona que ostenta protección internacional, que tendría una firma distinta a la que usa Assange. No se habrían pagado los derechos de naturalización, no hubo un dictamen jurídico del director de Visados; inconsistencias en el pasaporte de Assange (que tampoco habría pagado), y el hecho de que su dominio del idioma español se calificó con 100/100, aunque era evidente que solo habla inglés.

A los factores señalados por la cancillería debe añadirse el hecho de que los dos Estados involucrados en el conflicto diplomático no dispone de una instancia común a la cual recurrir para llegar a un acuerdo, como fue el caso ya mencionado de Víctor Haya de la Torre donde Colombia y Perú recurrieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para buscar una solución con base en los instrumentos regionales que configuran el sistema interamericano de derechos humanos.

El hecho es que en un fallo dictado el 20 de noviembre de 1950, la Corte había definido las relaciones jurídicas entre Colombia y el Perú respecto a las cuestiones que esos Estados le habían sometido en relación con el asilo diplomático en general y, en particular, con el asilo concedido los días 3 y 4 de enero de 1949 por el Embajador de Colombia en Lima a Víctor Raúl Haya de la Torre; la Corte había juzgado que, en ese caso, el asilo no había sido concedido de conformidad con la Convención sobre el asilo firmada en La Habana en 1928.

Después de haberse dictado el fallo, el Perú pidió a Colombia que lo ejecutara y que pusiera fin, mediante la entrega del refugiado, a una protección indebidamente concedida. Colombia respondió que la entrega del refugiado no sólo incumpliría el fallo del 20 de noviembre, sino que, además, violaría la Convención de La Habana, y, a su vez, incoó un

procedimiento ante la Corte mediante una solicitud presentada el 13 de diciembre de 1950.²²³

En este caso, que ha sido objeto de estudio desde diferentes puntos de vista, se pusieron de manifiesto, como habíamos mencionado, las tensiones entre el derecho de asilo y la soberanía estatal, donde esta última adquiere predominancia ya que aunque en la Constitución del Ecuador se reconoce el asilo como un derecho, no se trataría de un derecho subjetivo exigible al Estado, sino una posibilidad de que éste, en vista de las circunstancias previstas en los instrumentos internacionales y en la propia legislación interna lo otorgue o no.

Otro aspecto de interés es que la decisión corresponde a la función ejecutiva, en este caso al Presidente de la República, sin que sea posible recurrirla ante cualquier otra autoridad administrativa (el Presidente es la máxima autoridad), ni por la vía judicial pues no cabe recurso contra la decisión de conceder o negar el asilo a un ciudadano extranjero, ni la de conceder salvoconducto a un ciudadano ecuatoriano solicitante de asilo ante una legación extranjera.

La posibilidad de que en uso de la potestad soberana el asilo concedido pueda ser revocado o cesado también es expresión de que el asilo no es propiamente un derecho subjetivo, tampoco un derecho adquirido e irrevocable una vez recibido el beneficio. Si fuera el caso una vez concedido no pudiera ser revocado o cesado, lo que al perecer crea una contradicción entre un derecho reconocido y garantizado a nivel convencional y constitucional, que no cuenta con acciones administrativas o judiciales para hacerlo efectivo cuando no sea concedido al solicitante.

Desde una perspectiva más general cabe preguntarse si al momento de recibir el asilo diplomático Julian Assange era un perseguido por

²²³ Véase un resumen del proceso y la posición de la CIDH (en línea) <https://www.dipublico.org/cij/doc/13.pdf> (Consultado el 16 de octubre de 2020).

razones políticas, o estaba siendo requerido por delitos comunes. El siguiente análisis pretende arrojar luz sobre esa pregunta. Abordando el fondo de la crisis diplomática generada a partir de las alegaciones del gobierno del Ecuador para conceder el asilo, y las del gobierno del Reino Unido para negar el salvoconducto.²²⁴

Razones alegadas por el gobierno del Ecuador para conceder el asilo diplomático a Julian Assange. De acuerdo al comunicado No. 042 “Declaración del Gobierno de la República del Ecuador sobre la solicitud de asilo de Julian Assange”, emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración hoy llamado Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, el Gobierno del Ecuador consideró declarar favorable la solicitud de asilo señalando varios argumentos, entre los que cabe mencionar los que se consignan a continuación.²²⁵

Que Julian Assange es un profesional de la comunicación galardonado internacionalmente por su lucha a favor de la libertad de expresión, la libertad de prensa y de los derechos humanos en general; que el señor Assange compartió con el público global información documental privilegiada que fue generada por diversas fuentes, y que afectó a funcionarios, países y organizaciones; y que existen serios indicios de retaliación por parte del país o los países que produjeron la información divulgada por el señor Assange, represalia que puede poner en riesgo su seguridad, integridad, e incluso su vida.

De igual manera indicó el Ministerio que, a pesar de las gestiones diplomáticas realizadas por el Estado ecuatoriano, los países de los cuales

²²⁴ Sobre los antecedentes del caso de Julian Assange, hasta el año 2017, puede verse ARREDONDO, R., “WikiLeaks, Assange y el futuro del asilo diplomático.” *Revista Española de Derecho Internacional* Número 2, 2017, págs. 119-144. Véase especialmente las págs. 131-136 y la bibliografía citada por el autor la nota 70 del propio trabajo.

²²⁵ Declaración del Gobierno de la República del Ecuador sobre la solicitud de asilo de Julian Assange, (en línea) <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/declaracion-del-gobierno-de-la-republica-del-ecuador-sobre-la-solicitud-de-asilo-de-julian-assange/> (Consulta el 16 de junio de 2020).

se han requerido garantías suficientes para proteger la seguridad y la vida del señor Assange, se han negado a facilitarlas; que, existe la certeza de las autoridades ecuatorianas de que es factible la extradición del señor Assange a un tercer país fuera de la Unión Europea sin las debidas garantías para su seguridad e integridad personal; que la evidencia jurídica muestra claramente que, de darse una extradición a los Estados Unidos de América, el señor Assange no tendría un juicio justo, podría ser juzgado por tribunales especiales o militares, y no es inverosímil que se le aplique un trato cruel y degradante, y se le condene a cadena perpetua o a la pena capital, con lo cual no serían respetados sus derechos humanos.

Otros argumentos fueron que, si bien el señor Assange debe responder por la investigación abierta en Suecia, el Ecuador está consciente que la fiscalía sueca ha tenido una actitud contradictoria que impidió al señor Assange el total ejercicio del legítimo derecho a la defensa; que el Ecuador está convencido de que se han menoscabado los derechos procesales del señor Assange durante dicha investigación; que el Ecuador ha constatado que el señor Assange se encuentra sin la debida protección y auxilio que debía recibir de parte del Estado del cual es ciudadano; que, al tenor de varias declaraciones públicas y comunicaciones diplomáticas realizadas por funcionarios de Gran Bretaña, Suecia y Estados Unidos de América.

Se infiere que dichos gobiernos no respetarían las convenciones y tratados internacionales, y darían prioridad a leyes internas de jerarquía secundaria, contraviniendo normas expresas de aplicación universal; y que, si el señor Assange es reducido a prisión preventiva en Suecia (tal y como es costumbre en este país), se iniciaría una cadena de sucesos que impediría que se tomen medidas de protección ulterior para evitar la posible extradición a un tercer país.²²⁶

²²⁶ Un estudio más detallado del tema puede verse en SÁNCHEZ PADILLA, E. P., y CAYAMBE GUATO, M. J., *Posición y participación del Estado ecuatoriano, firme defensor del derecho de asilo político, en base al análisis del caso Julian Assange*, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2014.

Frente a las razones expuestas por el gobierno del ex Presidente Rafael CORREA, el gobierno del Reino Unido, a través de su canciller Willian HAGUES, expuso claramente sus razones para negar el salvoconducto al ciudadano australiano asilado en la Embajada del Ecuador.²²⁷ Gran Bretaña no reconoce la figura legal del asilo diplomático; por la acusación de sobre delitos sexuales (delitos comunes) que mantiene Julian Assange en Suecia; que Reino Unido está obligado a cumplir un tratado de extradición de la Comunidad Europea; que Julian Assange rompió las condiciones de arresto domiciliario al ingresar a la embajada de Ecuador; y que dichas condiciones eran reportarse a las seis de la noche en el sitio donde debía guardar prisión, la residencia de un amigo y una fianza de 350 mil libras esterlinas.

En las razones expuestas tanto por el gobierno del Ecuador como por el del Reino Unido se evidencia un conflicto de interés y una apreciación distinta de los hechos, ya que el primero considera que se trata de un perseguido político y el segundo un procesado por un delito común. Sin embargo, el fondo de la cuestión es netamente jurídico en cuanto a la regulación del asilo diplomático que el Reino Unido no reconoce en su legislación²²⁸ y el Ecuador sí, además de que aquel se encuentra obligado a cumplir la Convención de Extradición de la Comunidad Europea, y por tanto tiene la obligación de extraditar a Julian Assange a Suecia.

Del estudio del caso se puede afirmar que Assange, asilado en la Embajada del Ecuador en Londres, no era propiamente un perseguido político de acuerdo a las convenciones y tratados vigentes, sino una persona que estaba siendo requerida por la justicia por delitos comunes. No obstante, el gobierno del Ecuador entendió de manera soberana que el

²²⁷ EFE, “Reino Unido no concederá un salvoconducto a Assange” (en línea) <https://www.lavanguardia.com/internacional/20120816/54338076548/reino-unido-no-concedera-salvoconducto-assange.html> (Consulta el 17 de octubre de 2020).

²²⁸ Véase al respecto AGUILAR, P. *El asilo político en el Derecho Internacional, caso Julian Assange*, Instituto Superior de Investigación y Postgrados Ciencias Internacionales. Universidad Central del Ecuador, 2013.

solicitante sí cumplía los requisitos para ser acogido en calidad de asilado temporal, con la posibilidad de que pudiera viajar al Ecuador y recibir asilo territorial.

De los antecedentes se puede apreciar además que las acusaciones de violación de una mujer y de acoso sexual a otra fueron las que dieron lugar a que se levantara cargos contra él y se solicitara su extradición a Suecia, lo cual fue aprobado por el Tribunal Supremo del Reino Unido, última instancia a la que podía recurrir y fue lo que determinó que Assange se asilara en la Embajada del Ecuador en Londres.

Por otra parte, si se realiza una revisión de la prensa de la época se puede constatar que en ningún caso se trata de un perseguido político como alegó el gobierno del Ecuador, sino de una persona bajo investigación por delitos comunes. Así lo reflejó por ejemplo el diario español El País, donde indicaba que “pese a todo, y en medio del enredo judicial y diplomático, conviene recordar que, pese a alguna de las afirmaciones del Gobierno ecuatoriano, el país que reclama al activista australiano no es una dictadura, sino Suecia, y el motivo no se refiere a la libertad de expresión o a la filtración de documentos secretos de EE. UU, sino a una investigación por supuestas agresiones sexuales.”²²⁹

El diario inglés *The Guardian* en su editorial titulado *The balcony defense* (La defensa del balcón), menciona que los esfuerzos judiciales y diplomáticos realizados por Assange no es para defender el derecho a la libertad de expresión, sino para evitar ser juzgado por delitos sexuales: “para evitar enfrentarse a las acusaciones de violación y de agresión sexual por lo que Assange se ha refugiado en la embajada de Ecuador...el señor Assange no se enfrenta a un juicio sobre el periodismo de WikiLeaks, sino que está esquivando alegaciones de violación...el valioso servicio realizado

²²⁹ En línea: http://elpais.com/elpais/2012/08/16/opinion/1345146395_089950.html (Consulta el 16 de septiembre de 2020).

por el Sr. Assange en WikiLeaks es una cuestión diferente de las graves acusaciones que le esperan en Suecia.”²³⁰

Los antecedentes y complicaciones legales, así como la facultad soberana del Estado ecuatoriano, a través del Presidente de la República, de conceder, negar o revocar el asilo concedido no excluyen, sin embargo, que, desde la sociedad civil, los actores políticos o los medios de comunicación se puedan verter opiniones diversas sobre la decisión que adopte el Presidente de la República, sobre todo en casos polémicos que trascienden.

En el cese del asilo de Julian Assange intervino por ejemplo la Defensoría del Pueblo del Ecuador,²³¹ la cual cuestionó la decisión de retirar el asilo y nacionalidad a Assange, alegando la limitación de diferentes derechos contenidos en la Constitución de 2008 como el derecho a la nacionalidad (artículo 6) el derecho de asilo (artículo 41) el principio de no devolución y las garantías del debido proceso (artículo 77).

El argumento de fondo de la Defensoría del Pueblo refiere que a Assange debió garantizársele su derecho al debido proceso que supone: 1)- la notificación previa de la existencia del proceso; 2)- tener una audiencia para la determinación de los derechos en juego; 3)- el derecho de ser asistido jurídicamente; 4)- a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, y para evacuar las correspondientes pruebas; 5)- derecho a que las actuaciones y decisiones del proceso se consignen por escrito; 6)- el plazo razonable del procedimiento; 7)- el derecho a la revisión judicial efectiva de decisiones

²³⁰ En línea: http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/aug/19/julian-assange-balcony-defence-editorial?CMP=tw_t_gu (Consulta el 20 de octubre de 2020).

²³¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL ECUADOR. Pronunciamientos. La Defensoría del Pueblo de Ecuador cuestiona la decisión de retirar el asilo y nacionalidad A Julian Assange, (en línea) <https://www.dpe.gob.ec/la-defensoria-del-pueblo-de-ecuador-cuestiona-la-decision-de-retirar-el-asilo-y-nacionalidad-a-julian-assange/> (Consulta el 18 de octubre de 2020).

administrativas; 8)- a una decisión fundada; y 9)- a la publicidad del accionar de la administración, entre otros.”

En nuestra opinión, si bien esa posición del organismo es encomiable desde el punto de vista humanitario, desde el punto de vista jurídico ninguna de esas garantías era procedente, por cuanto es facultad soberana del Estado, expresada a través del Presidente de la República, de conceder, negar, revocar o suspender el asilo diplomático sin que quepa recurso alguno por parte del afectado, y mucho menos el derecho a presentar pruebas que desvirtúen las alegaciones del Gobierno, que de todas formas no está obligado a exponerlas.²³²

5.9. Régimen jurídico del refugio en Ecuador

Habíamos indicado que la Constitución del Ecuador de 2008 reconoce tanto el derecho de asilo como el refugio, y que este último tiene una dinámica diferente al primero, en razón del conflicto interno de Colombia con quien comparte la frontera norte, de donde con frecuencia provienen desplazamientos considerables de personas huyendo de las secuelas del conflicto y solicitando protección internacional, con independencia de que disponen de otros mecanismos para regular su situación migratoria en el país.

Por lo expresado es comprensible que en este epígrafe se haga un análisis más detallado de ese derecho, tanto en lo que se refiere a su regulación en la Ley Orgánica de Movilidad Humana y su Reglamento como en sus aspectos más relacionados con los derechos de los refugiados y el procedimiento para otorgar esa categoría a las personas que lo soliciten siempre que cumplan los requisitos previstos en los instrumentos internacionales y en la legislación nacional.

²³² PASTORINO, A. M., “A propósito del asilo diplomático”, *Revista de la Facultad de Derecho* Número 47, 2019, págs. 1-37.

El análisis de este derecho adquiere además una connotación distinta por el hecho de que las personas que se benefician son precisamente aquellas que carecen de recursos o condiciones para acceder a una visa a través de la cual regularizar su situación migratoria, no disponen de los documentos necesarios en su país de origen o huyen de una situación donde su vida, libertad o integridad están en riesgo a causa de la situación económica o política, sin que se trate de personas connotadas que pudieran solicitar la protección internacional mediante el asilo.

Dicho esto, debe hacerse notar asimismo que en materia de refugio el Ecuador es el país de la región que más personas ha protegido bajo esa condición migratoria, tal como lo acredita un informe reciente del ACNUR según el cual “hasta septiembre de 2020, 71 550 personas han sido reconocidas como refugiadas. Más del 97% de ellas son de nacionalidad colombiana.”²³³ Ante esas cifras la pregunta obvia es si la gran cantidad de refugiados reconocidos en el país se debe a situaciones externas, al conflicto colombiano concretamente, o a las bondades de la legislación vigente que permite otorgar esa condición sin demasiados requisitos.

Para ahondar en los detalles de esos hechos es pertinente analizar entonces el régimen jurídico vigente para solicitar y recibir protección internacional bajo la condición de refugiado y luego un estudio más general de ese derecho desde el punto de vista de sus consecuencias para el país, los derechos que reconoce a los refugiados y la protección de que son acreedores, así como algunos datos estadísticos que permiten tener una comprensión más acabada de ese fenómeno en el contexto ecuatoriano.

5.10. Migración forzada de colombianos hacia Ecuador

²³³ ACNUR, Ecuador, <https://www.acnur.org/ecuador.html#:~:text=Hasta%20diciembre%20de%202021%2C%20m%C3%A1s,de%20una%20decisi%C3%B3n%20del%20Estado.> (consulta 17 de febrero 2022) El informe indica asimismo que “en Ecuador hay 25.025 solicitantes de la condición de refugiado, que se encuentran a la espera de una decisión del Estado. Adicionalmente, el país alberga a más de 400.000 refugiados y migrantes de Venezuela.”

La migración de población colombiana hacia Ecuador no es reciente, por ser países vecinos las migraciones entre ambos países han sido constantes y de vieja data.²³⁴ Las actuales relaciones comerciales y de parentesco entre los pobladores que viven al sur de Colombia y en la zona norte ecuatoriana demuestran una continuidad cultural que antecede a la conformación de los Estados-nación.²³⁵

RIVERA identifica cuatro tipos de migración colombiana en Ecuador. La primera de ellas es la que se establece a partir de los intercambios culturales y comerciales entre los distintos grupos indígenas que habitan la amazonia de ambos países, así como también, los grupos afrodescendientes del departamento de Nariño y la provincia de Esmeraldas, quienes se conectan por la cuenca hidrográfica y, por último, la comunidad Awa que se ubica a ambos lados de la frontera.²³⁶

El segundo tipo de migración es el interandino-mestizo, particularmente población del departamento de Nariño que tiene viejas relaciones comerciales y de parentesco con ecuatorianos de las provincias del Carchi e Imbabura. A esta migración se le suma las estadias temporales de colombianos en la zona andina ecuatoriana, intensificadas después de la dolarización a finales de la década del 90. Otro de los patrones de migración son los colombianos que residen en Ecuador y quienes cumplen los requisitos legales para permanecer en el territorio.

Esta población por lo general se dedica a actividades comerciales y

²³⁴ Colombia se ha mantenido en conflicto armado durante más de cincuenta años de conflicto armado entre grupos guerrilleros como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Además de fuerzas paramilitares como las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), y el ejército colombiano. Véase NIÑO GONZÁLEZ, C. A., “Breve historia del conflicto armado en Colombia”, *Revista de Paz y Conflictos* Número 1, 2017, págs. 327-330.

²³⁵ RIVERA, F., “El refugio de colombianos en Ecuador”, en RIVERA, F. ORTEGA H. LARREÁTEGUI P. y RIAÑO P., *Poniendo tierra por medio. Migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá*, Flacso Ecuador, 2007, págs. 18-36.

²³⁶ Ídem, pág. 20.

empresariales. Por último, se encuentra la migración colombiana indocumentada en la que, según el autor, hay población con necesidad de protección internacional que por miedo o desconocimiento no se registran ni solicitan ante el Estado ecuatoriano el estatus de refugiado.²³⁷

Este último tipo de migración se hizo visible cuando las solicitudes de refugio aumentaron en el año 2000 al 2001 de 475 a 3.017.²³⁸ Para esta fecha la población colombiana que ingresaba al país se concentraba en la zona norte, principalmente en las provincias del Carchi, Sucumbios y Esmeraldas. Varios autores²³⁹ señalan que desde el año 2000 el fenómeno del refugio se hace importante en Ecuador, pues coincide con el recrudecimiento del conflicto armado a partir de las tensiones y posterior levantamiento del proceso de paz adelantado por el entonces gobierno del presidente Andrés Pastrana y la guerrilla de las FARC-EP, lo cual impulsó la ejecución del Plan Colombia.

Otro factor a tener en cuenta para el análisis de las dinámicas del refugio es la situación interna del Ecuador. Así, desde una perspectiva de economía política, puede entenderse que el aumento de personas en condición de refugio que eligen este país como destino, más allá de corresponder a su cercanía geográfica, responde al nuevo escenario económico y social que vivió el país después del año 2000 con la dolarización y los altos índices de migración de ecuatorianos y ecuatorianas hacia Estados Unidos y Europa,²⁴⁰ situación que hizo del país

²³⁷ Ídem, págs. 20-21.

²³⁸ CARRIÓN, F., “El refugio: una realidad del encuentro de dos países asimétricos”, en CARRIÓN F. MEJÍA, D. y ESPÍN, J., *Aproximaciones a la frontera*, Flacso Ecuador, 2013, págs. 91- 93.

²³⁹ RIVERA, F., op. cit. CARRIÓN, F., op. cit. BALDA LARREA, S., “El refugio colombiano en el Ecuador en el periodo 2000-2007: debilidad institucional y políticas públicas”, *Disertación de maestría en Ciencias Sociales* (en línea) <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/399/3/TFLACSO-SBL2008.pdf> Consulta el 12 de octubre de 2020).

²⁴⁰ Sólo en el año 2000 la migración neta en el Ecuador fue la más alta de su historia 158.359 ecuatorianos migraron con destino a Estados Unidos o un país Europeo. Al respecto véase MORENO, P. “Cómo entendemos el hecho migratorio en Ecuador” En *SJR, Paradigmas del refugio colombianos en Quito: acompañar, servir, defender*, Quito, 2006, pág. 142.

un espacio idóneo con mejores condiciones económicas para emprender proyectos de vida.

Por lo tanto, el papel del Estado Ecuatoriano desde el año 2000 de aceptar mayor número de solicitudes de refugio, más que una apuesta humanitaria, puede entenderse como una estrategia para suplir el déficit de mano de obra que dejó la partida de un número considerable de su población al exterior. Pues los refugiados, frecuentemente, no son bienvenidos por los Estados de acogida y, cuando se presenta una excepción, ésta responde al uso que se hace de la población de forma ideológica o económica.²⁴¹

El conflicto armado colombiano ha dejado de ser un problema interno y ha empezado a irrumpir en los países vecinos. Desde la puesta en marcha de la guerra contra las drogas y la insurgencia armada, estandartes del Plan Colombia, han sido varias las consecuencias que este Plan ha tenido en territorio ecuatoriano, entre ellas: vínculos con la economía del narcotráfico, alteraciones en el medio ambiente y la salud de los pobladores por las fumigaciones con glifosato en la zona norte, presencia guerrillera y paramilitar en suelo ecuatoriano y, por último, el aumento de población que cruza a Ecuador en busca de protección.²⁴²

Las consecuencias del conflicto armado colombiano en Ecuador han configurado dos posiciones antagónicas sobre el ingreso de población colombiana que solicita refugio. Por un lado, los órganos de control del Estado, las Fuerzas Armadas, las autoridades policiales, los representantes de gremios y grupos de profesionales, y algunos sectores de la sociedad civil, piden el fortalecimiento de las políticas migratorias para obstaculizar el ingreso de colombianos a Ecuador, pues de esta

²⁴¹ MARFLEET, P., "Forgotten, Hidden: Predicaments of the urban refugee". *Revista Canadiense Sobre Refugiados* Número 1, 2007, págs. 36-45.

²⁴² BALDA LARREA, S., op. cit. págs. 53-54. También GONZÁLEZ, L., "Balance de los estudios sobre violencia y seguridad ciudadana en la frontera colombo-ecuatoriana", en CARRIÓN, F. MEJÍA, D. y ESPÍN, J., *Aproximaciones a la frontera*, Flacso Ecuador, 2013, págs. 149-154.

manera consideran se evita la propagación del conflicto en el país.²⁴³

Por el contrario, algunas organizaciones de la sociedad civil consideran las políticas de refugio en Ecuador como restrictivas y excluyentes, pues cada vez incluyen nuevos requerimientos que impiden que las personas en necesidad de protección internacional puedan acceder a territorio ecuatoriano.²⁴⁴

Por ejemplo, en el 2004 con la captura en suelo ecuatoriano de Simón Trinidad, uno de los principales miembros de la guerrilla de las FACR-EP, el Estado empezó a exigir a quienes cruzan hacia Ecuador en busca de refugio enseñar la cédula de ciudadanía y el pasado judicial. Es decir, toma fuerza las medidas de seguridad por sobre las de protección, ya que al exigir documentos de identidad y el pasado judicial se desconoce que muchos de los desplazamientos ocurren en situaciones extremas sin ningún tipo de planeación.

Las posturas de algunos autores también han sido divergentes respecto al refugio. Para BALDA LARREA,²⁴⁵ pese que el refugio es una de las consecuencias del conflicto colombiano, es el tema menos abordado en la agenda binacional por debajo de temáticas como la seguridad y las fumigaciones, a las cuales se les presta mucha más atención. Por el contrario, Lura GONZÁLEZ²⁴⁶ resalta al refugio como la problemática que mayor prioridad ha dado el Estado ecuatoriano y la cooperación internacional dirigiendo recursos a su regulación, lo cual ha descuidado otras problemáticas fundamentales.

²⁴³ Según GONZÁLEZ, L., (op. cit. pág. 157) la concepción de *desborde* del conflicto armado colombiano hacia el Ecuador ha sido predominante en lo análisis sobre la frontera colombo-ecuatoriana. Sin embargo, esta autora resalta el trabajo de Roque Espinosa *Las fronteras con Colombia*, en el cual se sostiene que “considerar que la violencia fronteriza es una consecuencia del Plan Colombia, implica dejar de observar cuál es la injerencia de los *agentes internos* en ella. Entre estos actores se encontrarían empresas madereras, palmicultoras, mineras, entre otras.”

²⁴⁴ Véase por ejemplo BALDA LARREA, S., op. cit.

²⁴⁵ Op. cit. pág. 22.

²⁴⁶ Op. cit. pág. 23.

Otra de las tensiones colombo-ecuatorianas que promovió nuevas iniciativas para la regulación de los refugiados fue el bombardeo en el 2008 a un campamento guerrillero ubicado en la zona fronteriza de la provincia de Sucumbíos, durante el periodo presidencial de Álvaro Uribe en Colombia.

Este acto, además de violar la soberanía ecuatoriana y problematizar las relaciones diplomáticas entre los países, impulsó al gobierno ecuatoriano a reconocer y regularizar la condición de refugio de aproximadamente 30.000 colombianos y colombianas en el Ecuador a partir del Registro Ampliado como una medida para visibilizar el conflicto armado colombiano internacionalmente, teniendo en cuenta que, para entonces, el gobierno colombiano no reconocía oficialmente la existencia del conflicto interno.

Los periodos más álgidos de entrada de refugiados se han presentado durante el periodo del 2005, 2006 y 2007, ingresos masivos de población colombiana que permanecía en las provincias de la zona norte de Ecuador.²⁴⁷ Lo particular de los ingresos masivos del 2007 fueron las declaraciones de la población, la cual manifestó la intención de presionar al gobierno colombiano por medio de su desplazamiento para la promoción de alternativas de cultivo distintos a la coca.

Por lo tanto, estos desplazamientos empezaban a tener un tinte político, del cual se aprovechó el Estado ecuatoriano para resaltar la situación en las provincias del norte como una apuesta política y no como una problemática humanitaria. Esto, sumado a la indiferencia del gobierno colombiano con la situación de sus connacionales, llevó al gobierno ecuatoriano a considerar medidas hacia los colombianos que oscilaron

²⁴⁷ LARREÁTEGUI, A., *Refugio, nacionalidad y las trabas ocultas en el sistema*, Flacso-Ecuador y Abya Yala, Quito, 2011.

entre la exigencia de visas y la legalización de los indocumentados.²⁴⁸

Simultáneamente a los ingresos masivos, desde finales del 2003 e inicios del 2004 el refugio empieza a ser un fenómeno visible a nivel nacional, predominando las urbes como lugar de asentamiento. Así, unas de las principales ciudades de destino para la población colombiana en situación de refugio es Quito.²⁴⁹

Son varios los factores que pueden explicar el aumento de población refugiada en esta ciudad. Primero, la agilidad en el proceso de solicitud de refugio en las oficinas estatales en contraposición a las brigadas de registro que se realizan en la zona de frontera, como también, la concentración de entidades no gubernamentales en la ciudad, las cuales asesoran y ayudan a población refugiada. Esto puede entenderse como la centralización del sistema de refugio en la capital, lo cual “agudiza los procesos de centralización de colombianos que ingresan a Ecuador.”²⁵⁰

En segundo lugar, la población que está llegando a las ciudades son, a su vez, de origen urbano, provenientes de los departamentos del Valle del Cauca, Quindío, Cundinamarca y Antioquia, lo cual corresponde a las transformaciones del conflicto armado colombiano, el cual ha generado desplazamientos inter e intra urbanos.²⁵¹ Por lo tanto, esta población busca espacios en los que se reproduzcan dinámicas similares a las del lugar de procedencia. Un último factor a tener en cuenta es el incremento de posibilidades laborales en las ciudades para quienes proceden de zonas urbanas.

Sin embargo, las expectativas que la población colombiana se traza en las ciudades ecuatorianas, respecto al goce total de sus derechos, no

²⁴⁸ BALDA LARREA, S. op. cit. y LARREÁTEGUI, A., op. cit. pág. 88.

²⁴⁹ SJR, op. Cit. y GONZÁLEZ, L., op. cit.

²⁵⁰ LARREÁTEGUI, A. op. cit. pág. 90.

²⁵¹ RIAÑO, P. y VILLA, M. I., “Las fronteras del no reconocimiento: Los colombianos en situación de refugio en Ecuador”, en RIVERA, F; ORTEGA, H; LARREÁTEGUI, P. y RIAÑO, P., op. cit. págs. 222-279.

son del todo alcanzadas, pues deben enfrentarse a discriminaciones por parte de la sociedad de acogida, que los rechaza por su nacionalidad y su condición de refugiados, lo cual les obstaculiza el acceso a la vivienda y el trabajo, y por ende, dificulta el proceso de integración e inserción en el nuevo lugar de asentamiento. Adicionalmente, el acoso policial a las personas refugiadas (y peor si no se está reconocido oficialmente como tal) hace que éstas últimas eviten al máximo tener algún encuentro con la policía.²⁵²

Los Estados ven a los refugiados como un invitado molesto, más aún si éstos arriban a los centros urbanos. Desde hace tres décadas el refugio urbano es concebido por los Estados y las agencias internacionales como un fenómeno anómalo e inaceptable.²⁵³ Por lo que, la respuesta estándar frente a esta población es la segregación en espacios específicos alejados de la ciudad (asentamientos) o en campamentos de refugiados, desde los cuales se puede ejercer mayor control de la población.²⁵⁴ Especialmente en los países llamados en vía de desarrollo, el ingreso de población refugiada a las zonas urbanas es percibido como un problema, en la medida en que los recursos económicos, sociales y culturales son limitados hasta para los connacionales.

El ACNUR, inicialmente, coincidía con los Estados en rechazar a los refugiados urbanos. Según MARFLEET²⁵⁵ el primer informe que esta entidad emitió sobre el refugio urbano en 1997 lo señaló como una

²⁵² OSPINA, O; SANTACRUZ, L; y VALLEJO, A., “Vivir en la ciudad: el proceso de inserción sociocultural”, en OSPINA, C. y OSPINA, O. *No se puede ser refugiado toda la vida...Refugiados urbanos: el caso de la población colombiana en Quito y Guayaquil*, Flacso-Ecuador, 2012, págs. 57-120.

²⁵³ No obstante, el mismo MARFLEET (op. cit.) señala cómo la noción de refugio puede encontrarse en varias culturas (arábica, griega, romana e islámica) en la que en los textos sagrados se señalan los santuarios de refugio en los que se está protegido, o en la designación de ciertos lugares o ciudades –para el caso de Grecia y posteriormente Roma– como espacios protegidos por las deidades. Esta connotación del refugio sufre una ruptura en la era moderna, pues el refugio empezará a ser regulado desde los nacientes Estados- nación.

²⁵⁴ KIBREAB, G., “Why governments prefer spatially segregated settlement sites for urban refugees” *Refuge* Número 1, 2007, págs. 27-35.

²⁵⁵ Op. cit.

problemática, pues impedía diferenciar entre el refugiado y el migrante ilegal, y de esta manera ponía en duda la veracidad de las razones de los solicitantes de refugio que llegaban a las ciudades. Del mismo modo, el informe manifestaba que el ingreso a las ciudades de las personas que decían estar en situación de refugio se daba por medio de redes irregulares e ilegales y no por un proceso espontáneo; por lo que el informe determinaba que no debía prestársele asistencia a esta población, ni incluirlas en los procesos de reasentamiento a otros Estados.

La postura de rechazo de los Estados (y en su momento del ACNUR) hacia la población refugiada asentada en las ciudades desconoce que ésta evita vivir en los campos de refugiados y se insertan en las ciudades porque, por lo general, en sus países de origen vivían en las urbes, por lo que buscan lugares similares desde los cuales desarrollar sus oficios y profesiones. Asimismo, la presencia de ONG locales e internacionales en las ciudades produce un “efecto imán”, puesto que la población refugiada se siente atraída hacia las urbes en la medida en que desde allí se brindan, con mayor frecuencia, los servicios que ofrecen estas entidades.²⁵⁶

Se tiene entonces que para la población en situación de refugio procedente de espacios urbanos las zonas rurales del norte del Ecuador no son territorios de interés, pues ignoran cómo realizar las actividades productivas que en estos lugares se desarrollan, a la vez que son atraídos por la asistencia que prestan las entidades con sus sedes centrales en las ciudades encargadas de su regulación y gestión. Así, el arribo a las ciudades ecuatorianas permite a los refugiados de nacionalidad colombiana tener un contexto más cercano al de procedencia en el cual empezar sus nuevos proyectos de vida.

Si bien las dinámicas de los gobiernos con respecto a los refugiados pueden diferir unos de otros Gaim KRIBEAB, a partir de su trabajo de

²⁵⁶ MARFLEET, P., op. cit. Pág. 40.

campo en el África Subsahariana, señala siete patrones en las políticas de regulación de la población refugiada que los gobiernos tienden a asumir y que pueden extrapolarse a otros países en vía de desarrollo, como son la prevención de la integración de los refugiados en las sociedades de acogida; la minimización del riesgo real o percibido de la seguridad nacional; la prevención de la competencia de los refugiados con los nacionales para el empleo, el autoempleo, los recursos y los servicios; la aversión al desequilibrio étnico en las zonas fronterizas; el desplazamiento de la responsabilidad en el cumplimiento de las necesidades de los refugiados a la comunidad internacional de donantes de forma indefinida, incluyendo ACNUR; la creación de una oportunidad para intervenir en zonas remotas descuidadas previamente y la prevención o minimización de la inseguridad social.²⁵⁷

De la misma manera que sucede con el asilo diplomático y menos en el asilo territorial, el refugio es visto una situación temporal, de ahí que por lo general las políticas públicas no procuran la integración de la población refugiada en el país de acogida; por el contrario se espera que al terminar la situación de persecución los refugiados retornen voluntariamente a su lugar de origen.²⁵⁸ Sin embargo, las restricciones de los gobiernos no impiden en su totalidad que las personas en condición de refugio logren integrarse con la sociedad del país receptor, la integración se da en algunos casos y es mucho más fácil cuando se comparte una lengua, religión o grupo étnico.

Aunque son muchos los retos que la población colombiana en situación de refugio debe superar para llevar a cabo un proceso de integración óptimo en el Ecuador, también es cierto que los aspectos en común entre el país y su vecino Colombia, como son el idioma, relaciones

²⁵⁷ Citado por LOZANO LEÓN, L., *Efectos y negociaciones en torno al sujeto refugiado/a a propósito de la población refugiada en Ecuador*, Flacso-Ecuador, 2016, pág. 32.

²⁵⁸ ESPADA SERRANO, S., *Temporalidad de la permanencia. El caso del capo de refugiados de Zaatari en Jordania*. Universidad Politécnica de Madrid. 2016 (en línea) http://oa.upm.es/51645/1/TFG_Espada_Serrano_Sandraop.pdf (Consulta el 12 de agosto de 2020).

comerciales, paisajes similares, cultura transfronteriza y mismas tradiciones, ha posibilitado “relaciones de amistad y de vecindad entre los nacionales de ambos países que enriquecen los procesos de integración.”²⁵⁹

A pesar de que se hace referencia a los refugiados o población refugiada como si se tratara de un grupo homogéneo, en la práctica se trata de que los colombianos y colombianas que ingresan al Ecuador huyendo de las consecuencias del conflicto armado, la producción y tráfico de drogas o la violencia, son una población heterogénea con distintas trayectorias migratorias, diferencias generacionales, de género, clase, etnia y culturas, lo que permite que puedan asentarse en diferentes regiones del país sin mayores complicaciones.

Específicamente, la mayor parte de la población colombiana en situación de refugio que se encuentra en la ciudad de Quito es de origen urbano, procedente de las ciudades de Bogotá, Armenia, Cali o Medellín. A diferencia de la población campesina que vive al sur de Colombia y que cruzan hacia las provincias del norte ecuatoriano según los eventuales sucesos de violencia, las personas que llegan hasta la ciudad de Quito, por lo general, emprenden su travesía migratoria de forma más planificada y organizada.²⁶⁰

5.11. Aspectos generales sobre el refugio en Ecuador

Ecuador se ha caracterizado por tener una larga experiencia respecto a la protección internacional de población refugiada en Latinoamérica. Desde los años cincuenta del pasado siglo la acogida de exiliados guatemaltecos y, posteriormente, de personas que huían de las

²⁵⁹ OSPINA, C. y OSPINA, O., op. cit. pág. 219.

²⁶⁰ ACNUR, *Refugiados Urbanos en Ecuador* (en línea) https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/2011/R_efugiados_urbanos_en_Ecuador.pdf?view=1 (Consulta el 12 de octubre de 2020).

dictaduras del cono sur, así lo demuestran.²⁶¹

Asimismo, la continua ratificación de marcos legislativos internacionales y regionales tales como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo de 1967, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Declaración de Cartagena de 1984, y la Declaración y el Plan de Acción de México de 2004, muestran la voluntad política del Estado ecuatoriano para reconocer la problemática del refugio.

No obstante, esta tradición empieza a ponerse a prueba cuando a partir del año 2000 aumenta el ingreso de población colombiana que huye del conflicto armado. Según las cifras del Ministerio Ecuatoriano de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, en el país se registran hasta septiembre de 2020, 71 550 personas reconocidas como refugiadas. Más del 97% colombianos reconocidos oficialmente como refugiados. Esta cifra podría triplicarse si se considera a los colombianos que el Estado ecuatoriano ha negado el estatus de refugiado, a quienes lo han solicitado y aún no reciben respuesta, y a aquellos que necesitando protección internacional no se atreven o desconocen que pueden solicitar dicho estatus legal.²⁶²

La cercanía geográfica con Colombia y la percepción del país como un lugar más seguro son las principales razones por las cuales la población que migra forzosamente de Colombia elige Ecuador como lugar de destino.²⁶³ La población colombiana que sale hacia Ecuador por el conflicto

²⁶¹ Si bien Ecuador tiene una vieja tradición en lo que respecta a la protección internacional de población en condición de refugio, se ha señalado que esta tradición se ve eclipsada por la ausencia de bases jurídicas sólidas, por lo que las políticas de Estado con respecto al refugio quedan a merced de los intereses de los gobiernos de turno. Véase LARREÁTEGUI, P., op. cit. pág. 95.

²⁶² VILLA, M. I., “Desplazados y refugiados: entre ser, merecer y ocultar su situación. A propósito de la migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá”, en BELA, L. RIVERA, C. y VILLA, M. I., (Comps). *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*, Clacso-Flacso-Universidad Alberto Hurtado, Quito, pág. 346.

²⁶³ MOLINA BOLÍVAR, J. C., op. cit.

armado puede aspirar al estatus de refugiado por haber sufrido algún tipo de persecución. Según el régimen de protección internacional tienen derecho a recibir protección y no ser deportados por el Estado de acogida, teniendo en cuenta las limitaciones del Estado colombiano para ofrecer garantías de seguridad dentro del territorio nacional.

Los decretos emitidos por el Estado ecuatoriano que regulan a la población refugiada reposan sobre la Convención del Estatuto de Refugiados de 1951, el Protocolo de 1967 y la Declaración de Cartagena de 1984, siendo estos articulados jurídicos, internacionales y regionales, los que definen qué se entiende por refugio y que describen las situaciones por las cuales determinar quién puede considerarse cómo refugiado. Teniendo como fundamento estos articulados el gobierno ecuatoriano creó la oficina de la Dirección General de Refugiados, con sede en Lago Agrio, Quito y Cuenca,²⁶⁴ entidad encargada de los asuntos relacionados con la protección internacional y de dictar políticas nacionales sobre refugiados.

Los avances en materia de refugio se hicieron evidentes durante el 2006 en el primer gobierno de Rafael Correa, desde el cual se impulsó el Plan Nacional de Política Exterior 2006-2020, en él se señala la necesidad de articular a las instituciones estatales con el fin de dar respuesta a las complejas situaciones que generan múltiples procesos migratorios, entre ellos, el refugio. No obstante, fue sólo hasta el 2008, con la adopción de la nueva constitución ecuatoriana cuando se introduce la noción de movilidad humana, entendida como un derecho, en el que el refugio fue incluido dentro de esta noción.²⁶⁵

²⁶⁴ ANUR. “Refugiados en el Ecuador” (2009) (en línea) http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/Refugiados_en_el_Ecuador_2009.pdf?view=1 (Consulta el 12 de septiembre de 2020).

²⁶⁵ JIMBO, D. “Efectos de la implementación del decreto 1182 sobre el derecho de refugio en Ecuador: contradicción entre el garantismo y la securitización”, Disertación de especialización en Migración, Desarrollo y Derechos Humanos, Flacso-Ecuador. 2014, pág. 16.

Igualmente, la creación del Plan Ecuador en el 2007²⁶⁶ como una iniciativa para contrarrestar las consecuencias negativas del Plan Colombia, incorporó las recomendaciones del Plan de Acción de México²⁶⁷ en la procura de insertar socialmente a la población refugiada e implementar programas de desarrollo en la zona norte del país que tradicionalmente había sido marginalizada por la intervención estatal.

El Plan de Acción de México se fijó varias prioridades respecto a la migración, entre las que cabe mencionar las siguientes:²⁶⁸ articular una coordinación regional a través de un Plan de Acción que busque soluciones de regularización; establecer mecanismos regionales de intercambio de información; facilitar el reconocimiento de la documentación; coordinación interinstitucional; simplificar los requisitos de documentación para una situación regular; compromisos para reducir el costo de la tramitación de solicitudes de regularización; integración laboral y medidas de protección social; revisar la implementación de las normas vigentes sobre regularización.

También se estableció utilizar la plataforma virtual establecida por la Plataforma Regional para facilitar el intercambio de información; acciones regionales contra la xenofobia y la discriminación, así como contra la trata y el tráfico de personas; brindar asistencia a las personas en situación de vulnerabilidad, centrándose en los niños y niñas, personas con necesidades especiales y personas con graves problemas de salud; evaluar el impacto de los flujos y desarrollar opciones financieras e incluir la situación en las agendas de los foros regionales y mejorar los esfuerzos de movilización de recursos.

²⁶⁶ Véase *Intervención del Presidente de la República, Rafael Correa en la presentación del Plan Ecuador*. Quito, 24 de abril de 2007 (en línea), <https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/2007-04-24-Presentaci%C3%B3n-del-Plan-Ecuador.pdf> (Consulta el 12 de septiembre de 2020).

²⁶⁷ Véase ACNUR, *Plan de Acción de México: El impacto de la solidaridad regional*, San José, 2007.

²⁶⁸ ACNUR. Plan regional de respuesta para refugiados y migrantes para las Personas Refugiadas y Migrantes de Venezuela. 2019 (en línea), <https://www.refworld.org.es/pdfid/5cbe52304.pdf> (Consulta el 20 de octubre de 2020).

En el 2009 el gobierno ecuatoriano con la orientación técnica y financiación del ACNUR realizó una iniciativa de alto impacto a nivel regional e internacional, como fue el Registro Ampliado de extranjeros en condiciones de irregularidad y necesitados de protección internacional. Ese proceso se sustentó en la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena, y consistió en el desplazamiento de brigadas móviles a las zonas de frontera para registrar y documentar a las personas con necesidad de protección.²⁶⁹

Podría decirse, entonces, que el gobierno ecuatoriano ha concentrado esfuerzos para garantizar los derechos de las personas refugiadas ante los retos que se presentaron desde el año 2000 por el ingreso masivo de población colombiana con necesidad de protección. Sin embargo, como expresé en el apartado anterior, las tensiones políticas entre Colombia y Ecuador, por las consecuencias del Plan Colombia y la violación de la soberanía ecuatoriana en el bombardeo realizado por las Fuerzas Militares colombianas en el 2008, ha generado posiciones antagónicas (protección Vs. seguridad) ante la presencia de población refugiada de nacionalidad colombiana.

Con los diálogos de paz que se llevaron a cabo entre el gobierno colombiano encabezado por el entonces presidente Juan Manuel Santos y la guerrilla de las FARC-EP y, después del proceso del Registro Ampliado en el Ecuador, las tensiones entre los dos países menguaron considerablemente, hasta ser normales en la actualidad. Paradójicamente, una de las consecuencias de estas nuevas relaciones entre Ecuador y Colombia más armoniosas fue un cierto desinterés por parte del gobierno ecuatoriano de visibilizar internacionalmente el conflicto armado colombiano y por ende el reconocimiento del estatus de refugiado se ha

²⁶⁹ Véase ACNUR. *Registro Ampliado: una operación sin precedentes en América Latina* (en línea), <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2010/4/5b0c21f710/registro-ampliado-una-operacion-sin-precedentes-en-america-latina.html> (Consulta el 12 de octubre de 2020).

reducido significativamente con relación a esa población.

Para Daniela JIMBO²⁷⁰ las tensiones políticas entre ambos países fueron la antesala para la consolidación del decreto ejecutivo 1182 del 2012 que es actualmente el articulado que regula a la población refugiada. Este decreto a diferencia del anterior (3301 de 1992) acoge sólo la definición de refugiado expresado en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, dejando por fuera la definición de la Declaración de Cartagena, la cual se ajustaba más a la situación de la población colombiana que huye por el conflicto armado.

Para el 2012, por ejemplo, de las 12.099 solicitudes de refugio que recibió el Ministerio de relaciones exteriores, tan sólo 1.577 fueron reconocidas, para el primer trimestre del 2013 apenas 167 personas lograron el estatus de refugiado. Esta situación demuestra que la integración de las definiciones asumidas por el Estado ecuatoriano de los tratados internacionales y regionales responde a coyunturas específicas, las definiciones jurídicas no son inocentes, sino que responden a relaciones de poder concretas, situadas espacial y temporalmente.

La construcción del sujeto refugiado no sólo depende de la definición que de éste se realice jurídicamente, si bien las definiciones legales son un referente importante, en las prácticas y discursos que realizan las distintas instituciones encargadas de la administración y gestión de la población refugiada subyace una noción de refugio y del ser refugiado que se impone, la cual puede incorporar y mutar los enunciados jurídicos, pero a su vez, estas prácticas y discursos pueden ser confrontados por las nociones construidas por quienes son denominados como tal.

El Estado ecuatoriano es la entidad que otorga el reconocimiento oficial del estatus de refugiado, para ser reconocido como tal éste exige

²⁷⁰ Op. cit. pág. 20.

pasar por un proceso, el cual consiste, inicialmente, en el registro de los datos del solicitante en las oficinas de la Dirección General de Refugiados ubicadas en la ciudad de Cuenca, Lago Agrio y Quito, o en las brigadas permanentes que la entidad tiene en diferentes zonas del país.

Posteriormente, los funcionarios realizan una entrevista al solicitante. Ambos requisitos son analizados por la Comisión encargada de determinar la condición de refugiado, la cual está compuesta por dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, un representante del Ministerio de Gobierno y la participación sin voto del ACNUR.²⁷¹

Durante el proceso de determinación del estatus de refugiado el solicitante recibe una identificación provisional que acredita que ha empezado el proceso, ésta tenía validez por 90 días y podía renovarse hasta que el gobierno ecuatoriano a través de la Comisión determine si el caso amerita ser reconocido como un caso de refugio. Si bien, el Estado ecuatoriano estableció un conducto regular para determinar el estatus oficial de refugiado, y a simple vista parecía un proceso claro exento de interferencias políticas, las posibles modificaciones de las relaciones entre Ecuador y Colombia influyen en la implementación del proceso.

Además, la información que tiene la sociedad ecuatoriana sobre el conflicto armado colombiano interfiere negativamente en la percepción de los funcionarios públicos, quienes terminan denegando el estatus a los solicitantes, lo que hace aún más difícil los procesos de inserción e integración de los colombianos con necesidad de protección internacional.

Por otro lado, las brechas entre el reconocimiento jurídico del refugio y la aplicación real de los derechos que se supone tiene la población con necesidad de protección internacional configura un tipo de ciudadanía de

²⁷¹ ACNUR. Guía informativa, ¿Cómo solicitar refugio en el Ecuador? (en línea), http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/Guia_informativa_sobre_refugio_en_Ecuador.pdf?view=1 (Consulta el 20 de octubre de 2020).

segunda categoría que en vez de reconocerlos como sujetos que han sido vulnerados, se los regula desde normativas de seguridad, convirtiéndolos en sujetos bajo sospecha.

Además del Estado ecuatoriano, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados es la organización de carácter internacional, avalada por las Naciones Unidas, que apoya al Estado ecuatoriano desde el año 2000 en la gestión de los flujos de migrantes forzados con financiación y orientación en los procesos de inserción e integración de la población refugiada en los lugares de destino.²⁷² La intervención del ACNUR ha sido fundamental en el Ecuador, pues ha sido su orientación y, sobre todo, su financiación la que posibilitó el proceso del Registro Ampliado.

La intervención de esta organización, particularmente en el caso del Registro Ampliado se dio en tres niveles: el Estado ecuatoriano, las ONGs y los gobiernos locales, lo cual demuestra la paulatina descentralización, en lo concerniente al refugio, del poder y control del Estado. El financiamiento del ACNUR al Estado ecuatoriano y a varias ONGs que le son socias, determinan su importancia.

Una de las iniciativas lideradas por el ACNUR que ha hecho eco en la población refugiada es el programa de reasentamiento. Dentro de los objetivos del ACNUR de brindar soluciones duraderas para la población con necesidad de protección, el reasentamiento se presenta como una alternativa, el cual consiste en reubicar a la población refugiada a un tercer país. Este procedimiento se realiza por fuera de la injerencia del Estado ecuatoriano.

Si bien, el trabajo del ACNUR ha estado articulado con las iniciativas

²⁷² ACNUR., “Refugiados en el Ecuador” (2009), (en línea), http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/Refugiados_en_el_Ecuador_2009.pdf?view=1 (Consulta el 18 de octubre de 2020).

estatales, la definición de refugiado que tiene esta entidad controvierte el papel del Estado, en la medida en que no concibe como indispensable el reconocimiento oficial de éste para determinar si alguien puede ser catalogado como tal, en su Manual de Procedimientos²⁷³ esta entidad determina que toda persona que responda a los criterios del Estatuto del ACNUR reúne las condiciones necesarias para recibir la protección de las Naciones Unidas proporcionada por el Alto Comisionado, independientemente de que se encuentre o no en un país que sea parte en la Convención de 1951 o en el Protocolo de 1967, o de que su país de acogida le haya reconocido o no la calidad de refugiado en virtud de cualquiera de esos instrumentos.

El circuito de las ONGs que trabaja alrededor de la temática del refugio también refuta la exclusividad del Estado para determinar el estatus de refugiado, aunque no tenga potestad de otorgar el reconocimiento oficial, sí amplía el universo de población a la que consideran refugiada, pues además de incluir a quienes son reconocidos oficialmente por el Estado, también circunscriben a quienes se les ha negado la protección y a quienes aún no empiezan el proceso de solicitud, ya sea por desconocimiento o por miedo.

Las ONGs al ser entidades de la sociedad civil que se han definido desde lo que no son: no gubernamentales y sin ánimo de lucro, intentan suministrar los servicios que el Estado no logra suplir. Sin embargo, para éstas es indispensable el aval del ACNUR, ya que éste último es la máxima autoridad en cuestiones de refugio a nivel mundial.

Las ONGs se relacionan con el Alto Comisionado en calidad de entidades socias u operativas; como entidades socias, el ACNUR tan sólo

²⁷³ ACNUR. *Manual de 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,* (en línea) <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf?view=1> (Consulta el 17 de octubre de 2020), pág. 3.

reconoce su labor, lo que les permite en el escenario de los donantes internacionales participar en la búsqueda de financiación. En cambio, en términos de entidad operativa el ACNUR le garantiza los recursos para que se lleve a cabo los objetivos que él se ha trazado.

En Ecuador, las ONGs que trabajan con población refugiada tienen diversos objetivos y características, algunas guiadas por principios religiosos y otras por objetivos filantrópicos. Las más importantes, debido a su reconocimiento como entidades operativas del ACNUR, son la Sociedad Hebrea de Ayuda a Inmigrantes (HIAS) y el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes (SJRM), ambas ayudan con comida, medicamentos, servicio psicológico y auspician proyectos de integración social.²⁷⁴

Otras organizaciones asociadas del ACNUR son: Iglesia Menonita, Misión Scalabriniana, Fundación Ambiente y Sociedad (FAS), Cáritas, Fundación Esperanza, Asylum Access, Fundación Amor y esperanza (Fundae), Asociación Solidaridad y Acción (ASA), entre otras. Los servicios que prestan las ONGs a la población refugiada oscilan entre la asesoría legal de derechos y la asistencia de primeras necesidades y/o proyectos productivos a largo plazo. Asimismo, estas entidades han intervenido en diversos sectores de la sociedad, entre ellos a los funcionarios estatales y la población ecuatoriana para enseñarles y sensibilizarlos sobre la situación de los refugiados.²⁷⁵

El papel de las ONGs ha sido decisivo para transformar –aunque aún no por completo– los imaginarios negativos que tiene la población ecuatoriana, e incluso la misma población en situación de refugio sobre sí misma; imaginarios en los que se resalta la llegada de los refugiados colombianos como una extensión del conflicto armado a territorio

²⁷⁴ SCHUSSLER, S., *Entre sospecha y ciudadanía: refugiados colombianos en Quito*, Flacso-Ecuador y Ediciones Abya-Yala, 2009, págs. 41-42.

²⁷⁵ INREDH. *El refugio en el Ecuador*, INREDH, Quito, 2004, pág. 63.

ecuatoriano. La valorización del estatus del refugio por parte de las ONGs ha permitido construir un escenario positivo para la configuración identitaria del refugiado contraponiéndose a las significaciones negativas que éste ha adquirido.²⁷⁶

Por otro lado, los individuos que no son meros recipientes vacíos a ser llenados de contenido negocian la etiqueta de refugiado que es impuesta desde las organizaciones que regulan los flujos de migración forzada. Estas negociaciones varían y no son excluyentes, pueden ir desde la reivindicación de que se es refugiado para acceder a las ayudas de las organizaciones internacionales y las ONGs, hasta la negación de esta clasificación para evitar el acoso policial y la estigmatización social.

También han existido experiencias organizativas de la población refugiada, quienes han liderado procesos colectivos para asumir ellos mismos su propia representación ante instancias estatales e internacionales. Algunas de estas organizaciones son: Asociación de Refugiados Colombianos en Ecuador (ARCOE), Asociación Comunitaria de Migrantes y Refugiados Colombianos en Ecuador (ASOCOMIRCE), Federación nacional de organizaciones de refugiados colombianos en Ecuador (FENARE), Mirecuador, entre otras.²⁷⁷

En síntesis, de acuerdo a lo indicado corresponde al Estado

²⁷⁶ SANTACRUZ, L. y VALLEJO, A., “Relaciones de género, mujeres y familia”, en OSPINA, C y OSPINA, O. *No se puede ser refugiado toda la vida...Refugiados urbanos: el caso de la población colombiana en Quito y Guayaquil*, Flacso-Ecuador, 2012, págs. 57-120.

²⁷⁷ Actualmente, la visibilización de las asociaciones de colombianos refugiados se ha reducido significativamente. Según Miguel OLAYA, representante de Mirecuador, el auge de organizaciones de población colombiana se presentó en el 2007 y el 2008, debido a la coyuntura diplomática entre Ecuador y Colombia por los bombardeos en Sucumbios, lo cual fortaleció actitudes discriminatorias y xenófobas de la población ecuatoriana, esta situación obligó a la población colombiana a organizarse y hacer visible su situación de refugio. Sin embargo, actualmente, las dificultades económicas de las asociaciones para sostener la figura jurídica han reducido su injerencia. FENARE fue en el 2010 la iniciativa más importante, pues logró aglutinar a más de 20 organizaciones a nivel nacional de migrantes y refugiados colombianos en el Ecuador. Véase CHALEN, J., “Abusos de derechos humanos de inmigrantes colombianos en Quito”, (en línea) <http://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/304/1/TUIDE-0283.pdf>. Visitado en 07-23-2015 (Consulta el 15 de octubre de 2020).

ecuatoriano determinar quién puede recibir o no la condición de refugiado, así como el uso político y diplomático que se hace de las normas vigentes y las políticas públicas que adopta el gobierno en cuanto a la protección internacional y su proyección a nivel regional, tanto en su actuación autónoma como articulada con las organizaciones no gubernamentales, los organismos internacionales y en general las ONGs.

Estas últimas en ocasiones se constituyen en organizaciones para estatales y construyen sus propias definiciones y procesos de intervención para la población refugiada, su apoyo humanitario y jurídico y asesoría para realizar adecuadamente los trámites pertinentes que permitan obtener la condición de refugiados, todo ello al amparo de sus propias prácticas que en ocasiones exceden los límites de la legislación vigente y la categorización de los solicitantes de refugio que pueden ser refugiado de convención, solicitante de refugio, indocumentados, negados o migrantes ilegales.²⁷⁸

5.12. Antecedentes normativos del refugio en el Ecuador

Por lo que respecta al marco legal más reciente, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Movilidad Humana es oportuno referirse a disposiciones jurídicas y políticas públicas diseñadas para regular los procesos de refugio de los ciudadanos colombianos desplazados por el conflicto armado. Para ello haremos una breve alusión al Decreto Ejecutivo 3301 de 1992,²⁷⁹ al Registro Ampliado de la misma época,²⁸⁰ y más recientemente al Decreto Ejecutivo 1182 del año 2012.²⁸¹

²⁷⁸ RIAÑO, P y VILLA, M. I., op. cit. pág. 400.

²⁷⁹ De 6 de mayo de ese año, que contenía el Reglamento para la aplicación en el Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y en su Protocolo de 1967.

²⁸⁰ ACNUR. *Registro Ampliado: una operación sin precedentes en América Latina* (en línea) <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2010/4/5b0c21f710/registro-ampliado-una-operacion-sin-precedentes-en-america-latina.html> (consultado el 17 de octubre de 2020).

²⁸¹ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para aplicación en Ecuador del derecho de refugio. Registro Oficial de 19 de junio de 2012.

*Decreto No. 3301 de 1992*²⁸²

Fue expedido con el objetivo de poner incluir en el ordenamiento jurídico interno las obligaciones asumidas como consecuencia de la ratificación de la Convención de Ginebra y su Protocolo. Adicionalmente adopta la definición ampliada de refugio propuesta por la Declaración de Cartagena de 1984, el decreto mencionado establece la creación de la Comisión para determinar la Condición de Refugiado en el Ecuador.

Definía como refugiados a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores no quiera, acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (artículo 1).

Esa condición se le puede reconocer además “a las personas que han huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”, de conformidad con lo previsto en su artículo 2.

El Decreto regulaba asimismo el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado, las autoridades competentes, los derechos de los refugiados y las causas de cesación en su artículo 33. Estas últimas eran las siguientes: acogerse de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; si habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; si voluntariamente se ha

²⁸² En línea: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d7fbdf013.pdf> (Consulta 12 de junio de 2020).

establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida.

Otras causas eran si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad y si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

Para hacer efectivos los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes en condición de refugiados el entonces Ministerio de Educación y Cultura emitió el Acuerdo No. 455,²⁸³ donde se dispone que todos los niños, niñas y adolescentes bajo protección internacional en condición de refugiados o solicitantes de refugio, tendrán libre acceso al sistema de educación, sin necesidad de presentar documentos de identidad o de educación de su país de origen, con la sola exigencia de presentar el certificado provisional de solicitante de refugio.

En caso de que no se pudiera comprobar el nivel de los estudios de los niños, niñas y adolescentes que hayan estudiado en el exterior, podían acceder a rendir un examen que comprobara sus conocimientos, siempre que se tratara de nivel igual o inferior al séptimo año de educación básica, de acuerdo al sistema educativo ecuatoriano.

Finalmente, al amparo del Decreto Ejecutivo 3301 el Ministerio de Educación²⁸⁴ expidió el reglamento sustitutivo al Acuerdo Ministerial No. 455 de 21 de septiembre de 2006, que reguló el acceso y permanencia en el sistema educativo del Ecuador de los niños, niñas y adolescentes

²⁸³ De 21 de septiembre de 2006, (en línea): <https://www.refworld.org/pdfid/46d6c62e2.pdf> (Consulta 12 de junio de 2020).

²⁸⁴ El 26 de septiembre del 2008.

ecuatorianos y extranjeros que requirieran atención prioritaria por su condición migratoria, mediante el Acuerdo Ministerial 337.²⁸⁵

Registro ampliado

En el 2009 el Gobierno ecuatoriano implementó la primera política nacional de refugio emitida en septiembre 2008, a través del mecanismo de “Registro ampliado para refugiados colombianos”,²⁸⁶ junto con el programa “Todos somos migrantes”, el Gobierno ecuatoriano abrió las fronteras con el pasaporte universal lo que facilita la entrada de personas de todas partes del mundo, sobre todo de los colombianos, en calidad de refugiados y migrantes.

El registro ampliado fue un mecanismo inédito en América Latina, que buscó registrar, analizar y resolver las peticiones de refugio, concediendo el estatus de refugiado en un mismo día, otra ventaja del proceso es que el mismo se realizó a lo largo de las 5 provincias de frontera norte mediante brigadas, es decir un intento de acercamiento del Estado a la población.

Como parte de su estrategia, el Servicio Jesuita a Refugiados y migrantes (SJRM) en Ecuador, participó y acompañó a alrededor de 50 organizaciones de base de población inmigrante, refugiado y/o familiar de migrantes con el fin de promover el encuentro en espacios organizativos a las personas que vivían en situaciones similares y a través de dicha organización no gubernamental, buscaron los mecanismos de visibilización de su situación y exigencia de sus derechos.

²⁸⁵ Para un estudio más detallado de la aplicación de este Decreto Ejecutivo puede verse NOROÑA MARTÍNEZ, M., *La instrumentalización de la política pública sobre refugio: Procedimiento para determinar la condición de refugiado a través de la visa 12 - IV. (2007 – 2015)*. IAEN. Quito. 2016.

²⁸⁶ Véase MOLINA BOLÍVAR, J. C., “El registro ampliado: implicaciones solidarias y oportunidades del refugio en Ecuador.” Flacso-Ecuador. 2012, (en línea), <https://flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/13680.SIMA2.pdf> (Consulta 12 de junio de 2020).

Las metas de la política de Registro Ampliado fueron: regularizar a toda la gente que se encontraba en la frontera, ya que era población invisibilizada, ejecutar una política de los derechos de los refugiados, fortalecer la institucionalidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración), fomentar la inserción de refugiados en condiciones de dignidad y solidaridad, armonizar con el derecho internacional la legislación nacional sobre refugiados y formular una política pública sobre este tema.

El procedimiento incluía criterios específicos para la selección y aprobación de la condición de refugio: geográfico, con preferencia la población residente en la frontera; primera instancia de reconocimiento individual con la elaboración de una ficha básica de los datos personales y familiares; entrevista individual, donde se conocían las causas del desplazamiento hacia Ecuador a través de las preguntas a los solicitantes, con miras a generar un análisis de credibilidad por parte del Comité de Elegibilidad para verificar si se podía aplicar al sistema de protección y visado.²⁸⁷

El Ecuador incorporó el Registro ampliado que fue uno de los programas, considerado como un hito a nivel regional, fue una iniciativa del gobierno ecuatoriano con la colaboración del ACNUR, fue un esfuerzo del Estado por visibilizar a los refugiados quienes, por temor o desconocimiento, no se acercaban a formalizar su situación legal en el país, el cual pretendió documentar a aproximadamente 50 mil refugiados colombianos invisibles que se encontraban en territorio ecuatoriano.²⁸⁸

A partir de esa apertura de las fronteras nacionales se produjo la eliminación de visado para ingresar al país a cualquier persona, sin importar el país de procedencia. La eliminación de ese requisito de ingreso

²⁸⁷ MOLINA BOLÍVAR, J. C., op. cit. Pág. 2.

²⁸⁸ Invisibles: personas con necesidad de protección internacional que se encontraban en territorio ecuatoriano sin haber solicitado la condición de refugiado.

generó diferentes opiniones a nivel académico y político; por ejemplo, según Ahmed CORREA “como resultado de la implementación de la libre movilidad, Ecuador se convirtió desde el 2008 en una importante plaza sur de destino migratorio latinoamericano, con flujos provenientes tanto de países del norte como del sur, y con un número importante de migraciones intrarregionales.”²⁸⁹

A partir de ese momento comenzaron a llegar personas extranjeras de países de todas partes del mundo, incluso de algunos de los que antes no se tenía registro de entrada en el Ecuador,²⁹⁰ se incrementó al actividad delictiva y comenzaron a operar bandas internacionales de delincuencia organizada, lo que provocó un repliegue del gobierno nacional que comenzó a implementar el requisito de visa para el ingreso de manera paulatina,²⁹¹ llegando en la actualidad a 29 países cuyos ciudadanos antes estuvieron eximidos de ese requisito.²⁹² Fue precisamente para regular esa situación que se emitió el Decreto Ejecutivo 1182 de que se habla más adelante.

Cabe señalar que esa apertura del ingreso al país sin cumplir el requisito de visado también contribuyó al aumento de la población solicitante de refugio, proveniente de países de otras áreas geográficas que contribuyeron a aumentar las personas sujetas a protección internacional, aunque nunca han desplazado en cantidad a las personas de nacionalidad colombiana, por evidentes razones de compartir frontera terrestre.

²⁸⁹ CORREA, A., “Ciudadanía universal y libre movilidad: comentarios sobre una utopía ecuatoriana.” *Lasaforum* Número 2, 2016, pág. 12.

²⁹⁰ Al respecto puede verse FIERRO, J. *Análisis del retiro de requerimiento de visados de turismo en el Ecuador*. Flacso-Ecuador. 2008. BONILLA, A., *Análisis del retiro de requerimiento de visados de turismo en el Ecuador*. Flacso-Ecuador. 2008.

²⁹¹ Primero mediante el Acuerdo 0000003, de 12 de agosto de 2019, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana mediante, que impuso el requisito de visa a los nacionales de 11 países. Posteriormente, mediante Acuerdo Ministerial Nro. 5 de 25 de marzo de 2020.

²⁹² Afganistán, Angola, Bangladesh, Camerún, Cuba, Egipto, Eritrea, Etiopía, Filipinas, Gambia, Ghana, Guinea, Kenia, India, Irak, Irán, Libia, Nigeria, Pakistán, Nepal, República Democrática del Congo, República Popular Democrática de Corea, Senegal, Siria, Sri Lanka, Somalia, Venezuela, Vietnam y Yemen. Información del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, (en línea), <https://www.cancilleria.gob.ec/2020/06/30/lista-de-paises-que-deben-presentar-visa-al-ingresar-al-ecuador/> (Consulta 12 de junio de 2020).

Finalmente, el flujo migratorio de ciudadanos venezolanos, que ha contribuido también al aumento de la población refugiada, se dio básicamente bajo la vigencia de la actual Ley Orgánica de Movilidad Humana que se analiza más adelante.

Decreto No. 1182 de 2012

El Decreto Ejecutivo 1182 fue promulgado de 30 de mayo de 2012,²⁹³ reconoce la condición de refugiado en el Ecuador. En su artículo 2 establecía que toda persona podía invocar la condición de refugiada dentro de las fronteras nacionales, y se le garantizaba el acceso al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, y podían permanecer en el país hasta que se determinara esa condición, o fuera negada. Una vez otorgada la condición de refugiada, la persona extranjera tendría en el territorio nacional los mismos derechos y deberes que las personas ecuatorianas, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes (artículo 9).

Al tratarse de una disposición jurídica ya derogada no es pertinente adentrarse en las complicaciones que supuso para el gobierno de entonces, pues fue objeto de análisis y reforma por parte de la Corte Constitucional en varios aspectos,²⁹⁴ al considerar que vulneraba derechos fundamentales de las personas solicitantes de refugio a la luz de los instrumentos internacionales sobre la materia.²⁹⁵

Para terminar con este recuento de la regulación constitucional de los derechos de asilo y refugio en el Ecuador, es preciso referirse a su

²⁹³ Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el estatuto del refugiado de 1951 y en su Protocolo de 1967, (en línea), <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8604.pdf>

²⁹⁴ Un resumen de la sentencia que declaró inconstitucionales algunos artículos de ese Decreto Ejecutivo puede verse en http://www.litigioscomplejos.com/ecuador/2/2_2_3.pdf (Consulta 12 de junio de 2020).

²⁹⁵ Un análisis sobre el tema puede verse MARTÍNEZ, M. op. cit.

actual regulación en la Constitución de 2008,²⁹⁶ para en páginas posteriores analizar su regulación legal y reglamentaria. Efectivamente, en su artículo 14 textualmente “se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos”, y se establecen como garantías el respeto a sus derechos, la asistencia humanitaria en caso de emergencia y el principio de no devolución.

El contenido de ese artículo es desarrollado por la Ley Orgánica de Movilidad Humana²⁹⁷ y su Reglamento,²⁹⁸ los cuales serán analizados más adelante. Cabe añadir que al estar incorporados los derechos de asilo y refugio en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos debe aplicarse el artículo 425 del texto constitucional que establece el orden jerárquico del ordenamiento jurídico, que coloca en primer lugar a la propia Constitución y en segundo a los tratados y convenios internacionales.

5.13. Régimen jurídico vigente sobre refugio en el Ecuador

Una de las primeras virtudes que debe reconocerse a la vigente Ley Orgánica de Movilidad Humana es que redujo a un solo cuerpo legal la considerable cantidad de normativa vigente en la materia, que incluía las leyes analizadas en los epígrafes 5.2 y en el 5.3, tal como puede apreciarse en sus cláusulas derogatorias.

En sus artículos del 98 al 113 la ley regula las cuestiones más importantes sobre el refugio, que son los siguientes: 1)- Definición de la persona refugiada. 2)- Procedimiento para el reconocimiento de la condición de persona refugiada. 3)- Los efectos del reconocimiento de persona refugiada. 4) Las causales de exclusión de la condición de

²⁹⁶ Registro Oficial de 10 de octubre de 2008.

²⁹⁷ Registro Oficial de 6 de febrero de 2017.

²⁹⁸ Registro Oficial de 10 de agosto de 2017.

refugiado. 5)- El cese de la condición de refugiado. 6)- Cancelación revocatoria de la condición de refugiado. 7)- Ausencia del territorio nacional.

Cada uno de esos aspectos es desarrollado de manera exhaustiva en el articulado de la Ley, y además en su reglamento, lo que permite afirmar que se trata de un procedimiento en que se prevén cada uno de los detalles y que contiene unas exigencias estrictas en cuanto a la concesión de la condición de refugiado, aunque se sustenta en las garantías previstas tanto en los instrumentos internacionales como en la Constitución de 2008.

En la exposición que sigue se hace un análisis detallado de cada uno de los aspectos mencionados, lo que permite tener una descripción completa de la normativa vigente, a partir de la cual hacer las valoraciones correspondientes desde el punto de vista de los derechos de las personas refugiadas y el enfoque de las políticas públicas del gobierno respecto a ellas en particular, al fenómeno de la protección internacional de los migrantes en general.

El artículo 98 de la ley indica que la naturaleza de la condición de refugiado es declarativa, civil, humanitaria, apolítica y confiere un estatuto de protección internacional a la persona. Para que pueda ser reconocida como tal una persona debe encontrarse en cualquiera de las dos situaciones que se detallan a continuación.

Debido a temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentre fuera de su país de nacionalidad, y no pueda o quiera, a causa de dichos temores, acogerse a la protección de su país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él.

Haber huido o no pueda retornar a su país porque su vida, seguridad o libertad ha sido amenazada por la violencia generalizada, agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y no pueda acogerse a la protección de su país de nacionalidad o residencia habitual.

Para que proceda la calificación de refugiado la persona debe encontrarse dentro del territorio ecuatoriano, lo que supone que su ingreso de manera irregular por pasos fronterizos no habilitados no implica sanción alguna, ni la posible expulsión, hasta que no se haya resuelto su solicitud de refugio. Una vez realizada ésta la persona se encontrará temporalmente bajo la protección internacional del Estado.

Por su parte el Reglamento en su artículo 76 dispone que no se impondrán sanciones penales o administrativas al solicitante de la condición de refugiado, por causa de ingreso o permanencia irregular en el territorio nacional, hasta la resolución definitiva de su solicitud por parte de la administración. La situación migratoria irregular de una persona que solicitó refugio no obstaculizará su acceso al procedimiento.

El propio artículo 89 dispone las garantías que deben observarse en la determinación de la condición de refugiado del solicitante, y son las que a continuación se relacionan. 1)- Los procedimientos serán individualizados. 2)- Se realizará una entrevista personal y la persona solicitante podrá escoger el sexo de su entrevistador en casos de violencia de género. 3)- La persona solicitante recibirá la orientación necesaria sobre el procedimiento a seguir, incluyendo las etapas de apelación en un lenguaje y modo que pueda comprender. 4)- La carga de la prueba será compartida, por lo que la responsabilidad de probar la necesidad de protección internacional también recae en la autoridad de movilidad humana, quien deberá recabar fuentes de información para resolver el caso.

Una vez concluido el proceso 5)- el solicitante será notificado por escrito de todas las decisiones tomadas y podrá presentar recursos administrativos con efecto suspensivo de las resoluciones de la autoridad competente. 6)- El procedimiento de determinación de la condición de refugiado respetará el principio de confidencialidad y la protección de los datos personales en todas sus etapas. 7)- Las niñas, niños y adolescentes solicitantes de la condición de refugiado gozarán de garantías procedimentales específicas y probatorias que aseguren su interés superior, de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y la normativa legal vigente. 8)- En el caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus representantes legales, la autoridad competente coordinará el nombramiento de un tutor o representante legal. 9)- La falta de documentación no impedirá que la persona presente una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. 10)- El procedimiento y la solicitud de refugio serán gratuitos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 el procedimiento se inicia con la solicitud que debe ser presentada de manera verbal o escrita por el solicitante ante la autoridad competente, y no podrá ser descalificada por la autoridad actuante. El plazo para hacerlo es de 90 días contados desde el ingreso al país. Si la persona necesitada de protección internacional no acude ante la autoridad competente, cualquier servidor público que tenga conocimiento de su ingreso al Ecuador debe referirla a la autoridad de movilidad humana para que presente su solicitud.

El mero hecho de presentar la solicitud le otorga a la persona el derecho a recibir de la autoridad competente de movilidad humana, una visa humanitaria que acredite su condición de solicitante de refugio, lo cual le permite permanecer en el país de manera regular hasta que se emita la resolución que conceda o niegue la solicitud de refugio. Por razones de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobadas, la persona

necesitada de protección internacional podrá presentar la solicitud en un plazo posterior a los 90 días previstos en la ley.

Por ejemplo, en el contexto de la pandemia (covid19) el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana admitió solicitudes extemporáneas en el formulario emitido al efecto, Formulario para peticiones extemporáneas en el proceso de determinación de la condición de refugiado en el Ecuador, se precisa que “En el marco de la emergencia sanitaria, a fin de facilitar el acceso a su derecho de petición a la administración, se dispone que el nombre del administrado será equivalente a su firma. Este formulario solo tendrá validez durante la vigencia de la emergencia sanitaria.”

En circunstancias normales el plazo para resolver la solicitud de refugio es de tres meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 de la ley, aunque por lo general se resuelve en mucho menos tiempo según la experiencia y los documentos a los que tuvo acceso este investigador.

En realidad, no se trata de una visa en el sentido tradicional, sino un documento que acredita que la persona se encuentra en trámite de calificación de su solicitud, y el único derecho que le reconoce es a no ser expulsado del territorio nacional mientras dura el trámite. Sin embargo, si lo que ha solicitado la persona es una solicitud de reapertura para el proceso de determinación de la condición de refugiado en el Ecuador, de acuerdo al testimonio de personas que ha solicitado ese trámite en tiempos recientes, no se le expide documento alguno que acredite la sustanciación de la solicitud.

Una vez presentada la solicitud el siguiente trámite es la realización de una entrevista por la autoridad competente de movilidad humana, con el propósito de recabar los elementos de juicio necesarios para pronunciarse acerca de la solicitud. La ficha de la cita debe fijarse al

momento de que la autoridad recibe la solicitud de protección internacional, y el solicitante puede ser convocado a una segunda entrevista dentro de los 90 días, si la autoridad actuante lo considera necesario.

Si el solicitante no acude a la entrevista y no justifica debidamente su ausencia, se entenderá que desistió de la solicitud y se archivarán las actuaciones. Terminado ese trámite la autoridad de movilidad humana debe elaborar un informe técnico que determinará la elegibilidad de la solicitud, el cual deberá contener el registro de la solicitud, los criterios técnicos de calificación de la misma y cualquier otro elemento de juicio; todo lo expuesto por el solicitante en la entrevista debe ser corroborado por la autoridad de movilidad humana (artículo 102).

El trámite de la entrevista es crucial para admitir o no la solicitud de protección internacional solicitada, pues a partir de ella la autoridad de movilidad humana decidirá si se trata de una solicitud manifiestamente infundada o fraudulenta de conformidad con los instrumentos internacionales, tal como lo dispone el artículo 103 de la ley. Si la solicitud es rechazada la persona puede impugnarla por la vía administrativa. Una vez que haya resuelto la impugnación de forma desfavorable la persona debe abandonar el país en un plazo máximo de quince días.

En la práctica se trata más bien de una invitación a abandonar el país, no una obligación en sentido estricto, porque si no lo abandona el Estado ecuatoriano no dispone de mecanismos de deportación de esas personas, por lo cual en muchos casos se quedan en el país en una situación migratoria irregular. En la resolución de la autoridad de movilidad humana que se notifica el rechazo de la solicitud de refugio se expresa esa obligación, pero no se dirige a ninguna autoridad que deba cumplirla.

Según el artículo 103 de la ley, las solicitudes manifiestamente infundadas son aquellas que no guardan relación con los criterios establecidos para la concesión de la condición de refugiado. Las solicitudes fraudulentas son aquellas que conlleven engaño o la intención de inducir a error por parte del solicitante. El Reglamento amplía esta norma en el artículo 85 que define las solicitudes fraudulentas.

Se considerarán como solicitudes fraudulentas: a)- las que presentan elementos que conllevan a engaños o la intención de inducir a error por parte del solicitante, comprobando la existencia en sus declaraciones de circunstancias o antecedentes falsos que resulten evidentes, que contradigan la información del país de origen. b)- Cuando la solicitud involucra engaño a la administración con intención de cometer fraude, con relación a la identidad, nacionalidad o documentación que se incorpore durante el procedimiento. c)- Cuando la persona sin necesidad de protección internacional invoca la institución del refugio para evadir la acción de la justicia ordinaria o cumplimiento de leyes en su país de origen, o en el país de su última residencia.

Además de la calificación de la solicitud, se exige al solicitante que cumpla con otros requisitos adicionales, como no haber retornado a su país de origen desde que se presentó la solicitud, haber sido identificado por la autoridad de movilidad humana, no encontrarse en trámite una solicitud con identidad objetiva y subjetiva en otro país y no ser considerado una amenaza o riesgo para la seguridad interna según la información que dispone el Estado ecuatoriano (artículo 104).

Si la solicitud es aceptada su efecto es que la persona tiene derecho a recibir una visa de residencia temporal, la cual después de transcurridos los dos primeros años podrá solicitar la renovación de su visa de residencia temporal o solicitar la residencia permanente. Asimismo, la persona recibirá de parte de la autoridad de movilidad humana un documento de

viaje, y de la autoridad de identificación y cedulaación un documento de identidad (artículo 105).

Ahora bien, la condición de refugiado no provee a la persona protegida de un estatuto de inmunidad, puesto que además estar obligada a cumplir la Constitución y las leyes vigentes, puede ser excluida de esa protección por las causas previstas en el artículo 106 de la ley, que son haber cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad de los definidos en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado ecuatoriano y haber cometido un grave delito común fuera del Estado ecuatoriano, antes de ser admitida como persona refugiada (se entenderá como delito grave cuando el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevea una sanción superior a cinco años de privación de la libertad).

A diferencia del asilo, que no tiene en la ley causas concreta de terminación, de conformidad con lo previsto en el artículo 107 el refugio termina cuando la persona refugiada: 1-Se haya acogido voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad. 2-Si habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente. 3- Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad. 4-Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida.

5- Si por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad (siempre y cuando, no existan razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores por las cuales se reconoció su condición de persona refugiada). 6-Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual

(siempre y cuando no existan razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores por las cuales se reconoció su condición de refugiada).

De igual manera la condición de refugiado puede ser cancelada cuando la autoridad de movilidad humana verifique que no debía haberse conferido por la inexistencia de los elementos de la definición de refugiado o por alguna causal de exclusión prevista por en la propia ley o los instrumentos internacionales, en el momento del reconocimiento (artículo 108: también será revocada la protección internacional de una persona refugiada cuando haya sido sentenciada por el cometimiento de un delito previsto en la ley penal ecuatoriana).

El último de los aspectos regulados sobre el refugio en la ley se refiere a la ausencia del país de la persona refugiada, la cual, para salir hacia su país de origen, de residencia o cualquier otro requiere autorización expresa de la autoridad de movilidad humana, quien asimismo determinará el pazo máximo de la ausencia autorizada. La autorización solo procede bajo circunstancias imperiosas, excepcionales y comprobadas, justificadas por el solicitante y que en ningún caso podrá exceder de los noventa días dentro del periodo de dos años. La violación de la norma da lugar a la revisión de la condición de refugiado por la autoridad competente.

Ya habíamos indicado con anterioridad que, de conformidad con lo previsto en la ley, la persona que se le reconoce la condición de refugiado se le otorga una visa de residencia temporal que tiene el mismo valor que cualquiera de las otras de esa categoría, por tanto, la persona refugiada tiene los mismos derechos comunes a todos los extranjeros en el Ecuador, tal como lo dispone el Capítulo Tercero de la ley.

En el artículo 42 se define a la persona extranjera como aquella que no es nacional del Estado ecuatoriano y se encuentra en el territorio en condición migratoria de visitante temporal o residente, y como tal se le

reconoce y garantizan los siguientes derechos (artículos 43-52): 1-Derecho a la libre movilidad responsable y migración segura. 2-Derecho a solicitar una condición migratoria. 3-Derecho a la información migratoria. 4-Derecho a la participación y organización social. 5- Acceso a la justicia en igualdad de condiciones. 6-Derecho a la integración de niñas, niños y adolescentes. 7-Derecho a la participación política (artículo 49).

También reconoce el derecho a la participación política. Las personas extranjeras que residan en el Ecuador tendrán derecho al voto y a ser elegidos para cargos públicos, siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años, conforme a lo dispuesto en la Constitución y la ley. Las personas visitantes temporales en el Ecuador no podrán inmiscuirse en asuntos de política interna del Ecuador). 8-Derecho al registro de títulos. 9-Derecho al trabajo y a la seguridad social. 10-Derecho a la salud.

Esos derechos se corresponden, en general, con los derechos que tienen los ciudadanos ecuatorianos, tal como lo expresa el artículo 9 de la Constitución de la República. Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución, excepto en lo que se refiere a los derechos de participación política que solo pueden ser ejercidos por los ciudadanos, sean por nacimiento o por naturalización en el caso de los extranjeros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.

5.14. El principio de no devolución en la normativa ecuatoriana

El principio de no devolución está reconocido y garantizado en el artículo 41 de la Constitución donde se reconocen los derechos de asilo y refugio. El mismo principio se desarrolla en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, en los siguientes términos: la persona no podrá ser devuelta o expulsada a otro país, sea o no el de origen, en el que sus derechos a la vida, libertad o integridad y la de sus familiares corran el riesgo de ser

vulnerados a causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, género, orientación sexual, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas, o cuando haya razones fundadas que estaría en peligro de ser sometida a graves violaciones de derechos humanos.

El principio incluye además la garantía del artículo 2, según la cual en los procedimientos de deportación del país o cualquiera que afecte la condición migratoria son de carácter individual, al tiempo que se prohíbe la expulsión de colectivos de personas extranjeras. Esas determinaciones legales deben ser adecuadamente contextualizadas, por lo cual en este epígrafe se hace un breve análisis del principio de no devolución en la doctrina y los instrumentos internacionales, así como en la práctica donde se han realizado procesos de devolución masiva de ciudadanos venezolanos en la frontera norte hacia Colombia.²⁹⁹

Desde el punto de vista de su formulación legal, el principio de no devolución está previsto en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, ambos analizados en el capítulo anterior. El mencionado artículo 13 dispone lo siguiente: Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.”

De similar manera está recogido en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus

²⁹⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL ECUADOR. *Pronunciamiento. Defensoría del Pueblo de Ecuador ante la inadmisión de niñas y niños de nacionalidad venezolana en frontera norte*, (en línea) <https://www.dpe.gob.ec/defensoria-del-pueblo-de-ecuador-ante-la-inadmisión-de-ninas-y-ninos-de-nacionalidad-venezolana-en-frontera-norte/> (Consulta 12 de junio de 2020).

opiniones políticas.” El propio artículo en su numeral 9 prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros.

En los dos casos debe estar claro que se refiere a la expulsión o devolución de extranjeros solicitantes de protección internacional en ejercicio del derecho de asilo o refugio reconocido en los dos instrumentos internacionales, y no a cualquier persona que ejerza un derecho fundamental más amplio que es el derecho a migrar, que se sujeta a otro régimen jurídico internacional y nacional y que es objeto de debate en la actualidad a causa de las contradicciones que genera.

Indica la autora que “los instrumentos en derechos humanos han guardado silencio sobre el derecho básico de la persona migrante, lo que profundiza las continuas rupturas y disecciones del movimiento. Primero, las convenciones generales de derechos humanos establecen muy claramente el derecho a salir y regresar al país de nacionalidad, pero no se incluyó el derecho a migrar o, al menos, a ingresar a un país distinto al de la nacionalidad. La primacía de la soberanía estatal también se exhibió en la única mención de personas extranjeras: sólo aquellas autorizadas (esto es, con estancia legal) se pensaron con derecho a circular, residir y tener un proceso de expulsión con garantías.”³⁰⁰

Las normas contenidas en los dos instrumentos internacionales mencionados imponen una exigencia al Estado, aquella que consiste en “que una persona no puede ser rechazada en la frontera o expulsada de otro país sin un análisis adecuado e individualizado de su petición antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando.”³⁰¹

³⁰⁰ GARCÍA, L., “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?” *Colombia Internacional* Número 88, 2016, pág. 118.

³⁰¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Movilidad humana. Estándares internacionales*. OEA. 2015, pág. 222.

Cabe preguntarse ante esas exigencias cuál es la naturaleza jurídica del principio de no devolución, si es un derecho de la persona solicitante de asilo o refugio o una obligación del Estado, o si constituye un criterio de interpretación no vinculante que puede ser desarrollado de diferentes maneras en la legislación interna. Las tres interpretaciones pueden encontrarse en la doctrina desarrollada sobre el tema. Para la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) el principio de no devolución constituye un principio del derecho internacional general “e incluso, para algunos, de carácter imperativo o de *jus cogens*.”³⁰²

En la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se trata de “una norma consuetudinaria del derecho internacional”,³⁰³ mientras para Fabio VAROLI “el principio de no devolución es un derecho fundamental y piedra angular de la protección internacional de los refugiados.”³⁰⁴ Desde nuestra percepción el principio de no devolución constituye un imperativo del Derecho internacional que puede ser interpretado y aplicado de diferentes maneras por cada Estado, siempre que se cumplan los estándares mínimos, ya sean consuetudinarios o regulatorios.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva No. 4-3-21/2016 se refiere a la obligación del Estado de no retornar a una persona peticionaria de asilo o en condición de refugiado, y señala que “ese principio ha adquirido carácter de norma de derecho internacional consuetudinario, por lo cual es obligatoria aún para aquellos estados que no sean signatarios de la Convención del 51 ni del

³⁰² OIM. *Glosario sobre la migración*, Ginebra, 2006, pág. 47.

³⁰³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, op. cit. pág. 223.

³⁰⁴ VAROLI, F., “Presentación ACNUR: estándares de protección internacional de los refugiados y solicitantes de asilo”, en CIDH, *Migraciones. Conferencia Internacional Sobre Migraciones y Derechos Humanos: Estándares y Prácticas*, Edit. Aún Creemos en los Sueños, 2013, pág. 30.

Protocolo del 67, como se les conoce comúnmente en el lenguaje del derecho de los refugiados.”³⁰⁵

Si se analizan las disposiciones de la Ley Orgánica de Movilidad Humana respecto al principio de no devolución, en contraste con las diferentes formas de interpretación delineadas por Ellen D'ANGELO, es evidente que el país se puede ubicar en la segunda forma de interpretación/aplicación de dicho principio. Esa interpretación básicamente sostiene que solo ciertos refugiados, aquellos que cumplan con los requisitos previstos en la legislación interna del país, pueden acogerse al principio de no devolución.³⁰⁶

Por el contrario, el solicitante de protección internacional que no cumpla con esos requisitos podrá ser devuelto a su país de origen, sino acredita que su vida, su libertad o integridad están en peligro por cualquiera de las causas determinadas en la Convención, la Constitución de la República o La Ley Orgánica de Movilidad Humana. En esa postura se puede apreciar que la no devolución no es un derecho del solicitante sino una potestad soberana del Estado, que puede decidir libremente a quién acepta o a quién devuelve.

Sin embargo, como ya se indicó el Ecuador no dispone de una ley que permita la deportación de personas que hayan ingresado al país de manera irregular, básicamente por las fronteras terrestres o marítimas, y por tanto aun cuando al rechazar una solicitud de refugio la persona debe abandonar el país, en la práctica la persona no es deportada, aunque queda en situación migratoria irregular sin posibilidades en la actualidad de regularizarse por otra vía.

³⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva No. 4-3-21/2016 04 de mayo de 2017, op. cit. pág. 4.

³⁰⁶ D'ANGELO, E., op. cit. pág. 299.

Aunque sobre las autoridades de movilidad humana y control migratorio en las fronteras terrestres en el Ecuador, pesa la obligación de no devolver a personas solicitantes de refugio una vez que han ingresado al país, y aún la de dirigiirlas a las autoridades competentes para que lo soliciten, en la práctica se han realizado devoluciones masivas de personas de origen venezolano, ante lo cual la Defensoría del Pueblo ha interpuesto acciones de protección declaradas con lugar por los jueces competentes.³⁰⁷

El caso es que en el mes de febrero del año 2019 la Defensoría del Pueblo se pronunció ante los medios nacionales e internacionales a través de un comunicado donde denunciaba que “un grupo de aproximadamente 17 ciudadanos venezolanos, entre ellos mujeres y niños, habrían sido objeto de una deportación colectiva de facto, hecho que profundiza la crisis ya existente.”³⁰⁸

La misma preocupación manifestó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un comunicado de 17 de febrero de 2019, donde indicaba su “preocupación por nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador”, a la vez que invitó al Estado ecuatoriano a garantizar los derechos de las personas venezolanas, en especial los derechos a buscar y recibir asilo, a la no devolución y a la igualdad y no discriminación, así como adoptar medidas en línea con su Resolución 2/18 sobre Migración forzada de personas venezolanas.³⁰⁹

³⁰⁷ IMBAQUINGO, J., “La Corte Constitucional escogió dos casos sobre expulsión masiva de migrantes”, (en línea), <https://www.elcomercio.com/actualidad/corte-constitucional-vulneracion-ddhh-migrantes.html> (Consulta 12 de junio de 2020).

³⁰⁸ EFE, “La Defensoría de Ecuador denuncia la deportación grupal de venezolanos en frontera”, (en línea), <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/la-defensoria-de-ecuador-denuncia-deportacion-grupal-venezolanos-en-frontera/20000013-3910900> (Consulta 12 de junio de 2020).

³⁰⁹ OEA, “CIDH expresa preocupación por nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador”, (en línea) <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/047.asp> (Consulta 12 de junio de 2020).

Como acción concreta la Defensoría del pueblo interpuso una acción de protección en defensa de un grupo de 22 ciudadanos venezolanos entre las cuales estaban mujeres y hombres adultos, niñas, niños -al menos dos de ellos en brazos y adolescentes que ingresaron al Ecuador por un paso no regulado y fueron interceptados por agentes del Grupo de Operaciones Especiales de la Policía Nacional y los obligaron a retornar al territorio colombiano, escoltándolos hasta expulsarlos del país.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Además de los mencionados tuvieron lugar otros casos donde se violó el principio de no devolución, y una vez llegadas las sentencias a la Corte Constitucional ésta decidió pronunciarse al respecto, concretamente sobre “el contenido y alcance de las obligaciones estatales con respecto a la prohibición de la expulsión colectiva de personas extranjeras que se encuentran en el territorio nacional, el ejercicio del derecho a migrar, el principio de no devolución y el debido proceso.”³¹⁰

Hasta la fecha no se ha efectuado ese pronunciamiento de la Corte Constitucional, y mientras tanto siguen los procesos de devoluciones individuales o masivas de ciudadanos venezolanos en la frontera norte del

³¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Casos No. 639-19-JP y No. 794-19-JP. 28 de enero de 2020.

Ecuador, a quienes en ocasiones se les niega el derecho a solicitar refugio, aunque se trate de personas doblemente vulnerables como niñas, niñas y adolescentes o adultos mayores.

CAPÍTULO VI

DERECHO DE ASILO CONDICIÓN DE REFUGIADO EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS REFUGIADOS

6.1. Antecedentes del derecho de asilo y refugio en España

El derecho de asilo, lo mismo que la protección internacional de los refugiados, son instituciones que pertenecen en primer lugar al Derecho Internacional Público, pues regulan la posición de un Estado con respecto a las normas internacionales que establecen un compromiso estatal de dar protección a las personas que lo requieran por causa de persecución proveniente de su país de origen o de aquel en que hubiera tenido su residencia.

Esa naturaleza inter estatal es una de las particularidades que inciden en la regulación del derecho de asilo o la condición de los refugiados, pues la posición de un Estado en particular debe buscar la compatibilidad entre las obligaciones internacionales derivadas de los instrumentos que haya suscrito, las obligaciones generales respecto a los derechos humanos y su política migratoria doméstica, de manera en que la regulación de ambas instituciones influyen tanto las normas internacionales como las constitucionales que refrendan las obligaciones del Estado con relación al trato que debe prodigarse a los extranjeros.

En ese contexto, la legislación nacional de la mayoría de los Estados suele buscar un punto medio entre sus intereses nacionales en materia de ingreso y regularización de extranjeros, protección internacional y derecho de asilo, con las normas internacionales de carácter obligatorio existentes en instrumentos internacionales vinculantes, y de aquellas que le exigen garantizar los derechos humanos sin distinciones basadas en la

nacionalidad o la condición migratoria.³¹¹ Por lo que se refiere a España, el Estado se incorporó plenamente al derecho internacional en 1978, año en que además de aprobarse la Constitución vigente se adhirió a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el derecho al asilo quedó consagrado en el texto constitucional.

Es por ello que en muchos países la historia de instituciones como el derecho de asilo y la protección de personas que buscan refugio corre paralela al desarrollo de los instrumentos internacionales sobre la materia, como sucede concretamente en el caso español objeto del presente capítulo. En los estudios sobre el tema, existe plena coincidencia entre los autores en torno a la escasa relevancia de los antecedentes del derecho de asilo y la protección de los refugiados antes de la Constitución Española de 1978.

Lo dicho se sustenta en estudios como el de MENTXAKA³¹² que analizó las características del derecho de asilo en las iglesias cristianas con base en algunas constituciones imperiales del siglo IV y V, y en el estudio de SÁNCHEZ AGUIRREOLEA sobre el derecho de asilo en España durante la edad moderna.³¹³ Ambos autores señalan la carencia de unos antecedentes importantes en la materia en el Derecho español, al tratarse la protección de extranjeros que huían de las autoridades de sus países como un asunto humanitario que correspondía a la iglesia y no al Estado.

Así lo expresa por ejemplo ORIHUELA CALATAYUD, quien señala que “aunque en sus orígenes la institución estuvo vinculada a la divinidad y a la religión. En la actualidad el asilo presenta un carácter esencialmente

³¹¹ MARÍA LUISA ESPADA RAMOS, M y MOYA ESCUDERO, M., “La Ley Reguladora de Asilo y Condición del Refugiado de 26 de marzo de 1984: ¿nacionalismo o internacionalismo?”, *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 6. Número 1, 1985, págs. 73-110

³¹² MENTXAKA, R., “El derecho de asilo en las iglesias cristianas con base en algunas constituciones imperiales del siglo IV y V”, *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III* Número 7, 2018, págs. 171-264.

³¹³ SÁNCHEZ AGUIRREOLEA, D., “El derecho de asilo en España durante la edad moderna” *Revista Mundo Moderno Hispania Sacra* Número 55, 2003, págs. 571-598.

estatal y humanitario, y constituye una manifestación de la soberanía del Estado que acoge en su territorio a los extranjeros que, por persecución o temor a ser perseguidos, solicitan su amparo.”³¹⁴ Si bien su carácter es de contenido humanitario, es la legislación estatal, con base en el principio de soberanía la que establece los requisitos y condiciones para su otorgamiento con base en criterios previamente fijados por el legislador.

En consecuencia, en un estudio como el presente, que no es histórico sino Sistemático, los antecedentes del derecho de asilo y la condición de refugiado toman como punto de partida la Constitución de 1978 donde por primera vez se eleva a rango constitucional el derecho de asilo, como un mecanismo al que podría acogerse los ciudadanos de otros países y los apátridas dentro del territorio español. Como afirman ESPADA RAMOS y MOYA ESCUDERO, España, hasta 1984 (año en que se puso en vigor la primera ley reguladora de la materia) carecía de “de precedentes legales y jurisprudenciales” sobre el asilo.³¹⁵

La doctrina española respecto a la interpretación del numeral 4 del artículo 13 de la Constitución, que delega en el legislador establecer los términos en que deba darse esa protección bajo la figura del derecho de asilo, ha sido variada, pero fundamentalmente crítica tanto en lo que se refiere a la norma constitucional como a su desarrollo legislativo. Uno de los puntos centrales es que el contenido esencial de esa norma es que reconoce a los extranjeros y apátridas a solicitar asilo, pero no la obligación del Estado de concederlo cuando se den las condiciones previstas en la ley.

En opinión de OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, en el proceso constituyente, los redactores “se limitaron a reconocer la figura del asilo, sin dotarla de contenido material ni de una protección constitucional

³¹⁴ ORIHUELA CALATAYUD, E., “El derecho a solicitar asilo. Un *derecho en fase terminal* por las violaciones del Derecho Internacional”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* Número 9, 2003, pág. 58.

³¹⁵ MARÍA LUISA ESPADA RAMOS, M y MOYA ESCUDERO, M., “La Ley Reguladora de Asilo y Condición del Refugiado”, op. cit. pág. 73.

específica, esto es, dejando al legislador ordinario su regulación con un amplio margen de discrecionalidad.”³¹⁶ Una de las consecuencias de ello es que queda abierta al legislador la facultad de desarrollar ese derecho en los términos que considere más apropiados, sin estar sujeto a las limitaciones propias del desarrollo de los derechos fundamentales que están en otro capítulo de la Constitución.

Antes de entrar a valorar el contenido y alcance de ese artículo, es pertinente ahondar en los antecedentes de su desarrollo legislativo, ya que el país ha tenido dos leyes distintas sobre la materia, además de una reforma intermedia de cierta envergadura, todas las cuales fueron en su momento objeto de comentarios de diferente profundidad y carácter respecto a su contenido y alcance desde el punto de vista sustantivo, procesal y en su dimensión práctica y jurisprudencial.

En tal sentido, los antecedentes se refieren propiamente al desarrollo legislativo del artículo 13.4 de la Constitución, la doctrina construida a su alrededor y algunas decisiones judiciales relevantes para el tema; una parte de esa doctrina, así como de la jurisprudencia vinculadas a la derogada Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado,³¹⁷ en la actualidad tienen un carácter histórico y perdieron mucha de su importancia con la derogación de la ley en torno a la cual fueron desarrolladas.

Sin embargo, ello no desmerece su atención como parte de un cuerpo doctrinal y jurisprudencial que permitió establecer las dimensiones del derecho de asilo y la condición de refugiado, poniendo de manifiesto sus aciertos y desaciertos en cuanto a la protección internacional de los extranjeros que huyen de sus países y algunos obstáculos para la

³¹⁶ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “El concepto de «país seguro» y otros dispositivos restrictivos del derecho de asilo en España y la Unión Europea”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz=Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak* Número 1, 2017, pág. 459.

³¹⁷ BOE Núm. 74, de 27 de marzo.

obtención de dicha protección, así como algunas falencias que desnaturalizaron en su momento la intencionalidad de la ley y las personas beneficiarias de sus normas.

El artículo primero de la ley establecía que el territorio español se constituía como un refugio inviolable para todas las personas a quienes se conceda asilo; asimismo reconocía a los extranjeros el derecho a solicitar asilo y la facultad del gobierno de decidir sobre la petición formulada, atendiendo a las circunstancias del solicitante y del país perseguidor. En concordancia con ello, el artículo segundo definía el asilo como una “protección graciable dispensada por el Estado”, el mismo que con base en el principio de soberanía no estaba obligado a conceder la protección internacional demandada.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, se define el derecho de asilo como: Un derecho de protección graciable dispensada por el Estado, en el ejercicio de su soberanía, solamente revisable en la vía jurisdiccional para confrontar si la decisión adoptada se ha producido con racionalidad y objetividad en concordancia con la finalidad perseguida por la norma, toda vez que la decisión discrecional ha de estar presidida por criterios extrajurídicos de oportunidad o de conveniencia que la ley no predetermina, debe venir respaldada y justificada con los datos objetivos sobre los que se opera y tan sólo debe ser sustituida cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad fáctica a la que se aplica o desviada del fundamento teleológico de la norma que la atribuye.³¹⁸

Una de las características de la Ley 5/1984 de 26 de marzo (derogada), reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, es que establecía precisamente una distinción entre el derecho a solicitar asilo y la obtención de la condición de refugiados, a diferencia de lo que

³¹⁸ Tribunal Supremo, STS Sala 3, Sección 6, de 10 de diciembre de 1991.

sucede en los países de América latina ya analizados, donde el asilo y el refugio son instituciones completamente distintas que responden a un tipo de protección especial que se otorga a los extranjeros en razón de la naturaleza política o humanitaria de la persecución de que son objeto.

En cuanto a su génesis, expresa SÁNCHEZ LEGIDO que la “Ley 5/1984 (derogada), obedecía a la necesidad de colmar el vacío que representaba la ausencia de una regulación en la materia en un país que, durante muchos años, había sido tierra no de refugio sino de exilio.”³¹⁹ Por otra parte, durante el tiempo transcurrido entre la Constitución de 1978 y la aprobación de la ley en 1984, “el derecho de asilo fue objeto de una regulación inicial a través de dos Órdenes del Ministerio del Interior, en las que la denominación que se empleaba era la relativa a la condición de refugiado”³²⁰ para hacer referencia los procesos de asilo y refugio indistintamente.

Entrada en vigencia la ley, mediante Real Decreto 511/1985³²¹ se reglamentó su aplicación. Una de las críticas dirigidas a la ley y su desarrollo reglamentario, era la existencia de una dualidad entre el derecho de asilo y la condición de refugiado, una distinción que al decir de PÉREZ SOLA resultaba “atípica”, una distinción cuya razón “tampoco se hizo explícita en sede parlamentaria la razón de su regulación diferenciada.”³²² Con las regulaciones diferentes para ambas figuras, se creó “una cierta confusión conceptual en la jurisprudencia.”³²³

³¹⁹ SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo”, *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI) Número 18, 2009, pág. 2.

³²⁰ PÉREZ SOLA, N., “El derecho de asilo y la condición de refugiado: balance de 26 años de desarrollos legislativos”, *Derechos y Libertades* Número 25, 2011, pág. 271.

³²¹ Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. BOE núm. 94, de 19 de abril de 1985.

³²² PÉREZ SOLA, N., “El derecho de asilo y la condición de refugiado”, op. cit. pág. 271.

³²³ ORTEGA TEROL, J, M, “Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Número 16, 1993, pág. 138.

La base para conceder el derecho de asilo era el temor fundado, un concepto indeterminado que era interpretado por la administración de diversas maneras, y respecto del cual el Tribunal Supremo tampoco estableció criterios generales para su definición, bajo el argumento de que con ello se buscaba “atender a las características específicas de cada situación, con sus peculiaridades, y así obtener la convicción precisa y necesaria para otorgar el régimen solicitado.”³²⁴

El temor fundado daba al solicitante una base para ejercer su derecho de asilo, pero ello no garantizaba que le fuera otorgada esa protección, pues como indica ORTEGA TEROL, “la persona perseguida tiene el derecho a buscar asilo, pero no de recibirlo. En ninguna regulación se encuentra una obligación de los Estados a otorgarlo. El derecho de asilo se configura, así como una facultad discrecional del Estado, encuadrada en el marco de su soberanía.”³²⁵

En cuanto a la solicitud, la ley estableció diferencias importantes en cuanto al derecho de asilo y la condición de refugiado. El asilo podría presentarse tanto dentro del territorio español ante la autoridad gubernativa competente, como en las embajadas o consulados españoles en el extranjero. El examen de las solicitudes de asilo correspondía a una Comisión Interministerial que debía presentar ante el Ministerio del Interior una propuesta de resolución, sin que tuviera carácter vinculante, y con base en ella el Gobierno decidía si otorgaba o no el asilo solicitado.

A diferencia de ello, la condición de refugiado solo podía solicitarse cuando la persona se encontrara dentro del territorio español o en sus fronteras, y debía dirigirse al Ministro del Interior, previo conocimiento y propuesta de resolución formulada por la Comisión Interministerial que

³²⁴ SSTS 28.9.1988, 4.3.1989, 20.1.1992 y 30.3.1993 entre otras. Véase PÉREZ SOLA, N., op. cit. pág. 273.

³²⁵ ORTEGA TEROL, J. M., “Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Número 16, 1993, pág. 136.

analizaba las solicitudes de asilo, pero con la participación del representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

A la ley se le atribuyeron algunos efectos nocivos desde el punto de vista práctico, siendo lo más criticable su uso para migrar a España por razones económicas por diversos grupos de personas, dada las características de permeabilidad que no permitían identificar en forma rigurosa las causas de solicitud del asilo; otra de las críticas fue la existencia de procedimientos y normas aplicables al derecho de asilo y la condición de refugiado y la falta de adecuación a las directivas de la Unión Europea.

Es por ello que en 1995 se modificó la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, mediante la Ley 9/1994, de 19 de mayo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, (en la actualidad ambas derogadas) Con esta ley el Gobierno buscó desmarcarse de los efectos negativos de las normas vigentes hasta entonces, como puede apreciarse en su exposición de motivos.

En la misma se indica la necesidad de “adoptar las medidas necesarias para garantizar la necesaria celeridad en el examen individualizado de las solicitudes de asilo” e “impedir la utilización fraudulenta con fines de inmigración económica del sistema de protección a los refugiados”. En cuanto a su contenido, las principales reformas consistieron en lo siguiente:

Se eliminó la doble figura de asilo y condición de refugiado, que fue criticada con insistencia en la doctrina, dualidad que según la exposición de motivos “no se deriva en modo alguno de las exigencias de protección a los extranjeros víctimas de persecución y que se ha revelado como una fuente de confusión y abusos.”

Otro cambio fue que el asilo por razones humanitarias se podía conceder a determinados extranjeros que no sufrieron persecución, se direccionó hacia la legislación general de extranjería, para no distorsionar la naturaleza jurídica del asilo como mecanismos de protección de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Se estableció en la nueva ley una fase previa en el examen de las solicitudes que permite la denegación de forma rápida de aquellas peticiones que sean manifiestamente abusivas o infundadas, así como aquellas otras cuyo examen no le correspondiera a España, o en que existiera otro Estado en condiciones de prestar la protección.

El argumento de fondo a esta reforma fue que el sistema de protección a los refugiados políticos se veía desvirtuado en la práctica por un número creciente de solicitudes, en su mayoría de inmigrantes económicos, lo que dificultaba la acogida adecuada, y provocaba el consiguiente retraso en la resolución de las peticiones, convirtiéndose en la práctica en la principal vía de inmigración irregular hacia el país.

Otra de los fundamentos de la reforma fue la constatación de los efectos de la resolución que negaba la solicitud de asilo. Según la exposición de motivos, la negativa había tenido “un importante efecto de atracción de inmigrantes económicos hacia el sistema de asilo, al situar al extranjero que ve denegada una solicitud de asilo, aun cuando esté desprovista de todo fundamento, en una posición de privilegio con respecto a aquel que ha seguido los procedimientos migratorios normales establecidos por el ordenamiento español mediante la solicitud del oportuno visado.”

Es decir, resultaba más fácil y menos gravoso en términos económicos, solicitar el asilo mediante la ley especial sobre la materia, que migrar utilizando los procedimientos normales previstos en la legislación

de extranjería, que implicaba obtener una visa previo al cumplimiento de los requisitos previstos para ingresar al país, mientras que con la solicitud de refugio se ahorra todo ese trámite y se alcanzaba el objetivo de migrar de manera más expedita.

En términos generales, la reforma de 1994 introdujo los siguientes cambios importantes: la supresión de la doble regulación de asilo y refugio que no estaba presente en los países del entorno europeo; introdujo una fase de admisión a trámite en el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado inspirado en las orientaciones de la Unión Europea, en orden a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia; y se eliminó la posibilidad absolutamente discrecional por parte del Gobierno de reconocer el asilo, reconduciendo la cuestión a los estrictos términos de la Convención de Ginebra de 1951.³²⁶ Como expresara SÁNCHEZ LEGIDO, la “Ley 9/1994, trataba de corregir los supuestos excesos materiales y las deficiencias procedimentales a que había conducido la aplicación de la primera.”³²⁷

Ante las sensibles modificaciones de las características y condiciones de los movimientos migratorios en las últimas décadas, las reformas practicadas mediante la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que modificó la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, no fueron suficientes para satisfacer, durante mucho tiempo, la necesidad del Gobierno español de controlar los flujos migratorios en los términos exigidos por la Unión Europea y sus compromisos internacionales, por lo que en 2009 se puso en vigencia una nueva ley que sustituyó las normativas anteriores en el ámbito legal. Esa ley, que constituye el régimen jurídico vigente, será analizada en detalle más adelante.

³²⁶ PÉREZ SOLA, N., “El derecho de asilo y la condición de refugiado”, op. cit. pág. 269, p. 277.

³²⁷ SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular”, op. cit. pág. 2.

6.2. Posición española sobre asilo diplomático

Antes de avanzar en el estudio del régimen jurídico vigente en España sobre el asilo territorial y la condición de refugiado, es preciso hacer una digresión sobre el asilo diplomático, una institución de gran arraigo y uso en los países de América Latina, incluido el Ecuador, y que sin embargo es rechazada en la legislación de la mayoría de los países europeos, incluida España, pero que ha tenido un uso frecuente a lo largo de la historia, sobre todo en los siglos XIX y XX.³²⁸

Por lo que se refiere a la primera mitad del siglo XX, un breve estudio realizado por MEDINA ORTEGA indica que al mismo tiempo que España admitía el ejercicio del derecho de asilo en su territorio, sus representantes en los países hispanoamericanos lo ejercían en forma similar a como prestaban asilo las restantes embajadas de países latinos americanos. En esa práctica se puede apreciar la influencia de una institución típicamente hispanoamericana como es el asilo diplomático, en la práctica española, sobre todo en tiempos convulsos.

Las embajadas de España en diversos países fueron refugio seguro para perseguidos políticos en diferentes países de América del Sur. Por ejemplo, según indica el autor, en 1920 se concedió asilo diplomático en El Salvador a varios perseguidos políticos. En 1930 y 1933, España vuelve a conceder asilo en Río de Janeiro. En 1931, el presidente derrocado de Argentina, Hipólito Irigoyen, se refugia en la Embajada de España, concediendo el Gobierno revolucionario plenas garantías al asilado.³²⁹

³²⁸ Señala LA SPINA, E., que “el asilo diplomático solo ha tenido mayor peso histórico en Europa y en Estados Unidos durante el periodo de entreguerras y en el periodo de posguerra.” Véase “Entre las fisuras y el complejo encaje del asilo diplomático en el contexto europeo: anverso y reverso”, *Precedente*, Vol. 15/2019, Cali, Colombia, págs. 93-124.

³²⁹ MEDINA ORTEGA, M., “El derecho de asilo diplomático en España”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca* (1964), Fascículo 2, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-S-1964-20012300135, pág. 131. El autor menciona otros ejemplos del uso del asilo diplomático por el Estado español: en 1933, el expresidente Arturo Alessandri se refugia

En la conclusión de su estudio MEDINA ORTEGA enfatiza en que “se puede sostener la existencia del asilo como institución de derecho consuetudinario en España, ya que los sucesivos gobiernos de este país durante los siglos XIX y XX han ejercido reiteradamente el asilo en sus embajadas y legaciones, y han tolerado el ejercicio del mismo por otros países dentro de su territorio.”³³⁰ Sin embargo, con la Constitución de 1978 y su desarrollo legislativo, se produjo un rechazo de cualquier posibilidad del asilo diplomático en las legaciones consulares o diplomáticas españolas.

El rechazo de esa institución es un hecho verificable en la legislación vigente y en la práctica diplomática y consular del país, aunque ello no significa que personas perseguidas puedan ingresar a las legaciones diplomáticas y consulares españolas y en ellas recibir protección bajo la “figura práctica” de “invitado”, “protegido” o “huésped”, sin que en ningún caso ello conceda a la persona protegida algún estatus o derecho específico, como sucedió recientemente en la Embajada de España en Caracas con el opositor Leopoldo López.³³¹

En este tema cabe analizar dos puntos de vista distintos. Por un lado, la solicitud de asilo en las embajadas de España, entendida como la solicitud de una visa humanitaria que permita al solicitante ingresar al

en la Embajada de España en Santiago de Chile. En 1935, la Legación de España en Caracas concede asilo a varias personas, obteniendo garantías para la salida del territorio de los asilados (caso de la familia del general García y Pérez). En Portugal, España ejerció el asilo diplomático en 1910 y 1925. España concedió asilo en Cuba en 1958 a varias personas perseguidas por el Gobierno del General Batista. En el vecino Portugal, Brasil otorgó asilo en su Embajada, en 1959, al general Humberto Delgado. Otros casos pueden verse en LA SPINA, E., “Entre las fisuras y el complejo encaje del asilo diplomático”, op. cit. pág. 97.

³³⁰ Ídem, pág. 135.

³³¹ Al no existir la figura del asilo diplomático en la legislación española, el opositor Leopoldo López estuvo en calidad de “huésped” en la residencia del Embajador de España en Caracas, durante 18 meses hasta que abandonó voluntariamente la Embajada para dirigirse a la frontera colombo-venezolana por donde abandonó el país. Al respecto puede verse <https://www.heraldo.es/noticias/internacional/2019/05/03/leopoldo-lopez-no-necesita-asilo-diplomatico-para-estar-protegido-en-la-embajada-de-espana-1312804.html>

territorio español y una vez dentro del mismo solicitar asilo en los términos previstos en la legislación vigente. Por otro lado, está la solicitud de asilo diplomático; es decir, la solicitud de protección dentro de las embajadas o consulados españoles en terceros países.³³²

El primer supuesto configura el asilo territorial que es el tipo de protección que se le da al solicitante, para lo cual es requisito *sine qua non* que se encuentre dentro del territorio español. De ahí que en la sede consular se solicite el visado con fines de trasladarse al país y allí comenzar el trámite de solicitud de asilo. La revisión de la legislación histórica sobre el tema presenta esta posibilidad como una excepción, ya que la regla es que el solicitante se encuentre efectivamente en el territorio español.

El segundo supuesto configura técnicamente el asilo diplomático; es decir, la solicitud de protección internacional dentro de las instalaciones diplomáticas o consulares de España en el país del solicitante, posibilidad que no ha sido contemplada en ninguna de las leyes que han desarrollado el artículo 13.4 de la Constitución de 1978. En consecuencia, se puede decir que la posición española respecto al asilo diplomático está claramente establecida: no procede el asilo en las embajadas, consulados o residencias de los embajadores españoles en el exterior.

Al respecto se debe tener en cuenta que el fundamento del asilo diplomático en los países que sí lo reconocen y otorgan, es la inviolabilidad de las representaciones y legaciones diplomáticas por parte de las autoridades donde se encuentran situadas.³³³ Por tanto, una vez concedido el asilo diplomático, la persona queda protegida frente a la persecución de que es objeto por su propio Estado, pero éste sigue teniendo autoridad respecto a la posible salida de la sede diplomática y sus consecuencias.

³³² PUJOL IRAOLA, M., “La solicitud de asilo en embajadas y consulados en la Unión Europea”, Universidad del País Vasco, 2019.

³³³ RAMÍREZ SINEIRO, J. A., “El asilo diplomático: connotaciones actuales”, op. cit. pág. 85.

Como es sabido, en los Estados donde se reconoce el asilo diplomático la persona goza de protección por encontrarse dentro de las instalaciones del país receptor, pero si sale de esa área puede ser detenida pues ha perdido la protección con base en la inviolabilidad de las legaciones diplomáticas y consulares. Sin embargo, en esos Estados la persona asilada puede recibir un salvoconducto que le permite abandonar su país sin ser detenida por las autoridades nacionales en determinados supuestos.

El sustento legal para el otorgamiento de asilo diplomático y la concesión del salvoconducto que permita abandonar el país es la Convención de Caracas de 1954. Si el Estado asilante y el perseguidor son firmantes de la misma, la persona asilada en la legación consular o diplomática puede recibir un salvoconducto que le permita abandonar su país. Por el contrario, si uno de los Estados involucrados o ninguno ha ratificado dicha convención, la situación se torna más compleja.

Dos casos paradigmáticos permiten ilustrar de mejor manera la situación. En el caso analizado en el capítulo anterior de Julian Assange que recibió asilo diplomático en la Embajada del Ecuador en Londres, no pudo abandonar la embajada en los 7 años que estuvo en ella por la negativa del Reino Unido de otorgarle un salvoconducto. El hecho es que mientras Ecuador (que concedió el asilo diplomático) había firmado la Convención de Caracas, el Reino Unido no había hecho lo mismo, y por tanto no estaba obligado a otorgar el salvoconducto, como efectivamente se negó a hacerlo.³³⁴

El caso ya mencionado del opositor Leopoldo López opera en sentido contrario: España que lo acogió en su embajada como “huésped” no podía tramitar el salvoconducto por no ser signataria de la Convención de Caracas ni reconocer el asilo diplomático, pero el gobierno venezolano que

³³⁴ RAMÍREZ SINEIRO, J. A., “El asilo diplomático: connotaciones actuales”, op. cit. págs. 109-113.

sí es parte de la convención mencionada y estaba en posibilidad (no en la obligación) de conceder dicho salvoconducto si le es solicitado por un país signatario del instrumento internacional.

La consecuencia en ambos casos fue similar: Julian Assange en cuanto se le suspendió el asilo diplomático fue detenido por las autoridades en Londres; Leopoldo López debió abandonar la residencia del Embajador de España en Caracas, por su propia voluntad, y salir del país de manera irregular por el temor fundado a ser detenido por las autoridades venezolanas, las que le habían impuesto una condena que logró evadir cuando se refugió en la embajada.

En este último caso cabe además otra reflexión: ¿Por qué el huésped no presentó una solicitud de asilo en la Embajada de España en Caracas? La respuesta es que la solicitud, según la legislación vigente, solo se puede presentar encontrándose dentro del territorio español. El fundamento, explicado por el entonces Ministro de Exteriores Josep Borrel, es que la representación diplomática es “territorio español a efectos de inviolabilidad territorial, no se considera territorio español a los efectos de pedir asilo.”³³⁵

En todo caso, la posición española de negar cualquier posibilidad de asilo diplomático en sus representaciones diplomáticas y consulares tiene un fundamento práctico, que es el de evitar a toda costa que sus instalaciones sean tomadas como punto de acceso para ingresar al territorio español. Visto desde otra perspectiva, si se reconociera el asilo diplomático las representaciones en el extranjero estaría en riesgo de ser ocupadas por personas deseosas de abandonar sus países, por lo que se exige que solo se puede solicitar asilo cuando se está en territorio español.

³³⁵ Véase “Reunión del Consejo Científico del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos”, 5 de junio de 2019, https://casareal.es/EN/Actividades/Paginas/actividades_actividades_detalle.aspx?data=13942

Otros argumentos se esgrimen en favor de la posición española de no reconocer el asilo diplomático. LA SPINA sistematiza algunos de ellos: se afirma que, por su propia naturaleza del asilo, “su extensión solo puede constituir un abuso del privilegio de la inmunidad de los recintos de las misiones diplomáticas y consulares.”³³⁶ De igual manera se sostiene que “no hay un derecho individual a recibir asilo y en consecuencia queda intacta la potestad estatal de concesión o denegación del mismo en cualquier momento.”³³⁷

Respecto a sus consecuencias, la posibilidad de conceder asilo diplomático se niega porque su concesión “implica una derogación de la soberanía del Estado. Tal derogación no puede reconocerse salvo que sea expresamente establecida.”³³⁸ Esa necesidad no estaría fundada en razones humanitarias sino en la existencia de un acuerdo que obligue a los Estados receptores y perseguidores, pues de lo contrario puede “tener un efecto contaminante o incluso generar un enfrentamiento político”, dado los intereses políticos y diplomáticos detrás del posible otorgamiento de asilo a una persona que se diga perseguida por motivos políticos.

6.3. Régimen jurídico del asilo territorial en España

A diferencia del asilo diplomático que tiene aceptación y aplicación distinta en Europa y América Latina, el asilo territorial es una institución común a ambos lados del atlántico, y como tal ha sido incorporado a la mayoría de las constituciones; además, los instrumentos internacionales que reconocen y desarrollan ese derecho han sido ratificados por un gran número de países, como se explicó en el capítulo I, incluyendo a España y Ecuador.

³³⁶ LA SPINA, E., “Entre las fisuras y el complejo encaje del asilo diplomático”, op. cit. pág. 99.

³³⁷ Ídem, pág. 103.

³³⁸ Ídem, pág. 103.

En España, el asilo territorial ha sido una práctica de larga trayectoria, pero no fue sino hasta la Constitución de 1978 que se le dio un reconocimiento de la más alta jerarquía como un derecho de las personas, no obstante, no se establecieron sus límites, contenido ni alcance, quedando como reserva para el legislador su desarrollo legislativo, y al Gobierno su reglamentación para hacer operativas las disposiciones legales.

Por otra parte, y a diferencia de los países de América latina, incluido Ecuador, en España se establece una relación inseparable entre asilo y refugio, hasta el punto de que si bien en la derogada Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado se establecieron regulaciones distintas para ambas instituciones, ya en la reforma de 1994 se eliminó esa distinción en favor de la unificación normativa de dos instituciones que tienen una misma finalidad de protección internacional de extranjeros.

Es por ello que en la legislación vigente la distinción ordinaria entre el asilo y el refugio no es similar a la que existe en los países de América Latina, sino que existen normas comunes, pero con efectos diferenciados, donde el derecho de asilo es la consecuencia del reconocimiento de la condición de refugiado que se dispense a una persona. Por tanto, la distinción con base en la cualidad de personas entre asilo y refugio no es pertinente en ese caso, ya que, aunque se trate de persecución política o por razones humanitarias, se quiere obtener la condición de refugiado para beneficiarse del derecho de asilo.

Con base en esos antecedentes, en este epígrafe se analizan dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, las concepciones doctrinales sobre el asilo territorial en España de acuerdo con su categoría de derecho constitucional que ha sido analizado por diferentes autores e interpretado por la jurisprudencia desde su inclusión en el texto constitucional.

En segundo lugar, se analiza el régimen jurídico vigente sobre el asilo territorial, tomando en cuenta su definición legal, las características de su configuración jurídica, las personas que pueden acceder al mismo y las dificultades más importantes que deben enfrentar los solicitantes en cuanto al proceso, situación jurídica mientras se tramita la solicitud y garantías otros aspectos esenciales que cualifican a ese peculiar derecho constitucional.

Debe indicarse como nota previa al análisis del régimen jurídico, que las concepciones doctrinales sobre el derecho de asilo en España se han desarrollado en estrecha relación con la evolución legislativa, hasta el punto que podría decirse que en la mayoría de los casos se trata de reflexiones y análisis que cobran sentido en relación con la legislación vigente en cada momento, sin que ello signifique no existe doctrina al margen de las específicas regulaciones jurídicas, la misma que en general se muestra crítica de la manera en que se ha desarrollado el derecho de asilo, y su utilización como instrumento de una política migratoria cada vez más restrictiva cuando se trata de personas que no cumplen los requisitos previstos en la ley común de extranjería.

Es por esa razón que en lo que sigue se analiza el régimen jurídico vigente, en comparación con la legislación que le antecedió cuando sea pertinente, para describir los aspectos sustanciales del mismo, como son las personas que pueden acceder al asilo territorial, el procedimiento a seguir y los efectos de la negatoria de la solicitud. Por lo que se refiere a los derechos y garantías que surgen para la persona una vez que ha recibido asilo, serán analizados en el capítulo siguiente relativo a los derechos sociales de los asilados y refugiados en Ecuador y España.

6.4. El derecho de asilo y la protección subsidiaria en España. Aspectos generales

El marco regulatorio vigente en España sobre el derecho de asilo es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Sus antecedentes normativos son la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y la Ley 9/1994, de 19 de mayo de modificación de la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

Esta última constituyó una revisión considerable del texto primigenio, amparada en la necesidad de adecuar la normativa vigente entonces a las directivas de la UE y corregir algunas fallas detectadas en sus diez años de aplicación. Uno de los argumentos para abrogar la ley de 1984 fue que contenía disposiciones que con el transcurso del tiempo habían “perdido eficacia, a la vez que, por su relativa antigüedad, no contempla cuestiones que en la actualidad son esenciales e insoslayables en el ámbito de la protección internacional.”³³⁹

La decisión de abrogar la ley de 1984 antes que reformarla se justificó en el argumento de que esa opción habría de: de permitir tanto satisfacer adecuadamente las necesidades derivadas de la incorporación del amplio elenco de actos normativos de la Unión Europea, como reflejar de modo adecuado las nuevas interpretaciones y criterios surgidos en la doctrina internacional y en la jurisprudencia de órganos supranacionales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el objeto de mejorar las garantías de las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional.³⁴⁰

Desde el nombre de la ley se aprecia un cambio sustancial pues a diferencia de su antecesora, pues ya no incluye la condición de refugiado sino la protección subsidiaria. En relación con esta se afirma que el tipo

³³⁹ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Exposición de motivos.

³⁴⁰ Ídem.

de protección internacional se introdujo por primera vez en el ordenamiento español “forma explícita, mejorando significativamente la actual situación, en que esta protección se ha venido aplicando sobre la base de unas genéricas previsiones de protección humanitaria contenidas en la Ley.”³⁴¹

La ley vigente se destaca, además, en relación a su antecesora, por detallar y delimitar “todos los elementos que integran la clásica definición de refugiado: persecución, motivo de persecución y agente perseguidor”; por establecer un procedimiento completo y unificado para determinar la concesión del estatuto de refugiado y la protección subsidiaria; por mejorar significativamente las garantías procedimentales en el examen de las solicitudes; prevé la obligación del Estado de proporcionar servicios sociales y de acogida a las personas solicitantes en estado de necesidad, a la vez que extiende la protección internacional a la familia del beneficiario.

Asimismo, contiene una regulación completa del procedimiento de reagrupación familiar para garantizar el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas; incorpora las figuras de la revocación y el cese de la protección internacional, incluyendo las causas por las que procede cuando se trata de personas refugiadas o bajo protección subsidiaria. De igual manera incluye normas especiales para la protección internacional de los menores y otras personas vulnerables, lo que constituye una novedad en relación con las normas anteriores que no tenían referencias explícitas sobre la materia.

Finalmente, en cuanto a su objeto, en el artículo 1 de la ley manifiesta que es el de establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección

³⁴¹ Ídem.

internacional. Cabe reiterar que las personas nacionales de los países miembros de la Comunidad Europea no califican para recibir asilo o protección subsidiaria, bajo el argumento de que se consideran países seguros,³⁴² además de la inexistencia de barreras fronterizas para transitar de uno a otro sin ningún requisito migratorio.

Debemos reiterar que la Ley fue adoptada antes de la finalización del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) por tanto no transpone las modificaciones introducidas por las Directivas refundidas 2011/95, 2013/32 y 2013/33, limitándose a recoger las reglas europeas de las directivas originales.³⁴³

6.5. Derecho de asilo en España

La ley vigente no contiene una definición del derecho de asilo, ni detalla su contenido como se hacía en el artículo 1 la Ley 5/1984(derogada), donde la persona que recibiera protección internacional bajo esa figura se le extendía una autorización de residencia temporal o definitiva en el territorio español, así como documentos de identidad y de viaje necesarios, una autorización para desarrollar actividades profesionales, laborales o mercantiles, así como asistencia económica y social según lo determinan las normas reglamentarias.

En ese punto la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se muestra más cautelosa y restrictiva. En su artículo 2 se limita a definir el derecho de asilo como “la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado”, para lo cual remite a su artículo 3 que define la condición de refugiado, así como a los

³⁴² LA SPINA, E., “Entre las fisuras y el complejo encaje del asilo diplomático”, op. cit. pág. 99. Véase además OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “El concepto de «país seguro», op. cit. págs. 461 y siguientes.

³⁴³ FAVIERES, P., “Repercusiones de la política europea en materia de asilo y refugio en España”, *Tiempo de Paz* Número 119, 2015, op. cit, págs. 40-49.

instrumentos internacionales respectivos que son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Con base en esas remisiones internas y externas, puede decirse que en la legislación española el derecho de asilo carece de una definición propia, por lo que en todo caso debe recurrirse a los instrumentos internacionales para determinar su contenido y alcance.

En síntesis, el derecho de asilo es el que se reconoce a aquellas personas que obtengan la condición de refugiado, que a grandes rasgos se asemeja al contenido que se atribuye a la misma en los instrumentos internacionales respectivos. Esa condición se reconoce a las personas que cumplan las exigencias previstas en el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, donde se establece que la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él.

Además, se exige que la persona no esté incurso en ninguna de las causales de exclusión prescritas en la propia ley. El artículo enumera los motivos por los que una persona puede solicitar protección internacional, cuando la misma manifiesta fundados temores de ser perseguida. Por tanto, el requisito de la solicitud no implica que la persona actualmente esté siendo de hecho perseguida, sino que podría serlo en el futuro, y eso genera los temores en que funda su solicitud de protección internacional en España.

El centro de la cuestión radica pues, en lo que debe entenderse por “fundados temores”, aspecto que debe ser evaluado por los funcionarios administrativos que tienen a su cargo la revisión y calificación de las solicitudes de asilo. Sobre el temor fundado OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS indica que el relato del solicitante debe ser consistente y carecer de contradicciones a nivel interno; no deben existir contradicciones entre las declaraciones efectuadas por la persona demandante de protección en la solicitud inicial y las que pueda realizar en cualquier momento durante la tramitación del expediente.³⁴⁴

Determinar la existencia de ese temor fundado por parte de las autoridades administrativas actuantes requiere una consideración individualizada de cada solicitud, las circunstancias de la persona, los documentos que eventualmente porte, los antecedentes familiares y personales, su pertenencia a determinado grupo étnico o social, nacional, político, religioso o racial, así como la interpretación de sus experiencias personales, así como la información disponible sobre el país de origen que permitan corroborar por lo menos la situación general existente que pueda generar o haya generado persecución sobre su persona.

Respecto a los fundados temores como elemento subjetivo que justifica la solicitud del asilo, la Audiencia Nacional ha expresado que “el elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar y dar cobertura a la existencia del temor a una persecución personal y actualizada, de manera que las meras declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas como indicio suficiente de la persecución alegada, cuando carecen de todo punto de referencia o contraste.”

Agrega además que “de ahí que el relato de persecución deba gozar de un nivel de concreción que permita identificar una verdadera

³⁴⁴ Ídem, pág. 471.

persecución, no siendo suficiente a tal efecto un relato vago y genérico que pudiera ser aplicable prácticamente a cualquier persona procedente del mismo país que el solicitante, o que carece de elementos de contraste y verificación que permitan apreciar su verosimilitud.”³⁴⁵

También el Tribunal Supremo Español se ha referido en diversas ocasiones al significado y los requisitos que deben tenerse en cuenta para verificar la existencia de “temores fundados.” Ha dicho que “serán precisas unas circunstancias objetivas, que evidencien la razonable probabilidad de sufrir una persecución.” De igual manera exige “estarse a las circunstancias personales y sociológicas concurrentes”; que el dato objetivo de que en la nación de procedencia y residencia habituales sufren acontecimientos políticos y sociales que rebasan en mucho unas mínimas condiciones de normalidad” y que debe considerarse “la realidad de un régimen dictatorial que persigue a sus enemigos.”³⁴⁶

Como se ha expresado reiteradamente en páginas precedentes, el derecho de asilo concede al solicitante la facultad de presentar su petición ante las autoridades competentes, pero no obliga a éstas a concederlo, ni siquiera a considerar en profundidad la solicitud si en la revisión preliminar considera que es infundada. El Título II de la ley establece las reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional, donde los funcionarios actuantes deben tener en cuenta los requisitos previstos para obtener la condición de refugiados.

La presentación de la solicitud pueden hacerla, de conformidad con lo previsto en el artículo 16, las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español. Aquí aparece una de las limitaciones más serias que se imponen al ejercicio del derecho de asilo: la persona necesariamente debe encontrarse en territorio español, lo que

³⁴⁵ Tribunal Supremo, STS de 17 de mayo de 2011, RC 678/2008.

³⁴⁶ Al respecto pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo Español, STS de 29 de enero de 1988. STS de 28 de septiembre de 1988. STS de 9 de mayo de 1988 y STS de 6 de mayo de 1988.

constituye una barrera importante para aquellas personas que se encuentran en las circunstancias del artículo 3 de la ley, pero no tienen medios ni posibilidades de salir del país donde son perseguidos o tienen temor de serlo.

La única excepción a ese principio consta en el artículo 38 de la ley, que regula las solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados de España. Para que proceda la solicitud deben darse al menos dos condiciones perentorias: que corra peligro la integridad física del solicitante; y que el solicitante no sea nacional de país donde presenta su solicitud. La presentación de la solicitud en un país distinto al de residencia busca, como en el caso del no reconocimiento del asilo diplomático, evitar conflictos con el país del solicitante, y supone una limitación para el acceso al derecho de asilo.

Cabe significar que en la derogada Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado sí era posible presentar la solicitud de asilo en las embajadas o consulados de España en el país de origen del solicitante, como se preveía en su artículo cuarto. Dicha solicitud debía canalizarse a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.³⁴⁷ En el caso del artículo 38 de la ley vigente, otras de las limitaciones para materializar la solicitud de protección internacional en embajadas o consulados, es que no ha sido expedidas las normas reglamentarias que lo hagan operativo.³⁴⁸

Exigir que la solicitud de la protección internacional, y en particular el derecho de asilo solo pueda ser presentada en el territorio español o en sus embajadas y consulados, siempre que éstas se hallen en país distinto al de la nacionalidad del solicitante, implica una limitación al derecho

³⁴⁷ MARÍA LUISA ESPADA RAMOS, M y MOYA ESCUDERO, M., “La Ley Reguladora de Asilo y Condición del Refugiado”, op. cit. pág. 95.

³⁴⁸ GARCÍA VITORIA, I., “Una década sin reglamento de asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes”, *Anuario CIDOB de la Inmigración* 2018, págs. 116-128.

humano a buscar asilo y disfrutar de él en cualquier país, como lo reconoce el artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Según ORIHUELA CALATAYUD, la posición española que exige que la persona se encuentre fuera de su país de origen o dentro de España para que proceda la solicitud de asilo, es “consecuencia de la equiparación efectuada entre asilo y refugio y del concepto de refugiado establecido en la Convención de Ginebra de 1951 y el protocolo de Nueva York. Al definirse al refugiado como persona que se encuentra fuera de su país de origen o residencia, se exige el cruce de la frontera para presentar la solicitud. En consecuencia, sólo tras la salida del país de origen o residencia adquiere la condición de refugiado que le legitima a obtener asilo.³⁴⁹

En ese contexto, la solicitud de asilo se puede realizar en locaciones distintas, según lo dispone el artículo 4 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.³⁵⁰ Las mismas pueden ser la Oficina de Asilo y Refugio; los Puestos fronterizos de entrada al territorio español; las Oficinas de Extranjeros; las Comisariías Provinciales de Policía o Comisariías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior; y finalmente las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.

Cualquiera que sea el lugar de solicitud, el artículo 16 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en su numeral 2 establece como derechos de los solicitantes de protección internacional a recibir asistencia sanitaria y asistencia jurídica gratuita; esta última se extenderá a la formalización de la solicitud y a toda la tramitación del procedimiento; asimismo el derecho

³⁴⁹ ORIHUELA CALATAYUD, E., “El derecho a solicitar asilo”, op. cit. pág. p. 81.

³⁵⁰ 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, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. BOE núm. 52, de 2 de marzo.

a ser asistido por un intérprete, en caso de que sea necesario. La presentación de la solicitud genera para el ente receptor la obligación de valorar las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de refugiado, así como de la concesión de la protección subsidiaria. Evidentemente, también genera el derecho a la no devolución del solicitante mientras no se resuelva su petición.

Recae sobre la autoridad actuante la obligación de informar al solicitante de asilo sobre diversos aspectos como el procedimiento que debe seguirse, sus derechos y obligaciones durante la tramitación de la solicitud, las posibles consecuencias de incumplimiento de estas últimas, los derechos y prestaciones sociales a que puede tener acceso en su calidad de solicitante de protección internacional, y la posibilidad de contactar con organizaciones no gubernamentales que presten asistencia y ayuda a personas necesitadas de protección internacional.³⁵¹

La mera presentación de la solicitud tiene diversos efectos reconocidos en el artículo 19 de la ley, entre los que se encuentra que la persona solicitante no puede ser devuelta, retornada o expulsada del territorio español hasta que no se resuelva su solicitud o sea inadmitida, lo que no excluye la posibilidad de que se adopten medidas cautelares de acuerdo con la legislación de inmigración y extranjería. Otro de los efectos de la solicitud es la suspensión de un eventual proceso de extradición en que se halle envuelto el solicitante, mientras esté pendiente la resolución de la solicitud de protección internacional presentada

El solicitante tiene asimismo el derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros, lo que puede estar sujeto a condiciones por temas de seguridad, gestión administrativa u orden público. Presentada la solicitud, comienza el cómputo de los plazos previstos para su tramitación,

³⁵¹ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, artículo 17.

dentro de los cuales la solicitud debe ser admitida o negada, con los efectos que ello produce en cada caso.

6.6. Aspectos procesales de la solicitud de asilo

En los términos previstos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, toda persona que reúna los requisitos de sus artículos 2, 3 y 4 referidos al derecho de asilo, la condición de refugiado y la protección subsidiaria, puede ejercer su derecho a solicitar asilo en España. El derecho a presentar la solicitud no implica ninguna contraprestación para el estado, pues otorgarlo o no sigue siendo un “derecho de protección graciable dispensada por el Estado.”³⁵²

En consecuencia, solicitarlo no genera para el Estado sino una obligación mínima de verificar que se cumplen los requisitos iniciales, para dar curso al trámite que debe terminar con el reconocimiento de la condición de refugiado, o recibir según el caso protección subsidiaria. Esa es la naturaleza peculiar del derecho de asilo, se reconoce como tal en la Constitución y se desarrolla su contenido, alcance y efectos en la ley, pero no se garantiza que sus titulares o personas que entren en su ámbito de aplicación reciban efectivamente los beneficios de ese derecho.

Como afirma VILLANUEVA TURNES, “nos encontramos ante un derecho de configuración legal.”³⁵³ Ello supone amplios márgenes de libertad para que el legislador pueda ajustar la legislación no al contenido esencial de un derecho reconocido en la Constitución, sino a las determinantes políticas y la necesidad de limitar el ingreso a España por vía de protección internacional, pues entre otras cosas resulta más gravoso

³⁵² Tribunal Supremo, STS, Sala 3, Sección 6, de 10 de diciembre de 1991.

³⁵³ VILLANUEVA TURNES, A., “Aproximándonos al derecho al asilo en España”, *Revista Lusófona de Educação* Número 37, 2017, pág. 122.

para el Estado que la migración canalizada a través de la legislación común de extranjería.

Dicho esto, corresponde en este epígrafe analizar los aspectos más relevantes del trámite de concesión o denegación de la solicitud de asilo, y algunas regulaciones y prácticas vigentes que pueden considerarse obstáculos para obtener la condición de refugiado o la protección internacional, partiendo del presupuesto de que se trata de una legislación restrictiva que busca limitar al mínimo las posibilidades de que las personas obtengan la protección que demandan, amparados tanto en la legislación nacional como en la política europea de protección internacional de la que es partícipe España.

Una vez presentada la solicitud por cualquiera de las vías indicadas en el epígrafe precedente, ésta ingresa al trámite previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y las normas reglamentarias vigentes, que siguen siendo las diseñadas al amparo de la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (derogada) con las reformas de rigor que se han realizado en el transcurso de los años. En el procedimiento se debe verificar si el solicitante cumple los requisitos y condiciones previstos en la ley para que la solicitud sea calificada, pues de lo contrario puede ser desechada en el trámite inicial.

El artículo 20 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, prevé las causas de inadmisión de solicitudes presentadas dentro del territorio español, en cuyo caso serán inadmitidas por el Ministro del Interior a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio, cuando exista falta de competencia para el examen de las solicitudes por no corresponder a España su examen de acuerdo con la normativa europea aplicable.

Es decir, a) cuando no corresponda a España su examen con arreglo al Reglamento (CE) 604/2013, de 26 de junio, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país; b) cuando no corresponda a España su examen de conformidad con los Convenios Internacionales en que sea Parte.

En la resolución por la que se acuerde la no admisión a trámite se indicará a la persona solicitante el Estado responsable de examinarla. En este caso, dicho Estado habrá aceptado explícitamente su responsabilidad y se obtendrán garantías suficientes de protección para la vida, libertad e integridad física de los interesados, así como del respeto a los demás principios indicados en la Convención de Ginebra de 1951, en el territorio de dicho Estado.

También procede la inadmisión de la solicitud por falta de requisitos cuando la persona solicitante se halle reconocida como refugiada y tenga derecho a residir o a obtener protección internacional efectiva en un tercer Estado, cuando la persona solicitante proceda de un tercer país seguro, cuando la persona solicitante hubiese reiterado una solicitud ya denegada en España, siempre que no se planteen nuevas circunstancias relevantes, y cuando la persona solicitante sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea.

Aquí es preciso tener en cuenta lo ya explicado sobre el tercer país seguro como presupuesto de inadmisión de la solicitud de protección internacional. El hecho es que un país, en general, puede ser seguro desde el punto de vista que se maneje para considerarlo como tal, y una cuestión distinta es que, con respecto a una persona o un grupo en particular, esa seguridad no esté garantizada, o exista el temor a ser perseguido por las razones indicadas en el artículo 3 de la ley.

Al ser el derecho de asilo y su correspondiente solicitud una cuestión estrictamente personal, en esta fase de inadmisión por ser el solicitante nacional de un tercer país seguro, se viola uno de los presupuestos básicos que debe considerarse en toda solicitud de protección internacional, que es la situación y circunstancias individualizadas del solicitante, por supuesto que en el contexto del país de donde ha salido huyendo por fundados temores.

Excluir la necesidad de protección internacional bajo el argumento del tercer país seguro es una falacia que debería corregirse, porque afecta el derecho del solicitante a recibir protección internacional cuando ha sido víctima de persecución por su país que se considera seguro por el Estado receptor, o cuando tiene fundados temores de serlo por su identidad étnica, religiosa, cultural, ideológica o política. En resumen: un país seguro en general, no es necesariamente un país seguro para cada uno de sus habitantes.

Al respecto indica VILLANUEVA TURNES que esas limitaciones se imponen “con la finalidad de restringir la entrada y permanencia de extranjeros en el territorio, el deseo de deshacerse de aquellos solicitantes de asilo que, tras salir de su país con la intención de solicitar asilo, han transitado por algún país seguro en el que podrían haber solicitado asilo. Son los terceros países seguros.”³⁵⁴ Impedir que las personas provenientes de esos países puedan recibir protección internacional constituye una limitación importante al derecho de asilo.

Por otro lado, cabe resaltar que la admisión a trámite en esta etapa puede ser revocada si se constata la existencia de cualquiera de las causales de exclusión mencionadas, tal como lo dispone el numeral 3 del artículo 20 de la ley que se viene analizando.

³⁵⁴ VILLANUEVA TURNES, A., “Aproximándonos al derecho al asilo en España”, op. cit. pág. 92.

El artículo 21 desarrolla lo referente a las solicitudes presentadas en puestos fronterizos, tanto en las fronteras terrestres como en los aeropuertos. La solicitud presentada en esos sitios tiene como presupuesto el hecho de que la persona no reúne los requisitos de ingreso al país, y presenta una solicitud de protección internacional bien sea porque se justifica en los términos previstos en la legislación vigente, o porque pretende evitar su devolución sin un análisis previo de las posibilidades de ingresar bajo la figura del derecho de asilo.

La solicitud puede ser rechazada sin análisis de fondo, cuando se constate la existencia de alguna de las causales de inadmisión previstas en el artículo 20 de la ley, caso en el cual el Ministro de Interior puede no admitirla a trámite. La resolución deberá ser notificada a la persona solicitante en el plazo máximo de cuatro días. También puede ser inadmitida la solicitud cuando sea formulada por solicitantes con necesidades específicas, cuando las cuestiones que plantee el solicitante no guarden relación con los requisitos para reconocimiento de la condición de refugiado, y cuando el solicitante proceda de un país considerado seguro del que posea nacionalidad o tuviera residencia habitual en caso de ser apátrida.

De igual manera puede ser rechazada la solicitud en puesto fronterizo, cuando la persona solicitante formule alegaciones que pongan de manifiesto claramente que su solicitud es infundada, por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave. Será inadmitida la solicitud, “cuando la persona solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada” (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, artículo 21 b).

Ahora bien, en los casos de constatación tardía de esta circunstancia por la Administración, “alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada” lo que la norma determina es la entrada y permanencia provisional en España del solicitante para que se tramite el procedimiento ordinario.

Así quedó resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia STS 1415/2021 de fecha 08/04/2021 cuando refirió respecto a la posible utilización fraudulenta de la solicitud de asilo “la sola constatación de que el solicitante no reúne los requisitos para acceder a la protección internacional solicitada no permite deducir que la petición se haya formulado en abuso de derecho o fraude de ley, sino que, en los casos de constatación tardía de esta circunstancia por la Administración, lo que la norma determina es la entrada y permanencia provisional en España del solicitante para que se tramite el procedimiento ordinario, que podrá seguirse por tramitación urgente,”³⁵⁵ Fuera de esos casos, la persona solicitante accede al siguiente paso, que sería ingresar al territorio español a la espera de que se resuelva su solicitud.

Una cuestión analizada de manera recurrente en la doctrina es el estatus que tiene la persona retenida en el puesto fronterizo mientras transcurre el tiempo en que se revisa y recibe una respuesta sobre su solicitud. En general, la solicitud del asilo implica que el solicitante puede permanecer en el territorio del Estado mientras se tramita y resuelve su solicitud, así como su no devolución hasta obtener una respuesta positiva o negativa. En jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha dicho que “el solicitante de asilo ostenta el derecho fundamental de la libertad de

³⁵⁵ Tribunal Supremo, STS 1415/2021. Sala de lo Contencioso Sede: Madrid Sección: 5 Fecha: 08/04/2021.

circulación por todo el territorio del estado español y de poder fijar libremente su residencia en todo el territorio nacional, si bien con la obligación de comunicarlo a la Administración.”³⁵⁶

Algo más complicado surge cuando la solicitud se hace en un puesto fronterizo y la persona debe permanecer en las dependencias habilitadas al efecto, lo que significa que no tiene acceso al territorio español y tiene restricciones de movilidad, excepto en el caso de que quisiera regresar a su país de origen o al territorio del país desde el cual ingresó al puesto fronterizo español. En la doctrina se discute si la obligación de permanecer en las instalaciones dispuestas mientras espera una resolución constituye una privación de libertad, o una limitación de su derecho a la libertad individual.

El hecho es que el artículo 21.5 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, dispone que, si transcurre el plazo legal sin que se resuelva sobre la inadmisión a trámite de una solicitud efectuada en puesto fronterizo o su denegación, así como la petición de reexamen o el recurso de reposición, sin que la persona solicitante reciba una notificación expresa, será admitida al territorio español para que su solicitud de trámite por el procedimiento ordinario.

Si el Ministro del Interior emite una resolución denegatoria de la solicitud de asilo realizada en puesto fronterizo, la persona solicitante puede interponer, a través de su abogado a que tiene derecho, una petición de reexamen o un recurso de reposición. Mientras se resuelva lo procedente, la persona solicitante de asilo permanecerá en las dependencias habilitadas a tal efecto.

³⁵⁶Tribunal Supremo-Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. Fecha: 30/06/2021 No. de Recurso: 1031/2019.

En este último caso, como expresa ORIHUELA CALATAYUD: la situación del extranjero retenido en la frontera puede plantear dudas a la hora de su calificación jurídica. Esta persona puede, si lo desea, dejar la frontera para dirigirse a un tercer país; de ahí que haya quien cuestiona que tal situación pueda ser calificada de detención. Pero, tiene su libertad de movimientos restringida, pues debe permanecer en los lugares habilitados al efecto en el puesto fronterizo.³⁵⁷

Los debates en la doctrina sobre una posible violación del derecho a la libertad individual fueron zanjados en gran medida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En sentencia del 2000 al analizar el artículo 5.7.3 de la Ley 5/1984, señaló que dicho artículo “ni desarrolla ni regula de forma directa y general el derecho a la libertad personal de los extranjeros; ni siquiera el derecho a la libertad de un grupo concreto de extranjeros (los solicitantes de asilo en frontera).” En consecuencia, no existiría ninguna limitación del derecho a la libertad personal de los extranjeros, sino limitaciones necesarias e inherentes al trámite en que se encuentran.

Respecto al tiempo que debe pasar el solicitante de asilo en las instalaciones destinadas al efecto en los puntos fronterizos, indicó que se trata de “modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutaban, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal.”³⁵⁸ Por tanto, las personas que se encuentran en las llamadas zonas de tránsito de los aeropuertos de ingreso a España,³⁵⁹ o en los puntos fronterizos terrestres, se encuentran en una situación *sui generis* respecto a su libertad individual, que les impide ingresar a territorio español pero no abandonar las instalaciones si lo desean.

³⁵⁷ ORIHUELA CALATAYUD, E., “El derecho a solicitar asilo”, op. it. pág. 77.

³⁵⁸ Op. cit. p. 128, nota 3.

³⁵⁹ DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* Número 9, 2005, págs. 1-18.

Se trata de una restricción de la libertad de movimientos-respecto a su pretensión de entrar libremente en España, por un máximo de cuatro días (y a lo sumo dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen) que en ningún caso impide el libre retorno del recurrente a su lugar de procedencia o, en su caso, la marcha hacia un tercer Estado con distinto régimen de entrada.

Con lo dicho debemos concluir que estamos en presencia de modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutaban, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal. Al respecto indica VILLANUEVA TURNES que “cabe señalar que, aunque la mencionada resolución se refiere a la Ley 5/1984, la cual ya no está en vigor, tal y como se verá a continuación, lo dicho es igualmente aplicable en la vigente.”

Analizadas las situaciones extraordinarias de solicitud en puesto fronterizo o en embajada o consulado español en un país que no sea el de la nacionalidad del solicitante, corresponde analizar en trámite ordinario; es decir, el que se realiza cuando, primera fase, la persona ya se encuentra en el territorio español y acude a los lugares establecidos para la recepción y trámite de la solicitud de protección internacional. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, la Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior, es el órgano competente para la tramitación de las solicitudes de protección internacional.

Así, las solicitudes presentadas en la Oficina de Asilo y Refugio, las Oficinas de Extranjeros y las Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior, (Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, artículo 4). serán tramitadas por el procedimiento ordinario, que incluye una primera

fase de admisión a trámite y una segunda de análisis individualizado y de fondo de la solicitud, para adoptar una decisión razonada respecto a la concesión o denegación de protección internacional.

En la fase de admisión a trámite se realiza una revisión preliminar de la solicitud, para verificar si el solicitante de protección internacional cumple con los requisitos imprescindibles para que se le reconozca el derecho de asilo, y consecuentemente se le otorgue la condición de refugiado. Las condiciones para el reconocimiento del derecho de asilo están previstas en los artículos 6 y 7 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y en los artículos 8 y 9 las causas de exclusión y las causas de denegación, respectivamente.

Debe recordarse que el artículo 3 de la ley establece los motivos por los que una persona puede recibir la condición de refugiada, todos los cuales se resumen en el concepto indeterminado de “fundados temores” analizado con anterioridad. Pues bien, para determinar la existencia objetiva de esos temores deben analizarse los actos de persecución (artículo 6) o los motivos de persecución (artículo 7) alegados por el solicitante.

Los actos de persecución deben reunir dos características esenciales para que prospere la solicitud de protección internacional: deben ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales; deben ser una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, como para afectar a una persona gravemente en sus derechos.

Para precisar de manera más completa los criterios que deben tomar en cuenta los funcionarios que actúan en la fase de admisión, el legislador incluyó en el numeral 2 del artículo 6, una lista no exhaustiva de las

formas que pueden revestir los actos de persecución que puede haber sufrido el solicitante. Entre ellos se encuentran los actos de violencia física, psíquica o sexual; existencia de medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias o que se apliquen de manera discriminatoria; procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios; denegación de tutela judicial de la que se deriven penas como las anteriores; procesamientos o penas por la negativa a prestar servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de dicho servicio conllevaría delitos; actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños.

Corresponderá al funcionario actuante verificar la existencia de cualquiera de las circunstancias anteriores, y su grado de afectación sobre el solicitante de protección internacional y su núcleo familiar, y si son suficientes para configurar el requisito de temores fundados por los que la persona no quiera, o a causa de esas circunstancias, no quiera regresar a su país, y por ella sea merecedora de la condición de refugiado. Además de la existencia de esos hechos en el país de origen o nacionalidad del solicitante, se deben valorar los motivos por los cuales la persona considera que ha sido o puede ser objeto de un tipo de persecución de tal gravedad que amerite protección internacional.

Esos criterios de valoración están previstos en el artículo 7 de manera considerablemente amplia, e incluyen motivos como la raza (el color, el origen o la pertenencia a un determinado grupo étnico; la religión (profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de hacerlo, en cultos formales en privado o en público...); nacionalidad (pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado); opiniones (profesión de opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución y con sus políticas o métodos).

Analizadas que sean de manera preliminar las circunstancias y motivos de persecución mencionados, corresponde determinar si se admite o no la solicitud de protección internacional. Algunos autores han criticado la existencia de esa fase preliminar, porque permite a los funcionarios actuantes tomar una resolución sin un estudio y análisis en profundidad del caso. Sin embargo, en la mayoría se justifica por la necesidad de que sean rechazadas desde su presentación las solicitudes “que pudieran considerarse manifiestamente mal fundadas o abusivas, considerando tales, aquellas que no guardan relación con los motivos que justifican el reconocimiento de la condición de refugiado según el Convenio de Ginebra de 1951.”³⁶⁰

Esa fase no existía en la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, sino que fue incorporado con la reforma operada mediante la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, alegando que al no existir una fase preliminar toda solicitud debía ser admitida a trámite con la consecuente carga que significaba para el Estado, además del uso de la solicitud de protección como una vía para la migración económica no asociada a la necesidad de protección internacional por motivos de persecución.

Respecto a la inadmisión a trámite de la solicitud de protección internacional en esta fase inicial, el Real Decreto 203/1995, en su artículo 17.2 dispone que la Oficina de Asilo y Refugio deberá elevar al Ministro del Interior una resolución motivada de inadmisión a trámite. Si en el plazo de sesenta días el solicitante no recibe una notificación de una resolución de inadmisión, tendrá como consecuencia la admisión a trámite de la solicitud, lo que genera además la obligación de proveer al solicitante la autorización de permanencia en el territorio español, su derecho a

³⁶⁰ ORIHUELA CALATAYUD, E., “El derecho a solicitar asilo”, op. cit. pág. 81.

permanecer en el territorio mientras recibe una respuesta definitiva a su solicitud, en este periodo se le reconoce el derecho al trabajo.

Las resoluciones en que se niegue la solicitud de protección internacional pueden ser recurridas en la vía administrativa y serán susceptibles de recurso de reposición con carácter potestativo ante el Ministro del Interior y de recurso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.8 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. La concesión del derecho de asilo tiene varios efectos positivos para el solicitante, en particular varios derechos que serán analizados en el capítulo siguiente.

La solicitud denegatoria tiene varios efectos según las circunstancias personales del solicitante, la principal es que la persona debe abandonar el territorio español mediante el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron según corresponda. No obstante, “el solicitante cuenta con la posibilidad de que tanto la resolución en la que se deniega la admisión a trámite, como aquella en la que no se reconoce la condición de refugiado y se deniega el asilo sean recurridas ante una instancia judicial, en particular, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.”³⁶¹

En el caso que la solicitud haya sido presentada en un puesto fronterizo de ingreso al Estado español, el artículo 20. c del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, plantea que la resolución de inadmisión de la solicitud, debe ser motivada e individualizada, el solicitante tiene derecho a solicitar un reexamen de la solicitud o abandonar el territorio nacional al objeto de regresar si lo desea a su país de origen o a un tercer Estado. De conformidad con lo prescrito en el artículo 4 del Real Decreto

³⁶¹ ORIHUELA CALATAYUD, E., “El derecho a solicitar asilo”, op. cit. pág. 75.

203/1995, la admisión de la solicitud de reexamen del expediente y la interposición del recurso contencioso administrativo generan para el solicitante el derecho a la renovación o expedición de la documentación provisional que acredite su condición de solicitante de asilo. Hasta tanto recaiga resolución firme sobre la concesión o denegación del estatuto del refugiado.

6.7. Protección subsidiaria

Cuando se analizó el Sistema Europeo Común de Asilo (epígrafe 2.7) uno de los puntos abordados fue la protección subsidiaria en el ámbito de la Unión Europea. En este epígrafe, tributario de aquel en gran medida, se realiza un examen de la protección subsidiaria en la legislación española vigente, con la finalidad de identificar sus características principales, requisitos para su obtención y efectos que produce el otorgamiento de esa condición a las personas solicitantes de protección internacional en España.

La Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (derogada) había incluido en sus normas tres categorías distintas, que con el paso del tiempo fueron desapareciendo o sufrieron modificaciones importantes, para adecuarse tanto a la normativa europea como a las políticas migratorias españolas que busca restringir a toda costa el ingreso de solicitantes de protección internacional, a través de mecanismos que limitan el acceso al territorio nacional, complican su solicitud en embajadas y consulados y reconducen muchos casos a la legislación de extranjería para evitar el uso del asilo como vía para la migración económica.

Pues bien, entre las instituciones que alguna vez estuvieron vigentes en la legislación nacional española se encuentra la protección internacional por razones humanitarias, incluida en el artículo tercero, numeral 3, de la Ley 5/1984. Con la reforma realizada mediante Ley

5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado desapareció el asilo por razones humanitarias, siendo reconducido a la legislación sobre extranjería para descargar el sistema de protección internacional.

La eliminación del asilo por razones humanitarias, al decir de ORIHUELA CALATAYUD, puso “de relieve una falta evidente de sensibilidad por parte de esta ley [Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado] hacia los colectivos que se encuentren necesitados de protección como consecuencia de conflictos armados, disturbios o tensiones internas o incluso catástrofes naturales.”³⁶² En consecuencia, las personas cuya solicitud no estuviera amparada en cualquiera de las circunstancias taxativamente previstas en la ley, no podía recibir ningún tipo de protección internacional.

Sobre la eliminación de esa figura el legislador no dio, en la exposición de motivos de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, ninguna razón expresa, y se limitó a expresar que “en cuanto al actual asilo por razones humanitarias, que se podía conceder a determinados extranjeros que no sufrieron persecución, se reconduce a la vía de la legislación general de extranjería.” En ese contexto, la protección subsidiaria fue una de las innovaciones de la vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, como mecanismo que debe “servir de instrumento eficaz para garantizar la protección internacional de las personas a quienes les es de aplicación y de reforzar sus instituciones: el derecho de asilo y la protección subsidiaria.”

Respecto a esa institución se afirma además que “se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento de forma explícita, mejorando significativamente la actual situación, en que esta protección se ha venido

³⁶² ORIHUELA CALATAYUD, E., “El derecho a solicitar asilo”, op. cit. pág. 67.

aplicando sobre la base de unas genéricas previsiones de protección humanitaria contenidas en la Ley.” Para PÉREZ SOLA, “la fundamentación de la protección subsidiaria no descansa sobre motivos humanitarios, sino que el legislador la reconoce como un derecho”³⁶³, que sería en todo caso un derecho de segundo orden en comparación con el derecho de asilo.

Agrega además que “resulta evidente la necesidad de una relación entre las razones humanitarias y la ausencia de condiciones en el país de origen para la garantía de los derechos del solicitante de protección” (pág. 293), ante el hecho de que se otorga a las personas en riesgo de sufrir graves daños si regresan a su país. Es por esa razón que los funcionarios encargados de valorar los fundamentos de la solicitud, deben tener en cuenta diferentes aspectos que no siempre están previstos expresamente en la legislación vigente.

La protección subsidiaria se aplica, como su nombre lo indica, en aquellos casos que la persona no cumple los requisitos para obtener la condición de refugiada, mediante el proceso de asilo, pero aun así es merecedora de protección internacional por parte del Estado español. El artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, la define como un derecho dispensado a personas de otros países o apátridas que no reúnen los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero en relación con las cuales existen motivos fundados para creer que si regresan a su país de origen o residencia se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves. Esas personas no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concorra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de la Ley.

³⁶³ PÉREZ SOLA, N., “El derecho de asilo y la condición de refugiado”, op. cit. pág. 292.

Los posibles daños están previstos taxativamente en el artículo 4 de la ley: la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

Los artículos 11 y 12 establecen, respectivamente, las causas de exclusión y denegación. Las primeras se refieren exclusivamente a la comisión de delitos de diversa naturaleza contra los derechos humanos que afecten a la vida, la libertad, la intimidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada. Se incluyen además delitos contra la paz, delitos de guerra o delitos contra la humanidad, y el hecho de considerarse un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público. La gravedad del delito será determinada de conformidad con los que lo sean conforme al Código Penal español.

Las causas de denegación de la protección internacional a través de la figura de la protección subsidiaria están previstas en el artículo 12 de la ley, se refieren básicamente a las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España; y a las que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad.

Un aspecto importante en cuanto a la solicitud de refugio lo constituye sin lugar a dudas las razones humanitarias que puedan alegar los solicitantes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.3 de la ley lo refrenda. Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e

inmigración, cuando así lo disponga la autoridad competente en ejercicio de sus facultades discrecionales reglamentadas, como sucedió en el caso de los ciudadanos de origen venezolano que se comenta más adelante.

Los efectos de las resoluciones denegatorias según la norma pueden ser diversas según corresponda: el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron, salvo que, de acuerdo al artículo 37.b de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se dé alguno de los siguientes supuestos: que la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia; que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente.

En relación a este último supuesto es importante mencionar la Resolución 28 de febrero de 2019 del Subsecretario del Ministerio del Interior, actuando por delegación del Ministro del Interior, sobre autorización de residencia temporal por razones humanitarias de protección internacional a las personas de nacionalidad venezolana, con expedientes resueltos desfavorablemente con anterioridad a febrero de 2019.³⁶⁴ Los fundamentos teóricos de la Resolución estarían basados en la inestabilidad política del país y las difíciles situaciones socio-económica que atraviesa Venezuela.

La misma le concede el derecho exclusivo de residencia temporal a un tipo de nacionalidad, sin tener en cuenta las circunstancias individuales, ni los presupuestos subjetivo y objetivos de cada caso en concreto, algo que se le exige al resto de los nacionales de otros estados. Esta exclusividad solo estaría vetada en caso de que las personas

³⁶⁴ Resolución del Ministerio del Interior de 28/2/19: Condiciones de concesión TIE por Protección Internacional a venezolanos.

venezolanas constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad del Estado español o que habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad (artículo 9 y 12 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria).

El Tribunal Supremo español ha considerado en la sentencia 352/21 de fecha 11/03/2021 sobre recurso de casación que, no puede aceptarse que la sola existencia de una determinada situación de conflicto en un país implique que en caso de volver el solicitante su vida corra peligro exclusivamente por el solo hecho de encontrarse allí (sentencias de 28 de diciembre de 2012, rec. 2431, o de 17 de abril de 2015, rec. 3055/2014, entre otras).³⁶⁵

Continúa la sentencia citada indicando que “la ausencia de persecución individual, y la situación generalizada de crisis, desabastecimiento y desempleo, circunstancias que guardan relación con las razones humanitarias que sustentan la autorización de residencia concedida”, pero que de las que no es posible inferir un riesgo real de padecer personalmente ninguno de los daños graves que se describen en el artículo 10 de la Ley de Asilo como fundamento de la protección subsidiaria.³⁶⁶

Pues bien, pese a lo excesivamente genérico de las alegaciones aducidas en la demanda sobre este punto, sólo se alude a la situación de peligro en caso de volver a Venezuela y a la “situación específica y tratamiento diferenciado (artículo 46 de la Ley de Asilo) de las familias monoparentales con menores de edad”, procede en cualquier caso declarar la pérdida sobrevenida de objeto de esta petición. Ello ha de ser así a tenor de la decisión del Ministerio de febrero de 2019, en la que se acuerda la

³⁶⁵ Tribunal Supremo STS, 352/21 de fecha 11/03/2021.

³⁶⁶ Resolución del Ministerio del Interior de 28/2/19: Condiciones de concesión TIE por Protección Internacional a venezolanos.

concesión de una autorización de residencia temporal por razones humanitarias de protección internacional de un año de duración, prorrogable, a ciudadanos de nacionalidad venezolana cuyas solicitudes de protección internacional hayan sido denegadas.

En resumen, la protección subsidiaria no es una situación idéntica a la de la obtención del estatuto de refugiado, de hecho, se reconoce a quién no puede ser reconocido como tal, pero no puede volver a su país de origen (en el caso de nacionales de terceros países a la UE), o al país donde residía (los apátridas), porque ello implicaría enfrentarse a un riesgo real de sufrir los siguientes daños: la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; tortura y tratos inhumanos o degradantes; o amenazas graves contra su vida o integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.³⁶⁷

6.8. El principio de no devolución en la normativa y jurisprudencia española

Al igual que las exigencias mínimas para que una persona pueda recibir protección internacional, el principio de no devolución es inherente al Derecho Internacional, y como tal consta en los instrumentos suscritos por el Estado español relativos al derecho de asilo y la condición de refugiado. Por tanto, en la legislación vigente se reconoce dicho principio con dimensiones similares a los referidos documentos internacionales.

En cuanto a precedentes, en la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (derogada) el derecho a la no devolución era uno de los contenidos esenciales del derecho de asilo, consistente en la no devolución al Estado donde sean perseguidos o hayan sido sancionados, las personas que cumplieran las condiciones para

³⁶⁷ CAMAS RODA, F., (dir), *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones laborales*, segunda edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, párr. 522.

recibir protección internacional en calidad de refugiados. En el artículo doce era definido concretamente como una de las consecuencias del reconocimiento de la condición de refugiado, y otorgaba al extranjero “el derecho a no ser devuelto al país donde pueda tener motivos para temer fundadamente persecución o castigo.”

Con la reforma realizada mediante la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado se añadió a la no devolución la categoría de “no expulsión”, con la finalidad de garantizar una mejor protección a la persona bajo protección internacional, y limitar el poder de las autoridades públicas para expulsar a la persona cuando exista alguna de las razones por las que podría considerarse que su vida corre peligro en su Estado de origen o en un tercero en que tuviera derecho a solicitar protección internacional.

Esta última precisión se añadió también con la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. En uno de los numerales agregados al artículo segundo de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, se limitó la devolución o expulsión a un tercer Estado donde el solicitante tuviera derecho a recibir tal protección, cuando en dicho Estado existiera peligro para su vida o su libertad, o pudiera ser sometida a torturas o a un trato inhumano o degradante, y debía existir además protección efectiva contra la devolución al país del perseguidor.

También fue modificado el artículo 17 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para reconocer el derecho a la no devolución a las personas solicitantes de protección internacional que, aunque su solicitud fuera rechazada o se dictara orden de expulsión, ello no podría suponer en ningún caso la devolución a un tercer estado que careciera de protección efectiva contra la devolución al país de origen del solicitante.

De lo dicho se puede apreciar que en la legislación que precedió a la vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, el principio de no devolución fue entendido como un derecho de la persona solicitante de protección internacional, y cuyo contenido se extendía a consideraciones de su país de origen, como al tercer Estado al que podría ser enviado si su vida podía correr peligro o existía la posibilidad de que fuera sometida a torturas o trastos crueles. El principio funcionaba como un derecho de protección a los solicitantes de protección, y como un límite a las decisiones que puede adoptar el Estado con respecto a las personas cuya solicitud de asilo fuera denegada.

Por tanto, el principio operaba en una doble dimensión: en primer lugar, impedía al Estado español devolver al solicitante al país de origen si podía ser víctima de violación de sus derechos humanos o correr peligro su integridad física en los términos previstos en los instrumentos internacionales. En segundo lugar, le impedía además devolver o expulsar al solicitante a un tercer Estado en el que pudiera acceder a la protección o tuviera derecho a ellos, si no existían garantías efectivas para su vida e integridad, aun en los casos en que no se le hubiera concedido protección internacional en España.

En la legislación vigentes, es decir la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, la no devolución ya no aparece como un derecho del solicitante de asilo cuya vida o integridad pueda correr peligro en el Estado al que debiera regresar, sino como una consecuencia del reconocimiento de la condición de refugiado o del otorgamiento de la protección subsidiaria. Así se contempla en el artículo 5, donde la no devolución ni expulsión se establece como una consecuencia de la protección concedida a través del derecho de asilo o la protección subsidiaria.

El principio de no devolución ni expulsión se extiende además a los solicitantes de asilo, uno de cuyos derechos es precisamente la suspensión

de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante.

Por su parte el artículo 20, que regula la no admisión de solicitudes presentadas dentro del territorio español, establece que la persona cuya solicitud sea rechazada no podrá ser devuelta al tercer país en el que tenga derecho a residir u obtener protección internacional, cuando exista peligro para su vida o su libertad, o pueda ser objeto de tortura o tratos inhumanos o degradantes, o no tenga protección efectiva contra la devolución al país perseguidor.

Si a la persona solicitante se le concede el derecho de asilo o la protección subsidiaria, ello tiene como efectos la protección contra la devolución en los términos establecidos en los tratados internacionales firmados por España; si la solicitud es denegada mediante resolución en los términos previstos en la ley y su reglamento, el efecto que se produce es el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron, siempre que se den las condiciones mencionadas en el artículo 20.

También es aplicable el principio de no devolución a las personas cuyo estatuto de refugiado o de protección subsidiaria sea revocado. Al efecto el artículo 44.4 establece que ninguna revocación ni eventual expulsión posterior podrá determinar el envío de los interesados a un país en el que exista peligro para su vida o su libertad o en el que estén expuestos a tortura o a tratos inhumanos o degradantes o, en su caso, en el que carezca de protección efectiva contra la devolución al país perseguidor o de riesgo.

Es así que como puede apreciarse, el principio de no devolución limita la facultad del Estado para ejercer su soberanía respecto a las personas o extranjeras o apátridas con derecho a recibir asilo o protección

subsidiaria. En primer lugar, porque obliga a que, una vez presentada la solicitud, la persona no puede ser devuelta ni expulsada del territorio español o del puesto fronterizo donde haya realizado su solicitud, mientras no exista una resolución de la autoridad competente, aun en los casos en que pudiera estar en curso un proceso de deportación que le afecte.

La cuestión de si existiendo un proceso de deportación debe ser paralizado automáticamente cuando la persona involucrada solicita protección internacional ha llamado la atención de la Sala de lo Contencioso de Tribunal Supremo Español, que mediante Auto de admisión. ATS 4658/2021 manifestó que dicha cuestión “tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y consiste en determinar si la solicitud de protección internacional implica la automática paralización de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante, o, por el contrario, sólo afecta a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en ese procedimiento.”³⁶⁸

Señala en el propio auto que “las normas que, en principio, serán objeto de interpretación, son los artículos 18 y 19 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, de Asilo y de la Protección Subsidiaria, el artículo 246.7 del Reglamento de Extranjería (RD 557/2011), todo ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (artículo. 90.4 LJCA).”

En segundo lugar, la no devolución o expulsión es una de las garantías que nace con la concesión del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria, de forma tal que la persona que tenga cualquiera de los dos estatutos no podrá ser devuelta ni expulsada del territorio español, tampoco deportada, pues le hecho de recibir la protección internacional constituye además el reconocimiento expreso o tácito, de que si fuera devuelta al país de origen o residencia podría ser objeto de

³⁶⁸ Tribunal Supremo Español, que mediante Auto de admisión. ATS 4658/2021.

violación de sus derechos o perseguida por las mismas razones que le llevaron a solicitar protección fuera de su país.

De igual manera, el principio de no devolución opera aun en los casos en que al solicitante se le niegue el derecho de asilo o la protección subsidiaria, donde no podrá ser devuelto a su país si su vida o integridad física corre peligro, o un tercer Estado donde tuviera derecho a residir o recibir protección internacional, si no existan garantías efectivas de su no devolución al país de origen o residencia anterior donde su vida o libertad corren peligro.

La prohibición aplica también en los casos de personas que estuvieron protegidas bajo el estatuto de refugiadas o de protección subsidiaria y les fue revocada, quienes en ningún caso pueden ser devueltas a un tercer país en el que tuviera derecho a recibir o solicitar protección internacional, o al de su anterior residencia o nacionalidad, si su vida o libertad corren peligro, o pudiera ser objeto de torturas, trastos crueles o incluso exista la posibilidad de que se aplique la pena de muerte.

Con ello se evidencia que el principio de no devolución ni expulsión tiene un contenido amplio, pues garantiza que la persona solicitante de asilo o protección subsidiaria, aun en los casos en que tal solicitud no sea concedida, tenga protección contra sus perseguidores, ya sea en su país de origen o en un tercero, para precautelar su vida y su libertad ante las posibles violaciones a sus derechos por cualquiera de los motivos previstos en la ley española y los instrumentos internacionales ratificados por el Estado.

En el ámbito jurisdiccional el Tribunal Constitucional en Sentencia No. 172/2020, de 19 de noviembre³⁶⁹ resolvió una controversia que se generó por la devolución en caliente de extranjeros en las fronteras de

³⁶⁹ Tribunal Constitucional en Sentencia No. 172/2020, de 19 de noviembre BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020.

Ceuta y Melilla, en el cual los demandantes alegaban no existir la garantía de un debido proceso judicial, reducido este al procesos administrativo que según ellos no es suficiente ya que se vulneran los derechos de los extranjeros solicitantes de protección internacional.³⁷⁰ El alto tribunal decidió desechar la demanda que solicitaba se declarase la inconstitucionalidad del artículo 9.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, pues dicha norma “se ajusta al marco constitucional.”

El texto de la disposición en cuestión es el siguiente: Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.»

Respecto de esas normas los accionantes manifestaban en sus alegatos que mediante ellas “se faculta así la ejecución de los citados “rechazos en frontera” sin la determinación de los supuestos que activarán tales situaciones, dejando al libre arbitrio de la administración no solo el modo y los medios de realizar dichas actuaciones, sino su realización misma, habilitando una actuación imprevisible e indeterminada que no tiene encaje en el marco constitucional (artículo 9.3).” De igual manera alegaron que estamos ante un supuesto de “vía de hecho”, al tratarse de

³⁷⁰ Tribunal Constitucional Español, STC 172/2020, de 19 de noviembre. El análisis que sigue se basa en el Fundamento Jurídico 8 de la sentencia, donde se trata el tema de la devolución en caliente.

una actuación administrativa llevada a cabo prescindiendo de todo procedimiento.

El TC consideró que el régimen de “rechazo en frontera” previsto específicamente para Ceuta y Melilla en la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, tal como ha sido configurado en el apartado primero, no incurre en inconstitucionalidad. Como resulta obligado en un recurso de inconstitucionalidad, esta apreciación deriva de considerar la disposición de una manera abstracta, sin perjuicio, por tanto, de que las circunstancias concurrentes en que cada una de sus aplicaciones deban ser ponderadas convenientemente en los procesos constitucionales en que se susciten.”

El alto tribunal recurrió a su jurisprudencia anterior, señalando la procedencia de recordar su doctrina según la cual no forma parte “de la garantía otorgada por el artículo 106 CE un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto. Por el contrario, las garantías derivadas de este precepto constitucional se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de los que ellos consideran un incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley.”

Otro de los argumentos esgrimidos por el TC señala que el «rechazo en frontera», en cuanto actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar, como expresamente señala el apartado segundo del precepto impugnado, la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional. A la persona extranjera que está siendo rechazada mientras se encuentra en los elementos de contención ubicados en territorio español, integrados en el sistema de seguridad fronterizo, le

son aplicables las garantías previstas en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, no se verifica la inconstitucionalidad demandada por los accionantes.

Esa constitucionalidad no implica que las actuaciones de las autoridades administrativas no estén sujetas a los requisitos y estándares internacionales y constitucionales en materia de protección de derechos de los extranjeros, y en particular de aquellos que buscan protección internacional. De hecho, el TC declaró la constitucionalidad de los preceptos demandados siempre que su interpretación y aplicación se ajuste a las exigencias de aplicación de entradas individualizadas (para rechazar las devoluciones grupales de extranjeros).

El segundo requisito es el sometimiento del procedimiento de devolución en caliente al pleno control judicial donde se verifique la legalidad de las actuaciones y sobre todo el respeto a los derechos de las personas devueltas (para evitar la arbitrariedad o el ejercicio de una potestad discrecional no sujeta a control jurisdiccional), y en tercer lugar, que se garantice el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de extranjería y de protección internacional que comprometen al Estado español.

6.9. Condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional, según la nueva normativa española

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, refiere la necesidad de proporcionar servicios sociales y de acogida a las personas solicitantes en estado de necesidad. Por ello, el capítulo III del título II se refiere a las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional.

El reciente Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento donde se regula el sistema de acogida en materia

de protección internacional viene a trasponer de manera parcial la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013.³⁷¹ Decimos que es parcial porque la directiva comunitaria engloba como ya se ha visto en el epígrafe 3.6 de este trabajo, no solo las solicitudes de acogida que de forma voluntaria piden los necesitados de protección internacional sino también lo relacionado con el internamiento en centros de acogida, que en el caso español se encuentra regulado en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y su reglamento (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril).

En consecuencia, el sistema de acogida español necesitaba una actualización si se tiene en cuenta que la Directiva Europa se había modificado en el año 2013, y las condiciones para el cual fue diseñado carecía de recursos económicos y estructurales para enfrentar el número en aumento de solicitudes de protección internacional. La normativa que se deroga se configuraba a través de una serie de protocolos, manuales e instrucciones que generaban la necesidad de armonizar.

Enhorabuena el sistema de acogida ha llegado en el momento oportuno después de largos años de espera, si se tiene en cuenta, la gravísima situación que se prevé en España por la afluencia masiva de personas desplazadas por la invasión de Ucrania. La normativa actual se eleva a un ámbito reglamentario y plantea la finalidad de establecer las condiciones generales básicas del sistema de acogida, recoge las características de los centros y recursos de acogida y regula un sistema de financiación y gestión de los recursos de acogida que garantiza su estabilidad en el tiempo y una mejor previsión de las necesidades y

³⁷¹ Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. «BOE» núm. 76, de 30 de marzo de 2022.

recursos, fomentando el abordaje plurianual e incentivando la innovación y la reducción de costes.

El reglamento tiene un alcance personal ampliado y se aplica a “todos los nacionales de terceros países y apátridas que presenten una solicitud de protección internacional, siempre que carezcan de recursos económicos suficientes y se les permita permanecer en España en calidad de solicitantes” (artículo 3, apartado 1). Sus disposiciones son aplicables desde el momento en que la persona presenta su solicitud de protección internacional y hasta que se adopta una resolución definitiva al respecto, o bien, si se aplica el Reglamento de Dublín III, hasta que el solicitante sea efectivamente transferido al Estado miembro responsable (artículo 3, apartado 2).³⁷²

El título II desarrolla los contenidos del itinerario del sistema de acogida de protección internacional. Primero se establecen los principios generales de actuación y las características del sistema de protección internacional, incluyendo la necesaria cooperación interinstitucional para el cumplimiento de los objetivos del sistema. Después se desarrollan los requisitos de acceso y de permanencia en el sistema de protección internacional, con especial mención a las personas en situación de vulnerabilidad.

Posteriormente se describen las características del itinerario de acogida de las personas destinatarias del sistema, incluyendo sus derechos y deberes entre los que se encuentran a) Ser informadas, en un idioma que comprendan, sobre las condiciones del sistema de acogida de protección internacional y del recurso de acogida, b) Conocer los derechos y deberes relativos a su situación administrativa, así como los requisitos para su permanencia en el recurso del sistema de acogida de protección internacional que le haya sido asignado. c) Recibir una atención integral

³⁷² Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento donde se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional.

para la recuperación de la violencia que, en su caso, hubiera sufrido con anterioridad o en el contexto del desplazamiento. d) Hacer uso de los servicios y actividades prestados en el recurso de acogida. e) Ser informadas de cualquier modificación del régimen de funcionamiento del recurso, así como de los posibles traslados a otros recursos con la debida antelación. f) Dirigirse al personal responsable del recurso asignado y utilizar las vías establecidas para formular las peticiones y reclamaciones relativas a su tratamiento o al sistema que eventualmente formulen. g) Derecho a la confidencialidad de los datos de carácter personal. h) Derecho a comunicarse con sus parientes, con sus asesores jurídicos o consejeros, con personas que representen a ACNUR y a otras organizaciones y órganos competentes nacionales, internacionales y no gubernamentales.

Este itinerario se realiza en tres fases, la de valoración inicial y derivación, la de acogida y una final de autonomía. Cabe destacar que en las tres fases del itinerario se establecen derechos y deberes en correspondencia con dicha fase, por lo que se puede decir que son derechos progresivos que se adquieren en la medida que se pasa de una fase a otra. Importante también destacar que a pesar del reconocimiento de estos derechos no se reconoce el derecho de acceso al empleo, que si recoge la Directiva Comunitaria (Directiva 2013/33/UE)

El título IV regula los distintos supuestos en los que va a producirse una reducción o una retirada de las condiciones de acogida sobre la base del artículo 33 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre y del artículo 20 de la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Aquellos hechos de naturaleza sancionadora serán desarrollados en la normativa que desarrolle el régimen disciplinario correspondiente.

El título V regula la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante la acción concertada. En primer lugar, recoge las disposiciones generales, ámbito de aplicación, definiciones, principios rectores y duración de la autorización. En segundo lugar, se regulan los requisitos de autorización, que deberán cumplir las entidades para poder

acceder al sistema. En tercer lugar, se determina el procedimiento de acción concertada y sus distintas fases. En cuarto lugar, se regula la supervisión, el pago y la financiación de la acción concertada. En quinto lugar, se recogen cuestiones relativas a la suspensión y revocación de la autorización de acción concertada. Por último, se establecen provisiones generales para el establecimiento de sistemas de intercambio de información.

Este real decreto se adecúa a los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así, es respetuosa con los principios de necesidad y eficacia en tanto que identifica claramente el fin que pretende, que no es otro que regular el sistema de acogida de protección internacional, mediante una norma en la que se definan las condiciones de acogida en el sistema de protección internacional, los recursos destinados para ello y se regule su financiación mediante el sistema de acción concertada, todo ello, utilizando el rango normativo adecuado.

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS ASILADOS Y REFUGIADOS EN EL ECUADOR Y EN ESPAÑA

7.1. Aspectos generales sobre el estudio comparado

Los estudios comparados son una herramienta de suma importancia en el análisis de categorías jurídicas, instituciones o procesos como los abordados en esta investigación, que son el derecho de asilo y la condición de refugiado en el contexto general de Europa y América Latina, y su desarrollo a nivel legislativo en Ecuador y España, países que guardan notables diferencias en las instituciones mencionadas, aunque comparten también algunos rasgos dignos de mención.

Varios son los rasgos que inciden en las políticas migratorias en general y de asilo y refugio en particular, comenzando por las relacionadas como la situación geográfica de ambos países, ya que mientras España es un país receptor de migrantes en la actualidad, Ecuador tiene una doble situación de migración de sus nacionales hacia el norte (básicamente Europa y Estados Unidos) y a la vez receptor de migrantes forzosos de sus países vecinos como Venezuela y Colombia, y migrantes voluntarios o económicos provenientes de otros países como Haití y Cuba, entre otros.

Otro de los factores que incide en las respectivas políticas de asilo y refugio son las condiciones socioeconómicas: España un país desarrollado, del primer mundo, con una economía sólida, con un PIB alto y el destino final o de tránsito de miles de migrantes, y Ecuador un país subdesarrollado, con dificultades económicas, carencia de empleos y servicios públicos adecuados incluso para su población, lo que supone limitaciones importantes para garantizar los derechos humanos de los migrantes o personas que buscan protección internacional.

Dicho esto, es evidente que ambos países tienen condiciones y circunstancias distintas para hacer frente a los desafíos migratorios en cuanto a protección de los derechos humanos, marco regulatorio necesario para, situación geopolítica respecto a la migración, factores económicos e infraestructura a la que pudieran tener acceso las personas que buscan protección internacional, y mecanismos legales e institucionales para canalizar las demandas y disminuir el flujo migratorio ajeno a los canales ordinarios de migración regular y ordenada.

Por tanto, los criterios para establecer una comparación pertinente de la protección de los derechos sociales que ambos países reconocen a los extranjeros o apátridas que buscan protección internacional, cuando se la conceden, deben remitir necesariamente al marco legal vigente, detrás del cual hay una situación económica, política, social y de derechos humanos completamente diferente que no se refleja siempre en las normas y procedimientos aplicables, lo que incide necesariamente en la forma en que se acomodan en el ordenamiento interno las normas internacionales de obligatoria aplicación.

Adicionalmente, si bien ambos países comparten el hecho de haber ratificado los instrumentos internacionales más importante sobre el refugio, no sucede lo mismo con el derecho de asilo, el cual si bien tiene reconocimiento en ambos países tienen una connotación completamente diferente, hasta el punto de que una institución tradicional como es el asilo político en sede consular ubicada en el país de origen del solicitante a la que se acoge Ecuador, España impide la posibilidad de dar protección internacional en sus sedes diplomáticas, e incluso solicitarle en la que esté ubicada en el país del solicitante.

Las diferencias, sin embargo, no son una excusa o un argumento válido para no reconocer, proteger y garantizar los derechos humanos básicos de los solicitantes de asilo o refugio, y de quienes hayan obtenido ese estatuto o se les hubiera negado, ya que los derechos humanos y las

libertades básicas son inherentes a toda persona con independencia de su condición migratoria. En ese contexto, un primer punto de comparación sería el reconocimiento de derechos y las y garantías de que pueden hacer uso los solicitantes de protección internacional y los que hayan obtenido esa condición. El hecho es que a nivel constitucional los derechos humanos y libertades básicas se reconocen y garantiza a toda persona, como se verá más adelante.

Otro punto de comparación toma en cuenta la situación concreta de las personas; es decir, los derechos y garantías previstas para quienes se encuentran en una situación migratoria especial como solicitante de asilo o refugio, o protegido bajo cualquiera de esas modalidades. En ese caso hay que atenerse a lo que dispone la legislación particular de cada país, pues corresponde al Estado en virtud del principio de soberanía, determinar cómo introduce en su ordenamiento jurídico las normas que le obligan internacionalmente.

De igual manera, las personas que reciben asilo, refugio o protección subsidiaria en el caso de España, se les garantiza el acceso a otros derechos básicos como trabajo, seguridad social en ciertos casos, salud, educación, servicios públicos, documentos de identidad o de viaje de acuerdo a sus necesidades, y en general la protección adecuada para garantizar sus derechos en condiciones de refugiado, la misma que por su propia naturaleza impone ciertas limitaciones en el orden social, laboral o de integración comunitaria.

Finalmente, también entran en los criterios de comparación las necesarias medidas de protección de los refugiados, asilados o personas bajo protección subsidiaria, contra prácticas habituales que utilizan a las personas y grupos vulnerables en actividades delictivas como el tráfico de estupefacientes, ciertas formas de esclavitud moderna en el ámbito laboral, la trata de personas o en general actividades delictivas en las que se busca

involucrar a esas personas aprovechándose de su condición de precariedad económica y necesidades básicas insatisfechas.

7.2. Derechos humanos

No es preciso introducirse en este epígrafe en el tema del contenido y alcance de los derechos humanos, que ha sido abordado en disímiles estudios y excede las pretensiones del presente. Aquí la expresión derechos humanos tiene la connotación más específica de derechos constitucionales³⁷³ y derechos legales,³⁷⁴ pues se refiere a aquellos reconocidos en los textos constitucionales de Ecuador y España y desarrollados en sus respectivas leyes aplicables al asilo y refugio.

Los textos constitucionales de ambos países se centran evidentemente en los derechos de sus ciudadanos, y las normas respectivas están diseñadas en función del vínculo que existe entre el Estado y sus nacionales. De manera tal que puede afirmarse que la regla es que los derechos constitucionales y las garantías para su ejercicio tiene como sujetos de protección a los ciudadanos, mientras las normas destinadas a los extranjeros son la excepción.

Sin embargo, la propia naturaleza universal de los derechos humanos implica que, salvo las excepciones previstas en los textos constitucionales, los derechos y garantías reconocidas deben entenderse aplicables y válidas para toda persona que se encuentre en el territorio nacional, con independencia de su condición migratoria, nacionalidad o cualquier otra causa que pueda dar lugar a distinciones o discriminación, sobre todo cuando a las circunstancias sociales o personales se agregan las inherentes a una persona extranjera.

³⁷³ SALDAÑA, J., *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*. UNAM, 2012, págs. 113 y ss. BERNAL PULIDO, C., "Derechos fundamentales." En FABRA ZAMORA, J. L., y NÚÑEZ VAQUERO, Á., (Eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. UNAM, 2015, págs. 1571-1594.

³⁷⁴ BIX, B. H., *Diccionario de Teoría del Derecho*, op. cit. p. Voz "derechos legales", págs. 74- 75.

Es así que la Constitución española reconoce en su artículo 13 que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I. De los derechos y deberes fundamentales, en los términos que establezcan los tratados y la ley. Por ello, el punto de partida es considerar que los extranjeros son titulares de los derechos en que expresamente se los protege como tales, que son aquellos derechos de contenido no político del que solo pueden disfrutar los ciudadanos.

Esos derechos se reconocen y respetan con independencia de la condición migratoria del extranjero, pues son derechos y libertades básicas, universales respecto de los cuales el Estado ha asumido ante la comunidad internacional, en virtud de los instrumentos internacionales ratificados, la responsabilidad de respetarlos y asegurar que cualquier violación de los mismos sea castigada en los términos previstos en la ley, así como adoptar las medidas necesarias para que las personas afectadas tengan acceso a la justicia.

En la Constitución ecuatoriana de 2008 también existen normas específicas que distinguen entre ecuatorianos y personas extranjeras que se encuentren en el territorio nacional. A estas últimas en su artículo 9 se les reconocen los mismos derechos que a los nacionales, de acuerdo con las normas constitucionales aplicables. Se exceptúan evidentemente los derechos de participación política que establecen una relación entre el Estado y sus ciudadanos, tal como acontece también en la Constitución española.

Fuera de esa exclusión, los derechos constitucionales son comunes a todas las personas, con independencia de su condición migratoria, aunque su ejercicio en muchos casos solo es posible cuando se tiene una condición migratoria regular al amparo de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, ya sea como migrante regular o acogido a la condición de asilado o refugiado. Asimismo, la Constitución reconoce en su artículo 34 el

derecho de las personas a migrar, y prohíbe que se las identifique o considere ilegal por su condición migratoria.

Este derecho a migrar tiene una redacción y contenido peculiar en el contexto constitucional, pues no aparece en ninguna otra Constitución de las revisadas para esta investigación. Aunque se reconoce como derecho de toda persona, en realidad se trata de un derecho para los ciudadanos ecuatorianos, ya que a los extranjeros no se les reconoce como tal, mucho menos a aquellos que por su origen requieren de una visa de ingreso. En consecuencia, se asemeja más al artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que a un derecho de toda persona.³⁷⁵

De igual manera, los extranjeros en general tienen derecho a la inviolabilidad de la vida;³⁷⁶ derecho a la integridad personal, que incluye el derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual, a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.³⁷⁷ Todos estos derechos, además de otros que constan en el texto constitucional, son comunes a toda persona con independencia de su situación migratoria, y deben ser respetados por las autoridades públicas, las instituciones privadas y los particulares.

En resumen, se puede afirmar que tanto en la Constitución española como en la ecuatoriana se reconocen derechos comunes a todas las personas, con independencia de su origen nacional o situación migratoria, y derechos específicos cuyo goce o ejercicio depende de esa última condición. A diferencia de España, las personas que en Ecuador buscan protección internacional tiene un marco constitucional más desarrollado, que incluye principios universales como la no devolución, la distinción entre derecho de asilo y condición de refugiado, en cada caso con derechos

³⁷⁵ *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948). Artículo 13.2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

³⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 66.1.

³⁷⁷ Ídem, artículo 66.3.

distintos, y el reconocimiento de derechos específicos y las obligaciones del Estado.

En cualquier caso, en ambos órdenes normativos se confiere a las personas solicitantes de protección y a quienes obtengan el estatuto de asilado, refugiado o de protección subsidiaria, un conjunto de derechos de protección especial que constituyen el núcleo duro del régimen jurídico vigente en ambos países.

7.3. Derechos de protección especial

Por lo dicho se entiende que los derechos humanos de las personas que solicitan protección internacional, así como las que reciben la condición de asilada, refugiada o de protección subsidiaria, deben respetarse con total independencia de su estatus migratorio o etapa del trámite en que se encuentren, pues son derechos que protegen a toda persona como efecto de su naturaleza humana, derechos inherentes a toda persona sin importar las diferencias sociales o personales que permitan singularizarla de las demás.

Así lo ha reafirmado el Tribunal Constitucional Español en Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007) al referirse a la Ley Orgánica 8/2000 relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad debe conllevar la nulidad del inciso “residentes”, que figura en cada uno de ellos, pues como se ha expuesto en los correspondientes fundamentos jurídicos tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.³⁷⁸

³⁷⁸ Tribunal Constitucional Español, STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007).

El Tribunal Constitucional al declarar en la sentencia citada la inconstitucionalidad de la palabra “residentes” en los incisos correspondientes relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, hace justicia, pues como estaba redactado en la norma, excluía de estos derechos a los extranjeros que no poseían la condición de “residente”, apreciando el tribunal constitucional que ello vulneraba los derechos fundamentales y constitucionales de los extranjeros.

Una cuestión distinta son los derechos específicos, situacionales, circunstanciales o delimitados que se reconocen a las personas extranjeras que solicitan protección internacional, y las que la obtienen bajo cualquiera de los estatutos vigentes. Respecto de ellas se puede decir que tienen además de los derechos comunes a todo ser humano, los derechos específicos propios de su situación transitoria en el caso de los solicitantes, o definitiva en el caso de quien esté cobijados por el estatus de refugiado, asilado o de protección subsidiaria en el caso de España.

Visto desde una perspectiva particular, a los extranjeros en España se les reconocen y garantizan los derechos inherentes al ser humano como son el derecho de asilo; a la vida, integridad física y moral;³⁷⁹ el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades;³⁸⁰ derecho a la libertad y a la seguridad;³⁸¹ derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen;³⁸² derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos³⁸³ y derecho a la educación, entre otros previstos en el Título I de la Constitución.

³⁷⁹ Constitución española, artículo 15.

³⁸⁰ Ídem, artículo 16.1.

³⁸¹ Ídem, artículo 17.1.

³⁸² Ídem, artículo 18.1.

³⁸³ Ídem, artículo 24.1.

Siguiendo la misma línea de la sentencia STC 236/2007, de 7 de noviembre el Tribunal Constitucional Español referente a los derechos de sindicalización, huelga, asociación, asistencia jurídica de los extranjeros ha declarado la inconstitucionalidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por el artículo 1, punto 9, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al artículo 28.2 CE, esta vez el órgano lo ha plasmado en la sentencia 259/2007, de 19 de diciembre de 2007.

En jurisprudencia sentada el Tribunal Constitucional Español ha indicado que “el propio legislador orgánico, con tal declaración de equiparación, pretende proteger los derechos del trabajador extranjero que, aun careciendo de autorización administrativa para trabajar, está efectivamente trabajando en nuestro país. Tales derechos no se atribuyen a la persona en razón de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador.”³⁸⁴

En otras palabras, el Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” ha contradicho los alegatos del abogado del Estado el cual había sostenido la tesis que, los extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente. Y ello porque constituiría un absurdo irreconciliable con el sentido común permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera ejercer el medio de presión sobre el empresario que le otorga el derecho fundamental a la huelga.

Cabe entonces reafirmar que la CE refrenda los derechos fundamentales de sindicalización, huelga, asociación, asistencia jurídica

³⁸⁴ Tribunal Constitucional de España. STC. 259/2007, de 19 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1640-2001.

de los extranjeros, de todos los trabajadores estén autorizados o no a trabajar e independientemente de su situación migratoria. Ahora bien, esos derechos son comunes a todo ser humano que se encuentre dentro del territorio español en condiciones migratorias regulares, ya sea a través de la legislación de extranjería o bajo el estatuto de protección internacional. Estos últimos, sin embargo, requieren una protección adicional que se adecúe a su situación de vulnerabilidad, les garantice acceso a servicios básicos y a llevar una calidad de vida ajustada a las necesidades humanas.

Al respecto es preciso distinguir los derechos de las personas solicitantes de protección internacional de los que se les reconocen una vez obtenido el estatus correspondiente. Al solicitante de asilo se le reconocen derechos mínimos en la legislación española, en correspondencia con la situación transitoria en que se encuentra. Así, si la solicitud la presenta en un punto fronterizo del ingreso al país tiene derecho a que se le provea de un abogado, traductor si lo requiere y condiciones mínimas que le faciliten su estancia mientras espera una solución a su solicitud. Si esta fuera denegatoria tiene derecho a solicitar su reexamen, que si es admitido le da derecho a ingresar al país mientras se resuelve el recurso.

Si la solicitud de protección internacional se presenta ante las autoridades previstas en el artículo 4 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero,³⁸⁵ tiene una gama más amplia de derechos, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 18 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Al momento de presentar la solicitud, le nace al solicitante el derecho a ser documentado como solicitante de protección internacional; recibir asistencia jurídica gratuita e intérprete; a que se comunique su solicitud al ACNUR; a la

³⁸⁵ Oficina de Asilo y Refugio; los Puestos fronterizos de entrada al territorio español; las Oficinas de Extranjeros; las Comisarias Provinciales de Policía o Comisarias de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior; y finalmente las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.

suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante; a conocer el contenido del expediente en cualquier momento; a la atención sanitaria en las condiciones expuestas, y a recibir prestaciones sociales inherentes a su condición de solicitante de protección internacional.

Esos derechos son por decirlo de alguna manera transitorios: nacen con la presentación de la solicitud y mueren con su negación o concesión. En el primer caso, la persona a quien se niega la condición de refugiado o de protección subsidiaria se obliga a abandonar el territorio español si la solicitud la hizo una vez dentro del mismo, o a no ingresar y en consecuencia regresar a su punto de origen. Si la solicitud es admitida surgen otros derechos inherentes a su nueva situación migratoria; en primer lugar, el derecho a la no devolución que es consustancial a la protección internacional una vez obtenido el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria.

La concesión del derecho de asilo o la protección subsidiaria a la persona solicitante tiene varios efectos establecidos en el artículo 36 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que implica el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea.

Una vez obtenida la protección internacional bajo el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria, la persona adquiere todos los derechos humanos inherentes a las personas reconocidos en la Constitución, además de los específicos que les reconoce la legislación vigente en materia de protección internacional y de extranjería.

Sin perjuicio de ello, se reconocen derechos de protección especial como el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones

relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que le sea comprensible; autorización de residencia y trabajo permanente; expedición de documentos de identidad y viaje a quienes les sea reconocida la condición de refugiado, y, cuando sea necesario, para quienes se beneficien de la protección subsidiaria; acceso a los servicios públicos de empleo; acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la seguridad social y a los programas de integración.

Asimismo, tienes derecho, en igualdad de condiciones con los españoles, a acceder a la formación continua u ocupacional y al trabajo en prácticas, así como a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero; libertad de circulación; acceso a programas de integración; a los programas de ayuda al retorno voluntario que existieren y al mantenimiento de la unidad familiar de acuerdo a las normas vigentes.

Para hacer efectivos esos derechos, el Estado se obliga crear programas de integración y a los que tengan acceso todas las personas bajo protección internacional, en igualdad de oportunidades y sin discriminación para beneficiarse de los servicios sociales previstos en dichos programas. De igual manera, podrán seguir amparados en los programas o prestaciones de que disfrutaban con anterioridad a la obtención del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria, cuando existan circunstancias especiales que así lo requieran, siempre al amparo del régimen jurídico vigente al efecto.

Adicionalmente, para satisfacer las necesidades de empleo, vivienda, servicios educativos generales, servicios especiales de interpretación y traducción de documentos, ayudas permanentes para ancianos y personas

con discapacidad y ayudas económicas de emergencia, las Administraciones públicas pueden crear servicios complementarios a los existentes, lo que permitirá mejorar cuando sea necesario la calidad de vida de esas personas y una mayor efectividad de sus derechos generales y específicos.

Ahora bien, el hecho de que se reconozcan esos derechos a las personas bajo protección internacional, no significa que los mismos puedan ser satisfechos directamente por el Estado, excepto aquellos de tipo prestacional o institucionales que no puedan ser satisfechos por iniciativa de la persona protegida por ser muy gravosos o requerir necesariamente la intervención directa de las autoridades públicas, como sería el acceso a servicios de salud, educación o identificación y documentos de viaje.

Otros derechos básicos como el acceso a vivienda, empleo, seguridad social y demás derechos de carácter prestacional, la legislación vigente abre la oportunidad de que la persona resguardada por el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria, pueda desplegar sus capacidades e insertarse en el mercado laboral, pues evidentemente el Estado no está en posibilidades de asignarles un trabajo, como no lo hace tampoco con sus propios ciudadanos.

Es en el caso de esos derechos donde surgen las principales dificultades para las personas bajo protección internacional, pues una vez que se le concede ese estatus adquieren la misma condición que los extranjeros que residen en el territorio nacional al amparo de la legislación de extranjería, con las diferencias rigor en cuanto a su condición migratoria específicas y las obligaciones que deba cumplir como consecuencia de la forma en que ingresó al país y regularizó su situación migratoria. En cualquier caso, queda claro que se reconocen tanto derechos comunes como derechos específicos de acuerdo a su estatuto de protección internacional, lo que facilita el proceso de integración social y

laboral en condiciones de igualdad con los españoles en algunos casos, y en otros con relación a los demás extranjeros.

Para cerrar el análisis de este punto cabe analizar las más recientes propuestas en materia de reforma migratoria en España, las que por su estado de discusión en que se encuentran solo es posible dar noticia de los que se ha venido manejando en el Congreso de los Diputados y particularmente en el Pleno del Senado, en cuya sesión celebrada el día 6 de abril de 2022 acordó la “la creación, en el seno de la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de una Ponencia de estudio que aborde multisectorialmente el hecho migratorio de manera integral, con el fin de obtener conclusiones y recomendaciones que sirvan de orientación para los cambios legislativos que se consideren necesarios y de base para la política migratoria exigida por el siglo XXI.”³⁸⁶

Las principales medidas en materia de derechos sociales de los migrantes, que incluye a los no regularizados en general y a los solicitantes de protección internacional en particular, fueron sistematizadas por ROJO TORRECILLA.³⁸⁷ Entre las medidas que se proponen para una futura reforma con enfoque multidisciplinario se encuentran las de continuar la dotación de recursos, de formación para la atención a población migrante, mejorando procedimientos administrativos, así como avanzando en administración digital, a fin de agilizar las concesiones y renovaciones de autorizaciones.

Asimismo, se propone trabajar en la mejora de las condiciones de acceso y renovación de los permisos de residencia y trabajo, simplificando los trámites, facilitando los medios de acceso, preferentemente digitales, a los usuarios y los tiempos de respuesta a las solicitudes; adaptar la normativa en materia de Extranjería a la última mejora de la legislación

³⁸⁶ Ver diario de sesiones correspondiente a la fecha, a partir de la página 100. Disponible en https://www.senado.es/legis14/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_P_14_86.PDF

³⁸⁷ ROJO TORRECILLA, E., “Población migrante, reforma laboral, y posible reforma de la normativa de extranjería para regularización. Notas para debate.” En <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/04/poblacion-migrante-reforma-laboral-y.html>. Actualizado hasta 9 de abril de 2022.

laboral, desde una perspectiva integral que integre el análisis de la realidad laboral de nuestro país y del reto demográfico siempre dentro del marco normativo internacional y europeo, una vez acordada la política migratoria a nivel europeo, y continuar y potenciar las investigaciones de las redes criminales que están ocasionando delitos de trabajo forzoso.

La ponencia incluye además una propuesta de análisis de cómo acortar los tiempos en los trámites de homologación de títulos extranjeros; establecer canales y vías de migración laboral, agilizando los procesos de tramitación de estancias para estudios con el objeto de posibilitar que las personas migrantes puedan llegar a España con un contrato o matrícula desde su país de origen; estudiar las reformas de la normativa laboral en el sector del campo, incluida la contratación temporal para mejorar la garantía plena de los derechos laborales y agilizar las contrataciones de temporada.

De ser implementadas, esas reformas podrían mejorar sustancialmente la integración de los migrantes en general y de las solicitantes de protección internacional, así como las que ya se encuentran bajo ese estatus, que como se explicó anteriormente tienen dificultades para acceder a los derechos y servicios básicos bien porque se encuentran en situación irregular o porque no existen políticas públicas que los beneficien de manera directa cuando se trata del derecho a la trabajo o a la seguridad social.

En el caso del Ecuador, es preciso distinguir entre los derechos que se reconocen a la persona que recibe asilo diplomático o territorial. En el primer caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, la persona que reciba asilo diplomático gozará de todos los derechos y obligaciones previstos para las personas sujetas a protección internacional de acuerdo al derecho internacional y a los instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano.

Aquí cabe acotar que al no tener previsto la legislación vigente en España el asilo diplomático, no es posible establecer un punto de

comparación en cuanto a los derechos de protección especial que asiste a la persona acogida bajo esa modalidad en una sede consular o diplomática del Ecuador en el extranjero. Además de los derechos inherentes a la persona bajo protección internacional, le asiste al asilado el derecho a la no devolución del Estado perseguidor, sea el propio o un tercero, sobre todo porque se trata de persecución por razones políticas que ponen en riesgo inminente su vida, libertad o integridad.

El caso de Julian Assange analizado con anterioridad (epígrafe 5.8.) permitió observar con detalles el funcionamiento de esta institución vigente en el Derecho ecuatoriano, donde el Estado cubrió todas las necesidades del asilado e hizo efectivos sus derechos fundamentales, sin que conste ni en la Ley Orgánica de Movilidad Humana ni en su reglamento cuáles son los derechos especiales de la persona en condición de asilo diplomático, ni las condiciones y límites que debe respetar en su estadía que por su propia naturaleza debe ser temporal, aunque su terminación dependerá de la voluntad del Estado donde se encuentre el lugar donde se brinda el asilo diplomático.

Respecto al asilo territorial, que puede ser consecuencia del asilo diplomático cuando la persona obtiene el salvoconducto para dirigirse al Ecuador, la Ley Orgánica de Movilidad Humana le reconoce a la persona bajo esa modalidad de protección los mismos derechos según lo dispuesto en el artículo 96, y son aplicables los mismos parámetros que para el asilo diplomático. Se trata en todo caso de una equiparación sin fundamentos, ya que la persona asilada en sede diplomática o consular tiene varios derechos restringidos, y no tiene necesidad de ejercer otros en su situación.

Por ejemplo, mientras la persona bajo la condición de asilo diplomático tiene todas sus necesidades cubiertas por el Estado ecuatoriano, y además carece de libertad de movimiento y le están suspendidos los derechos de reunión, asociación o la libertad de expresión,

quien recibe la protección de asilo territorial goza de sus derechos sociales, tiene libertad de movimiento y debe por su cuenta satisfacer sus necesidades, excepto en casos puntuales en que pueda ser asistida por el Estado de acuerdo a su jerarquía, interés de Estado o situación particular.

De cualquier manera, como el asilo diplomático es una situación transitoria hasta tanto la persona obtenga el salvoconducto para dirigirse al Ecuador o abandone voluntariamente el lugar, o sea expulsado, otros derechos propios de la persona protegida bajo asilo territorial no le son aplicables, por ejemplo, el de recibir documentos de identidad y de viaje si los necesitara, ya que la restricción de movilidad de la persona protegida bajo asilo diplomático no requiere tales documentos. Una vez en el territorio ecuatoriano tendrá los derechos inherentes a su condición migratoria que es la de asilo territorial.

En el caso de que la persona reciba la condición de refugiado como modalidad de protección internacional, lo que la distingue del resto de los extranjeros es la forma en que ha obtenido la regularización de su condición migratoria, pues una vez que se le reconoce como refugiada el único derecho de protección especial previsto en la ley, que es el de obtener una visa de residencia temporal, la cual una vez concluidos los dos primeros años, de conformidad con lo previsto en el artículo 105 de la ley, puede solicitar la renovación de su visa temporal o solicitar el cambio por una de residencia permanente.

En consecuencia, una vez que ha recibido el estatus de refugiado queda bajo la protección de las normas comunes para cualquier extranjero previstas en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, que de conformidad con lo prescrito en los artículos 42-52 son el derecho a la libre movilidad responsable y migración segura; derecho a solicitar una condición migratoria; derecho a la información migratoria; derecho a la participación y organización social; acceso a la justicia en igualdad de condiciones;

derecho a la integración de niñas, niños y adolescentes; derecho al registro de títulos; derecho al trabajo y a la seguridad social y derecho a la salud.

Esos derechos se corresponden, en general, con los derechos que tienen los ciudadanos ecuatorianos, tal como lo expresa el artículo 9 de la Constitución de la República (artículo 9). Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución, excepto en lo que se refiere a los derechos de participación política que solo pueden ser ejercidos por los ciudadanos, sean por nacimiento o por naturalización en el caso de los extranjeros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.

7.4. Derecho al trabajo

El punto de partida para el análisis del derecho al trabajo en España es el artículo 32 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, donde se establecen lo relativo a la autorización de trabajo a los solicitantes de protección internacional. En tal sentido, a las personas solicitantes de protección internacional serán autorizadas para trabajar en España en los términos que reglamentariamente se establezcan.

La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción “autoriza a trabajar” en el documento de solicitar la protección internacional y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez. En caso de que no proceda esta inscripción porque no se cumplan los citados requisitos, la Oficina de Asilo y Refugio

hará constar tal hecho en resolución motivada y se lo notificará al interesado.

Es importante aclarar que este derecho al trabajo regulado en el artículo 32 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, también se complementa con las normas contenidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) que a su vez es complementaria de la CE con respecto a los derechos de los extranjeros que incluye las personas bajo protección internacional por la vía del refugio o de la protección internacional.

Efectivamente, la LOEX establece que “los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en la misma y en las disposiciones que desarrollen su contenido en el ámbito reglamentario, en los que se dota de operatividad su derecho al trabajo por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente” al incluir la mención a los “residentes”, parece fortalecer la idea, ya antes aceptada, de que sólo los residentes tienen el derecho de acceder al trabajo en España y no, por tanto, los que se encuentran en el territorio en situación de irregularidad administrativa.³⁸⁸

Lo curioso es que nos encontramos aparentemente ante una antinomia jurídica, pues la Ley 12/2009 reconoce el derecho al trabajo de los solicitantes de asilo cuya respuesta demore más de 6 meses periodo en que aún no son “residentes”, incluso este periodo puede ser ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³⁸⁸ ORTEGA MARTIN, E., *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, LA LEY, marzo 2010 (4ª edición), pág. 222 en MARTÍNEZ ASO, M., *La eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros*, Tesis doctoral, directores Eduardo ROJO TORRECILLA y Ferran CAMAS RODA, Universitat de Girona, 2013, pág. 27.

Se le exigirá una vez recibida la autorización para trabajar como requisito para acceder al mercado de trabajo, el contrato de trabajo. Mecanismo que motiva la autorización para trabajar del extranjero (refugiado) que se constituye en elemento clave de la regularidad laboral.³⁸⁹ Este primer contrato de trabajo en España le garantizará del disfrute de todos los derechos en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos extranjeros y podrá conservarlo una vez tenga la condición de refugio a tenor de lo regulado en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. En caso contrario, es decir, que sea denegada la solicitud le será denegada la autorización para trabajar y el contrato de trabajo quedara sin efectos jurídicos.

Sin duda el punto crítico para medir los derechos sociales de los refugiados o personas bajo protección subsidiaria, una vez obtenido ese estatus, es el de los derechos laborales, y concretamente el derecho a acceder a un empleo para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia cuando proceda, pues mediante el mismo se produce progresivamente la integración de la persona bajo protección internacional en un ambiente social delimitado como es el lugar de trabajo.

Hay que recordar en este punto que la Convención de Ginebra de 1951 contiene normas relativas al empleo remunerado, donde se compromete a los Estados contratantes a conceder a los refugiados legalmente en su territorio “el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros”, lo que supone un trato igualitario, partiendo del presupuesto de que el refugiado se encuentra en una situación de inicio desfavorable, por lo que llevarlo a las mismas condiciones que los demás trabajadores nacionales o extranjeros

³⁸⁹ MARTÍNEZ ASO, M., *La eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros*, Tesis doctoral, directores Eduardo ROJO TORRECILLA y Ferran CAMAS RODA, Universitat de Girona, 2013, pág. 27. (En Línea) <https://www.tdx.cat/handle/10803/124038#page=14>

representa una ventaja significativa, lo que puede decirse también del trabajo autónomo y el ejercicio de las profesiones liberales.³⁹⁰

Asimismo, deben tenerse en cuenta las diferencias entre el migrante que ingresa al territorio del país receptor de aquél que solicita y obtiene la condición de refugiado. Las diferencias básicas serían las siguientes:³⁹¹ el inmigrante que ingresa por vía ordinaria; el motivo de su ingreso es por defecto económico; y el bien jurídico protegido es la mejora de las condiciones de vida. Por tanto, en su integración aplica el criterio del “cupos de mercado.” En el caso del refugiado o persona bajo protección internacional, su ingreso se produce por vía extraordinaria; el motivo de ingreso es el peligro para su vida o libertad en el país de origen o residencia. El bien jurídico protegido son la vida y la libertad en peligro. Para su integración social el criterio aplicable es el del “cupos de solidaridad.”

Esas diferencias, si bien son sustanciales y tienen un efecto práctico en las posibilidades del acceso al empleo de las personas bajo protección internacional, no tiene un reflejo correlativo en la legislación aplicable, pues como ya se mencionó, una vez que la persona adquiere la condición de refugiada o de protección subsidiaria, automáticamente adquiere la titularidad de los mismos derechos que el resto de los extranjeros que ingresaron por la vía ordinaria como migrantes económicos y que ya tienen la condición de residentes.

En consecuencia, las diferencias si caben serían en el ámbito de las políticas sociales, siempre que no implique un trato más favorable que al resto de los extranjeros, mucho menos respecto a los nacionales. De esa manera, los términos del reconocimiento del derecho al empleo y las políticas de acceso al mismo, así como en la remuneración y demás derechos laborales no existen diferencias en cuanto a la persona bajo

³⁹⁰ Artículos 17, 18 y 19.

³⁹¹ MIÑARRO YANINI, M., *La dimensión social del derecho de asilo: estatuto de garantías de integración sociolaboral de los “refugiados”*, op. cit. pág. 30.

protección internacional y los demás extranjeros, tampoco respecto a los nacionales de cada país, pues se trata de derechos básicos inherentes a toda persona que se encuentre en situación migratoria regular.

Con esos presupuestos es pertinente distinguir las regulaciones vigentes respecto al derecho al trabajo en la legislación de Ecuador y España, respectivamente, cuando la persona ha obtenido protección internacional como refugiado o protección subsidiaria en el caso de España. No es preciso analizar el régimen laboral aplicable a la persona asilada en el Ecuador o sus representaciones diplomáticas o consulares cuando se trate de asilo diplomático, pues en principio se trata de casos puntuales respecto a los que el legislador no ha establecido reglas de público conocimiento.

En España, con relación al derecho laboral aplica lo dicho respecto a los derechos humanos: una vez integrada la persona a una situación migratoria regular bajo la figura del refugio o de protección internacional, tiene los mismos derechos que los demás extranjeros y que los nacionales, considerándose que una distinción basada en la forma de ingreso al país o la legislación que le fue aplicada para ello (la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y su reglamento o la legislación común de extranjería), sería romper el principio de igualdad de trato y establecer privilegios entre persona que si bien se encuentran en una posición inicial diferente, el hecho de obtener una condición migratoria regular los iguala ante la ley.

MIÑARRO YANINI es expresa al respecto: “dado que ninguna disposición establece restricción alguna respecto de los solicitantes, se considera que se les aplicará la igualdad, lo que supone, en consecuencia, que una vez acceden al derecho a trabajar, se aplican a unos y otros idénticas condiciones.”³⁹² Sí existe, sin embargo, una diferencia en cuanto

³⁹² MIÑARRO YANINI, M., “La protección social de los refugiados en el ámbito internacional, Unión Europea y España”, op. cit. pág. 164.

a la autorización para trabajar entre las personas solicitantes de protección internacional y quienes ingresan por la legislación de extranjería común.

Así, mientras las personas solicitantes de protección internacional tienen derecho a acceder a dicha autorización una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado,³⁹³ las personas sujetas al régimen común de extranjería están sujetas al procedimiento de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena previsto en el Capítulo III del mencionado Real Decreto, que es considerablemente más complejo que el previsto para el solicitante de asilo.³⁹⁴

El hecho de recibir automáticamente una autorización para trabajar una vez cumplidos los seis meses posteriores a la solicitud no significa que efectivamente tengan acceso a un empleo. Por el contrario, “ello no impide que vivan su situación laboral con gran incertidumbre, a la espera de la resolución de su solicitud, ya que una denegación supondría un cambio radical en su panorama laboral, con las siguientes implicaciones para su persona y para el resto de la familia.”³⁹⁵

La consideración especial respecto de los solicitantes de protección internacional, es que el “reconocimiento del derecho a trabajar es, en consecuencia, automático, adquiriéndose por el solo transcurso de los 6

³⁹³ 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. “La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción “autoriza a trabajar” en el documento de solicitante de protección internacional y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez. Por lo tanto, transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, el solicitante adquiere automáticamente el derecho al trabajo”, véase CAMAS RODA, F., (dir), *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones laborales*, op. cit. págs. 524-525.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ LA SPINA, E; VICENTE, T; MORONDO, D y URRUTIA, G., *La población refugiada en Bizkaia y su proceso de integración*, Diputación Foral de Bizkaia, 2017, págs. 156.

meses desde la presentación de la solicitud.”³⁹⁶ Para los inmigrantes protegidos bajo la legislación común de extranjería el derecho no opera automáticamente, sino que están sujetos al procedimiento de solicitud, en las que incluso le puede ser negada la solicitud de residencia y empleo en determinadas circunstancias.

En todo lo demás las personas refugiadas o bajo protección internacional tienen igualdad de derechos en cuanto al acceso al empleo y aplicación de las políticas de fomento, de las que no es preciso hacer un análisis exhaustivo en esta investigación pues remiten a las políticas de fomento de empleo que se aplican a nivel local en las comunidades autónomas, siempre con apego a las políticas nacionales y los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea, y en la medida en que no impliquen un trato privilegiado a los grupos menos favorecidos como las personas bajo protección internacional.

La legislación ecuatoriana es menos compleja en términos comparativos, cuando se refiere a los derechos laborales de las personas solicitantes o bajo el estatuto de refugiado al amparo de la Ley Orgánica de Movilidad Humana. En primer lugar, porque la misma ley recoge las normas aplicables a la migración ordinaria como al asilo y al refugio. En segundo lugar, porque antes de distinguir entre diferentes sujetos destinatarios de su régimen jurídico, establece como un derecho común el derecho al trabajo.

Efectivamente, el artículo 51 de la ley reconoce el derecho al trabajo a las personas extranjeras que residen en Ecuador, así como para acceder a la seguridad social en las mismas condiciones y cumpliendo los mismos requisitos exigibles a los nacionales. Por tanto, una vez obtenida la condición de refugiado y disponer de una visa de residencia temporal en el país, la persona refugiada tiene un estatus similar al de los demás

³⁹⁶ MIÑARRO YANINI, M., “La protección social de los refugiados en el ámbito internacional, Unión Europea y España”, op. cit. pág. 163.

extranjeros y los nacionales. A diferencia de España, no se reconoce el derecho a trabajar mientras se es solicitante de la condición de refugiado, ya que el período que transcurre entre la solicitud y la resolución administrativa que la concede o la niega, es de máximo 3 meses.³⁹⁷

En caso de que se requiera el procedimiento y la resolución pueden extenderse por treinta días más, pero tampoco se genera un derecho a trabajar o cualquier otro que no sean los derechos humanos comunes, y en especial el derecho a la no devolución inherente a la condición de solicitante de protección internacional. Si el solicitante recibe la condición de refugiado tendrá derecho al trabajo, si la respuesta de las autoridades es negativa deberá abandonar el país en un plazo máximo de 15 días, o se iniciará el procedimiento de deportación respectivo.

Para cerrar este punto es importante señalar que sin perjuicio del principio de igualdad en el acceso al empleo de nacionales y extranjeros, en España debería ponerse en énfasis “sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias en el respeto a los derechos humanos fundamentales de todo aquél que emigra, más allá de la distinción entre extranjeros en situación regular e irregulares”³⁹⁸

Por tanto, cabe indicar que “una acertada política de inmigración parece ser aquella que es capaz no sólo de efectuar el análisis básico y fundamental de las necesidades, en términos de mano de obra, del país de acogida para determinar el número de inmigrantes admisibles, sino que también se preocupa, como prioridad, de las necesidades de la población que emigra y de las consecuencias de ésta”,³⁹⁹ sobre todo cuando se trata de personas que huyen de sus países porque su vida o su libertad corren riesgo, y dejan todo detrás en busca de mejores oportunidades en países

³⁹⁷ Ley Orgánica de Movilidad Humana, artículo 101.

³⁹⁸ CAMÓS VICTORIA, I. y ROJO TORRECILLA, E., “La Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familias”, *Revista Migraciones* Número 16, 2004, pág. 12.

³⁹⁹ Ídem, pág. 35.

donde debería existir al menos un mínimo de empatía con su situación; en el ámbito laboral esa falta de empatía se evidencia en el hecho de que los trabajos reservados para los migrantes en general son los más “pesados, peligrosos, precarios, poco remunerados, y penalizados socialmente”⁴⁰⁰

Sobre estos aspectos planteados es importante traer a colación los resultados de un estudio realizado por el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, el Servicio Jesuita a Migrantes-España y la Cátedra de Refugiados y Migrantes Forzosos del Instituto de Migraciones de la Universidad Pontificia Comillas, sobre el Mercado de Trabajo de los que adquieren el status de refugiados.

En él se describe las principales dificultades para la inserción de los refugiados, a pesar de que un 20% de ellos cuenta con estudios universitarios, se caracteriza básicamente por dos rasgos. En primer lugar, por ciclos temporales en los que se van sucediendo periodos desiguales de empleo formal, desempleo y trabajo informal. En segundo lugar, las personas refugiadas se incorporan generalmente a los segmentos productivos más bajos del mercado de trabajo, desempeñando trabajos manuales de baja cualificación, servicio doméstico, camareros, ayudantes de cocina, limpieza de oficinas, peones de la construcción, jornaleros en el sector de agroexportación, repartidores de publicidad, mozos de almacén, etc. Ocupaciones que realizan bajo relaciones y condiciones laborales precarias: temporalidad, salarios bajos, trabajo intensivo, jornadas parciales no deseadas, horas extras, subcontratación e intermediación laboral, etc.⁴⁰¹ con la consecuente afectación a su salud laboral resultante

⁴⁰⁰ CAMAS RODAS, F., “Obstáculos de la legislación laboral y del régimen jurídico de extranjería en la consecución de un trabajo decente para las trabajadoras migrantes del servicio doméstico”, *Lex Social* Número 1, 2021, pág. 451.

⁴⁰¹ IGLESIAS, J., (dir.) “¿Acoger sin integrar? El sistema de acogida y las condiciones de integración de personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional en España”, *Asociación Calver* Número 124, 2018, op.cit, págs. 1-48.

del proceso a que es sometido mientras se adapta al cambio de país y de condicione de vida.⁴⁰²

A modo de reflexión, CAMÓS VICTORIA plantea que la superación de los obstáculos que los inmigrantes en general y los refugiados en particular encuentran en el momento de acceder al mercado de trabajo son elementos claves para la integración efectiva que les permita tener éxito en un mercado competitivo como lo es el laboral en España, por lo que las administraciones públicas desempeñan un papel primordial al ser las obligadas a crear las condiciones de inserción necesarias, así como elaborar y ejecutar, o en su caso aprobar, los planes o programas específicos de apoyo a la inserción laboral de la población inmigrante.⁴⁰³

7.5. Refugiados, trata de personas y tráfico de migrantes

El hecho de que tanto en España como en Ecuador se exija a la persona solicitante de protección internacional bajo las modalidades de refugio y protección subsidiaria, encontrarse en el territorio del país para formular la solicitud (en el caso de España excepcionalmente en la representación diplomática o consular de un país distinto al de origen del solicitante) supone muchas veces que las personas utilicen cualquier medio disponible para llegar al punto en que pueden solicitar protección internacional. El hecho es que las personas necesitadas de protección internacional que se mueven de manera irregular o que se encuentran en situaciones prolongadas son particularmente vulnerables a ser víctimas de trata y pueden no ser capaces de buscar ayuda de las autoridades estatales para escapar de una situación de explotación.

⁴⁰² RIVAS VALLEJO, M. P., “Factores de riesgo laboral derivados de la emigración”, *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención* Número 63, 2009, págs. 18-27.

⁴⁰³ CAMÓS VICTORIA, I., “Actuaciones y funciones de la Generalitat de Cataluña en materia migratoria. Especial referencia al acceso al mercado de trabajo por el colectivo inmigrante” en *Competencias y estrategias de las comunidades autónomas en materia de inmigración: una visión desde la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Coord. por Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, 2009, págs. 268-291.

Una de las vías que suelen utilizar son los “servicios” que ofrecen persona y grupos organizados que a través de medios legales o ilegales llevan a la persona interesada hasta el punto en que puede solicitar protección internacional, básicamente mediante la figura del tráfico de migrantes o la trata de personas. Este tipo de conductas son tipificadas como delito tanto en España como en Ecuador, como puede apreciarse en sus respectivos códigos penales que se analizan más adelante, para reprimir a quienes se aprovechan de la situación de vulnerabilidad de las personas en movilidad internacional.

La criminalización apunta evidentemente a los autores de esos delitos y no a sus víctimas, aunque MANSUR DIAS expone una concepción diferente, al indicar que “las normas europeas e internacionales sobre la trata de personas/tráfico ilícito de migrantes engendran la criminalización como forma de control y regulación de la movilidad humana.”⁴⁰⁴ Dichas normas, además, ponen “al descubierto como las normas europeas e internacionales sobre la trata de personas / tráfico ilícito de migrantes engendran la criminalización como forma de control y regulación de la movilidad humana.”⁴⁰⁵

El delito de trata de personas fue incluido en el Código Penal Español⁴⁰⁶ en 2010; la conducta punible está tipificada en el artículo 77 bis donde al reo de trata de personas se lo identifica como la persona que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o

⁴⁰⁴ MANSUR DIAS, G., “Trata de personas, tráfico de migrantes y la gobernabilidad de la migración a través del crimen”, *Revista do Centro em Rede de Investigação em Antropologia* vol. 21 Número 3, 2017, pág. 552.

⁴⁰⁵ Ídem, 552.

⁴⁰⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Última modificación: 2 de marzo de 2019.

recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con diferentes finalidades prevista en el propio artículo.

Lo interesante en este punto es que la víctima de trata de personas es que uno de los elementos del tipo es que el tratante se aproveche de la situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, donde se define por dicha situación aquella en que “la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.”⁴⁰⁷ Esa es precisamente el punto de conexión que se puede establecer entre la trata de personas y las personas solicitantes de protección internacional, ya que éstas deben alegar, para recibir tal protección, la existencia de un temor fundado, que puede provenir necesariamente de la persecución de que sean víctimas que puede provenir ordinariamente del Estado, pero también de redes de trata de personas o tráfico de migrantes.

También está tipificado en España los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros con diferentes modalidades. Por lo que respecta a los posibles solicitantes de protección internacional es relevante el artículo 318 bis que tipifica como delito la acción de ayudar intencionalmente “a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros.”⁴⁰⁸ La obligación de solicitar protección internacional en territorio español hace de este delito una forma de ingreso de personas que puedan estar bajo un temor fundado, o ser víctimas de trata de personas que alegan motivos similares a aquellos por los que se puede obtener dicha protección.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Ídem, artículo 77 bis, numeral 1 segundo párrafo.

⁴⁰⁸ Artículo modificado por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

⁴⁰⁹ MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Polít. Crím.* Vol. 11, Número 22, 2016, págs. 521-547.

La legislación ecuatoriana también tipifica el delito de trata de personas. En el artículo 91 del Código Orgánico Integral Penal se establece el delito de trata de personas, que consiste en la “captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción para sí o para un tercero, de una o más personas, ya sea dentro del país o desde o hacia otros países con fines de explotación.”⁴¹⁰ Los hechos que se sanciona con ese tipo penal son bastante frecuentes en el país, por tratarse de una zona de tránsito de ciudadanos originarios de países de Asia, África y el Caribe⁴¹¹ que buscan llegar a Estados Unidos y son cruzados desde la frontera con Perú hasta la frontera con Colombia.⁴¹²

De igual manera está tipificado el tráfico ilícito de migrantes como uno de los delitos contra la migración. Se configura cuando una persona, con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material por cualquier medio, promueve, capta, acoge, facilita, induce, financia, colabora, participa o ayude a la migración ilícita de personas nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado ecuatoriano hacia otros países o viceversa o, facilita su permanencia irregular en el país, siempre que ello no constituya infracción más grave.”⁴¹³

A diferencia de la legislación española, la ecuatoriana no contempla aprovecharse del estado de necesidad o vulnerabilidad de la víctima de trata de personas o del tráfico ilícito de migrantes, lo que puede interpretarse como una desconexión total entre ser víctima de cualquiera

⁴¹⁰ Ecuador. Código Orgánico Integral Penal (COIP), Registro Oficial de 10 de febrero de 2014.

⁴¹¹ GÓMEZ MARTÍN, V. y HURTADO CAICEDO, F., *(Des)protección a las personas refugiadas en Ecuador*, Quito: FES-ILDIS y Colectivo de Geografía Crítica de Ecuador, 2020.

⁴¹² ARENAS, A., “Diagnóstico situacional sobre el tráfico y la trata de personas en el contexto de la crisis humanitaria en la zona transfronteriza de Perú y Ecuador (mayo 2021)”,

<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Diagn%C3%B3stico%20situacional%20sobre%20el%20tr%C3%A1fico%20y%20la%20trata%20de%20personas%20en%20el%20contexto%20de%20la%20crisis%20humanitaria%20en%20la%20zona%20transfronteriza%20de%20Per%C3%BA%20y%20Ecuador%20%28mayo%202021%29.pdf>

⁴¹³ COIP, artículo 213.

de esos delitos y tener necesidad de protección internacional. No obstante, en el artículo 11 numeral 12 del COIP se establece entre los derechos de las víctimas de nacionalidad distinta a la ecuatoriana, permitir “su estadia temporal o permanente dentro del territorio nacional, por razones humanitarias y personales, de acuerdo con las condiciones del Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal.”

Al tratarse de una persona que ingresó al Ecuador de manera irregular, la única opción que tendría para hacer efectivo ese derecho es recibir la condición de refugiado, si la persona cumple con los requisitos para ello o el hecho de haber sido víctima de trata de personas o tráfico de migrantes supone un temor fundado de regresar al país de origen, o si acredita que huyó del mismo por ese motivo.

De lo contrario, la Ley Orgánica de Movilidad Humana no prevé un proceso distinto para regularizar a quien haya ingresado ilegalmente al país. De cualquier manera, las personas que ingresan al país como víctima de cualquiera de esos dos delitos, antes que para buscar protección internacional lo hacen con la finalidad de transitar hacia terceros países, por lo que los casos de solicitud de protección internacional por ese motivo son más bien infrecuentes.⁴¹⁴

Para una mejor precisión en el tratamiento del tema, es preciso distinguir entre trata de personas y tráfico de migrantes, que como delitos tienen connotaciones distintas en cada país, como pudo apreciarse en el análisis de los tipos delictivos vigentes. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) establece las siguientes diferencias: el tráfico de migrantes supone una violación a las leyes migratorias del país de destino, donde el traficante utilizando procedimientos ilícitos logra que una

⁴¹⁴ ARENAS, A., “Diagnóstico situacional sobre el tráfico y la trata de personas en el contexto de la crisis humanitaria en la zona transfronteriza de Perú y Ecuador (mayo 2021)”, op. cit.

persona ingrese clandestinamente a otro país, y esa relación termina una vez ha logrado su objetivo. Esta relación se caracteriza por el desplazamiento voluntario del migrante, donde la mercancía es el servicio de trasladarlo de un lugar a otro.

Por su parte, la trata de personas supone una violación a los derechos humanos de la víctima, donde la red de tratantes puede lograr la entrada de la víctima al país tanto por medios legales como ilegales y la relación con la víctima dura todo el tiempo de la explotación.⁴¹⁵ No obstante las diferencias, las víctimas de cualquiera de los dos delitos pueden estar necesitadas de protección internacional por el Estado, ya sea España o Ecuador, por lo que es preciso la existencia de protocolos y mecanismos eficaces para distinguir si la persona solicitante lo es por ser las causas ordinarias previstas en las respectivas leyes, o es víctima de esos delitos. En este último caso, de acuerdo con los instrumentos internacionales, las víctimas pueden llegar a ser protegidas por el Estado receptor mediante la figura del refugio.⁴¹⁶

No obstante la importancia del tema, y la estrecha relación que se puede establecer entre las condiciones de vulnerabilidad de las personas que son víctimas de trata de personas o de tráfico de migrantes, no existe ni en España ni en Ecuador, en la actualidad, la necesaria conexión entre esos delitos y la protección internacional, en el sentido de que en ninguno de los dos países se contempla como motivos para recibir protección internacional el hecho de ser víctima de tales delitos, por lo que si no se da algún tipo de protección por razones humanitarias la persona podría ser devuelta, excepto en el caso que, como exige la legislación a ambos lados del atlántico, la persona aporte elementos suficientes para que se considere el temor fundado ante una posible devolución.

⁴¹⁵ OIM. *Guía para la identificación y atención a víctimas de trata de personas*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Bogotá, 2016, pág. 11.

⁴¹⁶ LLAIN ARENILLA, S. y GUZMÁN SUÁREZ, S, P., “La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas”, *Revista de Derecho* Número 42, 2014, pág. 288.

CONCLUSIONES

Una vez desarrollado en lo principal el tema de investigación, corresponde presentar las principales conclusiones, a tenor con lo tratado en cada uno de los capítulos en que se estructura el estudio.

Conclusiones generales en el ámbito internacional y comparado

1. El asilo y el refugio son derechos que han evolucionado a través del tiempo, con el objetivo de adaptarse a las nuevas necesidades y exigencias de la protección internacional de las personas que por diversas razones deben abandonar su país de origen o residencia. La terminación de la Segunda Guerra mundial no puso fin a los grandes desplazamientos de seres humanos, tampoco a la persecución de grupos de personas que luego resultaron necesitadas de protección internacional. La lección más importante a recabar de ese hecho es la necesidad de trabajar en el área jurídica a los fines inmediatos de salvaguardar los derechos de las personas necesitadas de protección internacional que huyen de sus países de origen o residencia por causas ajenas a su voluntad, ya sean de carácter natural, políticas o jurídicas.
2. Un aspecto importante con relación a los derechos de asilo y refugio es que las diferencias entre ambas categorías jurídicas son cada vez menos palpables en la práctica y la legislación aplicable; ello se debe a que la comunidad internacional ha hecho un uso mayor al tema del refugio dado que es precisamente la masa de refugiados quien afecta más a la comunidad internacional, cada día se invierten sumas millonarias en crear mecanismos para dar refugio a más personas. Eso explica que en distintos países y regiones se utilicen con una misma finalidad ambos derechos, mientras que en otros se establecen diferencias en el orden teórico y práctico con base en las

categorías de personas que se busca proteger y el régimen jurídico al que deban estar sujetas.

3. Los tratados y convenios de la Unión Europea juegan un papel importante para satisfacer la necesidad de garantizar los derechos fundamentales a todas las personas necesitadas de protección internacional por las razones previstas en los instrumentos internacionales sobre el tema. En tal sentido, la normativa europea tiene un papel de liderazgo en la comunidad internacional, tanto por los derechos y garantías que establece como por las obligaciones que impone a los Estados miembros, aunque se advierte en dichos mecanismos la búsqueda de un equilibrio entre la protección de las fronteras frente a los flujos migratorios y sus compromisos respecto a las personas necesitadas de protección internacional.
4. A nivel legislativo en la actualidad y en el ámbito regional de Europa y América Latina, se puede afirmar que los países tienen regímenes jurídicos armonizados en sus aspectos fundamentales, y pueden considerarse ejemplos a seguir por otras regiones y países donde la protección de los derechos de las personas necesitadas de protección internacional son más restrictivas, o no contemplan procedimientos expeditos y con garantías del debido proceso tanto en la presentación y tramitación de la solicitud como en las posibilidades de impugnar la negativa a conceder protección internacional.
5. Los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como los documentos y declaraciones no vinculantes, reconocen la necesidad de recibir protección internacional de personas provenientes de diversos países, donde las violaciones de derechos humanos masivas o selectivas son frecuentes, y donde las garantías de no repetición o reparación son apenas inexistentes, por lo que las

personas se ven obligadas a un desplazamiento forzado para defender su libertad y su integridad física, aún a riesgo de no ser recibidos en el país de destino si no cumplen los requisitos de admisión.

6. En consecuencia, es necesario contrastar los principios y normas internacionales sobre asilo y refugio vigentes, con su incorporación a los ordenamientos jurídicos de los países que los hayan ratificado, como son Ecuador y España objeto de la presente investigación, así como su reflejo en los instrumentos regionales de derechos humanos comunes y los destinados específicamente a la protección internacional de las personas que huyen de sus países de origen, cuando el Estado no está en capacidad de proteger sus derechos y libertades, o cuando es el propio Estado quien incurre en dichas violaciones. En ese contexto, las obligaciones de la comunidad internacional y de los Estados dimanar no solo de los instrumentos internacionales, sino además del principio de solidaridad y de la protección de los derechos fundamentales y las libertades básicas.

7. En términos prácticos es necesario distinguir entre asilo y refugio como derechos fundamentales y como categorías jurídicas, a partir de lo cual se puede explicar su recepción en algunos países y regiones y su negativa en otros. En la tradición latinoamericana donde el asilo tiene mayor relevancia, su aplicación se reconoce en aquellos casos de personas perseguidas por sus Estados de origen por razones esencialmente políticas, lo que permite otorgarles protección tanto en las sedes diplomáticas y consulares como en su propio territorio, dando origen a la vigente distinción entre asilo diplomático y asilo territorial, respectivamente.

8. A diferencia de ello, el refugio es un derecho e institución jurídica que tiene como finalidad dar protección internacional a personas que huyen de sus países, generalmente en grupos, o individualmente, por razones humanitarias o por violaciones masivas de derechos humanos, y donde el fundamento de la protección no radica en motivos de índole política, pero sí asociadas a otros fenómenos como la discriminación de las minorías sociales o religiosas, filiación política, activismo social o desplazados por conflictos armados, sin que se pueda establecer contra esas personas en concreto alguna responsabilidad o intervención en las circunstancias o hechos de donde deriva la violación de sus derechos y libertades.

9. Esa distinción, trazada a grandes rasgos, no aplica a países como España donde no se reconoce el asilo como un derecho distinto del refugio, más bien este es la forma en que se materializa el derecho de asilo, por lo que tanto las personas perseguidas en sus países de origen por razones políticas como aquellas desplazadas o víctimas de violaciones de derechos humanos están cubiertas por los mismos principios y reglas, lo que implica además la exigencia de que cualquier solicitud deba presentarse una vez ingresado al territorio nacional o en su frontera, y excepcionalmente en las representaciones diplomáticas o consulares de un país que no sea el de la nacionalidad del solicitante.

10. De cualquier manera, debe indicarse que tanto el asilo como el refugio, que son derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, no son de aplicación automática, y por tanto no generan una obligación para el Estado receptor de la solicitud. En términos prácticos significa que toda persona tiene derecho a solicitar protección internacional en otro Estado a través del derecho de asilo o de refugio, pero ese derecho se limita a que su solicitud sea recibida y considerada en los términos previstos en la

legislación vigente, pero conceder la petición sigue siendo un acto de soberanía del Estado que puede concederlo o no.

Conclusiones sobre el derecho de asilo y la condición de refugiado en España

11. Cuando se trata de flujos migratorios masivos por conflictos armados o violaciones masivas de derechos humanos, la legislación vigente por lo general no dispone de mecanismos adecuados para hacer frente a ese fenómeno. En el caso de España, la legislación vigente en materia de derecho de asilo y protección subsidiaria se muestra más bien restrictiva por varias razones. Primero porque exige que el solicitante se encuentre en el territorio español o en los puntos fronterizos, lo que supone que las personas cuya vida o libertad corran peligro deben desplazarse desde su país de origen sin ninguna garantía de que recibirán protección internacional o de que no serán devueltos.

12. Otra de las formas en que se restringe el derecho de asilo es mediante el establecimiento de una fase previa de admisión, donde no es preciso entrar en consideraciones de fondo de la solicitud cuando el funcionario actuante estima que no está fundada en las razones previstas en la ley, lo que constituye en sí mismo un mecanismo discriminatorio que impide que personas potencialmente necesitadas de protección internacional no la reciban por su relato no ser creíble, no ajustarse a la información disponible sobre su país de origen o no considerar que existen motivos suficientes para acreditar el miedo creíble por lo que haya sufrido la persona o pudiera sufrir si no recibe protección.

13. De igual manera debe considerarse la existencia del criterio de exclusión referido al “país seguro”, mediante el cual se niega el

derecho de asilo o la protección subsidiaria a personas provenientes de los mismos, sin verificar si el hecho de que se trate de un país seguro implica necesariamente garantías para los derechos y libertades para sus ciudadanos y residentes.

14. Que el país sea seguro no significa que cada persona en particular esté segura en cuanto a su derecho a la vida o la libertad, porque el país puede ser inseguro para quienes adversan el gobierno de turno y no comparten sus prácticas o ideología. El concepto de país seguro tiene un matiz político que limita el derecho a recibir protección internacional en España, y cercena las garantías explícitas establecidas en favor de las personas que huyen de su país de origen o residencia a causa del temor fundado de ser perseguidos o encarcelados.
15. Por otro lado, tiene un efecto contrario a las limitaciones que se mencionan en el párrafo anterior la Resolución de 28 de febrero de 2019 del Subsecretario del Ministerio del Interior, actuando por delegación del Ministro del Interior para otorgar el derecho de asilo a nacionales venezolanos por “razones humanitarias”. Como se ha reiterado es potestad soberana de cada estado otorgar el asilo. Pero ello no debe ir en contra del procedimiento adoptado por la norma, donde se exige la individualización, así como la valoración de las circunstancias subjetivas y objetivas de cada caso y que se le exige al resto de los nacionales de otros países.

Conclusiones sobre el derecho de asilo y la condición de refugiado en Ecuador

16. El Ecuador como país tiene una situación completamente diferente a España en cuanto al derecho de asilo y el refugio. En primer lugar, porque su ubicación geográfica y condiciones de desarrollo lo hacen un país de tránsito hacia el norte del continente, a la vez que es un país de emigrantes y receptor de inmigrantes. En la

legislación vigente está reconocido tanto el asilo diplomático como el asilo territorial, así como el derecho al refugio por las causas y circunstancias previstas en los instrumentos internacionales. Que sea un país de tránsito y de emigrantes no influye en la protección internacional, como sí lo hace su condición de receptor de migrantes especialmente de Colombia por motivo del conflicto interno que sufre y el hecho de compartir una amplia frontera geográfica porosa y con poco control a lo largo de su línea.

17. Las condiciones geográficas mencionadas y la exigencia de visa a los nacionales de varios países generan como consecuencia que muchas veces las personas busquen como vía para regularizar su situación migratoria en el refugio, previsto en la Constitución y en la ley como un derecho fundamental. Una de las características de la aplicación de la legislación migratoria en materia de refugiados es su carácter restrictivo en unos casos y político en otros. En el primer caso es un ejemplo los ciudadanos cubanos o venezolanos en la actualidad, que a pesar de atravesar sus respectivos países sendas crisis en el ámbito político y de derechos humanos, en muy raras ocasiones se les concede protección internacional, y se les impide acceder a una condición migratoria regular cuando no han ingresado al país de manera regular.

18. El uso político y propagandístico se aprecia en casos como el de los refugiados colombianos desplazados por el conflicto interno de ese país, donde se utiliza el hecho de haber otorgado refugio a un número importante de ellos como un estandarte de protección internacional de los derechos humanos, cuando en realidad se trata de un fenómeno que el Estado no puede controlar por la porosidad de la frontera y las relaciones de vecindad entre los habitantes de ambas líneas de fronteras. Si en realidad existiera una política de aplicación y no una política de la legislación de asilo, ciudadanos

de otros países que huyen de circunstancias catastróficas en su país también recibieran protección internacional, y ésta no se limitaría a los ciudadanos colombianos y los procesos realizados para darles la necesaria protección que ameritan.

19. En Ecuador no está reconocida en la norma la protección subsidiaria que existe en España. La norma ecuatoriana es en gran medida un reflejo de la Convención del Estatuto del Refugiado de 1951, por tanto, no existe una interpretación extensiva para el caso de las personas con necesidad de protección internacional más allá de aquellas planteadas por la mencionada Convención.

20. En caso de denegación de la condición de asilo o refugio en Ecuador no existe la posibilidad de recurrir la decisión ante los Órganos jurisdiccionales, solo se tendrá acceso a recurrir ante la vía administrativa. Al ser el Estado ecuatoriano firmante de la Convención Americana de Derechos Humanos podrán las personas vulneradas en sus derechos fundamentales acudir a la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hasta el momento nunca se ha recurrido ninguna decisión en materia de asilo y refugio en Ecuador.

Conclusiones sobre el estudio comparado entre Ecuador y España, con énfasis en los derechos sociales de los refugiados

21. Tanto en España como en el Ecuador, el derecho de asilo y refugio son de configuración legal, lo que supone que corresponde al legislador establecer los requisitos y condiciones para el ejercicio de esos derechos aunque evidentemente los compromisos internacionales establecen límites y un marco general de garantías y obligaciones que deben respetar los Estados, así como exigencias mínimas que deben cumplir para que la legislación se corresponda con los acuerdos y compromisos internacionales basados en la

solidaridad humana, la defensa de los derechos y libertades y la construcción de un sistema coherente de asilo y refugio.

22. Uno de los pilares fundamentales de los derechos de asilo y refugio es el principio de no devolución, reconocido tanto en España como en Ecuador, como una garantía de que las personas solicitantes de protección internacional no pueden ser devueltas al Estado donde su vida o libertad corran peligro, lo que no supone tampoco la obligación de otorgar el estatuto de refugiado, pero sí, la de prever los mecanismos legales e institucionales para que la persona pueda recibir protección internacional aunque no cumpla todos los requisitos previstos para ello en la legislación del país en que se presenta la solicitud.

23. Tanto la concesión de la protección internacional bajo la figura del asilo o refugio tienen como límite para el ejercicio de la soberanía del Estado el principio de no devolución ya mencionado; además, para conceder o negar la solicitud presentada deben considerar el temor fundado del solicitante, entendido como el hecho de haber sido víctima de violaciones de sus derechos y libertades por lo que salió de su país, o la posibilidad de serlo si regresa al mismo. De tal manera, puede afirmarse que el principio de no devolución como la concesión de la protección internacional tienen como fundamento la necesidad de proteger los derechos y libertades de las personas que hayan sido o pudieran ser víctimas de hechos que atenten contra su vida o libertad, los cuales deben ser valorados por las autoridades competentes al momento de aceptar o negar la solicitud.

24. Puede afirmarse, luego de revisar los instrumentos internacionales y regionales de América Latina y España, que existe un amplio reconocimiento del derecho de asilo y refugio, así como de las garantías necesarias para su ejercicio. Sin embargo, cuando esos

principios y compromisos internacionales se incorporan a la legislación vigente, además de los principios de solidaridad y dignidad humana en que se sustenta la protección internacional, se ponen en consideración otros aspectos de política migratoria y de políticas públicas, lo que en muchos casos redundaría en el uso del asilo y el refugio no como instituciones humanitarias, sino como mecanismos de control de los flujos migratorios para limitar el acceso de personas en situación de riesgo o que demandan una intervención más activa del Estado en comparación con la legislación migratoria regular.

25. Respecto a la legislación vigente en el Ecuador hay que señalar, además, que a diferencia de la española en un mismo cuerpo legal, la Ley Orgánica de Movilidad Humana, regula todo lo relativo a extranjería, derecho de asilo y refugio, lo que sin dudas hace de la misma una ley que abarca todas las relaciones referidas tanto a quienes ingresan o salen de manera regular del país, como a quienes lo hacen por razones de fuerza mayor o por considerar que su vida o libertad están en peligro en su país de origen o residencia. Del proceso de refugio cabe anotar que a diferencia de España no existe una fase de admisión, sino que toda solicitud es recibida y considerada, aunque a primera vista pueda parecer infundada, pues se reconoce el derecho de todo solicitante a que su petición sea revisada por las autoridades competentes.

26. Otros elementos a destacar se refieren al tiempo que se toma para procesar y resolver cada solicitud. A diferencia de España donde no existe un plazo fijado para conocer y resolver la solicitud, en Ecuador el organismo competente debe recibir, tramitar y resolver en un plazo máximo de tres meses, lo que incluye la recepción de la solicitud, la entrevista con las autoridades competentes, la extensión de un permiso de estadía mientras se resuelve, y la resolución que concede o niega la solicitud de refugio.

27. Una consecuencia de esa agilidad del proceso, es que la persona solicitante, aunque se encuentre en la frontera puede ingresar al país a la espera de que se resuelva su caso, por lo que no existen centros de detención de extranjeros ni en los aeropuertos ni en los puntos fronterizos terrestres. Adicionalmente, las personas que buscan obtener protección internacional en el Ecuador por lo general ingresan por las fronteras terrestres y no por aeropuertos, ya sea porque se les exigen ciertos requisitos en el punto de embarque que impiden que posibles solicitantes entren por esa vía, o porque los solicitantes son de países vecinos o ingresan por éstos por vía terrestre.
28. En lo que sí existe coincidencia en la legislación de ambos países, es que el derecho al refugio debe solicitarse cuando la persona se encuentra dentro del país o en su frontera, a diferencia del asilo en el caso del Ecuador que puede solicitarse en las embajadas y consulados del país en el exterior, aunque ello puede causar fricciones diplomáticas cuando el Estado donde se encuentra la persona bajo asilo diplomático se niega o no tiene previsto en su legislación esa institución, y por tanto no existe obligación de extender un salvoconducto para que la persona protegida pueda abandonar el país donde se encuentra con destino al Ecuador.
29. En ambos países existe la posibilidad de que los asuntos sean tramitados ante órganos supranacionales de derechos humanos en el caso de España el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el caso de Ecuador la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que ambos países son signatarios de cada uno de estos instrumentos regionales.

Conclusiones sobre derechos sociales

30. En materia de derechos sociales, debe señalarse que a nivel constitucional tanto en España como en Ecuador se reconocen y garantizan los derechos básicos comunes a toda persona, y se excluyen lógicamente los derechos políticos contemplados únicamente para los ciudadanos. Derecho como el acceso al empleo, a la salud, educación y los derechos de protección se reconocen por igual a extranjeros y nacionales, y su ejercicio puede darse en las mismas condiciones legales, aunque por lo general para los extranjeros se reservan los trabajos peor remunerados, más pesados o aquellos que los nacionales no están dispuestos a hacer por la misma remuneración que los extranjeros.
31. Cuando se trata de solicitantes de protección internacional, en ambos países se establecen garantías de carácter procesal que configuran un régimen de protección especial de esas personas, en cuanto a las exigencias del debido proceso, contar con traductor o intérprete si lo requiere, asistencia letrada, intervención de organizaciones internacionales y posibilidad de impugnar la resolución que recaiga sobre la solicitud, en lo que sí se diferencia notablemente de los procesos migratorios ordinarios y por tanto se puede hablar de una protección jurídica especial en ambos países.
32. De igual manera, una vez terminado el trámite si la persona solicitante se le concede protección internacional bajo la figura del refugio o protección subsidiaria, automáticamente es titular de los mismos derechos que cualquier otro extranjero, y en materia de derechos no políticos similar a los nacionales del respectivo país, por lo que puede afirmarse que la protección jurídica especial termina una vez que se ha otorgado la condición de refugio o de protección subsidiaria, aunque evidentemente existen planes de carácter social, económicos o de inserción social o laboral que son gestionados por ONGs y los gobiernos locales en el caso de España. En Ecuador también existen ONGs autorizadas por el gobierno para

las gestiones de inserción social o laboral, el resto de los temas de migración y movilidad humana son competencia exclusiva del gobierno central.

33. Ello significa que la condición de refugiado, una vez obtenida, no concede ningún privilegio o derecho especial, pues mediante ella lo que se hace es regularizar la situación migratoria de la persona que ingresa al país de manera irregular y bajo el argumento de que tiene temores fundados de que si regresa a su país de origen o residencia puede estar en peligro su vida o su libertad, extremo que debe ser acreditado en el procedimiento respectivo para acceder a la protección que demanda. Si se reconoce su condición de refugiado o protección subsidiaria tendrá los derechos comunes a cualquier persona, sin importar su origen o forma en que haya accedido a la regularización.
34. Si la solicitud de protección internacional es denegada, en ambos países se impone a la persona solicitante la obligación de abandonar el país. Ello no significa que efectivamente lo haga, pues no existen mecanismos automáticos de deportación de las personas solicitantes de protección internacional que hayan sido rechazadas.
35. En el caso de España el no abandonar el país permite que la persona regularice su situación migratoria mediante la legislación de extranjería, además de que el procedimiento de protección internacional puede extenderse por un tiempo indeterminado y al cumplirse los seis meses el solicitante puede obtener automáticamente el permiso de trabajo, mientras que en Ecuador la persona solicitante rechazada no dispone de ninguna vía para regularizar su situación, por lo que en la práctica queda condenada a no acceder a un estatus migratoria legal en el país; aunque se quede en territorio nacional por temor al regreso a su país de origen o residencia, o por cualquier otra razón, queda invisibilizado ante

las autoridades y la sociedad, pues legalmente no puede acceder a ningún derecho o servicio, ni puede albergar la esperanza de regularizarse por vía de la protección internacional.

36. Al margen de las diferencias anotadas en el Derecho de ambos países y sus convergencias con las normas internacionales y regionales, cabe hacer énfasis en el hecho de que la protección internacional ya sea bajo la figura de asilo, refugio o protección subsidiaria, tiene una dimensión humanísticas que debe estar por encima de los intereses de los respectivos Estados de limitar la migración sobre todo cuando se trata de personas provenientes de países pobres o de escasos recursos, a quienes se les pone más limitaciones que al resto de las personas, aún cuando son titulares de los mismos derechos y libertades.
37. Con respecto a los derechos humanos y las libertades básicas, la protección internacional en sus diferentes modalidades, debe ser un mecanismo para garantizar a los solicitantes de esa condición las exigencias mínimas que se derivan de su condición humana, como es la dignidad, la privacidad, el derecho a la familia y la reunificación familiar, y a recibir protección de cualquier Estado cuando el suyo propio se la niega o pone en riesgo su vida o su libertad.
38. En consecuencia, por encima de las políticas públicas nacionalistas, el uso de la legislación migratoria como límites a la movilidad humana y las restricciones que se imponen a quienes buscan protección de los Estados más desarrollados o en mejores condiciones de permitirles una vida digna, debería estar el sentido humanista que anima a las figuras del asilo, el refugio y la protección subsidiaria, para que las personas que huyen de sus países puedan ser acogidos en condiciones dignas y con apoyo social, legal, psicológico o de cualquier otra índole que puedan

necesitar, mientras se tramita su solicitud y aun cuando esta haya sido denegada y la persona no quiere o no puede regresar a su país de origen o residencia anterior.

39. En el caso del Ecuador es más dramática la situación respecto a las personas solicitantes de protección internacional, básicamente de la condición de refugiados; primero porque mientras se tramita la solicitud la persona se ve limitada a realizar cualquier actividad que pueda generar ingresos para sí y su familia mientras espera la resolución definitiva, circunstancia en la cual tampoco dispone el gobierno nacional de programas de ayuda o apoyo al solicitante que le permita solventar sus necesidades mientras espera.
40. En segundo lugar, porque si la resolución que recaiga sobre su solicitud es negativa, lo cual debe suceder en el tiempo máximo de tres meses, la persona solicitante debe abandonar el país voluntariamente o podría ser expulsado del mismo, sin posibilidades de utilizar otro mecanismo alternativo a la protección internacional que le permita regularizar su situación migratoria en el país, aun en el caso de que no quiera o no pueda regresar a su país de origen o residencia, o aun queriendo dicho país no lo admite de vuelta, como sucede en el caso particular de ciudadanos cubanos, que si ingresan irregular al Ecuador no tienen posibilidades de acogerse a la protección internacional, ni pueden ser devueltos a Cuba ni regresar por su cuenta, ya que dicho país no los admite salvo en casos excepcionales.
41. En esas circunstancias, el sentido humanista y protector de los derechos humanos y las libertades básicas que tienen las figuras de asilo, refugio y protección subsidiaria se pierden con el uso político que se hace de las mismas, con lo que se busca primero evitar la migración masiva o el efecto “llamada”, y segundo dar primacía a los mecanismos de migración ordinaria que son

selectivos al establecer como criterios de admisibilidad el origen nacional o étnico, el nivel de educación o profesional de las personas, y por supuesto su estatus económico que les permita costear los gastos de un proceso migratorio ordinario, además de acreditar el arraigo en su país de origen o la capacidad para cubrir sus gastos en el país de destino.

42. Las personas que no cumplen ese perfil, o no están en condiciones de acreditar solvencia económica y calificación profesional, pero que sí necesitan abandonar su país de origen o residencia por temor fundado a que su vida o su libertad puedan ser coartadas, deben recurrir necesariamente a la protección internacional que muchas veces les es negada en el país de destino, luego de haber transitado grandes distancias y haber dejado atrás los escasos bienes que tenía, la familia y su tierra en busca de mejores perspectivas que no siempre se le abren a través de los mecanismos de la protección internacional.

43. Por lo que se refiere a la protección especial de las personas solicitantes de protección internacional, la misma se limita al periodo que debe transcurrir entre la solicitud de asilo, refugio o protección subsidiaria y la resolución del petitorio, que si es negativo terminan automáticamente los derechos reconocidos en las respectivas leyes nacionales de Ecuador y España; la diferencia en este último país es que la demora en el procedimiento aunque tiene un tiempo pautado la capacidad de resolución es inferior a la cantidad de solicitudes admitidas a trámite, por lo que una vez superado el plazo de seis meses la persona solicitante adquiere automáticamente el derecho a trabajar en las mismas condiciones que otros migrantes con permiso de residencia y los propios nacionales, lo que abre una puerta a la regularización por causa de arraigo.

44. A diferencia de ello, en Ecuador si bien debe aceptarse toda solicitud que se presente, pues no existe un trámite de calificación previa de la solicitud, la capacidad de resolución es superior a la cantidad de solicitudes que se presentan, por lo que en el plazo máximo de 3 meses ya la persona solicitante de refugio tendrá una resolución, por lo general negativa si no se trata de ciudadanos colombianos que huyen del conflicto interno que por décadas ha afectado a las poblaciones colindantes con la frontera ecuatoriana; en el caso de otros ciudadanos las posibilidades de obtener la condición de refugiados son realmente bajas, y en la mayoría de los casos son rechazadas, aun tratándose de países afectados por gobiernos de corte dictatorial o de países sumidos en crisis económica o política.
45. En resumen, en Ecuador la protección especial de las personas que solicitan protección internacional es mucho más limitada que en España, pues además de limitarse a cuestiones básicas como no devolución y extensión del documento provisional de solicitante de protección internacional, acceso a un abogado y eventualmente a traductor o intérprete, las demás exigencias que se derivan de los derechos fundamentales básicos no tiene en la legislación vigente una protección especial, y la persona solicitante una vez presentada la solicitud ante la autoridad competente queda a su suerte hasta que se resuelva el procedimiento que si es positivo permitirá acceder a la condición de refugiado, que no representa una consideración distinta en materia de derechos sociales con relación a los demás migrantes o los nacionales.
46. Finalmente cabe acotar que tanto en la legislación española como en la ecuatoriana existen normas que protegen a las personas que hayan sido víctimas de trata de personas o tráfico de migrantes, las que muchas veces solicitan protección internacional y son rechazadas porque ser víctima de esos delitos no se establece como

un motivo para recibir la condición de refugiado o protección internacional.

47. No obstante, en ambos países se establecen garantías para las víctimas, en el caso de España en la legislación de extranjería, y en el Ecuador en el COIP que prevé la posibilidad de que las víctimas de delitos puedan recibir una residencia temporal o permanente, que debe ser necesariamente mediante la condición de refugiado porque la persona que ingrese de manera irregular al país no tiene otra forma de acceder a una situación migratoria regular.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO MOJICA, W., "El derecho al asilo: o ¿la búsqueda del Edén perdido?", *Revista Letras* Número 48, 2010, págs. 57-73.
- ACNUR, *Refugiados en el Ecuador (2009)*. Texto completo en http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/Refugiados_en_el_Ecuador_2009.pdf?view=1
- ACNUR, Tendencias Globales Desplazamientos Forzados en 2020, (en línea)
<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/60b638e37.pdf> (Consulta 16 de febrero del 2022).
- ACNUR., Comité Ejecutivo, Conclusión No. 69 (XLIII), párrafos a) y c).
- ACNUR., Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre la salvaguarda de la institución del asilo*, UN Doc. 82 (XLVIII)-1997, publicadas el 17 de octubre de 1997, párr. b. El Comité Ejecutivo, por medio de su Conclusión número 5 de 1977, ya había hecho un llamamiento a los Estados Partes de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 a aplicar prácticas liberales y conceder asilo permanente o al menos temporal a los refugiados que hubiesen llegado directamente a su territorio.
- ACNUR., *Comité Ejecutivo, Conclusiones No. 6 (XXVIII), No devolución*, 1977.
- ACNUR., *Comité Ejecutivo, No. 69 (XLIII), Cese de la Aplicación*, 1999.
- ACNUR., *Datos Básicos, Anuario Estadístico*, (en línea)
<https://www.acnur.org/datos-basicos.html>, (Consulta 9 de 10 del 2019).
- ACNUR., *Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo*, 21 mayo 2010, (en línea):
<https://www.refworld.org.es/docid/4c15fed72.html> (consulta el 14 mayo 2020).

ACNUR., *Guía informativa, ¿Cómo solicitar refugio en el Ecuador?* Texto completo

en http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/Guia_informativa_sobre_refugio_en_Ecuador.pdf?view=1

ACNUR., *Historia del ADNUR*, (en línea)

<https://webarchive.archive.unhcr.org/20180307162944/http://www.acnur.org/index.php?id=648>, (consulta 11 de mayo 2020).

ACNUR., *Manual de 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*. Texto completo en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf?view=1>.

ACNUR., *Mejora de los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones para la legislación y la práctica - Hallazgos y recomendaciones clave*, marzo de 2010, (en línea): <https://www.refworld.org/docid/4bab55752.html> (consultado 14 de mayo 2020).

ACNUR., *Plan de Acción de México: El impacto de la solidaridad regional*. San José, 2007.

ACNUR., *Plan regional de respuesta para refugiados y migrantes para las Personas Refugiadas y Migrantes de Venezuela*. 2019. Texto completo en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5cbe52304.pdf>

ACNUR., *Refugiados Urbanos en Ecuador*. Texto completo en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/2011/Refugiados_urbanos_en_Ecuador.pdf?view=1.

ACNUR., *Registro Ampliado: una operación sin precedentes en América Latina*. Texto completo en <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2010/4/5b0c21f710/>

[registro-ampliado-una-operacion-sin-precedentes-en-america-latina.html](#)

Adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional Penal, enmendada por proces-verbaux del 10 de noviembre de 1998 y 12 de julio de 1999. Son especialmente relevantes para el asunto de exclusión, los párrafos 6, 7 y 8 del Estatuto, los cuales definen el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

AGUILAR, P., *El asilo político en el Derecho Internacional, caso Julian Assange*. Instituto Superior de Investigación y Postgrados Ciencias Internacionales. Universidad Central del Ecuador. 2013.

ALONSO SANZ, L., “El derecho al asilo de menores no acompañados: una propuesta de regulación más segura”, UNED. *Revista de Derecho Político* Número 74, 2009, págs. 215-260.

ÁLVAREZ, I; DÍAZ, N; FAVIERES, P., et al. *Las personas refugiadas en España y Europa*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Madrid, 2019.

AMBOS, K., “El caso de Julian Assange: orden de detención europea versus asilo diplomático”, *Revista Nuevo Foro Penal*. Número 81. 2013. Págs. 116-138.

ARENAS, A., *Diagnóstico situacional sobre el tráfico y la trata de personas en el contexto de la crisis humanitaria en la zona transfronteriza de Perú y Ecuador* (mayo 2021), <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Diagn%C3%B3stico%20situacional%20sobre%20el%20tr%C3%A1fico%20y%20la%20trata%20de%20personas%20en%20el%20contexto%20de%20la%20crisis%20humanitaria%20en%20la%20zona%20transfronteriza%20de%20Per%C3%BA%20y%20Ecuador%20%28mayo%202021%29.pdf>

- ARLETTAZ, F., “Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis* Número 1, 2016, págs. 187-226.
- ARREDONDO, R., “WikiLeaks, Assange y el futuro del asilo diplomático.” *Revista Española de Derecho Internacional*. Número 2, 2017, págs. 119-144.
- BALDA LARREA, S., *El refugio colombiano en el Ecuador en el periodo 2000-2007: debilidad institucional y políticas públicas*. Disertación de maestría en Ciencias Sociales. Texto completo en <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/399/3/TFLACSO-SBL2008.pdf>.
- BARCIA TRELLES, C., “El derecho de asilo diplomático y el caso haya de la Torre: Glosas a una sentencia” *Revista Española de Derecho Internacional* Número 3, 1950, págs. 753-801.
- BEL ADELL, C., “Extranjeros en España (II) Refugiados: una aproximación al tema”, *Papeles de Geografía* Número 16, 1991, págs. 101-112.
- BEL ADELL, C., “Refugiados: un sector de población en alza”, *Papeles de Geografía* Número 17, 1991, págs. 81-98.
- BENITO UTAZU, L., “La familia, también: integración y procedimientos de reunificación familiar para personas refugiadas en la Unión Europea”, *Relaciones Internacionales* Número 36, 2018.
- BERNAL PULIDO, C., “Derechos fundamentales.” En FABRA ZAMORA, J. L., y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (Eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. UNAM, 2015, págs. 1571-1594.
- BIX, B. H., *Diccionario de Teoría del Derecho*. UNAM, 2009, Voz “derechos legales”, págs. 74- 75.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. Y GUTIÉRREZ CASTILLO, V, L., *Derecho de la Unión Europea sobre migración y asilo: compilación sistemática y comentada de la normativa comunitaria*, Edit. Dykinson, S.L, Madrid, 2006.

- BONILLA, A., *Análisis del retiro de requerimiento de visados de turismo en el Ecuador*. Flacso-Ecuador, 2008.
- CÁCERES-GUERRA, C., *Estudio jurídico del denominado derecho de asilo desde la perspectiva del Derecho Internacional*. Universidad de Piura, 2015.
- CALVOPIÑA CANDO, J. C., *El Asilo Territorial y Diplomático en la legislación ecuatoriana*. Universidad Central del Ecuador, 2019, págs. 90-91.
- CAMAS RODA, F., (dir), *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones laborales*, segunda edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- CAMAS RODA, F., “Derecho de las migraciones legales de carácter laboral. Propuestas de cambio en la Unión Europea”, en <https://www.ferrancamass.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/migraciones-legales/ia490>
- CAMAS RODA, F., “Dos Resoluciones simultáneas del Parlamento Europeo sobre inmigración que han de merecer atención por España”, en <https://www.ferrancamass.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/resoluciones-inmigraci%C3%B3n/ia459>
- CAMAS RODA, F., “La no discriminación por motivos raciales o de origen étnico en la normativa española derivada de la adoptada por la Unión Europea”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* Volumen 9, Número 3, 2021, págs. 88-119.
- CAMAS RODA, F., “Obstáculos de la legislación laboral y del régimen jurídico de extranjería en la consecución de un trabajo decente para las trabajadoras migrantes del servicio doméstico”, *Lex Social* Número 1, 2021, págs. 449-473.
- CAMAS RODA, F., *Trabajo Decente e Inmigrantes en España Un Estudio sobre los Derechos Laborales de los Trabajadores Migrantes y del Objetivo Inter*, Huygens Editorial, 2017.

- CAMÓS VICTORIA, I. y ROJO TORRECILLA, E., “La Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familias”, *Revista Migraciones* Número 16, 2004, págs. 7-40.
- CAMÓS VICTORIA, I., “Actuaciones y funciones de la Generalitat de Cataluña en materia migratoria. Especial referencia al acceso al mercado de trabajo por el colectivo inmigrante” en *Competencias y estrategias de las comunidades autónomas en materia de inmigración: una visión desde la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Coord. por Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, 2009, págs. 268-291
- CANO LINARES, A., “Política de asilo de la Unión Europea: avances y propuestas” *Tiempo de Paz*, Número 119, 2015, pág. 32-38.
- CAPELLÀ I Roig, M., “¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo? (observaciones en los ámbitos de la extradición y del asilo)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. DOI: 10.17103/reei.28.10. 2014, págs. 1-43.
- CARBONELL, M., “*Derechos Humanos: Origen y Desarrollo*”, Edit. Cevallos, Quito, 2013.
- CARLINER, D., “Domestic and International Protection of Refugees”, *Guide to International Human Right Practice*, Edit, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1984.
- CARRILLO FLORES, A., *El asilo político en México*, UNAM-IIJ, México.
- CARRIÓN F; MEJÍA D y ESPÍN, J., *Aproximaciones a la frontera*. Flacso Ecuador, 2013.
- CARRIÓN, F., “El refugio: una realidad del encuentro de dos países asimétricos”. En: CARRIÓN F; MEJÍA D y ESPÍN, J. *Aproximaciones a la frontera*. Flacso Ecuador, 2013, págs. 91-93.

- CHALEN, J., “Abusos de derechos humanos de inmigrantes colombianos en Quito.” Texto completo en <http://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/304/1/TUIDE-0283.pdf>. Visitado en 07-23-2015 (Chalen, 2011).
- CHÁVARRI PORPETA, R., “El derecho de asilo político en Hispanoamérica.” *Revista de estudios políticos*. Número 9, 1960, págs. 175-192.
- CNN. “Militantes correístas asilados en embajada viajan a México.” Texto completo en <https://cnnespanol.cnn.com/2020/01/09/alerta-militantes-correistas-asilados-en-embajada-viajan-a-mexico>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Movilidad humana. Estándares internacionales*. OEA. 2015. Pág. 222.
- CORREA, A., “Ciudadanía universal y libre movilidad: comentarios sobre una utopía ecuatoriana.” *Lasaforum* Número 2, 2016.
- CORREA, R., *Intervención del Presidente de la República, Rafael Correa en la presentación del Plan Ecuador*. Quito, 24 de abril de 2007. Texto completo en <https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/2007-04-24-Presentaci%C3%B3n-del-Plan-Ecuador.pdf>
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Casos No. 639-19-JP y No. 794-19-JP, 28 de enero de 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva No. 4-3-21/2016 04 de mayo de 2017*. Texto completo en https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc25/51_medina_plasc.pdf
- D'ANGELO, E., “Non-Refoulement: The Search for a Consistent Interpretation of Article 33.”
- D'ANGELO, E., “Non-Refoulement: The Search for a Consistent Interpretation of Article 33”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, págs. 279-315.

- DE LUCAS, J., “Fundamentos Filosóficos del Derecho de Asilo”. *Derechos y Libertades*, Valencia, 1994, págs. 23-55.
- DE LUCAS, J., “Muertes en el Mediterráneo: inmigrantes y refugiados, de infrasujetos de derecho a amenazas para la seguridad”, *Quaderns de la Mediterrània* Número 22, 2015, págs. 272-277.
- DE LUCAS, J., “Refugiados e inmigrantes Por un cambio en las políticas migratorias y de asilo”, *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo* Número 50, 2016, págs. 92-113.
- DEFENSOR DEL PUEBLO DE ESPAÑA., Informe anual 2019. *La contribución de la inmigración a la economía española Estudio*, Volumen II, 2020.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *El asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, Madrid, 2016.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL ECUADOR. *Pronunciamiento. Defensoría del Pueblo de Ecuador ante la inadmisión de niñas y niños de nacionalidad venezolana en frontera norte*. Texto completo en <https://www.dpe.gob.ec/defensoria-del-pueblo-de-ecuador-ante-la-inadmisión-de-ninas-y-ninos-de-nacionalidad-venezolana-en-frontera-norte/>
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL ECUADOR. *Pronunciamientos. La Defensoría del Pueblo de Ecuador cuestiona la decisión de retirar el asilo y nacionalidad A Julian Assange*. Texto completo en <https://www.dpe.gob.ec/la-defensoria-del-pueblo-de-ecuador-cuestiona-la-decision-de-retirar-el-asilo-y-nacionalidad-a-julian-assange/>
- DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, Número 9, 2005, págs. 1-18.
- DÍAZ LAFUENTE, J., *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español*. Tesis Doctoral (s.p), Universidad de Valencia, Valencia, 2014.

- DÍAZ LAFUENTE, J., *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género*, UNED, *Revista de Derecho Político* Número 89, 2014, págs. 345-388.
- DÍAZ, L. M., y RODRÍGUEZ DE ITA, G., “Bases histórico-jurídicas de la política mexicana de asilo diplomático” en DUTRÉNIT BIELOUS, S y RODRÍGUEZ DE ITA, G., (Coords.) *Asilo diplomático mexicano en el cono sur*. Instituto de Investigaciones José María Luis Mora, Instituto Matías Romero-Acervo Histórico Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1999.
- DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Edit. Tecnos, Madrid, 2013.
- DUTRÉNIT BIELOUS, S., “Sobre la percepción y la decisión políticas de aplicar el asilo diplomático: Una reflexión desde experiencias latinoamericanas”, *América Latina Hoy* Número 22, 1999, págs. 111-118.
- DZUBOW, J. *he ancient origins of asylum: Part I*. (en línea), <http://www.asylumist.com/2014/01/07/the-ancient-origins-of-asylum-part-1/>
- EFE., “Reino Unido no concederá un salvoconducto a Assange.” Texto completo en <https://www.lavanguardia.com/internacional/20120816/54338076548/reino-unido-no-concedera-salvoconducto-assange.html>
- EFE., *La Defensoría de Ecuador denuncia la deportación grupal de venezolanos en frontera*. Texto completo en <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/la-defensoria-de-ecuador-denuncia-deportacion-grupal-venezolanos-en-frontera/20000013-3910900>
- ESPADA RAMOS, M y MOYA ESCUDERO, M., “La Ley Reguladora de Asilo y Condición del Refugiado de 26 de marzo de 1984: ¿nacionalismo o internacionalismo?”, *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 6. Número 1, 1985, págs. 73-110.

- ESPADA SERRANO, S., *Temporalidad de la permanencia. El caso del caso de refugiados de Zaatari en Jordania*. Universidad Politécnica de Madrid. 2016. Texto completo en http://oa.upm.es/51645/1/TFG_Espada_Serrano_Sandraop.pdf
- ESPONDA FERNÁNDEZ, J., “La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados”, en FRANCO, L, *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Editorama. San José, 2004, págs. 77-125.
- ESTEPA MONTERO, M., “El Derecho de asilo en España: estudio jurisprudencial sobre su posible otorgamiento a los perseguidos por ‘las maras centroamericanas’”, *AJEE*, 2017, págs. 59-76.
- EUROPAPRESS. “Reino Unido niega el salvoconducto a Julian Assange.” Texto completo en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-reino-unido-niega-salvoconducto-julian-assange-20120817081148.html>.
- FASSIN, D., “La economía moral del asilo. Reflexiones críticas sobre la crisis de los refugiados de 2015 en Europa”, *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, vol. LXX, No 2, Princeton, pág. 277-290
- FAVIERES, P., “Repercusiones de la política europea en materia de asilo y refugio en España”, *Tiempo de Paz* Número 119, 2015, págs. 40-49.
- FERNÁNDEZ ARRIBA, G., HALCÓN LERDO DE TEJEDA, A. SERRANO LÓPEZ I. “Violación del derecho a solicitar asilo. La respuesta de Hungría a la crisis de los Refugiados”, *Revista de Estudios Europeos* Número 67, 2016, págs. 101-121.

- FERNÁNDEZ LIESA C, R., “Evolución jurídica internacional del Derecho internacional de los refugiados”, *Tiempo de Paz*, Número 119, 2015, págs. 11-19.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P, A., “Migrantes, refugiados y víctimas del tráfico de personas en el Mediterráneo (entre la política y los derechos humanos)”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. 11, Número 40,2017, págs. 105-135.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., “La internacionalización de los derechos humanos y los mecanismos de protección de los refugiados” en *El derecho internacional antes las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Ediciones de la Universidad de Lleida, Lleida, 2005.
- FERRAJOLI, L., *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Edit. Trotta, Madrid, 2001.
- FERREIRA DELGADO, F, J., *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Edit. Temis, Bogotá, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, E y PELAYO MÖLLER, C, M., “La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales* Número 2, 2012, págs. 141-192.
- FIERRO, J., *Análisis del retiro de requerimiento de visados de turismo en el Ecuador*. Flacso-Ecuador, 2008.
- FORN BOSCH, M., *El Asilo Político: El caso Assange*, Universitat Abat Oliba, 2015.
- FRANCO, L., (coord.) *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Edit. Editorama, S.A. San José, 2004.
- FREIXES, T y REMOTTI CARBONELL, J. C., “Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político* Número 44, 1998, págs. 103-141.

GALINDO VÉLEZ, F., “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado”, en *Derecho internacional de los refugiados*, coordinada por NAMIHAS, Sandra, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2001.

GARCÍA ANDRADE, P., “Jurisprudencia española en materia de Derecho Internacional Público”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección JURISPRUDENCIA DIPub Número 1, 2016, págs. 121-164.

GARCÍA CIENFUEGOS, M., “El asilo en España”, *Revista Crítica* Número 994, 2014, págs. 52-56.

GARCÍA DE VINUESA, B., *El asilo a partir de Ámsterdam*, Oficial de Protección, ACNUR, Madrid, diciembre de 2001.

GARCÍA VITORIA, I., “Una década sin reglamento de asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes”, *Anuario CIDOB de la Inmigración* 2018, págs. 116-128.

GARCÍA, L., “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?” *Colombia Internacional* Número 88, 2016, págs. 107-133.

GAVIRIA LIÉVANO, E., *Derecho Internacional Público*, Edit. Temis, Bogotá, 2005.

GIL BAZO, T., “La protección internacional del derecho del refugiado a recibir asilo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., (Dir.), *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios sociales, 2ª edición, Madrid, 2003, págs. 681-682.

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. *Declaración del Gobierno de la República del Ecuador sobre la solicitud de asilo de Julian*

Assange. Texto completo en <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/declaracion-del-gobierno-de-la-republica-del-ecuador-sobre-la-solicitud-de-asilo-de-julian-assange/>

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. *Decreto Ejecutivo No. 1182. Reglamento para aplicación en Ecuador del derecho de refugio.* Registro Oficial de 19 de junio de 2012.

GÓMEZ MARTÍN, V. y HURTADO CAICEDO, F., (Des)protección a las personas refugiadas en Ecuador, Quito: FES-ILDIS y Colectivo de Geografía Crítica de Ecuador, 2020.

GÓMEZ-ROBLEDO V., *Temas selectos de Derecho Internacional*, 4^a Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

GRIJALVA, A., “Derechos humanos de inmigrantes internacionales, refugiados y desplazados en Ecuador” *FORO Revista de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador* Número 6, 2006, págs. 245-269.

GUERRERO VERANO, G., *Protección de los derechos de los refugiados y del derecho de asilo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

HERNÁNDEZ-VELA SALGADO, E., *Diccionario de Política Internacional*, Edit. Porrúa, México, 2002.

HORRILLO, S.C., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, 2017.

<http://www.asylumist.com/2014/01/07/the-ancient-origins-of-asylum-part-1/> (consulta febrero de 2020).

HUERTA GARCÍA, F., “El Derecho de Asilo”, *CRÓNICAS. Revista trimestral de carácter cultural de La Puebla de Montalbán* Número 13, 2010, págs. 32-35.

- IGLESIAS, JUAN., (dir.) “¿Acoger sin integrar? El sistema de acogida y las condiciones de integración de personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional en España”, *Asociación Claver* Número 124, 2018, págs. 1-48.
- IMAZ, C., “El asilo diplomático en la política exterior de México”. *Revista Mexicana de Política* Número 7, 1993, págs. 53-71.
- IMBAQUINGO, J., “La Corte Constitucional escogió dos casos sobre expulsión masiva de migrantes.” Texto completo en <https://www.elcomercio.com/actualidad/corte-constitucional-vulneracion-ddhh-migrantes.html>
- INREDH. *El refugio en el Ecuador*, INREDH, Quito, 2004.
- JIMBO, D., *Efectos de la implementación del decreto 1182 sobre el derecho de refugio en Ecuador: contradicción entre el garantismo y la securitización*. Disertación de especialización en Migración, Desarrollo y Derechos Humanos. FLACSO- Sede Ecuador, 2014.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El asesinato de Matteotti y el delito político*, en “Crónica del crimen”, Edit. Historia Nueva, Madrid, 1929.
- JIMÉNEZ LAMBIS, L., “Asilo y refugio en América Latina: ¿avances o retrocesos?”, *Saber, Ciencia y Libertad* Volumen 8, Número 1, 2013, págs. 63-68.
- JIMÉNEZ, C., “Artículo 18 de CDFEU, Derecho de Asilo” en *La Europa de los Derechos. Un análisis sistemático de los Derechos Fundamentales de la UE*, Edit. Comares, Málaga, 2012.
- KIBREAB, G., “Why governments prefer spatially segregated settlement sites for urban refugees” *Refuge* Número 1, 2007, págs. 27-35.
- LA SPINA, E., “Entre las fisuras y el complejo encaje del asilo diplomático en el contexto europeo: anverso y reverso”, *Precedente*, Vol. 15/2019, Cali, Colombia, págs. 93-124.

- LA SPINA, E., “La protección de la unidad familiar en contexto de crisis migratoria: la historia de dos casos”, *Universitas* Número 25, 2017, págs. 163-186.
- LA SPINA, E., et al. *La población refugiada en Bizkaia y su proceso de integración*, Edit. Diputación Foral de Bizkaia, Bizkaia, 2017.
- LA SPINA, E; VICENTE, T; MORONDO, D y URRUTIA, G., *La población refugiada en Bizkaia y su proceso de integración*, Diputación Foral de Bizkaia, 2017.
- LARENAS SERRANO, G., *El asilo político y el refugio. Hacia una nueva Convención internacional*. ILDIS, Quito, 1993.
- LARREÁTEGUI, A., *Refugio, nacionalidad y las trabas ocultas en el sistema*. Flacso-Ecuador y Abya Yala, Quito, 2011.
- LLAIN ARENILLA, S. y GUZMÁN SUÁREZ, S, P., “La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas”, *Revista de Derecho* Número 42, 2014, págs. 285-311.
- LONDOÑO TORO, B. y VARÓN MEJÍA, A. y LUNA DE ALIAGA, B. E., “El delito de trata de personas: Hacia la aplicación de estándares internacionales para la prevención, judicialización, protección y asistencia integral a las víctimas en Colombia”, *Revista de Derecho* Número 37, 2012, págs. 198-230.
- LÓPEZ-SALA, A. y MORENO AMADOR, G., “En busca de protección a las puertas de Europa: refugiados, etiquetado y prácticas disuasorias en la frontera sur española”, *Estudios Fronterizos* Número 21, 2020, págs. 1-20.
- LOZANO LEÓN, L., *Efectos y negociaciones en torno al sujeto refugiado/a a propósito de la población refugiada en Ecuador*. Flacso-Ecuador, 2016.
- LUNA, D. A., *El Asilo Político*. Tesis Doctoral. Edit. Universitaria. “José B. Cisneros” Colección de Tesis Escogidas, El Salvador, 1962.

- MAIANI, F., NÉRAUDAU, E., «L'arrêt M.S.S./ Grèce et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011. De la détermination de l'Etat responsable selon Dublin à la responsabilité des Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux», *Revue du droit des étrangers* Número 162, 2011.
- MANSILLA Y MEJÍA, M. A., “El derecho de asilo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVII Número 268, 2017, págs. 470-495.
- MANSUR DIAS, G., “Trata de personas, tráfico de migrantes y la gobernabilidad de la migración a través del crimen”, *Revista do Centro em Rede de Investigação em Antropologia* Vol. 21 Número 3, 2017, págs. 541-554.
- MARFLEET, P., “Forgotten, Hidden: Predicaments of the urban refugee.” *Revista Canadiense Sobre Refugiados* Número 1, 2007, págs. 36-45.
- MARÍA LUISA ESPADA RAMOS, M y MOYA ESCUDERO, M., “La Ley Reguladora de Asilo y Condición del Refugiado de 26 de marzo de 1984: ¿nacionalismo o internacionalismo?”, *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 6. Número 1, 1985, págs. 73-110.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J., *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Edit. Dykinson, S.L, Madrid, 2000.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Edit. Colex, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ ASO, M., *La eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros*, Tesis doctoral, directores Eduardo Rojo Torrecilla y Ferran Camas Roda, Universitat de Girona, 2013. (En línea) <https://www.tdx.cat/handle/10803/124038#page=14>

- MEDINA ORTEGA, M., “El derecho de asilo diplomático en España”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca* (1964). Fascículo 2, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-S-1964-20012300135, págs. 123-135.
- MENTXAKA, R., “El derecho de asilo en las iglesias cristianas con base en algunas constituciones imperiales del siglo IV y V”, *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III* Número 7, 2018, págs. 171-264.
- MERINO SANCHO, V, M., “Derecho de asilo y género. ¿Ha evolucionado el derecho de asilo?” Institut Universitari de Drets Humans de la Universitat de València, <https://www.uv.es/cefd/17/merino.pdf>, 2008, págs. 1-10.
- MERINO SANCHO, V,M., “El Sistema Europeo Común de Asilo ante las demandas de asilo por razones de género”, en *Documentación social* Número 180, págs. 185-201.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL ECUADOR. *Memorando MREMH-2019-24876-0*, 10 de abril de 2019.
- MIÑARRO YANINI, M., “La protección social de los refugiados en el ámbito internacional, Unión Europea y España”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* Número 273, 2019, págs. 678-701.
- MIÑARRO YANINI, M., *La dimensión social del derecho de asilo: estatuto de garantías de integración socio-laboral de los “refugiados”*, Edit. Bomarzo, Albacete, España, 2018.
- MOLINA BOLÍVAR, J, C., *El registro ampliado: implicaciones solidarias y oportunidades del refugio en Ecuador*. Flacso-Ecuador. 2012. Texto completo en <https://flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/13680.SIMA2.pdf>
- MONROY CABRA, M, G., *Derecho Internacional Público*, Edit. Temis, Bogotá, 2002.

- MONTORO BALLESTEROS, A., “En torno a la idea de delito político. (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)” *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, Número 18, 2000, págs. 131-156.
- MORENO, P., “Cómo entendemos el hecho migratorio en Ecuador” En SJR, *Paradigmas del refugio colombianos en Quito: acompañar, servir, defender*, Quito, 2006.
- MORGADES GIL, S., “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comentario Europeo* Número 37, 2010, págs. 801-842.
- MORGADES GIL., S, “El funcionamiento Efectivo de la Política Europea de Asilo ante la Garantía del derecho a no sufrir tratos Inhumanos o degradantes del CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* Número 41, 2012, págs. 183-204.
- MOYA GUILLEM, C., “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Polít. Crím.* Vol. 11, Número 22, 2016, págs. 521-547.
- MUÑOZ CONDE, F., *Delito Político y Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, 2006.
- NAVARRO GANDULLO, L; ALCONADA DE LOS SANTOS, M y RUBIO RAZO, M., *Asilo y protección internacional. La situación de las personas refugiadas*, Junta de Andalucía, s.f.
- NIÑO GONZÁLEZ, C, A., “Breve historia del conflicto armado en Colombia.” *Revista de Paz y Conflictos*. Número 1, 2017, págs. 327-330.
- NORONHA RODRIGUES, J., “Política única de asilo en la Unión Europea, Propuesta de Reglamento (UE) No. 604/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo que establece una política única de Asilo en la Unión Europea Parte 1”, en *Fundación para la ciencia y la Tecnología* Número 1, 2015, págs. 1-21.

- NOROÑA MARTÍNEZ, M., *La instrumentalización de la política pública sobre refugio: Procedimiento para determinar la condición de refugiado a través de la visa 12 - IV. (2007 – 2015)*. IAEN. Quito. 2016.
- OEA. *CIDH expresa preocupación por nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador*. Texto completo en <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/047.asp>
- OIM., *Glosario sobre la migración*. Ginebra, 2006.
- OIM., *Guía para la identificación y atención a víctimas de trata de personas*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Bogotá, 2016.
- OLIVEIRA BATISTA, V., “El derecho de asilo en el marco del sistema interamericano”. Texto completo en: [https://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3020/ASILO%20\(OLIVEIRA\).pdf?sequence=1](https://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3020/ASILO%20(OLIVEIRA).pdf?sequence=1).
- OLMEDA, B., “Las víctimas de trata en España. El sistema de acogida de protección internacional”, *Anuario CIDOB de la Inmigración 2019*, págs. 144-166.
- ORDOÑEZ SOLIS, D., “La crisis de los refugiados y su amparo judicial en la Unión Europea” en *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE*. Editorial EuroBasque, 2016.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “El concepto de «país seguro» y otros dispositivos restrictivos del derecho de asilo en España y la Unión Europea”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz=Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak Número 1*, 2017, págs. 435-486.
- ORIHUELA CALATAYUD, E., “El derecho a solicitar asilo. Un *derecho en fase terminal* por las violaciones del Derecho Internacional”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid Número 9*, 2003, págs. 57-113.

- ORTEGA MARTIN, E.: *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, LA LEY, marzo 2010, 4ª edición en MARTÍNEZ ASO, M., *La eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros*, Tesis doctoral, directores Eduardo ROJO TORRECILLA y Ferran Camas Roda, Universitat de Girona, 2013.
- ORTEGA TEROL, J. M., “Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Número 16, 1993, págs. 135-157.
- OSPINA, O. SANTACRUZ L. y VALLEJO, A., “Vivir en la ciudad: el proceso de inserción sociocultural”. En OSPINA, C y OSPINA, O, *No se puede ser refugiado toda la vida...Refugiados urbanos: el caso de la población colombiana en Quito y Guayaquil*. Flacso-Ecuador, págs. 57-120.
- PASTORINO, A. M., “A propósito del asilo diplomático”, *Revista de la Facultad de Derecho* Número 47, 2019, págs. 1-37.
- PERALTA, P., “Ecuador no dará salvoconducto para que Ma. Ángeles Duarte salga de la Embajada de Quito.” Texto completo en <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/ecuador-no-dara-salvoconducto-para-que-ma-angeles-duarte-salga-de-la-embajada-de-quito>
- PÉREZ SOLA, N., “El derecho de asilo y la condición de refugiado: balance de 26 años de desarrollos legislativos”, *Derechos y Libertades* Número 25, 2011, págs. 269-308.
- PÉREZ TORO, W. F., “La difícil aproximación al delito político”, *Estudios Políticos*. Instituto de Estudios Políticos Medellín, Número 31, 2007, págs. 43-60.
- PERRUCHOUD, R. y TOMALOVA, K., *Compendio de Instrumentos de Derecho Internacional sobre migraciones*, Edit. Temis, Bogotá, 2009.

- PICHINCHA COMUNICACIONES. “Ecuador no otorgó salvoconductos a asambleístas Correístas dice Canciller José Valencia.” Texto completo en <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/ecuador-no-otorgo-salvoconductos-a-asambleistas-correistas-dice-canciller-jose-valencia>.
- PLAN V. “Las nueve razones del Ecuador para revocar el asilo de Assange.” Texto completo en <https://www.planv.com.ec/historias/politica/nueve-razones-del-ecuador-revocar-el-asilo-assange>
- PORRAS RAMÍREZ, J. M., “El sistema europeo de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo safo de la globalización”. *Revista de Estudios Políticos*. 175, 2017, págs. 207-234.
- PRESNO LINERA, M. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á. y CONCELLÓN FERNÁNDEZ, P., *40 años de lucha por el derecho de asilo. Cuaderno sobre Derecho de asilo en España*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Universidad de Oviedo, 2019.
- PRIETO GODOY, C. A., *Ejercicio del derecho de asilo en la normativa comunitaria y nacional*, Tesis doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2012.
- PUJOL IRAOLA, M., “La solicitud de asilo en embajadas y consulados en la Unión Europea”, Universidad del País Vasco, 2019.
- RAMÍREZ SINEIRO, J, A., “El asilo diplomático: connotaciones actuales de un atavismo internacional”, *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales* Número 5, 2012, págs. 85-119.
- REAL INSTITUTO ELCANO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES., “Reunión del Consejo Científico del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos”, 5 de junio de 2019, https://casareal.es/EN/Actividades/Paginas/actividades_actividades_detalle.aspx?data=13942

- REDONET T LOPEZ-DORIGA, L., *Nacimiento del Derecho de Asilo*, Discurso leído ante la real Academia de la Historia, Madrid, 1928.
- RIAÑO, P. y VILLA, M. I., “Las fronteras del no reconocimiento: Los colombianos en situación de refugio en Ecuador”. En RIVERA, F; ORTEGA, H; LARREÁTEGUI, P y RIAÑO, P, En RIVERA, F; ORTEGA H; LARREÁTEGUI P. y RIAÑO P., *Poniendo tierra por medio. Migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá*. Flacso Ecuador, 2007, págs. 222-279.
- RICO ALDAVE, H., *El Derecho de Asilo en la Cristiandad. Fuentes histórico-jurídicas*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2005.
- RIVAS VALLEJO, M. P., “Factores de riesgo laboral derivados de la emigración”, *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención* Número 63, 2009, págs. 18-27.
- RIVERA, F., “El refugio de colombianos en Ecuador”. En RIVERA, F; ORTEGA H; LARREÁTEGUI P. y RIAÑO P, *Poniendo tierra por medio. Migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá*. Flacso Ecuador, 2007, págs. 18-36.
- ROJAS, J., “Plan Colombia, conflicto armado y migraciones forzadas”, *Revista Aportes Andinos* Número 7, 2003, págs. 1-11.
- ROJO TORRECILLA, E., “La construcción de la dimensión social de la Unión Europea: muchos retos pendientes y muchas necesidades a las que responder”, *Anuario IET*, 2014, págs. 117-126.
- ROJO TORRECILLA, E., “Población migrante, reforma laboral, y posible reforma de la normativa de extranjería para regularización. Notas para debate.” En <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/04/poblacion-migrante-reforma-laboral-y.html>. Actualizado hasta 9 de abril de 2022.
- RONDANINI A., “El derecho a solicitar asilo” en *Derechos Humanos*, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005.

- SALAS, G. R., “Asilo, refugio y protección subsidiaria”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 24, 2019-2020, págs. 269-282.
- SALDAÑA, J., *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*. UNAM, 2012.
- SALES JARDI, M., “La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de las refugiadas y de las apátridas en el derecho europeo”, *Revista de Derecho Político* Número 95, 2016, págs. 189-228
- SAN JUAN, C, W y MANLY, M., “Informe general de la investigación”, en FRANCO, L, *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Editorama, San José, 2004.
- SÁNCHEZ AGUIRREOLEA, D., “El derecho de asilo en España durante la edad moderna” *Revista Mundo Moderno Hispania Sacra* Número 55, 2003, págs. 571-598.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* Número 18, 2009, págs. 1-32.
- SÁNCHEZ PADILLA, E. P, y CAYAMBE GUATO, M. J., *Posición y participación del Estado ecuatoriano, firme defensor del derecho de asilo político, en base al análisis del caso Julian Assange*. Universidad Central del Ecuador, Quito, 2014.
- SANTACRUZ, L y VALLEJO, A., “Relaciones de género, mujeres y familia”. En OSPINA, C y OSPINA, O, *No se puede ser refugiado toda la vida...Refugiados urbanos: el caso de la población colombiana en Quito y Guayaquil*. Flacso-Ecuador, 2012, págs. 57-120.

- SANTOLAYA MACHETII, P., “Interpretación de la definición de refugiado y situaciones equiparables de protección”, en: *Guía sobre el Derecho de Asilo*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2005.
- SCHUSSLER, S., *Entre sospecha y ciudadanía: refugiados colombianos en Quito*. Flacso-Ecuador y Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009.
- SEARA VÁSQUEZ, M., *Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- SEPÚLVEDA, C., *Terminología usual en las Relaciones Internacionales*. Acervo Histórico Diplomático Secretaría de Relaciones Exteriores, México 1993.
- SERRANO MIGALLÓN, F., *El asilo político en México*, Editorial Porrúa, México, 1998.
- SOLANES, A., “Un decálogo sobre la crisis del asilo en España”, *Revista de Ciencias Sociales* Número 218, 2010, págs. 103-122.
- SOSNOWSKI, L., “Hacia la codificación del asilo diplomático en el Derecho Internacional”, *Revista Latinoamericana* Número 10, 1985.
- TERRON A., “Perspectivas y Retos del asilo y el refugio en Europa con motivo del día mundial del refugiado de 20 de junio” en *Presentación*, CIDOB Ediciones, Barcelona, 2006.
- URQUIDI CARRILO, J.E., “Consideraciones Históricas en Torno al Asilo”. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* Número 13, 1981.
- VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria*, Tirant Lo Blanch, col. Derechos Humanos, Valencia, 2017.
- VAROLI, F., “Presentación ACNUR: estándares de protección internacional de los refugiados y solicitantes de asilo.” En CIDH, *Migraciones. Conferencia Internacional Sobre Migraciones y Derechos*

Humanos: Estándares y Prácticas. Editorial Aún Creemos en los Sueños. 2013.

VILLA, M. I., “Desplazados y refugiados: entre ser, merecer y ocultar su situación. A propósito de la migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá.” En BELA, L; RIVERA, C y M. I. VILLA (Comps). *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*. Clacso-Flacso-Universidad Alberto Hurtado, Quito, págs. 339-366.

VILLANUEVA TURNES, A., “Aproximándonos al derecho al asilo en España”, *Revista Lusófona de Educação* Número 37, 2017, págs. 117-130.

VIVÓ UNRARRENA, E., “Utrumque ius: La Institución del Derecho de Asilo”. *Boletín de la Facultad de Derecho* Número 4, Madrid, 1993.

VOLLENWEIDER, C, “Lawfare. La judicialización de la política en América Latina.” Texto completo en: <https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>