

**Grado en Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso: 2021-2022**

**Convocatoria: julio**

DERECHOS HUMANOS PROTEGIDOS POR OTRO DERECHO: EL DERECHO  
DE ASILO

HUMAN RIGHTS PROTECTED BY ANOTHER RIGHT: THE RIGHT OF ASYLUM



Realizado por la alumna: Rafaela María Hernández Cejas

Tutorizado por el profesor: Don Francisco José Ledesma Taoro

Departamento: Derecho Constitucional, Ciencia Política, Filosofía del Derecho y  
Filosofía Española

Área de conocimiento: Filosofía del Derecho

## **RESUMEN.**

Cuando aludimos al término derechos humanos nos centramos principalmente en aquellos derechos que se consideran fundamentales, porque se entiende que son la columna vertebral de la convivencia entre los seres humanos y la dignidad de la propia persona. De ahí que hablemos del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, a su propia seguridad, entre otros, como los principales motores de nuestra subsistencia.

En torno al derecho de asilo, circulan los derechos fundamentales amenazados por actos de persecución o violencia, amparados por el principio de no devolución. Es considerado un derecho humano internacional recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención de Ginebra y en la Constitución Española, entre otras normas legislativas. Es, por tanto, un derecho que intenta proteger otros derechos.

## **ABSTRACT.**

When we refer to the term human rights we focus mainly on those rights that are considered fundamental, because it is understood that they are the backbone of coexistence between human beings and the dignity of the person himself. That is why we talk about the right to life, liberty, physical integrity, among others, as the main engines of our subsistence. Around the right to asylum, fundamental rights threatened by acts of persecution or violence circulate, protected by the principle of non-refoulement. It is considered an international human right included in the Universal Declaration of Human Rights, the Geneva Convention and the Spanish Constitution, among other legislative norms. It is, therefore, a right that seeks to protect other rights.

## ÍNDICE

<b>I.- MIGRACIÓN AFRICANA EN CANARIAS.</b> .....	3
<b>I.1.- Antecedentes históricos.</b> .....	3
<b>I.2.- Situación actual en Canarias.</b> .....	4
<b>II.-PROTECCIÓN INTERNACIONAL</b> .....	5
<b>II.1. Concepto de refugiado.</b> .....	5
<b>II.2. Concepto de derecho de asilo.</b> .....	6
<b>II.3. Concepto de protección subsidiaria.</b> .....	8
<b>II.4. ¿Cómo entender que ha existido o existe persecución?</b> .....	9
<b>II.5. El principio de no devolución. Derechos y obligaciones.</b> .....	10
<b>III.- PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL.</b> .....	11
<b>III.1. Documentación aportada al migrante africano y sus mecanismos jurídicos de defensa.</b> .....	11
<b>III. 2. La entrevista personal.</b> .....	14
<b>III.3. Otros mecanismos para residir en España.</b> .....	16
<b>IV. DERECHOS VULNERADOS.</b> .....	19
<b>IV.1.- El derecho a la vida y a la integridad física.</b> .....	19
<b>IV.2.- El derecho a la libertad y a la seguridad.</b> .....	23
<b>IV.3.- La dignidad de la persona, como fundamento y la necesidad de mayor protección.</b> .....	24
<b>V.-CONCLUSIONES.</b> .....	25
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b> .....	27

## **I.- MIGRACIÓN AFRICANA EN CANARIAS.**

### **I.1.- Antecedentes históricos.**

Las migraciones humanas es un fenómeno que proviene de etapas prehistóricas como son el Paleolítico, con la expansión del Homo Sapiens de África por todo el planeta (hace 200.000 años). Las personas se desplazan del país o región en el que viven a otro país de destino impulsadas por motivos: ecológicos (vinculadas a catástrofes naturales que obligan a las personas a abandonar su lugar de residencia), políticos (con el fin de evitar persecuciones o venganzas, muchas personas deciden emigran para evadir la intolerancia o la intransigencia política), económicos (se trata de la principal causa de migraciones vinculadas a la falta de desarrollo o a las crisis económicas del país de origen) y bélicos. Esta clasificación esta vista desde un punto de vista teórico, pero no debemos ceñirnos exclusivamente a una solo motivo, pues desde un punto de vista práctico y centrándonos en el migrante africano, subyacen realmente más de uno; motivos éstos que vulneran determinados derechos, sirva como ejemplo el caso de un africano que llega en cayuco a España y en el momento de realizarle la entrevista de solicitud de protección internacional, sin la asistencia de letrado, aduce motivos económicos de migración y sin embargo, si se empieza a tratar al individuo, pormenorizando su situación familiar, social, laboral y personal, nos damos cuenta que el verdadero motivo que subyace es la vulneración de un derecho a la vida o a la integridad física, a la libertad o a la seguridad. Derechos vulnerados que intentan ser protegidos por otro derecho, como es el derecho de asilo y protección subsidiaria, amparados en la Declaración de derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

El punto de interés en este tema es la migración irregular, es decir, aquella que viene determinada por la ausencia de vía legal para migrar. Este es el tipo de migración africana que acude en patera a las costas canarias, entre otras partes de España, bajo la creencia de que la vía legal es más costosa y dilatada en el tiempo, o simplemente por la imposibilidad de costearlo. Pues bien, los motivos por los que un ciudadano africano decide emigrar de su país y hacerlo de manera ilegal, es un fenómeno derivado de un conjunto de factores entre los que sirven de mención los desplazamientos causados por conflictos armados, políticos, ambientales, pobreza, junto con la percepción que se tiene

de Europa, como continente donde se puede prosperar y bajo el término “efecto llamada”<sup>1</sup>.

La inmigración del Continente Africano por mar a Canarias comenzó en 1994 con la llegada en pateras a las islas de Lanzarote y Fuerteventura, procedentes de Marruecos, incrementándose en número en años posteriores. Y a partir de 2005 el resto de las Islas Canarias eran también protagonistas de dicha inmigración, procedentes de Mauritania o Senegal.<sup>2</sup>

## **I.2.- Situación actual en Canarias.**

El primer precedente importante de inmigración africana que se ha producido en Canarias tuvo lugar en el año 2006. Más recientemente en el tiempo, sin romperse la continuidad en el mismo de la situación dada, se produce en 2020 un aumento desbordante que colapsa la capacidad de acogida, obligando habilitar dispositivos provisionales, entre ellos: el centro de acogida provisional en Las Mercedes, San Cristóbal de La Laguna o la instalación hotelera ubicada en Playa de Las Américas, ambos en Tenerife, para hacer frente a la situación; con un añadido que lo ha hecho más complicado si cabe, la crisis sanitaria producida por el Covid-19, estableciéndose por parte de la Secretaria de Estado de Migraciones un protocolo que recogía las líneas de actuación necesarias al respecto. La llegada a España de inmigrantes irregulares se produce a través de cinco comunidades autónomas costeras, Andalucía, Baleares, Canarias, Murcia y Comunidad Valenciana, pero es la Comunidad Canaria la que alberga mayor número de extranjeros irregulares.

En el pasado año, 2021, llegaron a nuestras costas cerca de 20.000 inmigrantes africanos y alrededor de 4000 personas perdieron su vida en aguas del mar Atlántico, procedentes en su mayoría de Marruecos, Senegal, Mali, Costa de Marfil, Guinea Conakri y Gambia, la más importante migración africana que se ha producido hasta la actualidad. Al respecto, el Alto Comisionado de las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), tras un estudio realizado en 2021, muestra, en las visitas efectuadas a los distintos centros de acogida canarios, su preocupación por las personas vulnerables en acogida, como son los menores no

---

<sup>1</sup> BENITEZ TORRADO, J.M.: “Una propuesta de los escenarios futuros del régimen europeo de las migraciones, ante el empuje de la migración africana” *Análisis, seguridad internacional*, nº33,2016. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es> (fecha de última consulta: 19 de junio de 2022).

<sup>2</sup> GUILLÉN PÉREZ, M.I.: “Análisis de la inmigración irregular África-Canarias” *Miradas en Movimiento*, vol.5, 2011. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es> (fecha última consulta: 20 de junio de 2022).

acompañados, y al mismo tiempo el desafío de abordar una política migratoria que permita abarcar las necesidades específicas de nuestro mercado de trabajo y nuestra sociedad, siempre dentro del marco político europeo y donde sea la Administración General del Estado la que afronte esta situación de vulnerabilidad a través de un plan estratégico, permitiendo entre el resto de las Comunidades Autónomas de España, el reparto equitativo y solidario de dicha integración. Pero la visita a Canarias del Defensor del Pueblo no sólo viene determinada por la preocupación del menor extranjero no acompañado, sino por los solicitantes de asilo y su movilidad, la asistencia jurídica prestada a los inmigrantes y el papel que el intérprete desempeñaba en esta labor.

Gran parte de África adolece desde un punto de vista social, económico y político de una serie de problemas que determinan los motivos por los que buena parte de su población decide emigrar del país, como son la sustitución de los regímenes autoritarios que se resisten cuando la democracia avanza, el acceso a los servicios de sanidad y educación desarrollados con mucha lentitud, la piratería y el terrorismo en determinadas áreas del centro africano y la degradación medioambiental.

Dentro de todo este contexto actual, difícil e internacional, se extrae, desde un punto de vista jurídico, la regulación normativa aplicable y en especial los derechos humanos alegados como base que sostiene todo este marco migratorio en las islas.<sup>3</sup>

## **II.-PROTECCIÓN INTERNACIONAL**

### **II.1. Concepto de refugiado.**

Definida como aquella persona que se encuentra fuera de su país, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y bien no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país.<sup>4</sup>El término fundados temores se analiza teniendo en cuenta dos elementos: el subjetivo y el objetivo. El elemento subjetivo viene determinado por el temor como estado de ánimo de la persona solicitante de protección, unido al análisis de la personalidad del individuo y de sus antecedentes personales y familiares. Y el elemento objetivo se determina en función a

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ MARUGÁN, F.: “La migración en canarias”. *Defensor del Pueblo*. 2021. Disponible en <https://defensordelpueblo.es> (fecha de última consulta: 4 de junio de 2022)

<sup>4</sup> Art.1 Convención sobre el Estatuto del Refugiado, de 28 de julio de 1951 y art.3 Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria. BOE nº 263, de 31 de octubre de 2009 (en adelante LDAPS).

las razones por las que se solicita protección, teniendo en cuenta la información relevante y objetiva sobre el país de origen, que dan respuesta a cuestiones tales como los derechos humanos y su seguridad, la situación legal y política, la situación económica y social, su geografía, sus aspectos culturales, así como su situación humanitaria; de esta manera se podrá determinar si la persecución del solicitante está o no fundada por los motivos anteriormente citados.<sup>5</sup>

La diferencia entre el migrante y el refugiado se asienta en la causa por la que se decide salir del país de origen, ya que el migrante acude a otro país, en el caso del migrante económico, en busca de oportunidades laborales, mientras que el refugiado huye por razones de conflictos armados, violencia o persecución, buscando seguridad. Sin embargo, podemos encontrarnos con los llamados flujos mixtos, término al que se alude cuando encontrándonos en su mayoría con una migración económica, como es el caso de Marruecos, puede haber entre quienes cruzan las fronteras refugiados que han huido por motivos sexuales, por persecución religiosa, por pertenecer a una determinada orientación sexual (LGTBI). En estos casos, las solicitudes de asilo se revisan de forma individual antes de ser considerado como refugiado.<sup>6</sup> Desde un punto de vista psicosocial, este término adolece de una serie de conductas, como son los comportamientos obsesivos, recuerdos terroríficos, tendencia al aislamiento social, depresión, especialmente en colectivos vulnerables como son los menores de edad, aún a pesar de la seguridad que comporta el verse en otro país, el cual le puede brindar protección.

Dicho concepto establecido en la LDAPS proviene del concepto de refugiado establecido en la Convención de Ginebra de 1951, en su artículo 1 y en la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 en su artículo 2.d). Además, dicha Directiva conceptúa en su artículo 2.e) el término “estatuto del refugiado” como el reconocimiento de refugiado procedente de un Estado miembro a un nacional de un tercer país.

## **II.2. Concepto de derecho de asilo.**

El derecho de asilo es un derecho internacional, fundamentado en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocido en caso de

---

<sup>5</sup> Fundación Abogacía Española: “La protección internacional de los solicitantes de asilo”, 2017. Disponible en <https://fundación.abogacía.es> (última consulta 26 de abril de 2022).

<sup>6</sup> ACNUR: “Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional”. 2019. Disponible en <https://eacnur.org> (última consulta 1 de junio de 2022).

persecución y bajo la imposibilidad de ser invocado contra una acción judicial fruto de delitos comunes o actos opuestos a los propósitos de las Naciones Unidas. Es un derecho de protección dado por un tercer Estado a cualquier persona que provenga de su país de origen, tras la existencia de fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, considerado por ello como refugiado.<sup>7</sup>

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) lo define como una práctica garantizada por un tercer Estado en la que se intenta proteger, amparar y dar asistencia a aquellas personas que han huido de su país de origen por diversos motivos, en su mayoría, relacionados con la violación de derechos fundamentales.<sup>8</sup> Así, podemos determinar que el asilo es una protección dada por un Estado a un extranjero que sufre o ha sufrido alguna violación de Derechos Humanos, mientras que el refugio es un programa social que se otorga a los solicitantes de asilo que se encuentren en grado de vulnerabilidad. Por tanto, para ser titular de un derecho de asilo previamente se debe reconocer en el sujeto solicitante la condición de refugiado.

*El reconocimiento de este derecho* viene determinado por los requisitos legamente establecidos que deben darse en los actos de persecución, tales como la gravedad suficiente en ellos para constituir una violación de los derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la prohibición a la esclavitud o servidumbre, derecho a la libertad y a la seguridad establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por los motivos de dicha persecución que se determinan de manera especificada, en cuanto al concepto de la nacionalidad, pues no se tiene en cuenta solamente el poseer o no la ciudadanía, en cuanto a la 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.

Asimismo, dicho reconocimiento no será concedido cuando confiera en el solicitante de protección internacional alguna de *las causas de exclusión o denegación*. En relación a las causas de exclusión se pueden determinar desde dos puntos de vista: positivo, pues ya existe cierta protección, bien porque la persona solicitante de asilo haya fijado su residencia en un país donde las autoridades del mismo le hayan reconocido

---

<sup>7</sup> Art.2 LDAPS

<sup>8</sup> ACNUR: “Asilo: definición y características básicas”. ACNUR.2016. Disponible en <https://www.eacnur.org/blog/asilo> (fecha última consulta: 28 de abril de 2022).

derechos y obligaciones como si fuera un nacional más. O bien, porque cesa la protección dada por un organismo u órgano de las Naciones Unidas, distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) y se continúa teniendo derecho a los beneficios del asilo. Y negativo, pues no existe protección previa y tampoco será concedida cuando se den una serie de motivos fundados como pueden ser el haber cometido delito contra la paz, un delito de guerra, delito contra la humanidad, delito grave fuera del país donde se solicita asilo conforme a lo establecido en el Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio siempre que se hubiesen realizado con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como también ante los casos de delincuencia organizada. De igual manera, se considera causa de exclusión cuando existan fundados motivos para considerar la culpabilidad por actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, o constituyan un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público. En cuanto a las causas de denegación, en incurrir en hechos que constituyen, siempre por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España o constituyan una amenaza para la comunidad, tras haber sido objeto de condena firme por delito grave.<sup>9</sup>

### **II.3. Concepto de protección subsidiaria.**

Derecho que se concede a aquellas personas que no reuniendo los requisitos para ser considerados como refugiados y así poder obtener el derecho de asilo, sí que coexisten en ella una serie de causas suficientes que determinan el reconocimiento de la protección internacional. Estas causas se encuentran fundamentadas en la existencia de fundados temores para creer que si regresase a su país de origen se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los siguientes daños graves: condena a muerte o riesgo de ejecución material, torturas o tratos inhumanos degradantes, amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivados por una violencia indiscriminada en situación de conflicto internacional o interno, siempre y cuando no concurra alguna causa de exclusión desde un punto de vista negativo y causas de denegación, siendo las mismas causas del reconocimiento del derecho de asilo.<sup>10</sup> El estatuto de protección subsidiaria determina el

---

<sup>9</sup> Art. 6 a 9 LDAPS

<sup>10</sup> Art.4 y art.10 a 12 LDAPS

reconocimiento de dicha protección por parte de un Estado miembro de la UE a un nacional de un tercer país o apátrida<sup>11</sup>

#### **II.4. ¿Cómo entender que ha existido o existe persecución?**

No hay una definición de persecución que se reconozca universalmente, pero a tenor del artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, podremos acercarnos al término persecución, aludiendo a toda amenaza contra la vida o la libertad por un motivo político, de raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un grupo social determinado; al igual que las violaciones graves de los derechos humanos, como pueden ser los actos de violencia física o psíquica, la denegación del derecho a la tutela efectiva, de la que deriven penas desproporcionadas o discriminatorias. Por otra parte, la discriminación cuando se da de forma cumulativa o con consecuencias de carácter particularmente lesivas, puede llegar a significar persecución. Como resultado, el riesgo de sufrir persecución debe ser personal, aunque para ser considerado como refugiado no es exigible que la persecución haya tenido lugar, ya que la definición de refugiado habla de fundados temores, a pesar de la existencia de sentencias donde se considera necesario que exista una persecución de manera personal<sup>12</sup>. Así pues, determinadas sentencias del Tribunal Supremo establecen que para determinar la condición de refugiado, las circunstancias que determinen la protección no han de ser meramente fundadas, entendiéndose, por tanto, que debe haber indicios suficientes para considerar a la persona como refugiada.<sup>13</sup> El relato del solicitante debe ser de un nivel de concreción que permita identificar una verdadera persecución, no siendo suficiente el relato vago y genérico que pudiera ser aplicable prácticamente a cualquier persona procedente del mismo país o que carezca de elementos de contraste y verificación donde se pueda apreciar su verosimilitud<sup>14</sup>. Sin embargo, otras sentencias establecen que en materia de asilo o condición de refugiado, no es exigible para la concesión de la misma su autenticidad mediante una prueba plena o absoluta de los hechos alegados, bastaría con una prueba indiciaria, basándose en el argumento de que el temor o miedo de verse perseguido, es un estado de ánimo claramente subjetivo, frente a la prueba claramente objetiva.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Art.2.g) Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de Diciembre de 2011. DO L 337 de 20.12.2011 (en adelante Directiva 2011/95/UE).

<sup>12</sup> Fundación Abogacía Española: “La protección internacional de los solicitantes de asilo”, 2017. Disponible en <https://fundación.abogacia.es> (última consulta 6 de junio de 2022).

<sup>13</sup> STS (Sala de lo Contencioso) de 10 de abril de 1989 (rec. núm. 386/1989).

<sup>14</sup> STS (Sala de lo Contencioso) de 17 de mayo de 2011 (rec. núm. 678/2008).

<sup>15</sup> SAN (Sala de lo contencioso) de 31 de mayo de 2021 (rec. núm. 7/2020)

## II.5. El principio de no devolución. Derechos y obligaciones.

Cuando se hace referencia al término protección internacional, se alude al reconocimiento del derecho de asilo o al reconocimiento de la protección subsidiaria. Todo ello se sostiene bajo el *principio de no devolución*, por el cual nadie puede ser expulsado, devuelto o extraditado a su país de origen desde el momento en que se presente la solicitud de protección internacional. Y, aún en el caso de que le sea denegado dichos reconocimientos, tiene el solicitante de asilo el plazo de un mes para poder presentar en vía administrativa, ante el Ministerio del Interior, un recurso potestativo de reposición o bien acudir a la vía judicial presentando un recurso contencioso administrativo, aportando todo ello permanencia provisional.<sup>16</sup>

Junto a este principio subyacen una serie de *derechos y obligaciones* que se confieren a cada persona solicitante de protección. En relación a los derechos, la normativa legislativa aplicable al respecto la podemos encontrar en la Convención de Ginebra de 1951 que explica los derechos fundamentales de los refugiados: libertad de religión (art.4), derecho al trabajo remunerado (art.17), derecho a la educación (art.22), asistencia pública (art.23), libertad de movimiento (art.26). Con respecto a la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, la LDAPS establece aquellos derechos conferidos desde que se solicita protección internacional, haciendo mayor hincapié en el momento en el que se realiza la entrevista: a ser documentado como solicitante de protección internacional, al conocimiento de su expediente en cualquier momento, a la comunicación de su solicitud a ACNUR, a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición y a recibir prestaciones sociales específicas, asistencia jurídica gratuita e intérprete y también asistencia sanitaria y prestaciones sociales específicas.<sup>17</sup> En cuanto a la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades en España y su integración social (más conocida como Ley de Extranjería) regula una serie de derechos para los extranjeros en condiciones de igualdad con los nacionales españoles, es decir, extranjeros considerados residentes en el Estado español, donde se establece previamente que dichos gozarán de los Derechos y Libertades establecidos en la Constitución Española (en adelante CE) en los términos establecidos en los Tratados Internacionales: derecho a la documentación (art.4), derecho a la libertad de circulación (art.5), derecho de sufragio (art.6), derecho de reunión (art.7), derecho de

---

<sup>16</sup> Art.5 y art.19.1 LDAPS.

<sup>17</sup> Art.18.1 LDAPS

asociación (art.8), derecho a la educación (art.9), derecho al trabajo y a la seguridad social (art.10), derecho a sindicarse libremente y derecho a la huelga (art.11), derecho a la asistencia sanitaria (art.12), derechos en materia de viviendas (art.13), derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales (art.14), junto con una serie de derechos establecidos en relación a la reagrupación familiar, como el derecho a la intimidad de la misma.

Con respecto a las obligaciones, la LDAPS hace referencia a obligaciones de los solicitantes de protección internacional, tales como la cooperación con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de dicha protección, información sobre su domicilio en España, así como cualquier cambio, información a la autoridad competente cuando se le requiera para ello y la presentación de todos aquellos elementos que contribuyan a fundamentar su declaración (art.18.2).

### **III.- PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL.**

#### **III.1. Documentación aportada al migrante africano y sus mecanismos jurídicos de defensa.**

Cuando el inmigrante africano llega a las costas Canarias en patera, después de varios días en el mar, poniendo su vida en peligro, la persona es llevada a las Tenencias Policiales, allí permanece en un plazo legal no superior a 72 horas y se le identifica, asignándole un NIE y automáticamente se les entrega un acuerdo de devolución, documento de tramitación donde en los antecedentes de hecho se expone lo que ha sucedido y se le indica que se le aplica lo dispuesto en la Ley Orgánica de Extranjería y en los fundamentos de derecho se aducen al art. 58 de dicha Ley que trata los efectos de la expulsión y devolución y junto a él, siendo de igual aplicación, el Reglamento de Extranjería, para terminar acordando la devolución a país de origen o procedencia.

Nos detendremos un momento en el término “país de origen o procedencia”, ¿por qué ambos términos y no sólo el país de origen? Poniendo un ejemplo, una persona de Mali, que ha ido por distintos países, ha estado tiempo esperando en Marruecos y viene a Canarias. Su país de procedencia es Marruecos y el de origen es Mali. Ocurre que Mali no tiene acuerdo de devolución, de manera que si en el documento de acuerdo de devolución se indica únicamente el país de origen, no podría técnicamente repatriarse a

esa persona; ahora bien, si además se alude al termino procedencia, donde en este ejemplo el país de procedencia es Marruecos, sí se le podría deportar a país distinto del país del origen, dado que éste si tiene acuerdo de devolución.

Muchas veces la persona llega a su país de destino y piensa que esa es su documentación identificativa en España, y no es un documento identificativo, es simplemente un documento de tramitación y eso significa que la persona tiene que saber que el Gobierno español ha decidido que tiene que regresar a su país y de manera inmediata, de ahí la importancia de la asistencia jurídica e intérprete, pues es en este momento donde la información clara y precisa es determinante para el interesado, en cuanto al conocimiento necesario, para que sean conscientes a qué se enfrentan.

Volviendo al artículo 58.3.b) de la Ley de Extranjería, se expresa que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros cuando habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España, por ejemplo, en el caso de una condena de un ciudadano extranjero, se sustituye la condena por la expulsión, y la misma conlleva aparejado un plazo de prohibición de entrada a España, y también en el caso de los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

El acuerdo de devolución tiene como finalidad la devolución inmediata y si éste no se produce, como sería el caso dado de una persona a la que se le entrega dicho acuerdo, retenido las primeras 72 horas y después puesto en libertad, llegados a este punto no se puede utilizar ese mismo acuerdo de devolución para internarlo en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE), porque ya no tendría la finalidad inmediata que se requiere y por tanto, no sería válido, salvo por decisión judicial; por consiguiente la Administración tendría que abrir un expediente de expulsión, documento que aporta una serie de garantías como pueden ser la asistencia jurídica, ante el que cabe recurso contencioso-administrativo.

¿Cómo actuar jurídicamente al respecto? El acuerdo de devolución no pone fin a la vía administrativa y por tanto, es posible interponer un recurso de alzada por el propio interesado, será competente la delegación del Gobierno y en el plazo de un mes a contar a partir del día siguiente a la fecha de la notificación.<sup>18</sup>

Si el extranjero decide solicitar asilo, la iniciación de dicha tramitación implica la aplicación del principio de no devolución amparado en la Ley 12/2009.y el documento

---

<sup>18</sup> Arts. 112,121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015 (en adelante LPACAP).

acreditativo del mismo es el Documento Acreditativo de la Condición de Solicitante en Tramitación de Protección Internacional, sin embargo, es más conocido como Tarjeta Roja por el color de la cartulina. Este documento es otorgado a los solicitantes de dicha protección, mientras es aprobado el estatus de refugiado y al mismo tiempo le será asignado un NIE. La vigencia del documento tiene una duración de 6 meses, pudiendo ser renovada hasta la obtención de la resolución definitiva. Una vez realizada la entrevista personal, se le entrega documento de resguardo de presentación de solicitud de protección internacional, donde se establece la fecha a partir de la cual puede el interesado comenzar a trabajar<sup>19</sup>. La denegación de dicha protección conlleva la posibilidad jurídica de presentar recurso potestativo de reposición<sup>20</sup> ante el Ministerio del Interior, recurso de carácter administrativo, o bien recurso contencioso - administrativo por vía judicial. En el primer recurso no es necesaria la asistencia de letrado ni procurador y con un plazo de presentación de un mes a partir del día de la notificación de denegación, pues lo puede presentar el propio solicitante, pero en el caso del segundo recurso si se requiere la asistencia y el plazo de presentación es de 2 meses.<sup>21</sup>

Existe otra medida jurídica a la que la persona extranjera puede acudir en el caso de deportación efectiva y son las medidas cautelarísimas<sup>22</sup> por vía judicial. Tienen lugar cuando se pretende suspender la ejecución del acto administrativo, aduciendo circunstancias de especial urgencia que justifican la adopción de dicha medida y argumentando los motivos en los que se fundamenta la misma.

En este contexto, cuando existe una deportación pendiente de ejecución, o bien ante una orden de expulsión, dado un riesgo inminente de sufrir un daño irreparable en caso de ser devuelto a su país de origen o a un país tercero a través del cual hubiera el interesado transitado, también se podrá acudir al artículo 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), más conocida como Regla 39, a través de la cual se puede solicitar medidas provisionales que tienen como objetivo preservar y proteger los intereses de las partes, ofreciendo la posibilidad de solicitar la suspensión de órdenes de expulsión y/o devolución y evitando un daño irreparable. Son objeto de una medida provisional, entre otras, en virtud de esta Regla 39, el derecho a la

---

<sup>19</sup> Disposición Adicional Vigésimo Primera del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, BOE. núm. 103, de 30 de abril de 2011.

<sup>20</sup> ARTS.123 Y 124 LPACAP.

<sup>21</sup> Título III de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo. BOE. núm. 167, de 14 de julio de 1998 (en adelante LJCA)

<sup>22</sup> Art.135 LJCA.

vida, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, regulados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Las solicitudes deben hacerse en cuanto exista un riesgo inminente de expulsión. Esto supone considerar que un riesgo es inminente cuando no es posible hacer uso de las vías legales internas o cuando estas vías se han utilizado sin éxito, principio de subsidiariedad aplicado por el Tribunal Europeo.<sup>23</sup>

### **III. 2. La entrevista personal.**

La UE a través de determinadas Directivas ha querido regular los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países como beneficiarios de protección internacional, su estatuto uniforme y el contenido de dicha protección<sup>24</sup>. Así como también, los procedimientos comunes para la concesión o retirada de la misma,<sup>25</sup> entre otras Directivas.

En relación al procedimiento para la concesión de la protección internacional, la Directiva 2013/32/UE tiene por objetivo principal desarrollar nuevas normas en los Estados miembros con el fin de establecer un procedimiento común de asilo en la Unión (Considerando 12), garantizando que dicho procedimiento sean más rápido y eficiente, cuyo proceso de solicitud inicial no debe durar más de seis meses (art.31.3), que sea más justo para el solicitante y donde las personas responsables de tomar decisiones deben estar formadas adecuadamente en relación con el proceso (Considerando 26), aportando al solicitante garantías procesales, así como el cumplimiento a las normas de la UE.

En este procedimiento para la concesión tiene una importancia relevante el derecho a la *entrevista personal*, ya que la persona que solicite protección internacional podrá expresar sus motivos personales, así como la situación del país de origen, elementos que determinan la necesidad de protección concedida por un tercer Estado (art.15.3.a). Y por parte de la Administración Pública, el cumplimiento de una serie de derechos conferidos al interesado como la asistencia de intérprete que pueda garantizar una correcta comunicación entre el solicitante y la persona que celebra la entrevista (art.15.3.c) y la asistencia jurídica (art.23). Esta normativa se encuentra reflejada en la LDAPS.

---

<sup>23</sup> ACNUR: “Guía relativa a la solicitud de medidas provisionales en virtud de la Regla 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para personas en necesidad de protección internacional”. 2007. Disponible en <https://www.acnur.org>

<sup>24</sup> Directiva 2011/95/UE.

<sup>25</sup> Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013. DO L 180 de 29.6.2013 (en adelante Directiva 2013/32/UE).

Hablamos de un procedimiento de carácter administrativo, donde el órgano encargado de la tramitación de la solicitud es la Oficina de Asilo y Refugio y una vez finalizada la instrucción del expediente se eleva a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio encargado de su estudio, resolviendo el Ministerio del Interior.<sup>26</sup>

En la práctica la entrevista personal adolece, en su mayoría, de una serie de irregularidades de carácter formal que provocan la vulneración de la normativa aplicable, así últimamente suele ser frecuente la falta de asistencia jurídica en las entrevistas personales o la realización de las mismas a través de intérprete telefónico. En cuanto a la falta de asistencia jurídica gratuita, ésta es reconocida como un derecho del migrante que solicita asilo que se extiende tanto durante la formalización de la solicitud como a la tramitación del procedimiento, prestándose en los términos previstos en la legislación española<sup>27</sup>, y que se confiere en el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa.<sup>28</sup>

El TS considera procedente la retroacción de las actuaciones cuando se produce la vulneración del derecho al solicitante a una asistencia jurídica gratuita.<sup>29</sup> Y a mayor abundamiento, la normativa europea dispone que los Estados miembros garantizarán que las entrevistas personales discurran en condiciones que permitan exponer las razones del solicitante para su solicitud de manera completa, dándole la oportunidad de presentar los elementos necesarios para fundamentarla, en relación con lo establecido en el artículo 4 de la Directiva 2011/95/UE, en cuanto a elementos que pueden faltar como a incoherencias o contradicciones existentes en sus declaraciones.<sup>30</sup>

El problema que subyace en el intérprete telefónico es el siguiente: se reduce la calidad de la comunicación, porque la labor del intérprete no se basa única y exclusivamente en traducir una lengua, sino en la adecuada y correcta interpretación entre ambos (intérprete y entrevistado), motivo por el cual dicha interpretación se hace imposible a través de un medio telefónico, y necesaria in situ, para no poner en duda la credibilidad e influir negativamente en el interesado. Además cuando el interesado se ve obligado a recordar sucesos traumáticos durante la entrevista pueden producirse fuertes reacciones emocionales, tanto de ira o agresión como de ansiedad, una crisis nerviosa o

---

<sup>26</sup> Art.23 y 24 LDAPS.

<sup>27</sup> Art.16.2 LDAPS

<sup>28</sup> Art.2.e) Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, BOE núm.11, de 12 de enero de 1996

<sup>29</sup> STS (Sala de lo Contencioso) de 19 de octubre de 2015 (recurso núm. 1420/2015).

<sup>30</sup> Art.15.3 y art.16 Directiva 2013/32/UE

disociación, por tanto, es el deber del intérprete en esta entrevista de asilo entender el comportamiento del entrevistado y actuar de manera adecuada ante cualquier reacción emocional, afectando tanto al reconocimiento del estatuto del refugiado, como a su integración en el país de acogimiento. Añadir a este tema la falta de la firma del intérprete en el documento, defecto formal.

ACNUR 2017:54.- el papel del intérprete no sólo es clave por actuar como mediador, lingüístico, sino por la responsabilidad que se le otorga en la entrevista de asilo, pues de la interpretación puede depender la resolución final de la solicitud.

De ahí la importancia de la adecuada preparación del funcionario para una buena entrevista, donde no sólo se familiarice con el caso y consulte la información relevante sobre el país de origen, sino también evite este tipo de errores formales, que menoscaban la tutela judicial efectiva del interesado<sup>31</sup> y la imposibilidad de determinar de forma fehaciente los motivos personales del solicitante, viéndose mermado su derecho de asilo o protección subsidiaria.

Como consecuencia de estos defectos formales en la realización de la entrevista personal, una vez comunicada la correspondiente resolución del Ministerio del Interior denegando la protección internacional, se solicita en el recurso de reposición, día y hora para una nueva comparecencia personal del interesado, con el objeto de realizar una nueva entrevista, fundamentada en la anulabilidad “cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”.<sup>32</sup>

Es en ese momento de la entrevista, cuando se le informa al solicitante de asilo de cuáles son sus derechos y obligaciones, anteriormente mencionadas y se le indica la fecha a partir de la cual puede comenzar a trabajar en España

### **III.3. Otros mecanismos para residir en España.**

III.3.1.- Cuando aludimos al término arraigo, hacemos referencia al modo de obtener el permiso de residencia temporal, permitiendo con ello permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años, y con posibilidad de renovación

---

<sup>31</sup> Art. 24 Constitución Española de 1978, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>32</sup> Art. 48 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015

atendiendo a las circunstancias que motivaron la autorización.<sup>33</sup>En nuestro país existen, actualmente, varias autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales con su propia regulación normativa, como son la Ley de Extranjería en su artículo 31 y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en los artículos del 62 al 66 y del 123 al 130, tales como el arraigo laboral, el arraigo social y el arraigo familiar. Estos diferentes tipos de arraigos no solo permiten residir en España sino también dan la posibilidad de trabajar o simplemente residir.

En cuanto al arraigo social es un permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales que se concede a aquellos ciudadanos extranjeros que se hallen en España, y tengan vínculos familiares o se encuentren integrados socialmente. La autorización del mismo tiene una duración de un año, con posibilidad de renovación y permite residir únicamente, o bien residir y trabajar. Éste se puede obtener en función al cumplimiento de determinados requisitos como son: a) no ser ciudadano de un Estado de la Unión Europea (en adelante UE, del Espacio Económico Europeo (en adelante EEE) o de Suiza, ni familiar de estos países b) carecer de antecedentes penales, no tener prohibida la entrada en España, c) haber permanecido con carácter continuado en España durante un periodo mínimo de tres años, d) tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o con españoles, o bien, presentar un informe que acredite su integración social emitido por una Comunidad Autónoma o Corporación Local si la Comunidad Autónoma lo ha autorizado, e) desde el punto de vista laboral, se exige:

e.i) contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empleador, que tras la última reforma laboral debe ser de carácter indefinido y donde ambas partes deben encontrarse inscritos en la Seguridad Social, y al corriente de sus obligaciones tanto por parte de este organismo como por parte de la Agencia Tributaria. Así mismo, la empresa debe dejar constancia de su solvencia económica, garantizando su actividad continuada. Este tipo de contratos tiene una connotación especial a tener en cuenta como es el hecho de que en el sector agrario, sector donde y en su mayoría encuentran trabajo los migrantes en España, se podrán presentar dos contratos con los mismos empleadores, con una duración mínima de seis meses en cada uno de ellos. Por otra parte, es admisible igualmente la presentación de varios contratos en una misma ocupación, trabajando de forma simultánea para más de un empleador, con una duración mínima en cada uno de

---

<sup>33</sup> Art. 31.1 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero)

ellos de un año y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a 30 horas en cómputo global, o

e.ii) tener tu propia empresa, trabajando como autónomo en España (arraigo social por cuenta propia), siendo necesario para ello, mantener un plan de empresa que permita determinar la actividad que se va a desarrollar, los gastos, los supuestos clientes, una estimación económica de lo que se va a generar, entre otros factores. Además, disponer de los medios económicos necesarios para hacer la inversión, dependiendo del tipo de negocio que se quiera poner en marcha, el acreditar los recursos económicos para vivir en España, exigiéndose disponer del 100% del IPREM mensual (lo que vendría a ser 579,02 euros al mes), poseer la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada, y si procede la colegiación correspondiente y por último, cumplir con los requisitos legales para la apertura y funcionamiento de la actividad, o

e.iii) poseer recursos económicos propios o bien los de un familiar (arraigo social con recursos propios), esta situación no requiere autorización de trabajo, sino simplemente la autorización de residencia.

El arraigo laboral conlleva la autorización de residencia en nuestro país a los extranjeros que acrediten las siguientes requisitos: a) la permanencia continuada durante un periodo mínimo de dos años, b) carezcan de antecedentes penales tanto en su país de origen, en España, así como en los países en los que se haya residido en los últimos cinco años, c) puedan demostrar la existencia de una relación laboral que no comporte una duración mínima inferior a seis meses. Hay que tener en cuenta que cuando se ha solicitado protección internacional, el documento de dicha solicitud incluye la fecha a partir de la cual puede el migrante comenzar a trabajar.

El arraigo familiar es un tipo de autorización excepcional que se otorga a extranjeros que sean padres o madres de un niño comunitario, o hijos de padre o madre originariamente españoles, donde dicha autorización permite trabajar e incluso tener tu propia empresa. Para la obtención de la misma se requiere: a) no ser ciudadano de un país de la UE, del EEE ni de Suiza, ni familiar de estos países, b) no tener antecedentes penales, en España ni otros países de residencia, c) acreditar que se convive con el niño nacido en España o la Comunidad Europea o que cumple las obligaciones hacia el niño. El tiempo de permanencia una vez otorgada la autorización es de un año y al vencimiento del mismo se podrá tramitar la Tarjeta de Familiar Comunitario, cuya validez es de cinco

años y tiene por objetivo aportar seguridad jurídica y estabilidad tanto a los padres como a los niños.

III.3.2.- Razones humanitarias es otro tipo de autorización que permite residir de forma temporal en España acreditando alguna de las siguientes circunstancias: a) ser víctima de delitos contra los derechos de los trabajadores, tipificados en el Código Penal en los artículos 311 a 315, 511.1 y 512 respectivamente, b) ser víctima de delitos con circunstancia agravante en la comisión de los mismos por motivos discriminatorios, ya sea racista, antisemitas, o referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o por minusvalía o enfermedad, c) ser víctima de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, siempre con resolución judicial y donde se establezca la condición de víctima, d) sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y donde si se diese la interrupción de la misma o no se recibiera supondría un grave riesgo para la salud o la vida de la persona; salvo en el caso de dos excepciones donde no es relevante el carácter de sobrevenida, como son: la permanencia en España de un extranjero desplazado temporalmente para tratamiento médico o que el traslado al país de origen implique un peligro para su seguridad o la de su familia. Este último motivo suele ser el preferente ante un recurso de reposición donde se solicitan razones humanitarias amparadas en la protección subsidiaria del inmigrante africano.

#### **IV. DERECHOS VULNERADOS.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reconocen el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad en su artículo 3. Derechos vulnerados que intentan ser protegidos por un derecho de asilo. Esta Declaración no establece un sistema para defender estos derechos y se hace necesario por parte de una organización como puede ser la Unión Europea, un control exhaustivo de las actuaciones administrativas en cada país de acogida y por otra parte siendo regulado por un orden jurisdiccional de la inmigración en cada Estado Miembro.

##### **IV.1.- El derecho a la vida y a la integridad física.**

La plasmación de estos derechos se encuentra en el artículo 15 de nuestra Carta Magna, la CE, en su Título I, Sección 1ª, que reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral, impidiendo la tortura o tratos inhumanos, sus penas y aboliendo la pena de muerte.

La vida que se protege constitucionalmente es la humanamente digna, porque el artículo 15 CE tiene como presupuesto de este derecho a la vida, la dignidad humana y la igualdad, de ahí que se vulnere dicho derecho desde el momento en que se prive de dignidad al individuo. Es el único derecho donde se estudia la titularidad del mismo, debido a que se es titular por el mero hecho de tener vida, antes de ser jurídicamente persona, aunque se plantee el problema del nasciturus. Ahora bien, la STC 53/1985 nos señala que a pesar de que el nasciturus no sea de mención en la Carta Magna, debe ser considerado un bien jurídico protegido por dicho precepto, pues no puede ser desprotegido dentro del proceso de vida del claustro materno, condición indispensable para la vida independiente, entrañando un valor fundamental como es la vida humana.<sup>34</sup> Parte de la doctrina ha sostenido que el derecho a la vida es algo más que un derecho fundamental, es un valor superior y previo a todos los derechos, es el presupuesto de la titularidad y el ejercicio de los demás derechos fundamentales y prueba de esto es el hecho de ser configurado constitucionalmente como el primer derecho fundamental.<sup>35</sup>

En relación a la pena de muerte en nuestro país se encuentra abolida de forma total, no por el contexto del art. 15 CE, que la condiciona en tiempos de guerra, sino por la posterior LO 11/1995.<sup>36</sup> Ahora bien, y sirva como inciso, hay que tener en cuenta que esta Ley Orgánica puede ser modificada o derogada en cualquier momento por las Cortes Generales, pudiendo ser nuevamente de aplicación la pena de muerte en tiempos de guerra si no se reforma el artículo 15 CE.

En cuanto al derecho a la integridad física, para algunos autores, es una prolongación del derecho fundamental a la vida, donde existe una vinculación directa entre ambos, porque no se puede entender el uno sin el otro.<sup>37</sup> Para el TC (STC 207/1996, fund.jco.2º) se conceptúa como aquel “derecho a no sufrir lesión o menoscabo de su cuerpo o su apariencia externa sin su consentimiento”, así pues la existencia o no de consentimiento determina la vulneración de este derecho. Ocurre que la lesión de la integridad física es fácil de determinar por su apreciación manifiesta, pero la lesión de la integridad psíquica o moral resulta más compleja, siendo un ejemplo de ello la tortura. De ahí que se puede hablar de apariencia personal, bienestar corporal, como bien jurídico protegido, el cual si se lesiona se estaría vulnerando el derecho al mismo. Cuando el at.

---

<sup>34</sup> PÉREZ ROYO, J.: *Curso de derecho Constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 242-244.

<sup>35</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: *Derechos fundamentales y Libertades Públicas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 111-112.

<sup>36</sup> PÉREZ ROYO, J.: *op. cit.*, pág.248.

<sup>37</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: *op. cit.*, pág. 126.

15 trata la integridad física y moral, no hace referencia al psíquico, ¿se debe entender inmersa en alguna de los dos términos o por el contrario en ninguno? El Pacto de San José, como excepción, se refiere a las tres esferas, pero realmente sólo se aprecian dos: la física y las psíquica, donde esta última es denominada moral para unos o psíquica para otros.<sup>38</sup> La confluencia del elemento subjetivo, como es el consentimiento o ausencia del mismo, previo a una intervención sobre el cuerpo del titular del derecho, y el elemento objetivo, como lesión o menoscabo, objetivamente verificable en el cuerpo del titular del derecho, diferencian al derecho a la integridad física de otros derechos con los que persiste una relación como puede ser el derecho a la vida, entre otros. Hay que partir de la base de que somos titulares del derecho a la vida independientemente de la voluntad, sin embargo no se puede decir lo mismo del derecho de integridad física que se encuentra emitido por susodicha.<sup>39</sup> Tanto el derecho a la vida como el derecho a la integridad física presentan una idéntica naturaleza, pues ambos tiene como núcleo la dignidad, pero con la particularidad de que la vida presenta un rasgo único, como es el hecho de que si no hay vida, no hay ejercicio de ningún derecho. La vida es intangible y la integridad necesita del consentimiento. Por tanto, nadie puede ser obligado por la fuerza, pero la negativa puede derivar consecuencias gravosas para quien se niegue, como son las sanciones. Hay tres supuestos excepcionales, en el caso, por ejemplo, de una intervención, como son los menores, donde aún sin su consentimiento o el de sus padres o tutores, será acordada por el juez. El caso de los incapacitados con deficiencias psíquicas, cuyo consentimiento otorgado por sus representantes debe estar ponderado por el juez en cada caso concreto en relación a la necesidad y la proporcionalidad requerida. Y, por último, los internos penitenciarios, a los que se les puede imponer por la fuerza tratamiento médico ante un supuesto de huelga de hambre si su vida corriera peligro. De esta manera se puede expresar la legitimación en determinadas situaciones vulnerables.<sup>40</sup>

En relación y como prueba del reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral manifestado en el art. 15 CE, las SSTC 120/1990 y 119/2001 han señalado que se protege la inviolabilidad de la persona, tanto si se producen agresiones dirigidos a lesionar el cuerpo, como la intervención en los mismos sin el consentimiento de su titular. Por otra parte, a Sentencia 50/2022 del Juzgado nº 1 de

---

<sup>38</sup> CANOSA USERA, R.: *El Derecho a la Integridad Personal*. Ed. Lex Nova, S.A., Valladolid, 2006, pág. 89 a 93.

<sup>39</sup> PEREZ ROYO, J.: *op. cit.*, pág. 249.

<sup>40</sup> CANOSA USERA, R.: *op. cit.*, pág.99 a 101 y 250-251.

Ceuta, reconoce la vulneración del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE de menores no acompañados repatriados a Marruecos por considerar que no tuvo lugar ningún procedimiento de repatriación, el cual conlleva unas actuaciones informativas previas sobre el país de origen del menor, sus circunstancias familiares, un compromiso expreso por escrito de la autoridad competente del país de origen de asumir la responsabilidad del menor, con la intención de poder determinar de forma positiva dicha repatriación. En ausencia de este procedimiento en vía administrativa se provoca una situación de riesgo notable, ante el hecho de que estas personas puedan quedar en una situación de abandono y desamparo una vez repatriados a su país de origen, vulnerando el derecho fundamental a la integridad física y moral de los mismos.

La integridad física se encuentra ligada al concepto de tortura, que según la STC 120/1990, es definida como todo acto por el cual se causa de forma intencionada dolores o sufrimientos graves a una persona, por motivos discriminatorios como el castigo por un acto que haya cometido, siempre que sean causados por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones, garantizando así la integridad de las personas frente a cualquier abuso de la autoridad, porque a pesar del régimen democrático plasmado en nuestra Constitución, se hace necesario prevenir la regulación normativa de estas actuaciones, como vulneración de un derecho ante dichas actuaciones, como sería el caso de malos tratos sufridos en las dependencias policiales por sus autoridades. Así, el TC ha querido proteger la integridad física de las personas extendiendo dicho derecho a cualquier tipo de actuación física llevada a cabo por los poderes públicos sin el consentimiento de la persona víctima de esa situación.<sup>41</sup>

Una muestra de la vulneración de estos derechos la podemos encontrar en determinados países del Este subsahariano en África, concretamente en Senegal, en la localidad de Casamance, donde recientemente se han producido reyertas entre el movimiento independentista (MFDC) y el ejército senegalés, perdiendo la vida más de un docena de senegaleses, de entre los fallecidos se encontraban ciudadanos de ese país víctimas de dicho atropello bélico. En esos incidentes determinadas personas fueron sometidos a tortura, malos tratos y vejaciones múltiples. Confluye, por tanto, dicha vulneración en el país de origen y podría darse la misma en el país de destino, supongamos

---

<sup>41</sup> MARTÍN DE LLANO, M. I.: “El derecho a la vida y a la integridad física moral”, en AA.VV. (GOIG MARTÍNEZ, J.M., Dir.): *Configuración del Estado Constitucional en España*, 1ª ed., Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2017, pág.330-331.

que fuere España, en el caso de repatriación, sin tener en cuenta la situación que se está dando en este territorio, poniendo en peligro la vida y la integridad física del senegalés.

#### **IV.2.- El derecho a la libertad y a la seguridad.**

La libertad de conducta, más conocida como libertad personal y calificada por el TC como libertad física (STC 120/1991, FJ 11º) y como libertad deambulatoria (STC 12/1994, FJ 2º) supone la autodeterminación de nuestra conducta, sin impedimentos, reconocida en el artículo 17 CE. La libertad constitucionalmente reconocida es la libertad individual. Definiciones dadas por algunos filósofos como Montesquieu en “Del espíritu de las leyes”, la libertad civilizada es la “tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su propia seguridad”. Y Thomas Hobbes en su obra “Leviatán”, sentó las bases de la teoría contractualista, la “máxima libertad” del ciudadano se produce “en la ausencia de la Ley”. En definitiva, no hay libertad sin seguridad y ésta es aportada por un ordenamiento jurídico, por tanto ser libre es hacer todo aquello que no está prohibido.<sup>42</sup> En el reconocimiento de la libertad personal se encuentra el reconocimiento de la libertad de residencia y circulación del artículo 19 CE. Pero en ocasiones es el propio Estado el que pone límites a este reconocimiento, sirva como ejemplo la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS (2662/2020) donde cesa a la Administración Pública en su práctica de limitar el derecho a la libertad de movimiento de las personas solicitantes de asilo y a poder fijar su residencia en cualquier otra ciudad del territorio nacional, sin que ésta pueda limitar dicho derecho en base a ser solicitante de protección internacional y siempre con la obligación del solicitante de comunicar a la Administración el cambio de domicilio. Se trata de una sentencia firme, con lo cual ya no puede ser recurrida.

La libertad suele ser objeto de restricciones, pero éstas sólo deben producirse cuando se encuentren reguladas legalmente, es por ello que la Ley no puede conformar una privación de libertad que no corresponda con la protección de derechos reconocidos o creara inseguridad debido al grado de indeterminación o en falta de proporcionalidad llegando a romper el equilibrio entre el derecho y la limitación del mismo. Si esta actuación la trasladamos al ámbito del derecho de extranjería, donde se le priva de libertad a un extranjero por parte de la policía sin previa autorización judicial, conlleva un control posterior sobre su legalidad, a través del procedimiento de habeas corpus, así lo indican determinadas sentencias del TC (SSTC 21/1996; 174/1999; 179/2000). El migrante

---

<sup>42</sup> PEREZ ROYO, J.: *op. cit.* Pág. 265.

internado en los Centros de internamiento (CIE), como medida preventiva en tanto se sustancia el expediente administrativo, se encuentra sometido a un poder público cuya función es preventiva y cautelar, de la que surge un deber correlativo como es por parte del extranjero acatar las normas y por parte de la autoridad velar por la seguridad y organización adecuada del centro. Las garantías de esta libertad personal, por medio del habeus corpus se fundamentan en la necesaria y previa audiencia del interesado, la exigencia de auto motivado del Juez de Instrucción para el ingreso en un centro penitenciario, con un periodo de duración máxima de cuarenta días, atendiendo a las circunstancias del interesado (carencia de domicilio, existencia de condena o sanciones administrativas. El control judicial corresponde al Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentren ubicados los centros, conociendo de las quejas y peticiones de los internos en relación a sus derechos fundamentales, siendo informados de cualquier circunstancia que afecte al extranjero, regulado en el artículo 60 Ley Extranjería.

La seguridad del artículo 17.1 CE se consagra como el derecho a la seguridad personal, que a tenor de la STC 126/1987, consiste en la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas de detención o de otras medidas que puedan poner en peligro o restringir la libertad personal. Se trata de un derecho que obliga a los poderes públicos a adoptar medidas y políticas de seguridad ciudadana para poder garantizar este derecho a toda la población, puesto que seguridad ciudadana y libertades públicas son un binomio que conforman la convivencia en una sociedad democrática. Siendo así la seguridad es un mecanismo que sirve de garantía a los derechos y libertades.<sup>43</sup>

Ambos derechos se han conformado como un binomio bajo una relación inversamente proporcional, pues un aumento en la seguridad implica una disminución en la libertad, y viceversa. El derecho a la libertad y el derecho a la seguridad proceden de la dignidad de la persona, visto como un medio necesario para que el hombre pueda desarrollarse plenamente.<sup>44</sup>

#### **IV.3.- La dignidad de la persona, como fundamento y la necesidad de mayor protección.**

Los derechos humanos tienen como fundamento la dignidad. Término que confiere al ser humano la cualidad de ser respetado, sobre todo por sí mismo. La CE en su artículo 10, lo considera como uno de los fundamentos del orden público y la paz

---

<sup>43</sup> GOIG MARTÍNEZ, J.M., MARTÍN DE LLANO, M.I.: “El derecho a la libertad física y a la seguridad personal”, en AA.VV. (GOIG MARTÍNEZ, J.M., Dir.): *Configuración del Estado Constitucional en España*, 1ªed., Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2017, pág. 342 a 352.

<sup>44</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: *op. cit.* Pág. 159 y 160

social. Además en el ámbito internacional también se reconocen derechos y libertades presididos por la dignidad de la persona como fundamento para protegerlos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Preámbulo, proclamando la fe en la “dignidad y el valor de la persona humana”, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde los principios de paz, justicia y libertad tienen como base la dignidad. La dignidad, como señala D. Gregorio Peces Barba es un derecho positivo justo. La dignidad de la persona tiene una doble vertiente: por un lado una vertiente autónoma por la que debe ser respetada en cualquier situación, siendo inherente a la condición humana y por otro lado la vertiente relacional, con respecto a los demás derechos, es considerada una dignidad personal cuya violación implicaría la violación del derecho mismo. “Todo hombre por el hecho de serlo es titular de unos derechos inalienables inherentes a su dignidad “según González Pérez. J.

En definitiva, nuestro sistema constitucional distingue en la dignidad un fundamento para el ejercicio de los derechos, que permanece inalterada mientras se solicitan derechos.<sup>45</sup>

## **V.-CONCLUSIONES.**

Canarias por su situación geográfica, adolece en su mayoría de una migración procedente del Continente Africano, considerada ilegal por la forma de proceder para entrar en España, sin documentación y aún con ella, sin cumplir las normas para poder permanecer en el país, cuando se viene no en calidad de turista, sino con la intención de permanecer en el mismo para encontrar la seguridad, la libertad y, en ocasiones, la protección de la vida e integridad física de la que sufren en su lugar de origen. Las causas o motivos que determinan este tipo de migración, sólo se pueden tratar desde un punto de vista individual, donde cada individuo relata su historia y donde cada historia es diferente, unas veces por maltrato, por amenazas, por pertenecer a un grupo sexual determinado, entre otras; por tanto, ante la existencia de derechos vulnerados, bien por el propio gobierno de su país, por el propio entorno familiar, o bien por la propia sociedad misma, que ponen trabas al ejercicio de derechos fundamentales reconocidos legalmente desde un punto de vista europeo como son: la seguridad en la propia persona de poder vivir sin el temor de ser apaleado, maltratado, coartado, amenazado; la libertad de poder

---

<sup>45</sup> GOMÉZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales*. Ed. Sanz y Torres, Madrid, 2020, pág. 164 a167.

expresarse, de movimiento, de religión; la integridad física amenazada por la falta de consentimiento de la persona sobre su cuerpo; y la propia vida misma, intangible, que no depende de la voluntad para ser reconocida y se sustenta en ella misma para que exista derecho, y sin embargo violada por quien no reconoce dicha titularidad. Por ello, se hace necesario por parte de una institución superior como puede ser la Unión Europea, un control exhaustivo de las actuaciones administrativas en cada país de acogida y por otra parte, siendo regulado por un orden jurisdiccional de la inmigración en cada Estado Miembro. La dignidad humana es el fundamento de estos derechos, es el motor que mueve el necesario reconocimiento de ellos, plasmado en los distintos cuerpos legales a nivel europeo y nacional, sin embargo, carece de un sistema único para poder defenderlos, simplemente son una declaración. Cada Estado miembro de la UE, aplica su propio sistema de defensa, en base a sus propias normas judiciales internas. Abogar por un sistema de control exhaustivo de los órganos de la UE, es uno de los objetivos a tener en cuenta en el desarrollo de este trabajo, ya que, aminoraría las irregularidades que en la práctica se dan, como la falta de intérprete o asistencia letrada; reduciendo los errores que se comenten con estas personas, sin tener en cuenta sus derechos, así como sus obligaciones.

Cuando la persona afectada por la vulneración de derechos fundamentales es un inmigrante, que decide huir de su país origen, el derecho de asilo es algo más que una esperanza de vida, es el futuro mismo de ese individuo. Algo tan importante, tiene que ser tratado y valorado concienzudamente, por ello, debemos dejar en manos de la justicia este tipo de resoluciones, creando Juzgados de inmigración.

Como muestra, la Disposición Adicional 10ª de la Ley de Extranjería establece que serán rechazados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla los extranjeros que intenten superar los elementos de contención fronterizos (valla) para cruzar de forma irregular la frontera, con el propósito de impedir su entrada ilegal en España, pero respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional. Asimismo, ocurre que en la realidad la normativa internacional no tiene cabida en dicha frontera, demostrándose en casos como los de un menor no acompañado que salta la valla y es rechazado procediendo a su devolución, sin permitirle informar de que es menor, sin darle la posibilidad de aplicar la Ley nacional o comunitaria internacional que se prevé para proteger la infancia; o el caso de personas que logran saltar la valla, perfectamente documentados que igualmente son devueltos, sin dar la

posibilidad de aplicar la Convención de Ginebra que trata la normativa internacional que defiende la defensa del Refugiado. Difícilmente podrán ser objeto de regulación judicial, procediendo con el rechazo, sin respetar la normativa internacional de derechos humanos, unido a la escasísima asistencia letrada y de intérprete.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### **Libros (monografías).**

- BARTOLOME CENZANO, J.C.: *Derechos fundamentales y Libertades Públicas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- CANOSA USERA, R.: *El Derecho a la integridad personal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006.
- GÓMES SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales*, Ed. Sanz y Torres, Madrid, 2020.
- PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

### **Capítulos de libros.**

- GOIG MARTÍNEZ, J. M., MARTÍN DE LLANO, M.I.: “El derecho a la libertad física y a la seguridad personal”, en AA.VV. (GOIG MARTÍNEZ, J.M., Dir.): *Configuración del Estado Constitucional en España*, 1ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pág.342 a 352.
- MARTÍN DE LLANO, M.I.: “El derecho a la vida y a la integridad física moral”, en AA.VV. (GOIG MARTÍNEZ, J.I., Dir.): *Configuración del Estado Constitucional en España*, 1ªed., Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pág.330 a 331.

### **Legislación.**

- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.
- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

Constitución Española de 1978

-Ley Orgánica 4/ 2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (Ley de Extranjería).

-RD 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

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

-Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

-Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

### **Jurisprudencia.**

-STS (Sala de lo Contencioso) de 19 de octubre (rec. núm. 4316/2015).

-STS (Sala de lo Contencioso) de 10 de abril de 1989 (rec. núm. 386/1989).

-STS (Sala de lo Contencioso) de 17 de mayo de 2011 (rec. núm. 678/2008).

-STS (Sala de lo Contencioso) de 19 de octubre de 2015 (rec. núm. 1420/2015).

-SAN (Sala de lo Contencioso) de 31 de mayo de 2021 (rec. núm.7/2020).

### **Publicaciones electrónicas-**

-ACNUR: “Asilo: definición y características básicas”. *ACNUR*. 2016. Disponible en <https://www.eacnur.org/blog/asilo>

-ACNUR: “Guía relativa a la solicitud de medidas provisionales en virtud de la Regla 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para personas en necesidad de protección internacional”. 2007. Disponible en <https://www.acnur.org>

-BENITEZ TORRADO, J.M.: “Una propuesta de los escenarios futuros del régimen europeo de las migraciones, ante el empuje de la migración africana”. *Análisis, seguridad internacional*, nº. 33, 2016. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es>

-FERNÁNDEZ MARUGÁN, F.: “La migración en Canarias”. *Defensor del Pueblo*.2021. Disponible en <https://defensordelpueblo.es>

-GUILLÉN PEREZ, M.I.: “Análisis de la inmigración irregular África-Canarias”. *Miradas en Movimiento*, vol.5, 2011. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es>

-TORRES, A.M., ALARCÓN, N., BÁRCENA, P.: “La protección internacional de los solicitantes de asilo”. *Fundación Abogacía Española*. 2017. Disponible en <https://fundación.abogacia.es>