

Nº Expediente: 19020290

Sra. Dña.
MÁCHELIN DÍAZ TAVAREZ
CALLE JUAN DE OLÍAS Nº 1 1º PTA. 1
28020 MADRID

EL DEFENSOR DEL PUEBLO
REGISTRO

SALIDA
11/12/2019 - 19117176

Estimada Sra.:

Se ha recibido su escrito en el que muestra su disconformidad con el criterio de la Delegación del Gobierno en Madrid sobre la incompatibilidad entre la solicitud de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, o por arraigo social, con el derecho a la protección internacional, que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

Con ocasión de la tramitación de una queja sobre un asunto similar, se puso de manifiesto la exigencia de la Oficina de Extranjeros de Valencia a los solicitantes de asilo de renunciar a dicha solicitud para obtener autorización de residencia por arraigo.

A la vista de lo anterior se formuló a la Secretaría de Estado de Migraciones la siguiente Recomendación:

“Elaborar una instrucción para clarificar la compatibilidad de los procedimientos de asilo con los regulados en la legislación de extranjería, en particular, las solicitudes de residencia por circunstancias excepcionales relativas a menores y trata de seres humanos, en coordinación con la Subsecretaría del Interior”.

El citado organismo, en su respuesta ha comunicado lo siguiente:

“En relación con su escrito dirigido a la Secretaria de Estado de Migraciones con número de expediente 17(...) por el que se reitera el contenido de la Recomendación formulada el 25 de octubre de 2017 para que se elabore una instrucción que clarifique la compatibilidad de los procedimientos de asilo con los regulados en la legislación de extranjería, se informa de lo siguiente:

Con carácter previo es preciso señalar que los procedimientos regulados en la legislación de extranjería y los procedimientos de asilo versan sobre realidades distintas. Así, los primeros se refieren a los inmigrantes, en general; mientras que los segundos se refieren a la específica situación de los refugiados.

Como bien sabe esa Alta Institución, los refugiados son aquellas personas que, debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentran fuera del país de su nacionalidad y no puede, a causa de dichos temores, n o no quiere acogerse a la protección de tal país.

Las personas refugiadas son, por lo tanto, un grupo específicamente definido y protegido en el derecho internacional (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, y su Protocolo, de 1967, son la base del régimen internacional de protección de los refugiados), porque la situación en su país de origen les imposibilita el regreso al mismo.

Precisamente esta específica situación hace necesaria su distinción respecto a los migrantes: la confusión entre unos y otros, o la definición de los refugiados como una subcategoría de migrantes, podría tener graves consecuencias para la vida y la seguridad de las personas que huyen de la persecución o el conflicto, y así lo ha expresado ACNUR en alguna ocasión.

En base a esta consideración inicial, se entiende que estas dos realidades distintas sean objeto de normativa propia y diferenciada que posee, además, una base jurídica independiente.

Por este motivo, esta Secretaría de Estado, conforme a la normativa internacional y europea, considera que el análisis de ambos estatutos o ambos procedimientos (los de asilo y los regulados en la legislación de extranjería) no debería efectuarse desde su eventual compatibilidad o incompatibilidad.

La protección de los refugiados tiene amparo tanto a nivel internacional, europeo y nacional. A nivel nacional, es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria la que regula, entre otros aspectos, los procedimientos de protección internacional así como sus derechos; y dota de respaldo legal formal a las condiciones materiales de acogida de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional. De este modo, la ley sanciona, como dice su exposición de motivos, al máximo nivel jurídico la obligación de proporcionar servicios sociales y de acogida a las personas solicitantes en estado de necesidad.

Por lo que respecta a los derechos, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley: “La protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España”.

Nº Expediente: 19020290

Como se desprende de lo anterior, el beneficiario de protección internacional posee un estatus jurídico tal que lo hace merecedor de un amplio elenco de garantías y derechos. Algunos de los cuales, se extienden, por su específica situación, al solicitante de protección internacional.

En relación con el solicitante, el artículo 18 de la Ley identifica unos derechos que le son reconocidos y el artículo 19.1 y 2 extiende, como no puede ser de otra forma, el derecho a la no expulsión y devolución hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida.

Finalmente, el capítulo III de la Ley desarrolla las condiciones de acogida del solicitante de protección internacional puesto que, tal y como se señalaba, los Estados tienen la obligación de proporcionar servicios sociales y acogida a los solicitantes en estado de necesidad, derecho a la acogida que no puede ni debe ser violentado (Directiva 2013/33/UE).

Por otra parte se encuentra la legislación de extranjería, referida a los migrantes. Como bien conoce esa Institución, el migrante no se encuentra en esa especial situación de riesgo del refugiado, que le impide volver a su país de origen sin poner en riesgo su vida y por tanto, no se le reconoce esa especial protección frente a la expulsión y no devolución (que sí se reconoce al solicitante y beneficiario de protección internacional).

En el ámbito de la legislación de extranjería, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, prevé, en su artículo 6, para los Estados una obligación de retornar si bien, esta obligación de retorno, se excepciona en una serie de supuestos.

De ellas, se destaca, a los efectos de este informe, la prevista en su apartado 4, al ser la base jurídica de los procedimientos de arraigo previstos en la legislación nacional:

4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia'.

En base a esta habilitación, la legislación de extranjería regula, de conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, los procedimientos de residencia temporal circunstancias excepcionales, dentro de los cuales, se encuentra el arraigo.

Nº Expediente: 19020290

De la interpretación conjunta del artículo 6.4 de la directiva de retorno y del artículo 124 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 se deduce, por tanto, que a este específico procedimiento de extranjería se accede por los migrantes, y desde una situación de irregularidad. Y, por lo tanto, no está dirigido a los solicitantes de protección internacional, que poseen su propio estatuto y que, en ningún caso, podría considerarse que se encuentran en una situación de irregularidad en España.

En relación con los otros procedimientos de extranjería que no parten de esa previa situación de irregularidad, como es el caso del arraigo, se destaca que las directivas europeas de migración legal impiden que las autorizaciones previstas para esos colectivos (estudiantes, investigadores, profesionales altamente cualificados) puedan ser solicitadas por un solicitante de protección internacional. En la base de esta exclusión del ámbito de aplicación de la directiva en cuestión se encontraría el distinto estatuto jurídico de unos y otros y la normativa propia que regula el ámbito del asilo. Sirvan de ejemplos los siguientes:

El artículo 3.2. g) de la Directiva de permiso único 2011/98/UE, el artículo 3.2.b) de la Directiva empleo altamente cualificado 2009/50/CE, el artículo 2.2.a) de la Directiva 2016/801/UE, conocida como directiva de estudiantes e investigadores o el artículo 15.8 de la Directiva trabajadores temporeros 2014/36/UE.

Expuesta la situación, el planteamiento de un eventual acceso del solicitante de protección internacional a un procedimiento de extranjería supondría, en primer lugar, que se estarían mezclando, en la práctica, dos figuras que, desde el punto de vista del derecho internacional, deben tener un tratamiento diferenciado, y esta Secretaría de Estado considera que podría contribuir a esta confusión la recomendación que se formula.

Asimismo hay que tener en cuenta la normativa de la Unión Europea, puesto que el solicitante de protección internacional en ningún caso puede considerarse en situación irregular (que habilitaría el acceso a este procedimiento de arraigo) y que, respecto de las directivas de migración legal, esta figura no se contempla (siendo excluidos de forma expresa) dentro del ámbito de aplicación. Por otro lado, el Estado no puede dejar de proporcionar la acogida a la que la propia directiva europea obliga respecto a los solicitantes de asilo.

De conformidad con lo expuesto, esta Secretaría de Estado no puede aceptar la recomendación puesto que supondría abordar desde la perspectiva de la complementariedad, dos procedimientos (de extranjería y de asilo) que son independientes y, en la práctica entendemos que podría suponer una merma de las especiales garantías que, desde la comunidad internacional, se han dado para proteger la figura del refugiado.

Nº Expediente: 19020290

No obstante, concedores de la especial situación en la que eventualmente podría quedar aquel solicitante de asilo que viera denegada su solicitud, esta Secretaría de Estado entiende que el periodo de tiempo en el que ha residido en España como solicitante de protección internacional podría ser computado a los efectos de solicitar, tras la denegación, una autorización de arraigo.

Se aplicarían, por tanto, en ese momento los procedimientos de extranjería en la medida en que esa persona en cuestión no ostenta la condición de refugiado”.

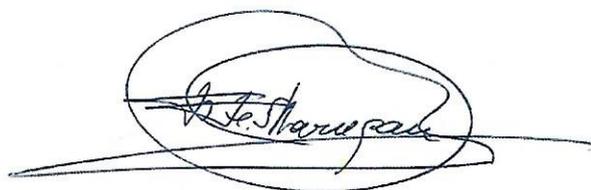
A la vista de lo anteriormente expuesto, el citado órgano directivo no admitió la Recomendación. Sin embargo, esta institución no comparte dicho criterio y lamenta el cambio de postura de la Administración, que en el marco del Estudio sobre Asilo elaborado por el Defensor del Pueblo, habría aceptado otra Recomendación que se formuló en este mismo sentido.

Esta institución considera que, lejos de suponer una merma de las especiales garantías que se establecen para proteger la figura del refugiado, la compatibilidad de los procedimientos de solicitud de asilo con los regulados en la legislación de extranjería, permite configurar un marco mucho más garantista y conforme con la normativa internacional, que debe servir de criterio interpretativo, según lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española.

En consecuencia, la condición impuesta a los solicitantes de asilo de renunciar a dicho procedimiento si se les concede autorización de residencia, no solo carece de sustento legal, sino que, además, supone el incumplimiento del compromiso de la administración española de garantizar el derecho de asilo a aquellas personas que estén en necesidad de protección internacional y coloca en situación de riesgo a los interesados que, una vez renuncian a su solicitud de asilo, ya no están protegidos por el principio de no devolución.

Habida cuenta de la diferencia de criterio entre la Secretaría de Estado de Migraciones y esta institución, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, se incluirá el presente asunto en su informe anual.

Le saluda muy atentamente,



Francisco Fernández Marugán
Defensor del Pueblo (e.f.)

El presente documento es una copia fiel de un documento sellado electrónicamente mediante un certificado emitido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre para actuaciones administrativas automatizadas.